



**TESIS DOCTORAL**

***El derecho de resistencia en Thomas Jefferson  
dentro del contexto de la independencia y en el  
desarrollo constitucional de los Estados Unidos***

**Autor: Manuel Calleja Salado**

**Director de la Tesis: Prof. Dr. D. Francisco Rodríguez-Valls  
Departamento de Filosofía y Lógica y Filosofía de la Ciencia  
Universidad de Sevilla  
Julio de 2019**

*A Carmen, a Chema y a Nacho,  
porque me habéis enseñado lo que es  
una vida plena y feliz*

INTRODUCCIÓN	7
CITAS JEFFERSONIANAS, JURISPRUDENCIALES Y LEGALES	15
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL DERECHO DE RESISTENCIA HASTA EL SIGLO XVIII	16
1. Aspectos generales	16
2. La Antigüedad	17
2.1. Grecia	17
2.2. Roma	21
3. La Edad Media	25
3.1. Judaísmo	25
3.2. Cristianismo primitivo y patristica	27
3.3. La quiebra interna de la Cristiandad	29
3.4. Autores en las puertas de la Modernidad	33
3.5. La resistencia inglesa medieval	35
3.6. La resistencia en Tomás de Aquino	35
4. La Modernidad	37
4.1. Maquiavelo y la política	38
4.2. La Reforma	39
4.2.1. La Reforma Luterana	39
4.2.2. La Reforma Radical: Thomas Müntzer	41
4.2.3. Calvinismo y los monarcómanos calvinista	42
4.2.3.1. Juan Calvino	43
4.2.3.2. El conflicto político-religioso francés	44
4.2.3.2.1. Theodor Beza	45
4.2.3.2.2. François Hotman	46
4.2.3.2.2. <i>Vindiciae contra Tyrannos</i>	48
4.2.3.3. Johannes Althusius	49
4.2.3.4. Hugo Grocio	50
4.3. El derecho de resistencia en la doctrina de los jesuitas españoles	51
4.3.1. Juan de Mariana	51
4.3.2. Francisco Suárez	53
4.4. La tradición escocesa e inglesa	56
4.4.1. Autores escoceses: John Knox y George Buchanan	56
4.4.2. Richard Hooker	57
4.4.3. Edward Coke	57
4.4.4. El regicidio de Carlos I	58
4.4.5. John Milton	59
4.4.6. Thomas Hobbes	60
4.4.7. La Revolución Gloriosa	61
4.4.8. Algernon Sidney	62
4.4.9. John Locke	63
CAPÍTULO II: EL DERECHO DE RESISTENCIA EN THOMAS JEFFERSON	67
1. Derecho de resistencia y la obra de Thomas Jefferson en el Segundo Congreso Continental	67
2. El derecho de resistencia como derecho natural	71
3. Titularidad del derecho de resistencia	79
3.1. Titularidad colectiva	79
3.2. Titularidad individual y ejercicio individual	81
3.3. Titularidad del derecho de resistencia en casos históricos	82
3.3.1. Revolución Americana	82
3.3.2. Revolución Francesa	84
3.3.3. <i>Aliens and Sedition Acts</i>	89
3.3.4. Las Elecciones Presidenciales de 1800	90
3.3.5. España y la América Española	94

3.3.6. Secesión de Nueva Inglaterra	98
3.3.7. La Revuelta de Shays	100
3.3.8. La revuelta del Whiskey	101
3.3.9. El derecho de resistencia de los esclavos	102
3.3.10. El derecho de resistencia de los indios	106
3.4. La resistencia como deber	108
4. El último recurso	109
5. Circunstancias habilitantes al ejercicio de la resistencia en la Declaración de Independencia: los agravios	112
5.1. Legitimidad de origen y usurpaciones	113
5.1.1. Desmontaje de las asambleas legislativas	120
5.1.2. La extensión de la soberanía parlamentaria	123
5.1.3. Desmontaje del poder judicial	125
5.1.4. Abolición de las cartas y modelo canadiense	131
5.2. Legitimidad de ejercicio	132
5.2.1. Asentimiento a las leyes	133
5.2.2. Prohibición de la emigración a América	133
5.2.3. Cuestiones militares	134
5.2.4. Cuestiones económicas y financieras	138
5.2.5. Cuestiones relativas a las leyes de guerra	139
6. Recursos del derecho de resistencia	143
6.1. <i>Interposition</i> y <i>nullification</i>	144
6.2. Secesión	146
6.3. Rebelión e insurrección	147
6.4. Revolución incruenta	149
6.5. Regicidio	150
CAPÍTULO III: REPRESENTACIÓN Y RESISTENCIA	152
1. La tradición representativa inglesa	152
2. <i>A Republic, not a democracy</i>	154
3. Representación y Naturaleza	158
4. Principio de representación	160
5. ¿Cómo se elige?	162
6. Representación y Republicanismo. Limitación de mandatos	169
7. Elección y control.	176
8. Representación y participación	178
9. ¿Quién es el pueblo?	181
9.1. ¿Espíritu del pueblo?	182
9.2. El derecho al voto	188
9.3. La representación del conjunto	192
9.4. Representación y orden internacional	193
9.4.1. Canadá	193
9.4.2. Luisiana	195
9.4.3. Florida	195
9.4.4. Cuba	196
9.4.5. El Congreso de Viena	197
9.4.6. Recapitulación	198
10. Los partidos políticos	201
11. Elección y Revolución	203
11.1. Sistema de elección del Presidente según la Constitución de 1787	204
11.2. La Elección Presidencial de 1796	207
11.3. La Elección Presidencial de 1800	208
CAPÍTULO IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PODER EJECUTIVO COMO INSTITUCIONALIZACIONES DE LA RESISTENCIA	221
1. Un gobierno basado en la desconfianza	221
1.1. Antecedentes clásicos y medievales de la separación de poderes	221
1.2. Antecedentes modernos de la separación de poderes	223
1.3. Fundamento jeffersoniano de la estructura del gobierno	227
2. Poder ejecutivo	229

2.1. Origen del poder ejecutivo	229
2.2. Qué tipo de ejecutivo	232
2.3. Privilegio ejecutivo e inmunidad ejecutiva	235
3. Poderes presidenciales	239
3.1. Poderes presidenciales provenientes del Artículo I de la Constitución: el veto	239
3.2. Poderes presidenciales provenientes del Artículo II de la Constitución	245
3.2.1. Los tratados internacionales y los problemas de usurpación legislativa o ejecutiva	245
3.2.2. Nombramiento del personal diplomático	246
3.2.3. <i>Ius tractandi</i>	248
3.3. El Presidente como comandante en jefe y el empleo de las fuerzas armadas	254
3.3.1. Neutralidad de 1793	255
3.3.2. Uso de la fuerza que no dimana de una declaración de guerra y la prerrogativa ejecutiva	257
3.4. La ejecución de las leyes y la delegación legislativa	261
4. La Administración	265
5. Relaciones entre el Presidente y el Congreso	270
6. Los Principios de la Presidencia jeffersoniana	275
7. Jefferson en el otro lado del derecho de resistencia	286
7.1. Como gobernador de Virginia	286
7.2. Embargo de 1807	286
CAPÍTULO V: LEGISLATIVO Y RESISTENCIA	290
1. La potestad legislativa en el Republicanismo Clásico	290
2. Principios lockeanos y post-lockeanos del poder legislativo	293
3. Las legislaturas. De las colonias a los estados	296
4. Un Legislativo Federal	300
4.1. Legislativo limitado	305
4.2. Privilegios e inmunidades legislativos	309
4.3. Sesiones del Congreso	312
4.4. Legislativo limitante	315
4.4.1. <i>Impeachment</i>	316
4.4.2. Las leyes privadas	318
4.4.3. El consentimiento del Congreso a algunas leyes estatales y el veto del Congreso a las leyes del Territorio del Noroeste	321
CAPÍTULO VI: EL PODER JUDICIAL Y LA RESISTENCIA	323
1. El poder judicial	323
2. El poder judicial en la temprana República	325
3. Thomas Jefferson y el papel de los jurados	329
4. Thomas Jefferson y el poder judicial	332
4.1. Separación e independencia del poder judicial	332
4.2. Los jueces de medianoche, John Marshall y el poder judicial federalista	333
4.3. <i>Marbury contra Madison</i>	337
4.3.1. Antecedentes de la <i>Judicial Review of Laws</i>	337
4.3.1.1. El control judicial de las asambleas legislativas de los estados	338
4.3.1.2. La <i>Judicial Review</i> en el Gobierno Federal antes de <i>Marbury</i>	339
4.3.2. La sentencia del caso <i>Marbury contra Madison</i>	343
4.3.3. Consideración de Jefferson de la Constitución como la norma suprema y las leyes inconstitucionales	346
4.3.3.1. La constitucionalización del <i>Bill of Rights</i>	346
4.3.3.2. La constitución de Virginia: ¿rango constitucional o legal?	348
4.3.3.3. Dictámenes de constitucionalidad para el Presidente Washington	349
4.3.3.4. Propuestas de enmiendas constitucionales	350
4.3.4. ¿Qué hacer ante las leyes inconstitucionales?	350
4.3.4.1. Primeras opiniones sobre <i>Judicial Review of Laws</i> .	350
4.3.4.2. <i>Legal check</i> de los parlamentos en la Francia de Luis XVI	353
4.3.4.3. El control de constitucionalidad de las <i>Aliens and Sedition Acts</i>	358
4.3.4.4. El control de constitucionalidad de los jurados	360
4.3.4.5. La reacción jeffersoniana a <i>Marbury contra Madison</i>	364
4.3.5. El origen de la <i>concurrent review</i> en el pensamiento jeffersoniano	379

4.4. Jefferson y el poder judicial tras 1801	380
4.4.1. La lucha entre el Presidente republicano y la Judicatura federalista	380
4.4.2. La nacionalización del poder judicial	385
5. <i>Judicial Review</i> , Constitución y derecho de resistencia	389
CAPÍTULO VII: LA SEPARACIÓN VERTICAL DE PODERES	404
1. Una República y una Federación	404
2. Comercio exterior y los tratados en una República Federal	405
3. Los poderes del Gobierno Federal	409
3.1. Poderes enumerados y poderes implícitos. Sobre la necesidad y el bienestar	409
3.2. Poderes resultantes. La Compra de Luisiana	412
3.3. La función primordial del Gobierno Federal	415
4. <i>Federal Common Law</i>	418
5. <i>Compact Theory</i>	423
5.1. Antecedentes vattelianos	423
5.2. <i>Compact Theory</i> en las Resoluciones de Kentucky	424
CAPÍTULO VIII: EL EXPERIMENTO REPUBLICANO	433
1. El ejército permanente	433
1.1. Esbozo histórico	433
1.2. Jefferson y las cuestiones militares	435
1.3. El modelo militar de Thomas Jefferson	439
1.4. Una Milicia selecta	445
1.5. Thomas Jefferson y la interpretación de la Segunda Enmienda en <i>District of Columbia contra Heller</i>	447
2. La deuda pública	450
2.1. Oposición al Banco Nacional	453
2.2. Redención de la totalidad de la deuda	459
2.3. Supresión de los impuestos internos	460
2.4. ¿Qué éxito tuvo la política financiera de Jefferson?	461
3. Agricultura	463
3.1. Una nación de agricultores	463
3.2. La Agricultura en la política jeffersoniana	466
3.3. Agricultura y Republicanismo	468
3.4. República y extensión territorial	473
4. Religión y Educación	476
5. Comercio, política internacional y aislamiento hemisférico	480
CONCLUSIONES	487
BIBLIOGRAFÍA	508

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral tiene por título *El derecho de resistencia en Thomas Jefferson dentro del contexto de la independencia y en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos*.

La resistencia al poder opresivo es uno de los temas más problemáticos de la Filosofía Política y de la Filosofía del Derecho, ya que es un caso límite entre lo político y lo prepolítico. Ésta recorre la historia de la Humanidad y los grandes cambios sociales y políticos que han acontecido a lo largo de los tiempos se relacionan con el ejercicio de la resistencia.

Pero la resistencia no ha sido solamente un hecho, sino también ha sido objeto de reflexión hasta convertirla en una facultad, en un derecho, cuyos titulares pueden ejercerlo en determinadas circunstancias. Y se ha reflexionado sobre en qué consiste el derecho, qué medios son los correctos, cuáles son los titulares y de cuáles de ellos son los que pueden ejercerlo, así como las circunstancias que autorizan la resistencia.

La presente tesis doctoral tiene por objetivos dilucidar el concepto del derecho de resistencia que late en el pensamiento de Thomas Jefferson, reconocer la forma en la que este concepto se fue proyectando a lo largo de su extensa vida intelectual y política, así como el modo en el que Jefferson pensó y favoreció la institucionalización de la resistencia dentro de la arquitectura constitucional de las primeras décadas de los Estados Unidos.

La Independencia de los Estados Unidos, o como los estadounidenses la denominan la “Revolución Americana”, es un evidente ejercicio de resistencia, pero no meramente espontáneo como algunos de sus episodios germinales, sino un ejercicio consciente y reflexionado a partir de una definición conceptual. Y el autor material de esa definición conceptual no es otro que Thomas Jefferson que en la *Declaración sobre ‘Las causas y la necesidad de tomar las armas’* y, sobre todo, en la *Declaración de Independencia* propone no solamente un concepto teórico sino una aplicación que

justifica y funda las acciones que cambiaron el devenir histórico de aquellas trece colonias británicas en la costa este de Norteamérica.

La relevancia de la Revolución Americana no radica únicamente en el hecho revolucionario, sino que conlleva un proceso de construir una comunidad política edificada sobre los principios que alimentaron la Revolución y llevaron a los colonos a tomar las armas y posteriormente a declarar la independencia. Los líderes de la Revolución representaban a una clase dirigente instruida, en algunos casos ilustrada, que eran conscientes de que las formas de gobiernos son imperfectas, que siempre surgen conflictos, contradicciones y situaciones no previstas, y quisieron darle una solución institucional, es decir, dentro del propio diseño normativo.

Todos eran conscientes de que un mal gobierno, un gobierno tiránico, despótico y opresivo llevaba a la resistencia. La diferencia es que no creyeron que el remedio era solamente tener un buen gobierno, sino el de proporcionar a los ciudadanos medios dentro del propio diseño del gobierno para ejercer una resistencia no violenta, institucional. Cambiar al poder ejecutivo o intentar remover a los legisladores habían costado en la Inglaterra del siglo XVII dos revoluciones y varias guerras civiles y era un ejemplo a evitar: deseaban dotar a su país de un sistema político donde obligar a un gobernante a dejar el poder o cambiar una política opresiva no implicara necesariamente provocar un baño de sangre.

Muchos de los mecanismos de resistencia institucionalizada que establecieron los hemos asimilado en nuestra cultura política y nadie se extraña que un gobernante abandone pacíficamente el poder al agotar sus mandatos o tras perder unas elecciones, pero a finales del siglo XVIII supusieron una novedad importante que solamente tenía precedentes verdaderamente efectivos en el Mundo Grecorromano, en el Republicanismo clásico. Seguimos la idea de Max Weber que sostiene que si el carisma no adquiere institucionalización desaparece, de modo que en consecuencia se podría afirmar que la Constitución de los Estados Unidos puede ser interpretada, y así lo hace Jefferson, como una institución de los principios de 1776, es decir, una institucionalización de la Revolución.

Thomas Jefferson no solamente participa en la elaboración teórica y en la puesta en práctica política de la resistencia de las Trece Colonias, sino que desarrolla una amplia labor política y constitucional a lo largo de su vida. Pese a no participar en la Convención Federal de Filadelfia (1787) que redacta la Constitución, es una de las personas que más influyeron en el proceso de ratificación de la misma al exigir cambios sustanciales en el texto aprobado, al reclamar una declaración de derechos (*Bill of Rights*) dentro de la Constitución y finalmente al apoyar la ratificación condicional de la



Constitución a la adopción de esa declaración. Sus años como secretario de Estado, como Vicepresidente y Presidente, así como su incontestado liderazgo de los demócratas-republicanos le hicieron participar tanto en la construcción de los Estados Unidos, de la que la Constitución era el proyecto y los planos, así como en las crisis políticas y constitucionales que marcaron a la República en su época temprana.

¿Pero quién era Thomas Jefferson? Nació el 13 de abril de 1743 en Shadwell, en la colonia británica de Virginia<sup>1</sup>. Hijo de Peter Jefferson, ya de joven heredó una importante extensión de tierra trabajada por esclavos. Realizó los estudios clásicos preuniversitarios de la mano de maestros y reverendos anglicanos, hasta ingresar en la única institución universitaria de Virginia, College William and Mary. Tras su graduación se decidió por la abogacía y aprendió Derecho y el oficio de abogado de la mano de George Whyte. Comenzó su carrera política en la Cámara de los Burgueses en la que estuvo desde 1769 a 1775. Se casó con Martha Wayles en 1772, con la que tuvo seis hijos, pero que murió a los diez años de matrimonio; la herencia que su mujer recibió de su padre le llenó de deudas que continuaron toda su vida.

Fue elegido como delegado de Virginia en el Segundo Congreso Continental, que declararían la independencia. Volvió a ser legislador estatal en Virginia y gobernador durante la Guerra de Independencia hasta 1781. Nuevamente, en 1783, fue elegido delegado de Virginia aunque ahora ante el Congreso de la Confederación que se había constituido sobre el fundamento de los Artículos de la Confederación, el primer texto constitucional de los Estados Unidos. Un año después es enviado a Francia como encargado de negociar tratados comerciales, junto a Benjamin Franklin, y también como representante diplomático de los Estados Unidos en Francia. Su estancia francesa, de 1784 a 1789, le privó de participar en la redacción de la Constitución, aunque supo hacer presente su influencia, y sí le dio la oportunidad de ser testigo presencial de los primeros estadios de la Revolución Francesa.

Es reclamado por el Presidente George Washington para asumir la secretaría del Departamento de Estado en 1789, que era y es el departamento ejecutivo encargado de las relaciones exteriores de los Estados Unidos, y allí formó parte del primer gabinete presidencial y también vivió sus primeros enfrentamientos con Alexander Hamilton, que se convertiría en su mayor adversario político. Fueron las discrepancias con Hamilton las que le llevaron a dimitir como secretario de Estado y dedicarse a liderar y a organizar la oposición a los federalistas, partido de Hamilton y defensores de un Gobierno Federal fuerte y de una política económica centrada en el comercio y en las

---

<sup>1</sup> De entre las biografías de Thomas Jefferson destacamos las siguientes: Dumas Malone: *Jefferson and his Time*. 6 Volúmenes. University of Virginia Press. Charlottesville, 2005. Merrill D. Peterson: *Thomas Jefferson and the New Nation*. A biography. Oxford University Press. Oxford y otros, 1975. Joseph J. Ellis: *American Sphinx. The Character of Thomas Jefferson*. Vintage Books. Nueva York, 1996.

actividades financieras. Tras el abandono de la Presidencia por parte de Washington al finalizar su segundo mandato, perdió las Elecciones Presidenciales con el Vicepresidente John Adams, pero la regulación constitucional le convirtió en Vicepresidente. En 1801 fue elegido Presidente y se mantuvo en el cargo hasta 1809, tras renunciar a un tercer mandato siguiendo el ejemplo de Washington. Su compañero de luchas políticas y uno de los grandes artífices de la Constitución, James Madison, le sucedió en la Presidencia, inaugurando una época de dominio absoluto de los demócratas-republicanos.

Pese a que se retiró a su propiedad de Monticello, que él mismo ideó según los criterios arquitectónicos de Palladio, y nunca más aspiró a ejercer otro cargo político, siguió teniendo una gran influencia entre los miembros de su partido y especialmente con los presidentes. Su último legado fue la fundación de la Universidad de Virginia sobre una idea ilustrada y secular de una institución universitaria, junto con un gran empeño en conseguir a buenos profesores que tuvieran dedicación exclusiva. El final de sus días estuvo marcado por la presión de los acreedores. Murió el 4 de julio de 1826.

El pensamiento de Thomas Jefferson no se elaboraba para ser publicado en obras filosóficas o políticas. La mayoría de éste se encuentra en sus miles de cartas, informes oficiales, discursos y algún libro. Su pensamiento por tanto tiene que ser sintetizado a partir de escritos fragmentarios y muchos de ellos muy unidos a las circunstancias en la que son redactados. Esto no quiere decir que, sobre todo en las cartas, no haya profundidad y una intención teórica, pues Jefferson era consciente de que sus cartas se transmitían y en muchos casos escribía carta para que se difundieran<sup>2</sup>.

La gran dispersión y asistematicidad de los escritos jeffersonianos hicieron que la elaboración de la presente tesis doctoral haya tenido que partir de los numerosos escritos del autor y buscar líneas de continuidad más allá del caso concreto de la carta, informe o libro. Además se cubre un lapso temporal largo donde la vida y sobre todo la historia cambiaron convulsamente en pocas décadas, de modo que todo ello se refleja en los escritos jeffersonianos.

¿Se contradice Jefferson? En la Historia de la Filosofía es común describir el desarrollo del pensamiento de los diversos autores como un proceso desde unos atisbos

---

<sup>2</sup> *Notes on Virginia* y *Autobiography* sí fueron escritas con intención de comunicar ideas a sus lectores. A *Manual of Parliamentary Practice* tiene una intención directiva respecto de los debates en el Senado y *Summary View of the Rights of the British America* realmente era un conjunto de instrucciones a los delegados virginianos en el Congreso Continental. *The Life and Morals of Jesus of Nazareth* es una edición de textos del Nuevo Testamento en la que se excluyen todos los que indiquen filiación divina en Jesús de Nazareth y que es conocida como la Biblia de Jefferson. También vieron la luz algunos escritos oficiales y el propio Jefferson ejerció como editor de algunas obras.

iniciales hasta la madurez y no nos extraña que un autor replantee sus posiciones previas, porque es inexigible e incluso sospechoso que un pensador no haya modificado sus ideas a lo largo de su vida. Pero esto que encontramos perfectamente lógico en la Historia de la Filosofía y lo denominamos “evolución del pensamiento” o “desarrollo del pensamiento” en el caso de Jefferson se torna en complejo por su vida política.

Henry James, autor de una monumental obra dedicada a las presidencias de Thomas Jefferson y de James Madison, ejerció la acusación de hipocresía contra nuestro autor al mantener que sus escritos y teoría política defendida antes de su ascenso a la Presidencia en 1801 difería de las acciones y teoría elaborada durante sus años en la Casa Blanca (1801-1809).

Y esta acusación nos plantea la radical diferencia entre un estudio de Thomas Jefferson como autor y político con la investigación sobre un autor que no hubiera ejercido la política. No procede una defensa a ultranza de la coherencia moral, intelectual y política de Jefferson a lo largo de su vida porque no es difícil encontrar episodios que le pongan en una situación delicada (especialmente todo lo relativo a la esclavitud). Tampoco es admisible unas exigencias sumamente estrictas porque su política teorizada se alimenta de una experiencia política cambiante a una velocidad e intensidad inimaginable.

Los Fundadores de los Estados Unidos crearon un ente y un sistema político nuevo, establecieron la primera república con una extensión imperial, con una constitución escrita y un sistema de gobierno con separación de poderes horizontal y vertical (federalismo) e hicieron frente a las necesidades políticas, económicas y sociales de esos convulsos años y todo ello sin precedentes o con unos precedentes tan lejanos, como los clásicos, que eran difícilmente trasladables.

Thomas Jefferson adapta su pensamiento a la realidad porque la realidad demandas respuestas que van a allá de la satisfacción de la coherencia lógica. Aunque el pensamiento se adapte, no podemos decir que sea acomodaticio, porque efectivamente podemos describir líneas que permanecen, con modulaciones diferentes eso sí, a lo largo de toda la vida de Jefferson. No obstante, no se puede negar que en ocasiones Jefferson pueda ser inconsistente e incluso, en lo moral, hipócrita.

La presente tesis doctoral ha nacido de la atenta lectura de la fuente primaria, sobre la que se ha edificado. Se estructura en ocho capítulos, que pretenden abarcar las múltiples perspectivas en las que puede ser accedido el pensamiento jeffersoniano. En el Capítulo I se hace un recorrido histórico de la reflexión filosófica sobre la resistencia y

el derecho de resistencia desde Grecia hasta el siglo XVIII, que es el momento donde comienza la obra jeffersoniana.

En el Capítulo II se estudiará el concepto del derecho de resistencia de Thomas Jefferson sobre la base de la *Declaración sobre 'Las causas y la necesidad de tomar las armas'* y de la *Declaración de Independencia* intentando establecer en qué consiste el derecho, cuáles son los medios de la resistencia, cuáles son los titulares y si el ejercicio es colectivo o individual e incluso si hay una obligación de resistencia. Junto a las dos declaraciones antes citadas iremos viendo cómo Jefferson reflexiona sobre otros casos de resistencia que vivió o conoció a lo largo de su vida.

En los Capítulos III, IV y V trataremos la visión jeffersoniana de las instituciones de los Estados Unidos como resistencia institucionalizada. En el tercero estudiaremos la representación política y como ésta es un mecanismo excelente para evitar en primer lugar y resistir, llegado el caso, a un poder opresivo. En el cuarto y quinto nos centraremos en el estudio de los poderes ejecutivo y legislativo de acuerdo con la visión jeffersoniana y cómo según estos pueden convertirse en opresivos, la forma de prevenir esta circunstancia y, también, como pueden ser remedios a la opresión, dentro del marco de separación de poderes.

El Capítulo VI trataremos la resistencia institucionalizada en el poder judicial. Numerosos autores han visto en el surgimiento de la *Judicial Review of Laws* en los Estados Unidos un mecanismo de resistencia institucional a un poder que ha violado las normas fundamentales, en este caso, la Constitución. Frente a la necesidad de un levantamiento o de una rebelión para volver la situación a su orden, la *Judicial Review of Laws* permitió restituir la situación constitucional a sus justos términos mediante la sentencia de un tribunal. Jefferson que alabó la capacidad de su pueblo para transitar pacíficamente entre dos constituciones sin derramamiento de sangre, rechazó este procedimiento cuando interpretó que mediante él los tribunales podían usurpar al pueblo su capacidad para dotarse de una constitución y para modificarla.

En el Capítulo VIII estudiaremos la concepción jeffersoniana del Federalismo. El Federalismo constituye una separación vertical de poderes, ya que el poder no sólo se reparte entre diferentes ramas, sino entre diversos niveles territoriales que a su vez replican la separación en ramas. El Federalismo fue visto como una consecuencia inherente a la propia historia de la independencia de las Trece Colonias y nadie, salvo quizá Alexander Hamilton, buscó disolver la estructura de los estados en un solo Estado. Esta separación vertical de poderes, como la horizontal, son mecanismos de resistencia institucionalizada en el caso de gobierno tiránico, como quedará patente en

la crisis constitucional de 1798 a propósito de las *Aliens and Sedition Acts* y en la de 1800-1801 en torno a la primera elección de Jefferson como Presidente.

En el Capítulo VIII se abordará el aspecto más propositivo de Jefferson exponiendo su visión de los Estados Unidos y los mecanismos añadidos de prevención y de resistencia institucionalizada que deben estar en la base del sistema político. Estudiaremos como cuestiones financieras, militares o de simple reparto de la riqueza guardan, en opinión de Jefferson, una relación directa con la tiranía y el consecuente ejercicio de la resistencia.

En las Conclusiones se expondrán la relación entre los diversos aspectos estudiados de la teoría jeffersoniana y su acción política de nuestro autor con el derecho de resistencia tanto como expresión de un derecho como institucionalización de éste en la arquitectura constitucional de los Estados Unidos de América.

La investigación se fundó en los textos jeffersonianos, cuya lectura y estudio ocupó un amplio periodo de tiempo. No pertenecer al ámbito cultural, donde Jefferson es un mito fundacional, permite un acceso con menos condicionamientos y una construcción y reconstrucción del pensamiento que se pretende que haya sido desde las propias ideas de Jefferson como las plasmó por escrito. La bibliografía es ingente, inabarcable, y se ha procurado trabajar con las obras y autores más relevantes, tanto para una visión general de Jefferson, de las especificidades jeffersonianas y de los diversos temas.

La influencia de Jefferson sobre el pensamiento político norteamericano es profunda y vuelve en determinados momentos: la idea de los derechos de los estados, el mecanismo de “nulificación”, el veto sobre fundamentos constitucionales, la Presidencia representativa y popular, el liderazgo político del Presidente, la representación de las Cámaras, la limitación de mandatos, la deuda, el papel de la agricultura, la asunción de poderes por la Presidencia en violación de los derechos constitucionales o la validez democrática de la *Judicial Review of Laws*, entre otras muchas cuestiones que se señalarán. Los originalistas, aquellos que buscan interpretar la Constitución en el sentido del momento de su adopción y que en el presente tienen una gran influencia judicial, tienen a Jefferson como una de sus fuentes fundamentales de conocimiento, junto a la magnífica compilación de artículos de James Madison, Alexander Hamilton y John Jay a la que le dieron por título *The Federalist Papers*.

Thomas Jefferson no es solamente un autor con influencia histórica o intelectual, como puedan ser John Adams o Joseph Story, sino que es un mito fundacional, como se indicó. Es uno de los cuatro presidentes cuyo retrato está grabado en el Monte

Rushmore (junto a George Washington, Theodor Roosevelt y Abraham Lincoln) y le fue erigido su propio Memorial en el Mall de Washington.

No quiero terminar esta introducción sin agradecerle al Prof. Dr. Francisco Rodríguez-Valls, director de esta tesis, todas las facilidades que ha proporcionado a esta investigación y a mi persona, sus innumerables consejos y la ayuda para poder coronar esta tesis doctoral. También deseo dejar constancia de mi agradecimiento a mi madre, Ana Salado Osuna, profesora titular de Derecho Internacional, por la atenta lectura del texto y sus acertadas sugerencias en cuestiones de Derecho Internacional. Y finalmente a mi esposa, Carmen, que además de ayudarme con las traducciones, no ha parado de animarme en los momentos de oscuridad y flaqueza.

## CITAS JEFFERSONIANAS, JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

La edición que hemos empleado de los escritos de Thomas Jefferson es la “Definitive Edition” de la “Memorial Edition”:

*Writings of Thomas Jefferson*. Editados por Andrew Adgate Lipscomb, Albert Ellery Bergh y Richard Holland Johnston. 20 volúmenes. Thomas Jefferson Memorial Association of the United States. Washington DC, 1905-1907.

Los diversos escritos se citarán de acuerdo con el título inglés que le otorgaron los editores, salvo las cartas en las que se indicará que es una carta y destinatario o destinatarios de la misma, el volumen y la página o páginas. En las pocas excepciones en las que el autor no sea Thomas Jefferson se señalará expresamente.

También se ha empleado los documentos transcritos en el Portal “Founders” (<https://founders.archives.gov/>) de los Archivos Nacionales de los Estados Unidos. Allí se pueden encontrar parcialmente la edición de Princeton de los escritos jeffersonianos, como sus notas editoriales. Otros escritos son transcripciones de los manuscritos que están en los Archivos o en la Biblioteca del Congreso. En este portal también se encuentran ediciones científicas de escritos de otros *founders* como George Washington, John Adams, James Madison o Alexander Hamilton. Se cita el título del documento que le ha otorgado el editor, la fecha y se dejan constancia del *permalink* del documento. Si el autor es Thomas Jefferson no habrá mención expresa, pero sí lo habrá en el caso que otro sea el autor.

Las traducciones son propias. Estamos ante escritos de los siglos XVIII y XIX, donde la regla ortográfica inglesa no correspondía con la actual. Hay textos citados y traducidos que son transcripciones sin ninguna edición, donde en el original inglés se respeta la forma en la que fue escrito.

La legislación federal de los Estados Unidos se ha citado de acuerdo con el sistema tradicional de *The Statutes at Large*, es decir, el título completo de la ley, el número de volumen de la colección, el título abreviado de la colección (“Stat.”), el número de la página en el que comienza la ley y el año de aprobación.

Las sentencias del Tribunal Supremo se citan de conformidad con el sistema que se emplea en *U. S. Reports*, la publicación oficial de estos pronunciamientos. Se citará primero las partes del caso o la denominación del caso, el número de volumen del *U. S. Reports* en el que se encuentra, el número de la primera página de la sentencia y el año en el que fue dictada. No se hecho constancia de los volúmenes y de los editores privados del siglo XIX que complican la cita y no aporta información.

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL DERECHO DE RESISTENCIA HASTA EL SIGLO XVIII

### 1. Aspectos generales

La resistencia al poder es un fenómeno que se puede registrar en todos los pueblos, en todas las regiones del planeta y en todas las épocas. Es un hecho incuestionable. El ejercicio de la resistencia contra el poder es un fenómeno histórico y político, pero la reflexión filosófica sobre la resistencia y su constitución como derecho es históricamente posterior. Al igual que no es lo mismo hacer arte que pensar el arte, no cabe identificar la resistencia al poder con la reflexión sobre la resistencia, aunque sí hemos de reconocer que estas acciones tienen presupuestos implícitos de alto valor teórico.

Las circunstancias de los filósofos condicionan la propia reflexión. Lógicamente la influencia es gradual y no todo el pensamiento de un autor es un trasunto de un momento sociohistórico, pero también es cierto que el ideal de un pensamiento filosófico ahistórico se nos muestra inasible<sup>3</sup>.

Esta cuestión se radicaliza en las reflexiones sobre la usurpación, el ejercicio opresivo del poder, el derecho a resistir o los medios lícitos. Cada pensador tiene en mente una forma de opresión determinada, una resistencia que considera modélica o unos medios adecuados, así como un reverso inaceptable de todo ello.

No se pretende afirmar que las reflexiones sobre la resistencia al poder opresivo y sobre el derecho a ésta no sean más que escritos de ocasión y que tengan únicamente la validez del caso del que emanan. El hecho de que una elaboración teórica pueda iluminar acciones en otros contextos, nos señala la amplitud teórica y el calado filosófico de esa explicación y su trascendencia respecto del caso que pudo propiciarla.

Más allá de las propias teorías, a lo largo de la Historia de la Filosofía Política se han ido depurando las cuestiones fundamentales en torno al derecho de resistencia, unas cuestiones que aún hoy son respondidas, profundizadas y a las que, con toda seguridad, habremos de incorporar nuevas preguntas a lo largo de los años, consecuencia del cambio de las circunstancias e, incluso, por la modificación de relevantes categorías políticas y sociales.

---

<sup>3</sup> José Ortega y Gasset: *El tema de nuestro tiempo* en José Ortega y Gasset: *Obras completas*. Volumen III. Revista de Occidente. Madrid, 1966. Pág. 199.



## 2. La Antigüedad

### 2.1. Grecia

El nacimiento de la reflexión sobre el hecho político de la resistencia a la opresión del poder coincide con el primer esplendor de la Filosofía en Grecia. Poder pensar abstractamente en la posibilidad de que un gobierno sea o no opresivo exige tener un criterio externo al propio gobierno para medir su ejercicio del poder. La cuestión es dónde encontrar ese criterio externo y que además tuviera validez y reconocimiento más allá de una propuesta en concreto.

Sin establecer un criterio o baremo exterior al poder sobre su propio ejercicio, no cabe hablar de ejercicio opresivo del gobierno al cual resistir. Ciertamente desde la primera rebelión contra un gobierno por su ejercicio que se diera históricamente se ha aceptado implícitamente una comparación entre la realidad del poder con el ideal del poder. Es la radical inadecuación entre realidad e ideal lo que hace tomar la decisión de resistir. Dos fueron las fuentes primigenias de ese marco normativo superior: las normas divinas y las leyes naturales.<sup>4</sup>

El criterio externo para valorar el ejercicio del poder es necesario porque los criterios internos del sistema político son elaborados, en el caso de un gobierno opresivo o tiránico, por el que ejerce el poder que va a ser enjuiciado.

Los sofistas realizaron una de las mayores aportaciones que se ha hecho a la Filosofía Práctica que no es otra que la noción de la existencia de una Ley Natural, situada en un plano diferente de las leyes políticas o positivas. La Ley Natural que queda fuera del alcance del poder político, al no ser un baremo determinado por quien ha de someterse a él<sup>5</sup>. Esta Ley no es únicamente externa a la ley política o positiva, sino que es superior, de forma que la incoherencia entre una y otra no se limita solamente a la consideración de una contradicción, sino que implica que la norma superior abroga a la norma inferior.

---

<sup>4</sup> Guido Fassó considera que hay tres tipos de lusnaturalismo: las normas que proceden de una voluntad, las que proceden de una naturaleza exterior al ser humano y las que son establecidas por la razón humana. Cf. Guido Fassó: *Historia de la Filosofía del Derecho*. Volumen I. Ediciones Pirámide. Madrid, 1982. Págs. 34-35.

<sup>5</sup> Sobre las diferentes perspectivas en la diferencia entre ley y naturaleza: la conexión entre las dos (Antifón), la no conexión (Trasímaco) y la contradicción entre ambas (Calicles). Véase Jacqueline de Romilly: *La ley en la Grecia Clásica*. Biblos. Buenos Aires, 2004. Págs. 65-69. Jacqueline de Romilly: *Los grandes sofistas en la Atenas de Pericles. Una enseñanza nueva que desarrolló el arte de pensar*. Seix Barral. Barcelona, 1997. Págs. 213-232.

En un principio la teoría sofisticada sobre la Ley Natural tenía como finalidad señalar que las leyes positivas son convenciones, históricas y contingentes y que éstas no eran todo el Derecho. Las leyes de la naturaleza y las leyes divinas se dibujaron y establecieron como límites a las leyes positivas. La afirmación de la existencia y superioridad de este orden normativo tenía un problema que solventar: la determinación de su contenido. Las leyes divinas podían ser límites aceptados, pero solamente por quienes reconocían a esos mismos dioses, con lo que desde muy pronto se planteó la dificultad dentro de un mundo religiosamente plural de tener a la normatividad divina como fuente de delimitación del poder político como fuente del Derecho Natural. Se buscaron métodos y principios más universales para dotar de materialidad a las leyes naturales, especialmente dentro de un primer comparatismo jurídico, tanto respecto del Derecho escrito como consuetudinario, así como en los usos de los pueblos y los Estados al relacionarse entre ellos, especialmente en el conflicto bélico.

La duplicidad y la jerarquización de los órdenes normativos (natural y positivo) no únicamente pusieron de manifiesto la posibilidad de invalidez de las normas inferiores, sino la situación en que los individuos, obligados por las leyes positivas, se encontraban al entrar éstas en contradicción con las leyes superiores y perder las positivas su validez. La pérdida de validez implica, empleando terminología contemporánea, la ausencia de juridicidad de la norma y por tanto la obediencia a ésta deja de ser obligatoria. La norma contradictoria no tiene que ser obedecida y el transgresor no puede ser castigado porque no violaría ninguna norma jurídica.

Una de las características fundamentales, como indica Mario Turchetti, de la tiranía es su falta de acomodo absoluto a las leyes<sup>6</sup>. Estando la función legislativa exclusivamente en manos del gobernante, tirano o no, las leyes violadas por el tirano no podían ser las leyes positivas, sino las normas superiores a su poder que, por tanto, también les eran indisponibles.

De tal forma la construcción de una normatividad suprapositiva es el presupuesto al tratamiento teórico de la resistencia a la tiranía o al poder opresivo. Si no hay ninguna norma superior que el gobernante pueda contravenir, todas las normas son válidas independientemente de la materialidad de sus mandatos y el individuo permanece siempre y en toda circunstancia obligado a obedecer.

En *Antígona*, de Sófocles, encontramos una fuente de normatividad distinta y superior a las leyes positivas: las leyes divinas no escritas. Antígona, hija de Edipo, quiere enterrar a su hermano Polínices, muerto mientras participaba en una rebelión; su

---

<sup>6</sup> Mario Turchetti: *Tyrannie et tyrannicide de l'Antiquité à nos jours*. Garnier. París, 2013. Págs. 5-86.

tío Creonte, rey de Tebas, lo prohíbe y ella, siguiendo las leyes religiosas no escritas, entierra a su hermano y, por tanto, contraviene la ley de Tebas y se hace merecedora de un castigo<sup>7</sup>. A partir de este caso concreto, Sófocles nos presenta una reflexión de un alcance que traspasa los límites de la ficción trágica. *Antígona* presenta una problemática parcial de la resistencia contra la opresión del poder, porque no se plantea el fin del reinado de Creonte, ni acción alguna contra el rey más allá que la mera desobediencia de la prohibición de enterramiento. Además en *Antígona* la injusticia vivida es individual, no de un grupo y mucho menos de una comunidad política.

El gran mártir de la Filosofía, Sócrates, presenta una reflexión en sentido contrario. Cuando, como se narra en *Critón* (*Critón*, 49 a-e)<sup>8</sup>, se le ofrece la huida ante su injusta condena a muerte, contesta que la peor injusticia no es esa condena ni las leyes que la sostienen, sino la desobediencia a la ley. Una injusticia no es contrarrestada mediante otra injusticia en sentido contrario, no se anulan, sino que se suman y la injusticia primera es duplicada.

Vemos como un pensador que conocía *Antígona*, y que posiblemente la hubiera visto representar, consideraba que la resistencia en forma de desobediencia era una injusticia que engrandecía la injusticia que la causaba. Si esta es la opinión de Sócrates sobre la desobediencia a una decisión injusta, no cabe inquirir sobre formas de resistencia violenta, que serían rechazadas. Bien puede el maestro de Platón, con este gesto, manifestar que la ley no es convencional, arbitraria y contingente, sino que es la expresión de la Justicia para con la ciudad. La posición socrática es paradójica en una ciudad, Atenas, que había erigido dos estatuas en el ágora a Harmonio y a Aristogitón, los tiranicidas de Hiparco.

La conmoción por la condena y muerte de Sócrates, así como su procedencia social e intelectual, hicieron que Platón considerara que la democracia era el peor de los regímenes posibles.

La tiranía es consecuencia de la democracia, porque un exceso de libertad provoca la reacción de la parte de la sociedad más perjudicada, los ricos, de forma que los pobres tienen que recurrir a un líder y éste es el nacimiento de la tiranía (*República*, 565a-569b<sup>9</sup>). Para Platón no hay reflexión sobre si los ricos o los pobres (*República*, 556e) tienen derecho o no a rebelarse, sino lo trata como un hecho casi mecánico que se da en el proceso de maldad de determinadas formas de gobierno. En el *Político* y en *Las*

<sup>7</sup> Vid. Eusebio Fernández García: "La ética de Antígona. Las leyes no escritas y el error de Creonte" en *Derechos y Libertades*. Núm. 34 (2016). Págs. 17-30.

<sup>8</sup> Platón: Critón en Platón: *Diálogos*. Volumen I. Gredos, Madrid, 1981. Las obras platónicas se citarán de acuerdo con la numeración de Stephanus.

<sup>9</sup> Platón: *La República* en Platón: *Op. Cit.*, Volumen IV.

*Leyes* las leyes tienden a adquirir una materialidad moral y una finalidad en torno a la justicia, que hace que el incumplimiento de las mismas conlleve la quiebra moral.

En Aristóteles encontramos una reflexión sobre la tiranía en un estudio más sistemático y más empírico sobre las causas de las revoluciones. Aristóteles sostiene que el ejercicio del poder (*Política*<sup>10</sup>, 1301a37-1301b2) y la desigualdad en este ejercicio son los motores de las revoluciones (*Política*, 1301a26-31). Identifica una serie de causas de las revoluciones<sup>11</sup>, señala las características del gobierno tiránico (*Política*, 1313a34-1313b32) y propone formas de que el tirano aparente no serlo, realmente no ejerciendo de tirano (*Política*, 1314a29-1315a24). El enfoque de Aristóteles es descriptivo, politológico, tanto que llega hasta a distinguir entre los tiranicidas que buscan salvar su vida y los que no lo buscan y que por ello es seguro que se cobrarán su víctima (*Política*, 1315a24-31). El tirano gobierna por y para sí (*Ética a Nicómaco*, 1134b1 y 1160b1-3<sup>12</sup>) y este gobierno para los gobernantes y no para la ciudad es la nota más representativa de la degeneración de las formas de gobierno y especialmente de la tiranía.

Tanto Platón como Aristóteles consideran que la política debe guiarse por la justicia, pero no tienen una especial consideración acerca de las opciones de los individuos a la hora de enfrentarse a un régimen político injusto y degradado. Entienden que habrá grupos que reaccionen incluso de una forma mecánica como expresa Platón en el “Discurso de la Musas” (*República*, 356a-347b) al que también se refiere Aristóteles (*Política*, 1315b40-1316b27).

Independientemente de la posición de los grandes filósofos que se concitaron en las Atenas clásica, hay que reseñar que el régimen democrático se dotó de una serie de mecanismos judiciales para evitar que se intentase, incluso empleando el propio régimen, subvertir la forma democrática de Atenas. En la ley de la εἰσαγγελία<sup>13</sup> se establecieron acciones judiciales contra quiénes propusieran cambiar los elementos fundamentales de la democracia, las cuales permitían perseguir a los que busquen arruinar el gobierno, a los que participen en la subversión de la democracia, a los que

---

<sup>10</sup> Aristóteles: *Política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. Para las obras aristotélicas, las citas seguirán la numeración de Bekker.

<sup>11</sup> Lucro, honor, soberbia, miedo, afán de superioridad, desprecio, crecimiento desproporcionado (*Política*, 1301a34-43), falta de homogeneidad (*Política*, 1303a25-27), emplazamientos físicos (*Política*, 1303b5-7), disensiones de los grandes (*Política*, 1303b31-33) e injusticia (*Política*, 1311a 22-33).

<sup>12</sup> Aristóteles: *Ética a Nicómaco*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999.

<sup>13</sup> Además de los delitos mencionados había tres procedimientos más que eran denominados εἰσαγγελία y que tenían como objetivo la persecución de la malversación, de la prevaricación en el arbitraje y del maltrato a los huérfanos. D. M. MacDowell: “Eisangelía” en *The Oxford Classical Dictionary*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2012. Pág. 494.

creen una asociación política contra la democracia, a los que rindan ciudades o unidades militares y a los que reciban sobornos<sup>14</sup>.

## 2.2. Roma

La República Romana nació de un acto de resistencia como fue la expulsión de Tarquinio el Soberbio y la sustitución de la figura del rey por la de dos cónsules elegidos por los comicios<sup>15</sup>.

La Monarquía no estaba sometida al pueblo de forma que para los republicanos romanos una magistratura cuyas decisiones no fueran recurribles ante el pueblo sería una monarquía. El sometimiento al pueblo se materializó jurídicamente a través del recurso último y supremo del Derecho Procesal, la *provocatio ad populum*. De esta forma un magistrado que intentara eludir su sometimiento al pueblo procuraría eliminar el derecho de recurso ante el pueblo (*ius provocationis*), de manera que aquí tenemos las primeras concreciones jurídicas de numerosas cuestiones en torno al derecho de resistencia en la República Romana<sup>16</sup>.

Es probable que el origen de la *provocatio ad populum*, el recurso ante la asamblea del pueblo, fuera inicialmente el deseo de ratificación popular de una sentencia dictada por el rey o por los cónsules<sup>17</sup> que se transformó en derecho del encausado de apelar al pueblo.

El sistema republicano fue estableciendo una estructura legal de autoprotección ante los eventuales intentos de restauración monárquica. La *Lex Valeria de provocatione* (300 a.C.<sup>18</sup>) prohibió establecer ninguna magistratura sin el límite de la

<sup>14</sup> Mario Turchetti: *Op. Cit.*, Págs. 105-106. El procedimiento judicial romano paralelo a la εἰσαγγελία ateniense es la *perduellio*, de origen arcaico y que en los tiempos de la expansión imperial por el Mediterráneo se convirtió en el delito de *maiestas*. Véase Juan Pérez Carrandi: *La alta traición en el Derecho Penal romano: de la perduellio a la maiestas*. Tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, defendida 7 de julio de 2017.

<sup>15</sup> Cf. José Manuel Roldán Hervás: *Historia de Roma*. Tomo I. Crítica. Madrid, 1999. Págs. 64-67.

<sup>16</sup> Mantiene Vicente Arangio-Ruiz que hasta la época de los Gracos, segunda mitad del siglo II a.C., la *proditio*, los delitos de tradición no incluidos en la *perduellio* estaban exentos de *provocatio ad populum* eran: incitar a los extranjeros a tomar las armas contra Roma, desertión ante el enemigo, rehuir la inscripción censal que equivalía a no estar disponible para el servicio de las armas y no responder a una movilización. Cf. Vicente Arangio-Ruiz: *Historia del Derecho Romano*. Editorial Reus. Madrid, 1980. Pág. 95.

<sup>17</sup> Arangio-Ruiz considera que la *provocatio* procede del interés político de los reyes y de los cónsules por ver sus sentencias refrendadas por el pueblo. Vicente Arangio-Ruiz: *Ibidem*. Pág. 208. Pérez Carrandi siguiendo a Bernardo Santalucia mantiene que las referencias a la *provocatio* en este contexto es una "incrustación analítica" y por tanto un anacronismo. Vid. Juan Pérez Carrandi: *Op. Cit.*, Pág. 39.

<sup>18</sup> Tito Livio habla de *provocatio* en una ley monárquica para fijar el procedimiento de *perduellio* en un caso del que da cuenta. Tito Livio: *Historia de Roma desde su Fundación*. Gredos, Madrid. Pág. 209. Libro I, 26, 6.

*provocatio*, y que quien lo intentara fuera reo de muerte que cualquiera legítimamente podía ejecutar sin cometer delito<sup>19</sup>.

De esta forma la República Romana da varios pasos decisivos. En primer lugar, realiza una definición de tiranía en términos legales que no es otra que una magistratura sustraída de la *provocatio ad populum*. En segundo lugar, reconoce a la *provocatio ad populum* como un poder supremo, en cuanto que es el último recurso en un procedimiento y, además, en tercer lugar, es el mecanismo de garantía por parte del pueblo de que la acción de los magistrados no va a escapar a su control, no pudiendo los magistrados ejercer su poder contra el mismo pueblo por medio de acusaciones penales. El cuarto punto es la condena *ex lege* de quien incluso intentare establecer esa monarquía, de forma que hasta el grado de tentativa merece la muerte y además ésta puede ser ejecutada por cualquier ciudadano sin necesidad de sentencia, ya que la condena es *ex ministerio legis*.

El final de la Monarquía y las normas como la referida *Lex Valeria de provocatione* construyeron una mentalidad donde era responsabilidad de cada ciudadano evitar la monarquía, que era el nombre de la tiranía en Roma hasta Cicerón. Célebres magistrados murieron bajo la acusación de querer restaurar la monarquía o, en otras palabras, de querer ser tiranos (Tiberio Graco, Saturnino, Catilina y sus seguidores, y sobre todo Cayo Julio César).

Afirma Pina Polo que, tras los Idus de marzo del 44 a.C., Cicerón intentó proporcionar en *De officiis* una base teórica tanto a los asesinos de César como a los que pudieran advenir, pero siempre hay que tener la cautela de saber que para Cicerón la tiranía era el triunfo de los populares o del gobierno popular (más o menos democrático) y no únicamente un gobierno monárquico en el sentido etimológico. Defendió Cicerón la impunidad de los tiranicidas y el deber del Estado de honrarlos e incluso convierte el tiranicidio en un deber. Teorizó el tiranicidio preventivo fundado, como manifiesta Pina Polo, más en aspectos subjetivos (*suspicio*, *cupiditas* o *adfectatio regni*) que en comportamientos objetivos, abriendo obviamente la puerta, a la eliminación de los oponentes políticos *sub tyranni specie*<sup>20</sup>.

Hay que señalar que el Derecho Romano abrió una vía respecto del derecho de resistencia que ha tenido continuidad histórica: declarar al tirano enemigo público. A un enemigo del pueblo (*hos Populi Romani*) se le puede hacer justamente la guerra, se

<sup>19</sup> José Javier de los Mozos Touya: "La 'provocatio ad populum' como garantía jurídica del ciudadanos romano y manifestación de cohesión social" en *Helmántica. Revista de Filología Clásica y Hebrea*. Vol. 45 Núms. 136-138 (1994). Págs. 177-188.

<sup>20</sup> Francisco Pina Polo: "El tirano debe morir: el tiranicidio preventivo en el pensamiento político romano" en *Actas y Comunicaciones del Instituto de Historia Antigua y Medieval*. Volumen 2 (2006).

suspende la legislación ordinaria y los derechos civiles (*inter armas enim silent leges*), encontrándose esta lucha contra los tiranos exenta de la penalidad de los delitos ordinarios, pues la actuación sería subsumible dentro de *ius in bello*<sup>21</sup> o como legítima defensa o guerra defensiva. Este procedimiento se instrumentalizaba a través de un *Senatus consultum ultimum* que era más una declaración de apoyo político que un acto legal del Senado, pero que era suficiente como para ignorar el *ius provocationis* y poder ser exonerado en un ulterior proceso penal<sup>22</sup>.

Entre los romanos el enfoque es más descriptivo que normativo, es decir, se detienen más en las causas que provocan la resistencia al poder que en la valoración si las circunstancias habilitantes a esa resistencia. No quiere decir que no haya reflexión, sino que ésta se encuentra implícita al afirmar que alguien es un tirano y que la tiranía es la causa de la resistencia, un *factum* que se muestra casi evidente. El mayor esfuerzo teórico podemos encontrarlo en las caracterizaciones de la tiranía que, en su conjunto, constituirían las causas habilitantes para el ejercicio de la resistencia.

El periodo que va desde la dictadura de Lucio Sila hasta el fin de la dinastía Flavia, con la muerte de Domiciano, está lleno de acusaciones de tiranía, así como de acciones de resistencia armada y de tiranocidios como son el asesinato de Julio César, de Calígula, de Claudio, de Nerón o de Domiciano, obviando el año intermedio entre Nerón y Vespasiano, de forma que podemos afirmar que frecuentemente la resistencia había dejado de ser un recurso extraordinario para convertirse en el procedimiento más habitual de cambiar un gobernante, especialmente en el Alto Imperio.

Los historiadores romanos reflejan posturas, por lo general, defensoras de la República, lo cual significa que sus valores y teoría política subyacente estaban mucho más cercanos a la aristocracia senatorial, a sus líderes y a la filosofía estoica<sup>23</sup>, que a la plebe, a los líderes del movimiento popular y a cierto Epicureísmo social y popular<sup>24</sup>. Con la excepción de Salustio, hemos recibido la versión histórica y la valoración política de los *optimates*.

---

<sup>21</sup> El *ius in bellum* o *ius ad bellum* es el derecho a ir a la guerra. El *ius in bello* es el Derecho que rige dentro del conflicto bélico.

<sup>22</sup> Álvaro d'Ors y Pérez-Peix: "Cicerón, sobre el estado de excepción" en *Cuadernos de la Fundación Pastor*. Núm. 3 (1961). Pág. 20. Antonio Duplá Ansuategui: "El "senatus consultum ultimum": ¿medida de salvación pública o práctica de depuración política?" en *Latomus* 49 (1990). Págs. 75-80. María José Hidalgo de la Vega: "Uso y abuso de la normativa constitucional en la República tardía: el 'Senatus consultum ultimum' y los 'imperia extra ordinem'" en *Studia Historica. Historia antigua*. Núm 4-5. (1986-1987). Págs. 79-99.

<sup>23</sup> Plutarco afirma que Bruto, además de por el impulso de la tradición familiar, fue impelido por su formación filosófica al asesinato de Julio César: Salvador Mas Torres: *Pensamiento romano. Una historia de la filosofía en Roma*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Págs. 484-485.

<sup>24</sup> Los *optimates* o aristócratas se identificaron con el pensamiento estoico, con Catón como gran representante romano, mientras que los populares se identificaron con los epicúreos. Vid. Salvador Mas Torres: *Epicuro, epicúreos y el epicureísmo en Roma*. UNED. Madrid, 2018. Págs. 363-410.

La idea ciceroniana de que el gobierno tiránico era aquel que arrebatava a la aristocracia senatorial su papel prominente en el gobierno del Estado está presente en pensadores e historiadores de tiempos del Principado, llegando incluso a la época de los Antoninos.

Lucio Anneo Séneca, en el contexto de la Casa Julio-Claudia<sup>25</sup>, afirma que la principal diferencia entre el rey y el tirano es la clemencia, pues el rey es clemente y el tirano es cruel<sup>26</sup> y será esa crueldad la perdición de los tiranos, la inmoderación<sup>27</sup> y la pérdida de incentivos<sup>28</sup> para someterse lleva necesariamente a la revuelta armada o al tiranicidio<sup>29</sup>. Lo que más temían los aristócratas, que en definitiva eran quiénes estaban en derredor del Príncipe era la cólera y la crueldad de éste, así como la admisión a los entornos del poder de personas de otras posiciones sociales. Séneca le avisa a Nerón que ser cruel o colérico le acarreará el fin. El tratamiento de Séneca de la relación entre la opresión y la resistencia se funda en una relación directa entre opresión y resistencia, hasta el punto de caber la lectura en términos de necesidad, es decir, siempre que haya opresión, terminará haciendo resistencia.

Suetonio, ya en tiempos de Adriano, insiste en la vida de varios de los césares en su grandeza cuando gobernaron con el Senado y en su tiranía cuando gobernaron sobre el Senado, siguiendo la misma línea de pensamiento que Cicerón o Séneca<sup>30</sup>. Tácito describe, al inicio de sus *Anales*, cómo los aristócratas y el pueblo sonrían mientras asumen el fin de las libertades republicanas y el inicio de una monarquía tiránica<sup>31</sup>, haciéndose imposible el equilibrio entre elementos unipersonales y los elementos fundamentales de la República<sup>32</sup>. Marco Aurelio, que como Thomas Jefferson fue

---

<sup>25</sup> Séneca ignora los subterfugios políticos para hablar de monarquía, sin recurrir a ninguna apariencia republicana. Piensa que el régimen de los Césares es una monarquía en la que estos acumulan todo el poder y considera que la monarquía de los Césares es útil, necesaria y honesta, aunque como estoico su ideal sea la desaparecida República. Vid. Lucio Anneo Séneca: *De Clementia* en Lucio Anneo Seneca: *Moral Essays*. Volume 1. Loeb Classical Library. Londres y Nueva York, 1928. Pág. 368 Libro I 4.2 y Antonio Fontán: "La monarquía en Séneca" en *Gerión*. Núm. Extra 2 (1989). Págs. 219-246.

<sup>26</sup> Lucio Anneo Séneca: *De clementia. Op. Cit.*, Págs. 358 y 372 Libro I 1.3-4 y 5.5.

<sup>27</sup> *Ibidem*, Págs. 380 y 393-394 Libro I 8.6 y 12.4-5.

<sup>28</sup> *Ibidem*, Pág. 406 Libro I 17.1. La falta absoluta de perspectiva en la mejora de las condiciones de vida de los esclavos, así como la falta de esperanza de equiparación política entre los aliados itálicos y Roma pueden ser vistas como causas de las numerosas rebeliones esclavas y guerras serviles del siglo I a.C., así como las "guerras sociales" de la misma época. Cf. Juan Luis Posadas: *La rebelión de Espartaco*. Silex. Madrid, 2012. Págs. 21-33.

<sup>29</sup> Lucio Anneo Séneca: *De clementia. Op. Cit.*, Págs. 370, 411-412, 422-424 Libro I 5.2, 19.5 y 25.2-3.

<sup>30</sup> Mariano Bassols de Climent: "Introducción" en Cayo Suetonio Tranquilo: *Vida de los doce Césares*. CSIC. Madrid, 1990. Págs. XL-XLII.

<sup>31</sup> Cornelio Tácito: *Anales*. Gredos. Madrid, 1979. Págs. 44-54. Libro I.1-8.

<sup>32</sup> José Luis Moralejo: "Introducción" en Cornelio Tácito: *Anales*. Gredos. Madrid, 1979. Pág. 17.



pensador y político, se remite a los caracteres del tirano<sup>33</sup> y busca la primacía del alma y de la libertad interior frente al mundo siguiendo los pasos de Epicteto<sup>34</sup>.

### 3. La Edad Media

El periodo medieval es cronológicamente muy amplio y se entrecruzan circunstancias y temáticas diferentes. Esta presentación insistirá más en los aspectos temáticos y en la influencia que en un decurso cronológico, de forma que la Guerra de las Investiduras y el Cisma de Occidente, que cubren varios siglos, son tratados con anterioridad a autores que vivieron dentro de su periodo. De entre los cientos de autores medievales hemos destacados los que han tenido una mayor influencia en los desarrollos posteriores que desembocaron en el siglo XVIII.

#### 3.1. Judaísmo

El Cristianismo constituye la novedad histórica y cultural que caracteriza el tránsito desde la Antigüedad a la Edad Media en Europa Occidental. La otra novedad es la desaparición del Imperio Romano, al menos de la autoridad imperial al oeste de la Península Itálica<sup>35</sup>. El Cristianismo apareció en el seno del Judaísmo, una religión semítica que pertenecía a una cosmovisión diferente de las tradiciones grecorromanas, de la que se desmembraría en pocas décadas<sup>36</sup>. El Judaísmo se inserta culturalmente en Occidente a través del Cristianismo cuyas escrituras sagradas fueron completadas con las escrituras sagradas de los cristianos, de cuya revelación se concibe como plena realización.

La primera organización del pueblo judío sobre Palestina se hizo sobre bases tribales. Las tribus israelitas eran independientes y únicamente se unían con ocasión de una amenaza común. Los líderes carismáticos que de vez en cuando unían a las tribus israelitas bajo su mando son conocidos con el nombre de los “jueces”. El poder

---

<sup>33</sup> Marco Aurelio: *Meditaciones*. Gredos. Madrid, 1977. Págs. 51, 65-66. Libro I.11 y Libro III.16.

<sup>34</sup> Salvador Mas Torres: *Pensamiento romano. Una historia de la filosofía en Roma. Op. Cit.*, Págs. 481-513.

<sup>35</sup> El historiador belga Henri Pirenne mantuvo la tesis de que la estructura tardorromana sobrevivió en Italia, la Galia e Hispania más allá del 476 d.C., pues ya *de facto* los territorios eran gobernados por pueblos romanos. Señala que tras la destitución de Rómulo Augustulo y su no sustitución por un nuevo emperador, los reyes germánicos continuaron pagando su tributo a los emperadores de Oriente en reconocimiento de una *dominatio*, más formal que material, sobre la totalidad del territorio del Imperio en Occidente. Igualmente sostiene que la estructura social y económica no varió sustancialmente, salvo quizá en las relaciones jurídicas entre los miembros de los pueblos germánicos. Vid. Henri Pirenne: *Mahoma y Carlomagno*. Alianza. Madrid, 2008.

<sup>36</sup> Gerd Theissen: *La religión de los primeros cristianos*. Sígueme. Salamanca, 2002. Págs. 39-194.

carismático de los jueces era de origen divino, aunque no tenía vocación de permanencia, era un poder “ad hoc”<sup>37</sup>.

La Biblia explica el establecimiento de una monarquía por el deseo de los israelitas de parecerse a los pueblos vecinos, haciendo indefinida la unión tribal y teniendo un jefe permanente, el rey. El profeta Samuel, que representa a la divinidad en todo el relato, les expone a los israelitas una muestra de los vicios típicos de las monarquías coetáneas (1 Samuel 8, 10-17) para enseñarles cuál suele ser el comportamiento de los reyes y cuáles son los problemas que tener un rey les traería<sup>38</sup>.

La monarquía israelita era vista tanto como una monarquía elegida por Dios, como fruto del acuerdo entre las tribus que componían el Reino, de forma que la lucha por hacer de Jerusalén el único centro cultural era uno de los elementos fundamentales del proceso de consolidación de la monarquía realizada por el tercer monarca, Salomón. La tensión religioso-política no se circunscribía únicamente a la cuestión del templo, sino que se extendía al sincretismo con las formas religiosas de los pueblos vecinos y las regiones cercanas.

La ruptura de la unidad política y la división de la monarquía davídica en dos reinos se atribuye a las cargas tributarias y a la infidelidad religiosa. Numerosos episodios pueblan el Antiguo Testamento en los que la infidelidad religiosa de los reyes es castigada políticamente en forma de rebelión o con la pérdida de la corona<sup>39</sup>.

Los israelitas fueron un pueblo rico en líderes carismáticos. Como ha se ha referido, antes de los reyes, hubo jueces suscitados por Dios para dirigir al pueblo en los momentos en los necesitaba una guía unitaria y antes y después continuó existiendo un segundo tipo de enviados de Dios que juegan un papel fundamental: los profetas. Estos portaban los mensajes de Dios al pueblo elegido y como tales portadores se constituían en una instancia ajena al poder regio y que, además, era depositaria de una autoridad superior a la de los reyes<sup>40</sup>. Los profetas eran los instrumentos de Dios para confirmar a los reyes, para corregirles y decirles que su comportamiento no se adecuaba a la normatividad suprapositiva que, para ellos, estaba en la ley y en la palabra de Dios transmitida por medio de los profetas<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Roland de Vaux: *Instituciones del Antiguo Testamento*. Herder. Barcelona, 1976. Págs. 140-141.

<sup>38</sup> La elección de un rey es presentada en el primer libro de Samuel como una infidelidad *per se* a Dios. Véase José Luis Sicre: *El primer libro de Samuel*. Herder y Ciudad Nueva. Barcelona y Madrid, 1997. Págs. 69-78.

<sup>39</sup> Véase Gerhard von Rad: *Teología del Antiguo Testamento*. Volumen I: *Teología de las tradiciones históricas de Israel*. Sígueme. Salamanca, 1993. Págs. 412-426.

<sup>40</sup> Abraham J. Heschel: *Los profetas*. Volumen III: *Simpatía y fenomenología*. Paidós. Buenos Aires, 1973. Págs. 315-326. José Luis Sicre: *El profetismo en Israel*. EVD. Estella, 1998. Págs. 142-143.

<sup>41</sup> John Bright: *La Historia de Israel*. Desclée de Brouwer. Bilbao, 2003. Págs. 318-319.

### 3.2. Cristianismo primitivo y patrística

Los escritos cristianos, contenidos en el Nuevo Testamento, dan la impresión de que el naciente Cristianismo es una religión que no tiene una teología política explícita, ya que el poder político y las relaciones de los cristianos con el poder político no fue un aspecto destacado hasta que el Cristianismo se extendió por el mundo gentil.

Pablo de Tarso ordena obediencia (Romanos 13, 1-7), Pedro niega cualquier derecho a resistir (1 Pedro 2, 13-16), mientras que en los Evangelios encontramos la separación entre lo religioso y lo político (Marcos 12,17; Mateo 22, 21; Lucas 20, 25 y Juan 18, 36) y la afirmación de que todo poder, incluso el de un procurador romano, procede de Dios (Juan 19, 11). En los Hechos de los Apóstoles (Hechos 5, 29) se encuentra el principal fundamento neotestamentario a la resistencia en cuanto se manda primero la obediencia a Dios y luego la obediencia a los hombres, de forma que la contradicción entre dos mandatos, uno divino y otro humano, ha de terminar en la desobediencia al mandato humano para preferir el mandato divino.

Pese al mandato paulino y petrino y al reconocimiento joánico de la procedencia divina de la autoridad, la práctica de los cristianos se fundará en los esbozos de la Teología política del Evangelio de Lucas en el sentido de reconocer dos ámbitos (Dios y el César) y la obediencia a la Ley de Dios en caso de contradicción entre el César y Dios. Por ello los cristianos se negaron a cumplir con determinadas exigencias del culto imperial romano y hubieron de asumir las sanciones penales que se derivaban de tal incumplimiento, empleando evidentemente la desobediencia como forma de resistencia a los mandatos inasumibles del poder.

El Cristianismo en sus primeros siglos no pretendió elaborar una Teología Política y su posición respecto del poder era consecuencia de la postura que el propio poder tomaba respecto del Cristianismo. Solamente cuando colapsaron el sistema imperial romano y sus narrativas, el Cristianismo asume tanto la construcción de una Teología Política, cuando participa en el ejercicio del poder<sup>42</sup>, de modo que las cuestiones propias de la reflexión política comienzan a formar parte del pensamiento cristiano<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> José Luis Villacañas Berlanga: *Teología política imperial y comunidad de salvación cristiana. Una genealogía de la división de poderes*. Trotta. Madrid, 2016. Págs. 363-374.

<sup>43</sup> La tesis de Carl Schmitt según la cual los principales conceptos políticos de la Modernidad son la secularización de conceptos teológicos ha tenido una amplia extensión y aceptación. Schmitt mantuvo una fuerte polémica con Erik Peterson sobre ese punto de su pensamiento y éste último le rebatió en una pequeña pero interesante obra indicando justamente lo contrario: los grandes conceptos políticos romanos fueron teologizados por el Cristianismo. Véase Carl Schmitt: *Teología política*. Trotta, Madrid, 2009. Erik Peterson: *El monoteísmo como problema político*. Trotta. Madrid, 1999. Merecen

Dos mayores aportaciones de ese conjunto de teólogos y pensadores, que son los Santos Padres, a la Filosofía Occidental la encontramos en Agustín de Hipona y en Isidoro de Sevilla.

Agustín en *De civitate Dei* muestra la existencia de dos ciudades, de dos formas comunitarias. Una encaminada a la trascendencia, a la *παρουσία*, y otra encerrada en el *amor sui*, en la inmanencia. Agustín potencia una división negativa del Imperio Romano, Estado que en un principio lo consideraba un medio excelente para el Evangelio<sup>44</sup>; este cambio viene del conflicto entre los cristianos y las élites que reclaman una vuelta a la “romanidad pagana”<sup>45</sup>. El Estado es consecuencia de la caída en el pecado original, pero no por ello malo. Niega que la justicia sea el valor central del Estado, al modo de los autores romanos, primando Agustín a la concordia y al amor<sup>46</sup>, frente a la búsqueda de la grandeza y los vicios que la acompañaban en la élite romana<sup>47</sup>.

Isidoro de Sevilla, además de su papel intelectual y religioso, tuvo una gran influencia política en el reino de los Visigodos. Este santo padre sintió la necesidad de estabilidad política en medio de las constantes luchas por el poder en un marco institucional donde la sucesión regia no estaba fijada con claridad. San Isidoro inspiró el celeberrimo canon LXXV del IV Concilio de Toledo para establecer reglas de la elección de un nuevo monarca, constituyéndose el seguimiento de esta norma en el título que distinguía al monarca legítimo del usurpador<sup>48</sup>.

Isidoro en la *Etimologías* establece una definición que hará historia: “Rex eris, si recte facias; si non facias, non eris”<sup>49</sup> e indica que dos son las virtudes de un rey, justicia y piedad, siendo la segunda más popular que la primera por la severidad que la justicia puede conllevar<sup>50</sup>. Describe al tirano en términos de crueldad, impiedad e inmoderación,

---

especialmente atención el epílogo de José Luis Villacañas Berlanga, titulado “La leyenda de la liquidación de la Teología Política”, a la obra de Schmitt y el “Estudio preliminar” de Gabino Uríbarri Bilbao a la breve pero axial obra de Peterson.

<sup>44</sup> Saturnino Álvarez Turiendo: “El pensamiento político de San Agustín en su contexto histórico-religioso” en Pedro Roche Arnas (coord.): *El pensamiento político en la Edad Media*. Fundación Ramón Areces. Madrid, 2010. Pág. 56.

<sup>45</sup> Peter Brown: *Biografía de Agustín de Hipona*. Revista de Occidente. Madrid, 1970. Pág. 404.

<sup>46</sup> Saturnino Álvarez Turiendo: *Op. Cit.*, Pág. 62.

<sup>47</sup> Peter Brown: *Op. Cit.*, Págs 404-405.

<sup>48</sup> Cf. Juan Tejada y Ramiro (ed.): *Concilios de la Iglesia Española*. Tomo I. Imprenta Anselmo S<sup>a</sup> Coloma y Compañía. Madrid, 1850. Págs. 311-314. El hecho de que fuera el primero de los que firmó los cánones del Concilio indica su preeminencia sobre los restantes participantes.

<sup>49</sup> Isidoro de Sevilla: *Etimologías*. IX.3.4. De acuerdo con la traducción de Oroz y Marcos (BAC. Madrid, 2004. Pág. 755) es “serás rey si obras con rectitud; si no obras así, no lo serás”.

<sup>50</sup> *Ibidem*. IX.3.5.

aunque el arzobispo sevillano no propone ninguna forma de resistencia, ya que asume que si el rey es una bendición de Dios, el tirano es un castigo de Dios por los pecados<sup>51</sup>.

Paralelamente al mundo latino y occidental donde finales del siglo V ya no había autoridad imperial, en Oriente seguía existiendo el Estado Romano. El Imperio Bizantino adoptó deliberadamente y sin disfraz la forma de una monarquía autocracia, con fuertes matices de monarquía sagrada<sup>52</sup>. No cabía la resistencia al emperador pues era sinónima de resistencia a Dios que expresaba su elección en la convergencia entre el pueblo, el Senado y el ejército<sup>53</sup>. Pero la Historia de Bizancio tuvo periodos de continuos golpes de Estado, sublevaciones, deposiciones, usurpaciones y cambios dinásticos, de forma que esta teoría monolítica se tuvo que transformarse en providencialismo, es decir, la afirmación de que si un pretendiente obtenía el poder pese a las dificultades, la mera toma del poder era por sí misma prueba de la elección de Dios y por tanto el usurpador devenía en emperador legítimo<sup>54</sup>.

### 3.3. La quiebra interna de la Cristiandad

En Occidente el Imperio no era una entidad con poder sobre el antiguo territorio romano, sino una organización que tenía poder real sobre Europa Central y dentro de esta región con salvedades importantes. El Papa mantenía un poder espiritual y temporal independiente del Imperio, de forma que en Occidente no se daba la monocracia propia del Imperio Bizantino, donde el emperador lideraba lo político y controlaba igualmente lo religioso al ser él quién podía elegir al jefe de la Iglesia en Oriente: el patriarca constantinopolitano.

El poder en el antiguo Imperio de Honorio fue ejercido por los pueblos ajenos a la tradición grecorromana: los pueblos germánicos. Estos importaron su concepción del Derecho y específicamente de la relación entre gobernantes y gobernados<sup>55</sup>. El rey debía su poder a la elección por parte del pueblo y asimismo contar con su apoyo en el

---

<sup>51</sup> Francisco Elías de Tejada: "Ideas política y jurídicas de San Isidoro de Sevilla" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Septiembre (1960) [separata]. Págs. 26-29.

<sup>52</sup> Una visión alternativa podemos encontrarla en Anthony Kaldellis: *The Byzantine Republic. People and the Power in the New Rome*. Harvard University Press. Cabrdge (Ma.) y Londres, 2015.

<sup>53</sup> D. M. Nicol: "Byzantine political thought" en J. H. Burns (ed.): *The Cambridge History of Medieval Thought c. 350-c. 1450*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007. Págs. 51-79.

<sup>54</sup> Franz Georg Maier: *Bizancio*. Siglo XXI. México y otros, 1974. Págs. 16-17.

<sup>55</sup> La principal influencia del Derecho Germánico fue en el ámbito del Derecho Público y no tanto en el Derecho Privado, dado que los habitantes romanos de su territorio que seguían rigiendo por el Derecho Romano, al menos en los primeros siglos. En España, por ejemplo, hubo una cesura entre las regulaciones jurídico-privadas creándose un sistema para los visigodos y otro para los hispanorromanos hasta que las sucesivas obras legislativas terminaron siendo de igual aplicación para las dos comunidades.

ejercicio del poder (pacto implícito a la elección<sup>56</sup>). Si no lo hacía o se apoyaba únicamente en un sector, entonces los restantes quedaban habilitados para abandonar al rey, elegir un nuevo rey y resolver la existencia de dos reyes por el modo más conveniente, generalmente la guerra. En la Alta Media Edad surge una teoría eclesiástica de la resistencia, puramente jurídica, que establece reglas y sobre todo un procedimiento para la declaración formal de la deposición del monarca, aunque no oculta que lo más probable sea que la ejecución de la sentencia igualmente requiera una guerra. Ambas formas de resistencia coexistieron práctica y teóricamente, porque una se encontraba fundada en la práctica consuetudinaria de los germanos y la otra en la reflexión jurídico-canónica<sup>57</sup>.

Fueron dos profundas crisis las que sirvieron para que los pensadores medievales se planteasen cuestiones relativas al origen del poder, funciones, límites del poder y posibilidades ante un ejercicio desmedido o tiránico. Estas dos crisis fueron la Guerra de las Investiduras y el Cisma de Occidente.

La Guerra de las Investiduras tuvo su origen en la capacidad o incapacidad del emperador romano-germánico para conferir beneficios eclesiásticos y feudos religiosos a preladados sin la anuencia del Papa. Tanto los emperadores como los papas recurrieron a la consideración de que la otra instancia se había extralimitado en sus funciones y que había incurrido en causa inhabilitante para continuar en su cargo<sup>58</sup>, específicamente la herejía<sup>59</sup>, de forma que se procedía a declarar su deposición y a realizar una nueva elección, quedando los súbditos relajados de la obligación de obediencia al emperador o papa depuesto<sup>60</sup>. En un sentido estricto la resistencia al gobernante solamente sería tal hasta su deposición, mientras que desde entonces sería un *ius in bellum* respecto a quien pretende serlo sin derecho<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Para el desarrollo del pactismo y del contractualismo medieval puede verse Mario Ascheri: "The Roots of Resistance: Medieval Contractualism" en *Progressus. Rivista de Storia*. Núm 1 (2014). Págs. 1-7.

<sup>57</sup> Sobre estos dos conceptos y su interacción véase Fritz Kern: *Los derechos del rey y los derechos del pueblo*. Rialp. Madrid, 1955. Págs. 140-187.

<sup>58</sup> Entre los pueblos germánicos la resistencia tenía por causa situaciones diferentes al haber roto el poder limitado de acuerdo con el Derecho Consuetudinario. Algunas de estas causas eran personales o políticas tales como la incapacidad, la cobardía, la inhabilidad política o desastres naturales o epidemias que probasen la *ira deorum*. *Ibidem*, Págs. 147-148.

<sup>59</sup> La consagración de los reyes y de los emperadores implica que el monarca lo era por Derecho Divino, esto es, que el oficio del rey es un ministerio de la Iglesia como el sacerdocio lo es, de forma que es indisponible. Los defensores de los emperadores dedujeron de esta situación la inatacabilidad del monarca dentro de la propia Iglesia, mientras que los que defendían la posición papal mantuvieron que la consagración hacía al Emperador dependiente del Papa, que es la cabeza de la Iglesia. En todo caso esta consideración del oficio del Emperador como ministerio dentro de la Iglesia le hacía débil ante la acusación de herejía, dado que un hereje no puede desarrollar un ministerio dentro de la Iglesia. *Ibidem*. Págs. 68-123.

<sup>60</sup> *Ibidem*. Págs. 181 y 190.

<sup>61</sup> Juan Bodino mantiene esta postura respecto al Imperio al indicar que en Alemania no hay una monarquía, pues el emperador solamente tiene los atributos externos pero no el poder de un

La resolución de la Guerra de las Investiduras no eliminaría los conflictos entre Imperio y Papado y fue por ello que encontraremos autores posteriores (como Guillermo de Ockham, Marsilio de Padua, Juan Gerson o Juan de París) que ahondaron en la temática de la resistencia precisamente como consecuencia de su compromiso personal y/o institucional con alguna de las dos instituciones. Se abren cuestiones tales como los límites del poder, la influencia de la condición personal del gobernante en su perdurabilidad en el gobierno, las causas para dejar de obedecer y para deponer, el procedimiento a seguir, la ejecución de las decisiones o la titularidad de ese derecho de resistencia.

El 26 de marzo de 1378 muere en Roma el Papa Gregorio XI, que había devuelto a residir en Roma, abandonando la ciudad de Aviñón. El 8 de abril el hasta ese momento arzobispo de Bari, Bartolomeo Prignano, es elegido Papa y toma el nombre de Urbano VI. El Cónclave se celebró rodeado de un ambiente popular sofocante exigiendo la elección de un pontífice romano o al menos italiano, lo cual los romanos consideraban garantía suficiente de que los papas no volverían a Aviñón, sino que permanecerían en Roma. Desde los primeros días de su pontificado, Urbano VI no resultó ser del agrado de los cardenales que lo habían elegido. Los cardenales participantes en el Cónclave manifestaron que la elección estaba viciada por el miedo al asalto de las masas romanas si elegían a alguien que no las satisficiera. Estos cardenales declararon nula la elección de Urbano VI y el 20 de septiembre estos cardenales eligieron a Roberto de Ginebra como Papa, quien adoptó el nombre de Clemente VII<sup>62</sup>. Comienza el Cisma de Occidente.

En la Edad Media el Cisma de Occidente representó un momento político, y no solamente religioso, sumamente complejo, pues se discutió quién tenía el poder último y de emergencia en la institución que confería sentido a la existencia personal, colectiva y política de Europa.

Fue la autoridad temporal de cada territorio la que decidió cuál era para ella el papa legítimo y a éste se adhirieron, dividiéndose la Iglesia de Occidente en dos obediencias, la romana y la aviñosesense, ya que los opositores a Urbano VI habían retornado el Papado a Aviñón<sup>63</sup>. En enero de 1394 una asamblea de profesores y académicos de la Universidad de París sintetiza en tres las posibles vías de solución: la *via cessionis* según la cual los dos papas debían abdicar y procederse a la elección de un

---

emperador. La soberanía del Imperio está en manos de los electores, de trescientos príncipes y de los embajadores de las ciudades. Juan Bodino: *Les six liures de la République*. Jacques du Puys. París, 1577. Págs. 211-229 Libro II. Capítulos IV-V.

<sup>62</sup> Vicente Ángel Álvarez Palenzuela: *El Cisma de Occidente*. Rialp. Madrid, 1982. Págs. 58-75.

<sup>63</sup> *Ibidem*, Págs. 75-92.

nuevo y único; la *via compromissi* que implicaba la discusión de los derechos de cada uno por un tribunal arbitral; y finalmente la *via concilii* que consistía en someter la decisión a un concilio ecuménico como máxima instancia de la Iglesia. Los profesores de París rechazaron la *via facti* o solución militar.

El problema que plateaba la *via cessionis* era su dependencia de la voluntad y buena fe de cada obediencia para conseguir una abdicación voluntaria, y por tanto válida. La *via compromissi* era impracticable porque todo lo necesario para llevarla a cabo era impracticable desde la elección de los árbitros, el procedimiento, el laudo y la ejecución de éste. Finalmente, la *via concilii* era la preferida de quienes defendían la primacía del Concilio sobre el Papa y a las dificultades y cuestiones jurídicas, políticas y prácticas provocadas por el Cismo se añadía una profunda polémica teológica.

Los reyes intentaron, dentro de cada obediencia, convencer de que abdicaran sus respectivos papas, pero nada consiguieron. En 1398 una asamblea de clérigos franceses, convocada por el rey, decidió sustraer la obediencia de Benedicto XIII, sucesor de Clemente VII, por gobernar contra el bien de la Iglesia, que no era otro comportamiento sino imposibilitar la unidad imposibilitada por su negativa a abdicar. Francia decidió sustraer la obediencia, en lo que le siguió Castilla y Navarra, aunque Aragón, Escocia o Saboya continuaron bajo la obediencia de Benedicto XIII.<sup>64</sup>

Los fracasos de todas las negociaciones llevaron a un grupo de cardenales, de ambas obediencias, a convocar con apoyos de autoridades seculares un concilio en Pisa con la finalidad de juzgar, deponer y elegir un nuevo papa. Este primer concilio, en 1409, se edificó sobre la doctrina del Conciliarismo<sup>65</sup> que, como hemos indicado, defendía la superioridad del Concilio al Papa que contó con destacados representantes como Juan de París, Marsilio de Padua o Guillermo de Ockham. Independientemente de consideraciones eclesiológicas, el Conciliarismo introdujo el principio germánico del pacto dentro de la Iglesia y proporcionó un procedimiento y un tribunal, de acuerdo con la mentalidad canonista, para resolver jurídicamente esas diferencias. Aunque Pisa fracasara, un segundo Concilio, el de Constanza en 1413, fue el que resolvería el cisma con la destitución eficaz de los papas aviñonense y pisano y la renuncia del papa romano, precedidas de una general sustracción de obediencia.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*. Págs. 145-151.

<sup>65</sup> Sobre el Conciliarismo véase Evangelista Vilanova: *Historia de la Teología*. Volumen II: *Prerreforma, Reformas y Contrarreformas*. Herder. Barcelona, 1989. Págs. 40-44. Quentin Skinner: *The Foundations of Modern Political Thought*. Volume 2: *The Age of Reformation*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2004. Págs. 114-123. Francis Oakley: *The Conciliarist Tradition. Constitutionalism in the Catholic Church 1300-1870*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2003.



El Cisma de Occidente había llevado a la Iglesia a una situación límite al no ser capaces sus cabezas de reintegrar la unidad y sufrieron por ello, a lo largo de un proceso histórico dilatado, la resistencia de quiénes en primera instancia les habían reconocido. Una resistencia basada, ya en Constanza, no en la herejía sino en un mal gobierno que perpetuaba el Cisma<sup>66</sup>.

El Concilio de Constanza, cuyo gran posibilitador fue el emperador Segismundo, se alineó con la doctrina imperial contra la papal. Por ello aprobó la condena de todas las doctrinas que justificaban el tiranicidio, que no la resistencia activa<sup>67</sup>. El tiranicidio había sido el fantasma al que los emperadores habían combatidos en sus múltiples conflictos con los papas y, en ese momento, con un Papado absolutamente desprestigiado, el Imperio que consiguió tanto resolver el Cisma, como una declaración doctrinal sumamente favorable.

### 3.4. Autores en las puertas de la Modernidad

Los autores que vamos a tratar a continuación son contemporáneos de muchos de los acontecimientos narrados y mantienen un debate intelectual intenso con los autores medievales, pues ellos mismos lo son. La diferencia es que en Bartolo de Sassoferrato y en Marsilio de Padua encontramos rasgos de Modernidad<sup>68</sup>, específicamente cierta tendencia a la secularización, además de cuestiones comunes con los autores medievales tales como la cuestión de si la primacía en la Iglesia le correspondía al Concilio o al Papado, como antes se ponía de manifiesto.

Si un autor ha influido decisivamente en la configuración interna de la teoría sobre la resistencia ha sido Bartolo de Sassoferrato. En su *Tractatus de Tyrannia*<sup>69</sup> distingue entre la tiranía *ex defectu tituli* y la tiranía *ex parte exercitii*. La primera tiranía, que es la usurpación, fue también denominada posteriormente como tiranía de origen y la segunda, tiranía de ejercicio.

---

<sup>66</sup> Sobre el Cisma de Occidente véase también. Hubert Jedin: *Manual de Historia de la Iglesia*. Volumen IV. Herder. Barcelona, 1973. Págs. 633-752.

<sup>67</sup> "Quilibet tyrannus potest et debet licite et meritorie occidi per quemcunque vassallum suum vel subditum, etiam per clanculares insidias, et subtiles blanditias vel adulationes, non obstante quocumque praestito juramento, seu confoederatione factis cum eo, non exspectata sententia vel mandato judicis cujuscumque [...] erroneam esse in fide et in moribus, ipsamque tanquam haereticam, scandalosam, et ad fraudes, deceptiones, mendacia, prodiciones, peniuria viam dantem reprobatur pertinaciter doctrinam hanc perniciosissimam asserentes sunt haeretici." Cf. Henricus Denzinger (ed.): *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*. Herder. Friburgo de Brisgovia, 1955. Núm. 690. Pág. 251.

<sup>68</sup> Guido Fassò: *Op. Cit.*, Volumen I. Pág. 199-215.

<sup>69</sup> Bartolo de Sassoferrato: *Consilia, questiones et tractatus*. Lyon, 1582. Págs. 117-119.

Italiano y jurista como Bartolo es Marsilio de Padua. Este autor propone un sistema institucionalizado de resistencia o más bien de corrección. Al legislativo es a quien le corresponde juzgar las acciones graves del príncipe contra la ley y hacerlo a través de un procedimiento también previsto en la ley<sup>70</sup>. De no hacerlo institucionalmente, la situación puede desembocarse en un tumulto *extra legem*. Esta resistencia institucionalizada no debe convertirse en una práctica habitual porque menoscabaría la *auctoritas* del príncipe<sup>71</sup>. Hace la curiosa y muy interesante salvedad de que la repetición de faltas leves sí tiene que ser corregida, porque lo cuantitativo puede pasar a ser un problema cualitativo<sup>72</sup>.

Marsilio de Padua presenta un rasgo de modernidad, casi de contemporaneidad, muy acusado en cuanto que considera que la solución institucional o resistencia institucionalizada es la forma de evitar una resistencia incontrolada. Hay una lucha subyacente entre quiénes son representados en el legislativo y el resto del pueblo, pues los primeros, que son los que se encuentran en una posición social más aventajada, han de evitar que una insurrección general de la mayoría restante acabe con el Estado y lo transforme, y esa prevención llega a través de la corrección al príncipe.

Aquel que llega al poder sin corresponderle de acuerdo con la ley de la comunidad política en cuestión merece el calificativo de “tirano” y la tradición ha sido mucho más expedita con estos tiranos, los usurpadores, que con la otra categoría. En el caso de usurpación, todo individuo tiene derecho a resistir activamente sin tener que recurrir a otra instancia, ni a procedimiento alguno o esperar a que haya un cambio de conducta, como si tendría que hacer en el caso de un tirano con título legítimo.

En una línea argumentativa parecida a la de Marsilio de Padua, otro célebre apoyo intelectual de las pretensiones imperiales, Guillermo de Ockham, mantiene que la comunidad política no es natural<sup>73</sup> en oposición a Aristóteles y a Tomás y requiere del asentimiento de los gobernados y asimismo establece algunas circunstancias donde es aconsejable el cambio de gobernante e incluso de forma política<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Marsilio de Padua: *El Defensor de la paz*. Tecnos. Madrid, 2009. Págs. 338 y 340. Parte I. Capítulo XVIII. Págs. 1 y 4.

<sup>71</sup> *Ibidem*. Parte I. Capítulo XVIII. Págs. 343-344. Pág. 8.

<sup>72</sup> *Ibidem*. Parte I. Capítulo XVIII. Págs. 341-342. Pág. 6.

<sup>73</sup> Orlando Todisco: “Ética y economía” en José Antonio Merino y Francisco Martínez Fresneda (eds.): *Manual de Filosofía Franciscana*. BAC. Madrid, 2004. Págs. 308-310.

<sup>74</sup> Esteban Peña Eguen: *La Filosofía Política de Guillermo de Ockham. Relación entre la potestad civil y la potestad eclesiástica sobre el 'Dialogus, pars III'*. Encuentro. Madrid, 2005. Pág. 221. José Luis Parada Navas: “Teología moral y política” en José Antonio Merino y Francisco Martínez Fresneda (eds.): *Manual de Teología Franciscana*. BAC. Madrid, 2003. Pág. 465.

### 3.5. La resistencia inglesa medieval.

La tradición inglesa influyó de una forma particular e intensa sobre los Padres Fundadores de los Estados Unidos, dada la pertenencia a la misma comunidad cultural e intelectual. Aunque es contemporánea a lo expuesto anteriormente, merece una consideración aparte en virtud de su singular influencia sobre el pensamiento político estadounidense.

En la Edad Media comienza a elaborarse intelectualmente la resistencia en Inglaterra y ello es relevante en cuanto que el pensamiento inglés, lógicamente, es una de las fuentes del pensamiento jeffersoniano. Esta época está marcada por los enfrentamientos entre los reyes ingleses y los arzobispos de Canterbury acerca de la extensión de las mutuas jurisdicciones

Juan de Salisbury representa la continuidad entre los arzobispos Teobaldo de Bec y Tomás Becket, ya que fue secretario de los dos, y vivió la lucha de ambos con Enrique II que llevó al segundo a la muerte. En *Policratus* sostiene que el tirano es un enemigo público sobre el que existe el derecho y la obligación de darle muerte por cualquiera, pues al ser la tiranía el crimen más público que se pueda imaginar, por tanto la facultad de reprimirlo ha de ser la más amplia que exista<sup>75</sup>. ¿Qué hace tirano a un gobernante? Juan de Salisbury describe al tirano como el que ejerce la opresión con un dominio violento y no obedece él mismo la ley.<sup>76</sup>

Institucionalmente se produjo un notable avance en el Reino de Inglaterra y fue la adopción de la *Magna Carta* en 1215, donde se establece una serie de concesiones a la nobleza que crean un marco de actuación limitado para el rey y, sobre todo, un sistema institucionalizado de resistencia (Cláusula LXI) en caso de que el rey quebrantare las cláusulas de la *Magna Carta*. Si bien la vigencia de la *Magna Carta*, así como su efectividad, estuvieron sometidas a las circunstancias políticas y a los equilibrios entre el rey y la nobleza, este texto es un hito en el proceso de sustitución de la resistencia activa por la resistencia institucionalizada y a lo largo de los siglos sería objeto de confirmaciones y de modificaciones.

### 3.6. La resistencia en Tomás de Aquino

Tomás ofrece una teoría de la resistencia en la que podemos observar el sentido politológico de Aristóteles, junto con la reflexión original de la situación en la Baja Edad Media. A pesar de considerar que la Monarquía es la mejor forma de gobierno

<sup>75</sup> Juan de Salisbury: *Policraticus*. Editora Nacional. Madrid, 1984. Págs. 303-304. Libro II. Capítulo XV.

<sup>76</sup> *Ibidem*. Págs. 556-562. Libro VII. Capítulo XVII.

piensa, con Aristóteles, que es la más susceptible de degenerar y de convertirse en una tiranía, esto es, dejar de perseguir el bien común y procurar únicamente el bien del gobernante. La tiranía causa opresión en lo temporal y en lo espiritual, destruye la confianza entre los súbditos, les evita las ocasiones de juntarse y es arbitrario hasta el punto de que los súbditos no quieren riquezas que les puedan ser robadas y prefieren el servilismo<sup>77</sup>.

Los reyes elegidos pueden ser destituidos por quebrantamiento de los términos de la elección. Cuando los reyes se convierten en tiranos, hay que valorar el grado de gravedad de sus actos, pues un intento fracasado de destitución puede causar el agravamiento de los actos opresivos en venganza por parte del tirano y la destitución puede dar lugar a una tiranía peor. Marcado este grueso límite de prudencia, dice Tomás que si los actos son intolerables no queda otro remedio que la resistencia activa. Este derecho corresponde a las autoridades, no a los particulares, porque salvo en caso de usurpación un particular no puede ejercer la resistencia<sup>78</sup>.

El parámetro de la justicia para Tomás lo encontramos en la Ley Natural, cuyos principios supremos y más abstractos son comunes a todos los seres humanos y a partir de sus apetitos racionales, irascibles y vegetativos se deducen la lucha contra la ignorancia, el respeto social, la conjunción de los sexos y el cuidado de la familia como principios supremos de la Ley Natural<sup>79</sup>. Acepta que en los principios segundos pueda haber adaptaciones a las circunstancias culturales como es el desconocimiento de la propiedad, en la concepción romana, entre los pueblos germanos.<sup>80</sup>

Como podemos comprobar el pensamiento de Tomás es sumamente moderado y hasta ambiguo. Esta situación provocó que su pensamiento en este punto fuera utilizado por autores con posiciones contrarias, como Jean Petit y Gerson, para justificar y repudiar el tiranicidio sobre fundamentos tomistas<sup>81</sup>.

Una cuestión disputada sobre la posición tomista, en lo tocante al tiranicidio pero no a la resistencia, era si el texto de *De regno ad regem Cypri (regimine principum)* hablaba de *destrui* o de *destruire*. De acuerdo con los documentos

---

<sup>77</sup> Tomás de Aquino: *De regno ad regem Cypri. De regno ad regem Cypri*. Editio Leonina. Volumen XLII. Editori di Santo Tomasso. Roma, 1979. Pág. 452-453. Libro I Capítulo 3.

<sup>78</sup> *Ibidem*. I. 17-20. Págs. 455-456.

<sup>79</sup> Tomás de Aquino: *Summa Theologica*. I-II. q 94. a 2. Editio Leonina. Volumen VII. Typographia Polyglotta S. C. Propaganda Fide. Roma, 1892. Págs. 169-170.

<sup>80</sup> *Ibidem*. I-II. q 94. a 5. Págs. 172-173.

<sup>81</sup> Laurena Robles y Ángel Chueca: "Estudio preliminar" en Tomás de Aquino: *La Monarquía*. Tecnos. Madrid, 1995. Págs. L-LI.

paleográficos debe leerse *destituere* de manera que más que el tiranicidio lo que Tomás justifica es el cambio de gobierno, que no excluye el ejercicio de la fuerza<sup>82</sup>.

La figura de Jerónimo Savonarola emerge singularmente en la historia de los discípulos de Santo Tomás. Pese a encontrarse de acuerdo con el Aquinate en que la mejor forma de gobierno es la monarquía, la considera inconveniente para Italia en general y para Florencia en particular porque crea tensiones y facciones, frente a la idea de un gobierno popular articulado sobre una amplia representación de los elementos más valiosos de la ciudad<sup>83</sup>.

Independientemente de cuál fuera la primera intención de Tomás, una parte de la tradición ha interpretado que Tomás de Aquino autorizaba incluso la muerte del tirano y esta interpretación hará que un sector de la Escolástica posterior se sienta respaldada refrendada por este autor en su defensa de la resistencia e incluso del tiranicidio.

El Tomismo posterior, específicamente el Tomismo dominico, fue apartándose sigilosamente de la extrema prudencia de Santo Tomás en el sentido de distinguir las tiranías que se encuentran bajo la prohibición paulina de resistencia y las que no. La posibilidad de intervenir en asuntos de otros príncipes para defender a los oprimidos, como mantiene el Cardenal Cayetano, la recuperación de Hechos de los Apóstoles (Hechos 5, 29) por Domingo de Soto y la idea de que el poder se funda en el Derecho Natural y no en una presunta autoridad superior como la del Papa o la del Emperador como hace Francisco de Vitoria<sup>84</sup> redefinieron la posición tomista en el seno de la escuela dominicana.

#### 4. La Modernidad

La Modernidad, con la excepción de Maquiavelo, presenta un rasgo de continuidad con el Medievo en la preeminencia del Derecho Natural. Pero esto no nos debe llevar a pensar que el Iusnaturalismo medieval continúa incólume en los autores modernos. El Iusnaturalismo medieval tiene una concepción objetivista de la Ley Natural, mientras que en la Modernidad la Ley Natural está en la conciencia y no tanto en la realidad externa, aunque sin dejar de ser normas universales y sin caer en subjetivismo, de acuerdo con Guido Fassò<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*. Pág. 32. Nota 13. La misma lectura se hace en el texto crítico de la Editio Leonina. Cf. Tomás de Aquino: *Opera Omnia*. Volumen 42. Editori di Santo Tomasso. Roma, 1977. Pág. 456.

<sup>83</sup> Quentin Skinner: *Op. Cit.*, Volumen I: *The Renaissance*. Págs. 165-167.

<sup>84</sup> Véase Teófilo Urdanoz: "Introducción a la relección primera sobre la potestad eclesiástica" en Francisco de Vitoria: *Obras. Relecciones teológicas*. BAC. Madrid, 1955. Págs. 224-231.

<sup>85</sup> Guido Fassò: *Op. Cit.*, Volumen II. Págs. 79-82.

#### 4.1. Maquiavelo y la política

Las concepciones modernas del Iusnaturalismo aportan la normatividad suprapositiva necesaria para establecer la existencia y las condiciones de ejercicio de un derecho de resistencia, por el contrario, en Maquiavelo y en la tradición que emana de este pensador, nos encontramos una perspectiva meramente política en la que la descripción de lo que es prima sobre lo que deba ser.

Maquiavelo no trata la cuestión sobre si existe o no un derecho de resistencia como una facultad dada por un ordenamiento suprapositivo, sino que su estudio se centra en la resistencia como un hecho que se produce de acuerdo con determinadas circunstancias políticas, como alguna vez ya se vislumbraba en Aristóteles. Maquiavelo ve la resistencia como una posibilidad permanente que el buen hacer del Príncipe debe saber conjurar antes de que se materialice, antes de que hubiera que recurrir a la represión violenta<sup>86</sup>, lo cual ya hemos visto anticipado en autores como Cicerón o Séneca y la práctica política de los tiempos grecorromanos, como hemos expuesto anteriormente.

Maquiavelo, en los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, trata de cuáles suelen ser las causas más comunes de las conspiraciones contra el poder, de la forma de organizarse, de ejecutarse de éstas y de los problemas que tienen las conspiraciones<sup>87</sup>. La modernidad de Maquiavelo no se debe únicamente a su “amoralización” de la política, sino también a la reintroducción de los principios republicanos dentro del pensamiento político<sup>88</sup> como es específicamente la *virtù*, entendida como la capacidad para gobernar con acierto el Estado<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Por ejemplo Maquiavelo afirma, en el Capítulo XVII de *El Príncipe*, que la situación ideal es que un príncipe fuera amado y temido a la vez, pero si ha de prescindir de una de las dos es preferible ser temido dada la antropología de los súbditos y a las consecuencias que podrían devenirse de ser amado pero no temido. Véase Nicolás Maquiavelo: *El Príncipe* en Id: *Obras*. Gredos. Madrid, 2001. Págs. 55-57.

<sup>87</sup> Nicolás Maquiavelo: *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Libro III, Capítulo 6 en *Ibidem*. Págs. 521-537.

<sup>88</sup> Quentin Skinner: *Op. Cit.*, Volumen II. Págs. 180-186. John G. A. Pocock: *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton University Press. Princeton y Oxford, 2003. Pág. 183-218.

<sup>89</sup> John G. A. Pocock: *Ibidem*, Pág. 273. Juan Manuel Forte Monge: “Estudio introductorio” en Nicolás Maquiavelo: *Op. Cit.*, Pág. CXXVI.

## 4.2. La Reforma

Durante el siglo XVI se produjeron diversos procesos que transformaron la cultura occidental hasta nuestros días. La progresiva afirmación de las autoridades monárquicas comenzó a darle primacía al Derecho de los reyes sobre el Derecho Romano y el Canónico. La estima de las lenguas vernáculas comenzó a romper la general aceptación del latín como lengua de la cultura. Los descubrimientos geográficos transformaron la concepción del mundo y la Revolución Científica hizo que se viera la realidad física de un modo radicalmente diferente. Si el Derecho, la lengua o la propia visión de la naturaleza se transmutaron, la quiebra de la unidad del Cristianismo occidental hizo que el cimiento común dejara ser *ratio communis* para llegar a ser causa de distinción y de lucha. Paralelamente el Humanismo reintrodujo en Europa los ideales republicanos tomados directamente de las fuentes clásicas y cierto grado de secularización de la cultura.

### 4.2.1. La Reforma Luterana

El 31 de octubre de 1517 el agustino Martín Lutero clavó en la puerta del Castillo de Wittenberg un conjunto de tesis para disputar sobre las indulgencias, las conocidas como *Noventa y cinco tesis*. Simbólicamente comenzó la Reforma y dio lugar a un pluralismo religioso prácticamente desconocido desde la renuncia de los pueblos germánicos a la fe arriana. En pocas décadas surgieron numerosas confesiones cristianas con concepciones teológicas diferentes.

El proceso de la Reforma comenzó siendo únicamente una cuestión religiosa, centrada en un aspecto, para extenderse por otros muchos, gracias a la sentida necesidad de reforma de Iglesia. La Reforma pronto dejó de ser exclusivamente religiosa, o incluso social, y se transformó en una cuestión política y jurídica<sup>90</sup>. La realidad humana en el siglo XVI estaba transida de la religión, entre otros motivos porque la religión aportaba la única explicación del mundo existente para la mayoría de las personas. Un cambio radical en la fe causó un movimiento del que podemos registrar consecuencias en todas las facetas de la existencia humana de aquel momento.

La teología de Lutero tiene dos grandes fuentes: la Teología nominalista y la Biblia. Si alguna de las doctrinas expuestas por Lutero es la piedra angular de su teología ésta es la doctrina de la justificación, que partiendo del versículo 17 del primer capítulo de la Carta a los Romanos le lleva a afirmar que el ser humano solamente se justifica por la fe. La *sola fides* es adoptada como el principio hermenéutico de la

---

<sup>90</sup> Ricardo García-Villoslada: *Raíces históricas del Luteranismo*. BAC. Madrid, 1969. Págs. 176-241.

antropología luterana. San Pablo adquiere una gran autoridad que hace que Lutero comente prolijamente sus cartas.

Como se indicaba anteriormente la Reforma rápidamente adquirió connotaciones políticas, tanto por la lucha entre el Emperador Carlos y los príncipes protestantes y, sobre todo, por la importantísima revuelta de los campesinos alemanes en la que temblaron las bases sociales como no lo volverían a hacer hasta finales del siglo XVIII. Con ocasión de esta revuelta, en las que se vieron enfrentados campesinos protestantes con señores protestantes, Lutero fue requerido en varias ocasiones para dar su opinión sobre si cabía el derecho a resistir.

En el opúsculo de 1523 titulado “Sobre la autoridad secular: hasta donde se le debe obedecer”, Lutero asume expresamente la obligación paulina del sometimiento, así como la confirmación de ésta en la *Primera Carta de San Pedro*<sup>91</sup>. Lutero distingue dos reinos, uno temporal y otro espiritual, no pudiendo el reino temporal inmiscuirse en cuestiones espirituales tales como la fe concreta de sus súbditos<sup>92</sup>.

Mantiene que los cristianos, en cuanto gobernantes, están obligados a realizar acciones, como tomar la espada para reprimir una injusticia de un inferior o de un igual, pero nunca de un superior, como era el emperador<sup>93</sup>. Esas mismas acciones les están prohibidas como simples creyentes. Nunca un gobernante cristiano debía ponerse al servicio del Anticristo (el Papa), pero incluso en esa circunstancia los súbditos no estaban habilitados para resistirle activamente<sup>94</sup>.

Lutero consideró que los nobles eran responsables políticos y morales de la rebelión de los campesinos alemanes por su comportamiento<sup>95</sup>, pero teológicamente atacó a los campesinos y a sus líderes al mantener que obraban contra el orden divino<sup>96</sup>, sin un mandato carismático para quebrantarlo<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> Martín Lutero: “Sobre la autoridad secular: hasta donde se le debe obedecer” en Martín Lutero: *Escritos políticos*. Tecnos. Madrid, 1990. Págs. 25-26 y 35.

<sup>92</sup> *Ibidem*. Págs. 43-45. El reino temporal nace de la necesidad de dirigir rectamente a los que no son cristianos y a los que siéndolo, no se rigen por la ley del amor y necesitan de leyes externas.

<sup>93</sup> *Ibidem*. Págs. 54-55.

<sup>94</sup> *Ibidem*. Pág. 61.

<sup>95</sup> Martín Lutero: “Exhortación a la paz en contestación a los Doce Artículos del campesinado de Suabia” en Martín Lutero: *Op. Cit.*, Pág. 70.

<sup>96</sup> *Ibidem*. Pág. 84.

<sup>97</sup> *Ibidem*. Pág. 76. Es digno de referenciar que Lutero pide a los líderes de los campesinos que señalen cuáles son los signos o prodigios que les habilitan para decir que actúan según Derecho Divino en pleno coherencia con la teología tradicional que atribuye a esos signos o prodigios la característica de ser confirmatorios del favor divino. Dentro de la base teológica de Lutero se encuentra la teología nominalista y su concepción voluntarista de la Divinidad, que abre las puertas a un esquema más carismático y menos dogmático, aunque en el propio Lutero no se desarrollara. Véase: Guido Fassò: *Op. Cit.*, Vol. II. Págs. 38-39.



Ya fuera por una profunda convicción, o por mera supervivencia, Martín Lutero procuró no ser un inconveniente político para los príncipes protestantes, de los cuales su Reforma y su persona dependían<sup>98</sup>. También es cierto que estos príncipes habían encontrado en la Reforma, más allá de la profundidad de las creencias personales de cada uno de ellos, la eliminación de un contrapoder dentro de sus territorios y una forma de patrimonializar los bienes eclesiásticos.

Cuando la guerra entre los príncipes protestantes y el emperador Carlos era abierta se plantea nuevamente a Lutero la cuestión de la resistencia activa frente a una autoridad superior, en este caso el emperador, que anteriormente había proscrito. Mantiene su doctrina anterior pero no acusa a los príncipes protestantes de pecar porque ve en sus acciones militares una defensa legítima y no una resistencia activa, toda vez que considera que el emperador actúa como instrumento del Papa, el cual no tiene jurisdicción temporal sobre Alemania y se transforma de esta forma en invasor de su propio Imperio y como tal puede ser resistido<sup>99</sup>.

Similar evolución se da en Felipe Melanchthon, aunque fundará la resistencia en uno de los principios de Derecho Natural (que para él siempre son concordantes con los Diez Mandamientos)<sup>100</sup>. La visión de Melanchthon y otros muchos protestantes avanzará hacia la consideración de que la resistencia no es únicamente un derecho, sino que es una obligación contra el quebranto de los mandatos más fundamentales de la Ley de Dios<sup>101</sup>.

#### **4.2.2. La Reforma Radical: Thomas Müntzer**

La teología política más radical de la Reforma en Alemania la podemos contemplar en Thomas Müntzer. Pese a que estuvo presente en algunos momentos importantes dentro del grupo de Lutero en Wittenberg, nunca perteneció al círculo más restringido. Este teólogo priorizó lo pneumatológico y lo apocalíptico que Lutero

---

<sup>98</sup> Quentin Skinner: *The Foundations of Modern Political Thought*. Volume 2: *The Age of Reformation*. *Op. Cit.*, Pág. 89.

<sup>99</sup> Joaquín Abellán: "La Reforma Protestante" en Fernando Vallespín (ed.): *Historia de la Teoría Política*. Volumen II. Alianza Editorial. Madrid, 1995. Págs. 180-183.

<sup>100</sup> John Witte: *Law and Protestantism. The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2002. Págs. 137-138.

<sup>101</sup> David M. Whitford: "The Duty to Resist: The Magdeburg Confession and the Reframing of Romans 13" en David M. Whitford (ed.): *Caritas et Reformatio. Essays on the Church and Society in Honor of Carter Lindberg on his Sixty-fifth Birthday*. Concordia Academic Press. San Luis, 2002. Págs. 97-118. Quentin Skinner: *Op. Cit.*, Vol.2. Págs. 225-238.

reprimió<sup>102</sup>. Llegó a un Protestantismo radical que tendría una continuidad inmediata en el Anabaptismo<sup>103</sup>.

Para Müntzer la reforma de Lutero era una reforma parcial, dado que procuraba la consecución de la libertad interna del creyente no entrando en la libertad externa, siendo el arquetipo de esta construcción la doctrina antes expuesta de los “dos reinos”. Müntzer busca una reforma religiosa que transforme al ser humano interna y externamente, esto es, una reforma que también sea reforma política. Esto le lleva a comprometerse con la rebelión de los campesinos alemanes y no con las nuevas iglesias establecidas y los grupos socialmente más poderosos.

La rebelión de los campesinos, dice Lluís Duch, es esencialmente política y no social en cuanto que las pésimas condiciones sociales no habían empeorado en aquellos tiempos, de modo que lo que perseguían era su participación en las decisiones, especialmente en las instituciones locales<sup>104</sup>. Müntzer no contemporiza y propone una teología política en la que la deposición del gobernante que actúa contra el Evangelio es una obligación: “[...] los poderosos, los soberbios y los incrédulos han de ser apartados del trono, ya que impiden a ellos mismos y al mundo entero la santa y verdadera fe cristiana, cuando ésta quiere mostrarse en toda su veracidad original”<sup>105</sup>.

La teología de Müntzer, que es la teología de la rebelión de los campesina, desapareció del cauce principal del Protestantismo, teniendo solamente un lejano eco en los grupos protestantes que externos a las iglesias oficiales. El Protestantismo oficial iba a ser una confesión leal para los gobernantes protestantes, que estatalizaron las nuevas confesiones y se convirtieron en sus cabezas.

#### 4.2.3. Calvinismo y los monarcómanos calvinistas

El Luteranismo fue la rama principal de la Reforma en el siglo XVI, pero la segunda en importancia fue el Calvinismo, nacido de la predicación, pastoral y política de Juan Calvino. El Luteranismo del siglo XVI aún mantenía numerosas formas del Catolicismo y una primera conciencia de continuidad, frente a la idea rupturista (más bien primigenista) del Calvinismo. La diferencia entre Calvinismo y Catolicismo era

---

<sup>102</sup> Lluís Duch: “Introducción” en Thomas Müntzer: *Tratados y sermones*. Trotta. Madrid, 2001. Págs. 26 y 29.

<sup>103</sup> Kat Hill: *Baptism, Brotherhood and Belief in Reformation Germany. Anabaptism and Lutheranism, 1525-1585*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2015. Págs. 69-81. Quentin Skinner: *The Foundations of Modern Political Thought. Volume 2: The Age of Reformation. Op. Cit.*, Pág. 193.

<sup>104</sup> Lluís Duch: “Introducción” en Thomas Müntzer: *Op. Cit.*, Págs. 40-41.

<sup>105</sup> Thomas Müntzer: “Manifestación explícita” en Thomas Müntzer: *Op. Cit.*, Pág. 161. También en el mismo sentido en “Sermón a los príncipes de Sajonia” (pág. 116).

mayor en todos los órdenes que la que tienen los católicos con los luteranos y, sobre todo, con el Anglicanismo que, en sus primeros momentos, no era más que un cisma.

#### 4.2.3.1. Juan Calvino

Este reformador tiene una visión teocrática del Estado, tras una aparente separación de lo temporal y lo espiritual, ve que la finalidad del Estado no es más que la de proporcionar los medios externos necesarios para alcanzar la salvación<sup>106</sup> y no en vano titula así el cuarto libro, y último, de su *Institución de la religión cristiana* en el que trata las cuestiones políticas: *De externis mediis ad salutem*. Su visión teocrática le lleva a considerar que la caída del gobierno en la tiranía puede incluso tener una función penitencial, al poder ser vista como un castigo de Dios al pueblo por sus pecados<sup>107</sup>.

Calvino se encuentra más seguro defendiendo el sometimiento al poder en la línea paulina y petrina, pese a que termina viéndose forzado a reconocer la presencia de diversas formas de resistencia en el Antiguo Testamento. Reconoce la intervención de Dios para deponer a los tiranos, sea mediante llamadas inmediatas, como a través de acciones no conscientes pero que ejecutan la voluntad de Dios<sup>108</sup>.

En consonancia con lo expuesto, Quentin Skinner caracteriza a Calvino como “maestro de la ambigüedad, y mientras su compromiso fundamental está con la no resistencia, introduce una buena cantidad de excepciones”. El desarrollo de los acontecimientos llevó a moderar su postura en las diferentes ediciones de la *Institutio* hasta admitir por la mencionada vía excepcional el derecho de resistencia, pero sin dar nunca una aprobación general<sup>109</sup>.

En el último párrafo de la *Institutio*, Calvino estableció tres circunstancias o pecados en los que no se debía obediencia al gobernante: cuando gobernante pretenda deshonorar a Dios, cuando busque hacer caer al pueblo en la idolatría y también en la superstición. Calvino fundamenta su posición en episodios veterotestamentarios<sup>110</sup> en los que los iraelitas se oponen a las decisiones idólatras de sus gobernantes y, también, en casos en los que los israelitas son castigados por obedecer leyes impías. Por ello

<sup>106</sup> Marta García Alonso: *La Teología Política de Calvino*. Anthropos. Barcelona, 2009. Págs. 240-241.

<sup>107</sup> *Ibidem*, Pág. 246.

<sup>108</sup> Juan Calvino: *Institución de la Religión Cristiana*. Fundación Editorial de Literatura Reformada. Barcelona, 1999. Pág. 1192-1193.

<sup>109</sup> Quentin Skinner: *Op. Cit.*, Vol. 2. Pág. 192

<sup>110</sup> Los teólogos reformados suelen citar profusamente como autoridad el Antiguo Testamento y en ocasiones se plantean dudas sobre la obligatoriedad de los preceptos veterotestamentarios en el contexto neotestamentario. Calvino considera que los preceptos del Antiguo Testamento son vinculantes siempre que tengan el mismo nivel de exigencia espiritual que los del Nuevo Testamento. Juan Calvino: *Op. Cit.* Págs. 312-341. Libro II Capítulos X-XI.

concluye que la no obediencia e incluso la resistencia activa no sólo es un derecho, sino que puede comenzar a aceptarse también como una obligación<sup>111</sup>.

¿Quiénes pueden entonces oponerse al tirano legítimamente? La resistencia solamente la pueden ejercer las autoridades constituidas, nunca un particular o el pueblo entendido como masa actuante. Calvino desconfía, de acuerdo con la línea clásica, del pueblo y prefiere fijarse en instituciones intermedias como los éforos espartanos, los demarcas atenienses o los tribunos de la plebe romanos, entendiendo que son ejemplos históricos de resistencia activa institucionalizada. Estos pueden resistir, sin quebrantar el mandato divino de obediencia, porque la resistencia forma parte de las funciones de sus cargos<sup>112</sup>. Esta institucionalización de la resistencia frente al rey tirano no fue una idea absolutamente original de Calvino, pero que gracias a él tuvo un largo recorrido teórico en los pensadores calvinistas que trataron la resistencia en el contexto de las Guerras de Religión<sup>113</sup>. En ningún caso reconoció a los individuos el derecho de resistencia.

#### 4.2.3.2. El conflicto político-religioso francés

La política religiosa llevada de los reyes franceses, especialmente las Guerras de Religión y la Matanza de San Bartolomé, llevaron a numerosos pensadores calvinistas, hugonotes como se les conocía en Francia, a señalar los límites del poder regio y a establecer tanto la titularidad, las causas habilitantes, así como el procedimiento para ejercer el derecho de resistencia. Un hacer teórico que respondía a la necesidad práctica de resistir.

El reinado de Enrique III, en el que los hugonotes consiguieron numerosos objetivos religiosos y políticos, terminó el 2 de agosto de 1589 cuando el dominico Jacques Clément asesinó al rey y fue reconocido por los católicos no como un asesino, sino como alguien que había obrado correctamente, como un tiranicida. Tras la muerte de Enrique III, se produjo el advenimiento al trono de Francia de Enrique IV, hugonote que realizó una dudosa conversión al Catolicismo. Esto intercambió los papeles entre protestantes y católicos, pasando los primeros a representar las posiciones más partidarias del poder regio y los católicos trataron de limitarlo e incluso resistirlo activamente<sup>114</sup>. Como su predecesor Enrique IV murió asesinado en 1610.

<sup>111</sup> *Ibidem*. Págs. 1193-1194. Libro IV. Capítulo XX. Pág. 32.

<sup>112</sup> *Ibidem*. Pág. 1193. Libro IV. Capítulo XX. Pág. 31.

<sup>113</sup> Elizabeth Rawson: *The Spartan Tradition in European Thought*. Oxford University Press. Oxford y otros, 1991. Págs. 158-169.

<sup>114</sup> López Vicen, Felipe: *Teoría de la Revolución. Sistema e Historia*. CSIC/Plaza y Valdés. Madrid, 2010. Págs. 96-97.

#### 4.2.3.2.1. Theodor Beza

Theodor Beza fue el continuador de Juan Calvino al frente del Calvinismo. Ya antes intervino continuamente tanto en las disputas teológicas, en los coloquios con teólogos católicos y en la política de los calvinistas franceses.

Beza tuvo un mayor compromiso político que Calvino y fue más presto a cambiar su posición de obediencia pasiva a la resistencia activa como consecuencia de los hechos acaecidos en Francia y que ponían en peligro la mera supervivencia física de la comunidad calvinista. *Du droit des magistrats sur leurs subiets (De iure magistratum in subditos)* es un pequeño pero profundo y exhaustivo tratado sobre el derecho de resistencia en las circunstancias que vivieron los calvinistas franceses.

El sucesor de Calvino asume la teoría del pacto entre pueblo y rey<sup>115</sup> y deduce que este pacto hace que el rey lo sea, pero no produce que el pueblo sea pueblo porque ya lo es sin pacto, de modo que niega que la soberanía sea una característica inherente al monarca<sup>116</sup>. Las leyes impías (las que contravienen la primera tabla del Decálogo) o leyes inicuas (las contrarias a la caridad) rompen el pacto y liberan de la obediencia a los súbditos, ¿pero justifican la resistencia? Beza mantiene que si el tirano prohíbe lo que Dios manda, entonces solamente cabe la desobediencia y atenerse a las consecuencias; en cambio si el tirano ordena lo que Dios prohíbe, entonces cabe la resistencia activa, esto es, el uso de la fuerza<sup>117</sup>.

El pueblo tiene derecho a resistir, pero la decisión acerca del ejercicio de ese derecho no les corresponde a los ciudadanos particulares<sup>118</sup>, sino en primer lugar a las asambleas que en Francia se llaman Estados<sup>119</sup> y en segundo lugar, subsidiariamente, a los magistrados inferiores.

Cabe la posibilidad de que los Estados no sean convocados por el rey o que siendo los mismos efectivamente convocados una mayoría no considere la existencia de

---

<sup>115</sup> Beza respalda la posición tradicional sobre la usurpación: derecho de resistencia generalizado al no ser un verdadero gobernante, sino un enemigo público. La gran diferencia que aporta el análisis de Beza es la posibilidad de que el pueblo pacte con el usurpador y lo convierta en su gobernante legítimo. Cf. Theodor Beza: *Du droit des magistrats sur leurs subiets*. s/l. 1574. Págs. 16-17.

<sup>116</sup> *Ibidem*. Págs. 9-10.

<sup>117</sup> *Ibidem*. Pág. 6.

<sup>118</sup> Interpreta Theodor Beza que la prohibición de los apóstoles Pablo y Pedro de resistir solamente se dirigen a los ciudadanos particulares y en el caso de las autoridades legítimamente constituidas. Vid. *Ibidem*. Pág. 74-75.

<sup>119</sup> Beza hace un amplio recorrido histórico y comparativo de las instituciones de control de los diversos países europeos: Dinamarca, Suecia, Escocia, Inglaterra, Polonia, España (Aragón y los concilios hispano-visigóticos) o el Sacro Imperio. También cita los precedentes franceses de deposición, por parte de los Estados, de Childerico o de Carlos III. Vid. *Ibidem*. Págs. 40-53.

la tiranía por compartir el mismo vicio que el monarca. En el primer caso los magistrados inferiores pueden hacer asambleas sin contar con el monarca y llamar a la resistencia. En el segundo, recupera Beza la noción de *pars sanior*<sup>120</sup> para establecer que no ha de seguirse el criterio mayoritario en la asamblea sino el criterio mayoritario entre los mejores<sup>121</sup>. Los particulares, una vez llamados legítimamente a la resistencia, tienen la obligación de obedecer a las nuevas autoridades y están habilitados a negociar y acordar con el rey devenido en tirano<sup>122</sup>.

#### 4.2.3.2.2. François Hotman

Las Guerras de Religión fueron acompañadas por otro tipo de lucha, incruenta pero no por ello menos eficaz. Hubo una publicación masiva y constante de panfletos de cada uno de los bandos. Junto a esta actividad propagandística se dio una labor de corte intelectual y teórico de elevado nivel, como la realizada entre otros por el jurista hugonote François Hotman. Las dos obras más conocidas de este autor se inscriben en la crisis religiosa francesa y en la necesidad de fundar la resistencia de los hugonotes al poder de los reyes católicos franceses. Podemos decir que *Franco-Gallia* y *Antitriboniano* se llaman y se complementan.

La intención de Hotman en *Franco-Gallia* es jurídico-histórica, pero tuvo un profundo calado político en la conciencia francesa. A través de un erudito análisis histórico mantiene que la constitución del Reino de Francia se había caracterizado por la limitación del poder de los reyes y que la tendencia autoritaria o absolutista incluso de los recientes monarcas era contraria a la constitución del Reino, en la que el pueblo siempre retenía el poder<sup>123</sup>.

François Hotman concluye en su investigación que los reyes de Francia nunca han tenido un poder absoluto y que desde los albores de los tiempos los franceses se han regido por medio de formas mixtas de gobierno en las que la convergencia entre el rey, los nobles y los representantes de las ciudades han sido la autoridad suprema del Reino, representada en los Estados. Se fundaba en la convicción de que la pluralidad de personas, y la no dependencia de los consejeros de la voluntad real, hacen más fácil alcanzar la decisión correcta<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> Léo Moulin: "Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes" en *Politix*. Vol. 11. núm 43 (1998). Págs. 136-143.

<sup>121</sup> Theodor Beza: *Op. Cit.*, Pág. 66.

<sup>122</sup> *Ibidem*. Pág. 77.

<sup>123</sup> François Hotman: *Franco-gallia*. Ex officina Iacobi Stoerii. Ginebra, 1573. Pág. 76.

<sup>124</sup> *Ibidem*, Pág. 78-81.

La autoridad suprema del Reino es la que tiene el poder de autorizar la guerra y la paz, decidir qué hacer en caso de rebelión o de traición, nombrar y tomar juramento a los oficiales del Reino, decidir el empleo de grandes sumas de dinero para llevar a cabo las decisiones regias y, sobre todo, decidir sobre la sucesión al trono<sup>125</sup>.

La capacidad para decidir la sucesión implica tener poder para deponer como sucedió en los casos de Childerico<sup>126</sup> y de Carlos VI<sup>127</sup>. Hotman indica tres síntomas para detectar la tiranía y por tanto causas habilitantes para la deposición: violencia en el gobierno, empleo de soldados extranjeros y alta protección de la persona del rey y, finalmente, la dedicación de los recursos del Reino buscando principalmente la comodidad del rey<sup>128</sup>.

Decíamos que el pensamiento contenido en *Franco-Gallia* y *Antitriboniano* eran complementarios, porque la segunda desecha el Derecho Romano como Derecho propio de Francia, frente al Derecho Consuetudinario<sup>129</sup>, y en *Franco-Gallia* se muestra el edificio institucional que lo sustenta<sup>130</sup>. El mito constitucional de una antigua constitución preterida por los monarcas fue también un mito fundacional del constitucionalismo moderno. El llamado “constitucionalismo de anticuarios”, tuvo una gran relevancia en toda Europa, desde Inglaterra a Suecia, donde los historiadores del Derecho y muchos pensadores se esforzaron por encontrar esa *Ancient Constitution* en las crónicas, historias e instituciones legales feudales<sup>131</sup> para oponer precisamente esa redescubierta *Ancient Constitution* a las tendencias absolutistas de los reyes<sup>132</sup>. Esta concepción constitucional tendrá en 1789 un documento trascendental en la resolución aprobada por el Parlamento de París declarando cuáles son las Leyes Fundamentales del Reino de Francia, es decir, cuál es su constitución inmemorial.

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, Pág. 99-101.

<sup>126</sup> *Ibidem*, Pág. 109-110.

<sup>127</sup> *Ibidem*, Pág. 138-139.

<sup>128</sup> *Ibidem*, Pág. 77-78.

<sup>129</sup> J. A. G. Pocock: *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of the English Historical Thought in the Seventeenth Century*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1987. Págs. 14-25.

<sup>130</sup> Ralph E. Giesey: “When and why Hotman wrote ‘Francogallia’” en *Bibliothèque d’Humanisme et Renaissance*. Vol. 29. Núm. 3 (1967). Págs. 587, 599-600 y 604-605.

<sup>131</sup> Sobre los sistemas institucionalizados de resolución de disputas entre señor feudal y vasallo en las compilaciones de costumbres feudales, como los Assizes de Jerusalem puede verse a Robert W. Carlyle y Alexander J. Carlyle: *A History of the Mediaeval Political Theory in the West*. Volumen V: *The Political Theory in the Thirteenth Century*. Williams Blackwood and Son. Edimburgo y Londres. 1938. Págs. 113-115. Wilhelm W. Grewe: *The Epochs of International Law*. De Gruyter. Berlín y otros, 2000. Págs. 69-74 y Mario Turchetti: *Op. Cit.*, Págs. 312-313.

<sup>132</sup> J. A. G. Pocock: *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of the English Historical Thought in the Seventeenth Century*. *Op. Cit.*, Págs. 101-102.

#### 4.2.3.2.3. *Vindiciae contra Tyrannos*

En 1579 se publica *Vindiciae contra Tyrannos* que es una de las obras más importantes de los monarcómacos calvinistas, se hace bajo el pseudónimo aún sin esclarecer de Stephanus Junus Brutus. La obra se divide en cuatro cuestiones que en muchos aspectos recoge puntos ya señalados del pensamiento calvinista anterior (los éforos o poderes intermedios, el gobierno limitado y mixto, la asamblea de los Estados, la determinación de la Ley de Dios, resistencia general contra el usurpador, la posibilidad de convalidación de la usurpación en gobierno legítimo o los vicios típicos de los tiranos. La metodología empleada es similar a la utilizada por Theodor Beza o por François Hotman, incluso lógicamente por Calvino, buscando el fundamento en testimonios bíblicos e históricos, mucho de ellos grecorromanos. Nos detendremos en lo que la *Vindiciae* tiene de novedoso.

A la hora de caracterizar el gobierno tiránico, no es raro encontrar en los tratados listas completas de los vicios de los tiranos, desde Aristóteles a Hotman pasando por Tomás de Aquino. Stephanus Junius Brutus tiene el mérito de señalar que el nacimiento de la tiranía es el momento para atajarla con medios menos gravosos que una resistencia activa, pero indica la dificultad en diferenciar entre lo que sería un comportamiento erróneo de la persona del rey y el germen de la tiranía. Por el contrario la tiranía manifiesta es evidente pero muy compleja de atajar. Y es aquí donde el autor de la *Vindiciae* insiste, en un sentido similar a Hotman, en la necesidad de que los mecanismos institucionales de la monarquía medieval sean los que impidan florecer a la tiranía<sup>133</sup>.

Respecto de la titularidad del derecho de resistencia, el autor de *Vindiciae* profundiza en la idea de que no es necesaria una mayoría de “éforos”, ni siquiera recurre a la necesidad de la “pars sanior”, sino que afirma que basta la ruptura del pacto en una ciudad, provincia<sup>134</sup> o que un solo magistrado se alce para que los particulares puedan seguirle legítimamente<sup>135</sup>.

Stephanus Junius Brutus considera lícito que un príncipe extranjero penetre en el territorio del tirano para ayudar a su pueblo a librarse de su régimen e incluso considera que un príncipe, vista la tiranía manifiesta, tiene la obligación de intervenir. Aunque el principio de no injerencia en asunto internos se consagraría casi tres cuartos de siglos

---

<sup>133</sup> Stephanus Junius Brutus: *Vindiciae contra Tyrannos*. Edimburgi, 1579. Págs. 192-193. En la traducción española en la página 175.

<sup>134</sup> *Ibidem*. Pág. 57.

<sup>135</sup> *Ibidem*. Pág. 212-213.



después de este libro, podemos ver lo que hoy día podría considerarse como una excepción en forma de injerencia legítima<sup>136</sup>.

#### 4.2.3.3. Johannes Althusius

Johannes Althusius (Juan Altusio) desarrolló la teoría de la resistencia de los calvinistas<sup>137</sup> hasta incorporarla a un sistema jurídico público<sup>138</sup>. Concebía el Estado como una estructura superior a las diferentes estructuras sociales e, inspirándose en la forma política del Sacro Imperio, un conjunto articulado de Estados<sup>139</sup>.

Distingue entre los tiranos que destruyen las leyes fundamentales del Estado, especialmente en lo tocante a la verdadera religión (pone como ejemplo la rebelión neerlandesa contra Felipe II<sup>140</sup>) y la tiranía que se excede del poder conferido que puede afectar a todos los aspectos del Estado o sólo a un sector<sup>141</sup>. Rechaza la acción individual salvo en caso de defensa de la propia vida<sup>142</sup> y considera que los éforos, los magistrados inferiores, deben restringir su resistencia al territorio que les corresponde y ésta ha de ser decidida por una consejo o asamblea general del territorio<sup>143</sup>. Se debe amonestar al tirano y solamente responderle de una forma proporcional<sup>144</sup>.

Un cuerpo político puede llevar la resistencia a la opresión hasta la secesión, especialmente cuando es obligado en materia religiosa, y puede formar una nueva comunidad política, lo que es referencia diáfana a la independencia de los Países Bajos y a la base religiosa que se dio<sup>145</sup>. Independencia que produjo un seísmo en las relaciones internacionales<sup>146</sup>.

<sup>136</sup> *Ibidem*. Pág. 234.

<sup>137</sup> Matt McCulloch: "Johannes Althusius' Política: The Culmination of Calvin's Right of Resistance" en *The European Legacy*, Volumen 11. Núm. 5 (2006). Págs. 485-499.

<sup>138</sup> Alain de Benoist: "The first Federalist: Johannes Althusius" en *Telos*. Núm. 118 (2000). Pág. 40.

<sup>139</sup> *Ibidem*, Pág. 48.

<sup>140</sup> Johannes Althusius: *Política methodice digesta*. Harvard University Press. Cambridge (Ma), 1932. Pág. 378. Capítulo XXXVIII. Pars. 6-7.

<sup>141</sup> *Ibidem*, Pág. 379. Capítulo XXXVIII. Par. 10.

<sup>142</sup> *Ibidem*, Pág. 391. Capítulo XXXVIII. Par. 67.

<sup>143</sup> *Ibidem*, Pág. 393. Capítulo XXXVIII. Par. 77.

<sup>144</sup> *Ibidem*, Págs. 389-390. Capítulo XXXVIII. Pars. 61-62.

<sup>145</sup> *Ibidem*, Capítulo XXXVIII. Par. 76. Los calvinistas neerlandeses comenzaron su posicionamiento acerca de la resistencia desde la prohibición paulina hasta que la realidad les hizo evolucionar hacia la resistencia *religionis causa*, aceptando incluso una resistencia privada contra el Catolicismo, como sucedió durante los ataques iconoclastas. En torno a la fecha del Acta de Abjuración los argumentos se fijan en torno a la defensa de la religión verdadera, las infracciones constitucionales (de derechos, privilegios y libertades), la violación del bien común por parte del rey y sus gobernadores y la aplicación de un gobierno por la fuerza que requiere una defensa también por la fuerza (*vim vi repellere*). Martin van Gelderen: *The Political Thought of the Dutch Revolt 1555-1590*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1992.

<sup>146</sup> Para las implicaciones jurídicas internacionales del reconocimiento de un Estado nacido de una secesión revolucionaria véase Wilhelm W. Grewe: *Op. Cit.*, Págs. 183-186.

#### 4.2.3.4. Hugo Grocio

Grocio, calvinista neerlandés, es el gran sistematizador del Derecho Internacional y, como era habitual en aquellos tiempos, un consumado especialista en las cuestiones fronterizas con el Derecho Natural. En una de sus obras magnas, *De iure belli ac pacis*, Hugo Grocio reflexiona sobre el derecho de resistencia en oposición a los pensadores absolutistas, especialmente a William Barclay<sup>147</sup>.

Si bien Grocio mantiene una línea, al menos al inicio, más cercana a Calvino que a los hugonotes franceses y donde repite los mandatos de Pablo y de Pedro, sí admite que la Ley de Dios conlleva necesariamente excepciones que impiden que se caiga en absurdos, que desemboque en finalidades contrarias a las pretendidas o sencillamente excepciones debidas a un estado de necesidad<sup>148</sup>. Al contrario que Calvino mantiene que las prohibiciones neotestamentarias no son de Derecho Divino, sino de Derecho Humano, porque las autoridades son instituciones humanas<sup>149</sup>. Por el contrario considera que la resistencia individual solamente tiene validez y legitimidad cuando es consecuencia de obedecer un mandato directo e individual de Dios, como los narrados en el Antiguo Testamento<sup>150</sup>.

¿En qué circunstancias se puede resistir? Grocio sostiene que al menos deberían ser las que el absolutista Barclay acepta como son la pérdida del Reino, su enajenación o su sometimiento a otro, si el rey lleva una política hostil que arruina al Reino, si se favorece a una de las partes a costa de otras<sup>151</sup> o hay un rigor excesivo<sup>152</sup>. Además él añade la violación del reparto de las funciones política o la traición<sup>153</sup>.

Cuando la usurpación es consecuencia de una guerra, se puede resistir ya que forma parte del *ius in bello*<sup>154</sup>. En todo caso solamente cabe matar al usurpador cuando así lo mande el gobernante legítimo o por mandato directo de Dios<sup>155</sup>.

---

<sup>147</sup> William Barclay fue el principal defensor de la supremacía de las posiciones regias dentro del Estado. Ello le llevó a polemizar tanto con calvinistas como con el teólogo jesuita, Roberto Bellarmino. Creó el término “monarcómaco” que incluyó en el título: *De regno et regali potestate aduersus Buchananum, Brutum, Boucherium, et reliquos monarchomachos libri sex* (1600).

<sup>148</sup> Hugo Grocio: *De iure belli ac pacis*. Johannes Blaev. Ámsterdam, 1570. Pág. 87. Libro I. Capítulo IV. 7.1.

<sup>149</sup> *Ibidem*. Pág. 88. Libro I. Capítulo IV. 7.3.

<sup>150</sup> *Ibidem*. Pág. 87. Libro I. Capítulo IV. 6.4.

<sup>151</sup> *Ibidem*. Pág. 92. Libro I. Capítulo IV. 10-11.

<sup>152</sup> *Ibidem*. Pág. 88. Libro I. Capítulo IV. 7. 4.

<sup>153</sup> *Ibidem*. Pág. 92. Libro I. Capítulo IV. 12-13.

<sup>154</sup> *Ibidem*. Pág. 93. Libro I. Capítulo IV. 16.

<sup>155</sup> *Ibidem*. Pág. 94. Libro I. Capítulo IV. 19.

### 4.3. El derecho de resistencia en la doctrina de los jesuitas españoles

La Compañía de Jesús nació en las mismas décadas en la que se originó y desarrolló la Reforma Protestante, aunque Ignacio de Loyola y el círculo fundacional no tenían una agenda antiprotestante al crear el primer grupo en Montmartre en 1534<sup>156</sup>. La extracción universitaria de los primeros miembros de la Compañía, así como las necesidades eclesiásticas del momento, junto a cuestiones organizativas, hicieron que esta orden de nuevo cuño y tipo se volcase en el establecimiento de una red de colegios y en el enfrentamiento teológico y pastoral contra el Protestantismo, junto con la actividad misionera en América y Asia. En sus filas emergió un gran número de pensadores<sup>157</sup>.

Los jesuitas más relevantes para el objeto de estudio son los españoles, específicamente castellanos, y para una mejor comprensión nunca debemos olvidar el tremendo efecto que en Castilla tuvo la gran rebelión, o mejor revolución, que aconteció a principios del siglo XVI: las Comunidades<sup>158</sup>. Las Comunidades, que afectaron al corazón de Castilla y sobre todo a sus ciudades, presentaron un programa moderno<sup>159</sup>, que trajo la importante diferenciación entre Rey y Reino, la idea de que el rey tenía determinados límites a su poder, los cuales solamente podía transgredir junto a las Cortes. Surgió un republicanismo que pervivió hasta aproximadamente 1640<sup>160</sup>.

#### 4.3.1. Juan de Mariana

Una corriente de intelectuales, denominados los *politiques*, intentó hacer posible el fin de las Guerras de Religión en Francia por medio de una gran tolerancia religiosa, así como gracias a alejamiento de la Corona respecto de las confesiones concretas. Inspiraron los *politiques* a la reina regente, Catalina de Medicis, para que a través de diversos diálogos se crearan las bases intelectuales necesarias para la paz. El más importante de estos encuentros fue el *Coloquio de Poissy*. Los jesuitas estuvieron representados por su segundo Prepósito General, el español Diego Laínez, que se opuso

---

<sup>156</sup> Ricardo García-Villoslada: *Historia de la Compañía de Jesús*. Compañía Bibliográfica Española. Madrid, 1940. Págs. 48-52.

<sup>157</sup> William V. Bangert: *Historia de la Compañía de Jesús*. Sal Terrae. Santander, 1981. Págs. 36-54.

<sup>158</sup> Antonio-Enrique Pérez-Luño: *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*. Trotta. Madrid, 1992. Pág. 73.

<sup>159</sup> Remitimos al estudio clásico de Joseph Pérez: *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*. Siglo XXI. Barcelona, 2005.

<sup>160</sup> Vid. Domingo Centenero de Arce: “¿Republicanismo castellano? Una visión entre la historia de las ciudades y las Actas Capitulares” en Manuel Herrero Sánchez (ed.): *República y republicanismo en la Europa Moderna (siglos XVI-XVIII)*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 2017. 140-144.

a cualquier tipo de acuerdo, impugnando incluso la propia celebración del encuentro y remitiendo toda decisión doctrinal al Papa<sup>161</sup>.

Como dijimos, los edictos del rey Enrique III y el ascenso al trono francés de Enrique IV cambiaron la relación de las dos confesiones respecto del rey. Los católicos habían defendido la posición del rey en la creencia de que el trono solamente podía favorecer la causa católica; pero Enrique III y Enrique IV sembraron dudas entre los católicos. Simultáneamente los teólogos jesuitas españoles reflexionaron sobre cuestiones políticas fundamentales, entre ellas el derecho de resistencia.

Juan de Mariana<sup>162</sup> cimienta el poder político en un traspaso de poder desde el pueblo a los gobernantes<sup>163</sup>. La tiranía no es una degeneración de cualquiera de las tres formas clásicas, sino solamente de la monarquía. El rey no es un delegado del pueblo, sino que tiene un poder no dependiente, pero ello no implica que el pueblo quedara despolitizado, antes bien lo contrario, el pueblo retiene una serie de poderes que pueden ser opuestos al rey como son la necesidad de su consentimiento para decidir los tributos, la sucesión al trono, la religión establecida y el control del ejercicio tiránico del rey<sup>164</sup>. Hay una diferencia jerárquica entre República y rey y la superioridad de la República se manifiesta en las materias reservadas (sucesión al trono, impuestos, la religión establecida y el control de la eventual tiranía real)<sup>165</sup>.

En el caso de un tirano de ejercicio, porque para el usurpador no habría reticencias ni límites<sup>166</sup>, Mariana propone que sea el rey amonestado por las Cortes (Estados) del Reino. Si no sigue la amonestación, el rey puede ser declarado enemigo público y el pueblo ha de ser preparado para una guerra casi segura<sup>167</sup>. Este procedimiento lleva a la destitución del gobernante y a su declaración como enemigo contra el que cabe una guerra justa, trasladándose la cuestión de la resistencia a la tiranía al derecho a la defensa frente al enemigo, esto es, al *ius in bellum*.

Si no cabe la posibilidad de reunirse y declarar enemigo al tirano, pero ésta es la común convicción, entonces cualquiera puede ejecutar esa sentencia obrando no como

---

<sup>161</sup> "Carta a Juan Alfonso de Polanco a Alfonso Salmerón, [Poissy] 27 de septiembre de 1561" en *Lainii Monumenta*. Volumen VI. *Monumenta Historica Societatis Iesu*. Gabriel López del Horno. Madrid, 1915. Pág. 57.

<sup>162</sup> Sobre la cuestión que nos ocupa pueda verse Fernando Centenera Sánchez-Seco: *El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana: un estudio sobre uno de los referentes más extremos de la cuestión*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Alcalá de Henares. 2005.

<sup>163</sup> Juan de Mariana: *De rege et de institutione regis*. Imprenta de Pedro Rodríguez. Toledo, 1599. Pág. 88.

<sup>164</sup> *Ibidem*. Pág. 102.

<sup>165</sup> *Ibidem*. Pág. 90.

<sup>166</sup> *Ibidem*. Págs. 74-75.

<sup>167</sup> *Ibidem*. Págs. 75-76.

particular, sino como ejecutor<sup>168</sup> y en esa línea se encuentran las varias páginas de encomio a Jacques Clément, asesino o tiranicida de Enrique III de Francia<sup>169</sup>.

Hay que señalar que De Mariana considera que el canon del Concilio de Constanza que condenó el tiranicidio no tiene la obligatoriedad propia de un anatema conciliar, porque no fue firmada por el Papa Martín V ni por sus sucesores, lo cual se asevera en *Enchiridion symbolorum*<sup>170</sup>. Durante la polémica suscitada por la obra De Mariana, el Papa Paulo V ratificó expresamente en 1615 la condena conciliar para disipar cualquier duda<sup>171</sup>.

#### 4.3.2. Francisco Suárez

Francisco Suárez fue un renovador del Tomismo en el orden especulativo; una renovación que sin dejar de ser escolástica fue tan profunda que mereció que sus seguidores tuvieran una denominación diferenciada, suaristas, de la de los de Tomás de Aquino. En la Filosofía Práctica Suárez entronca con la tradición de grandes pensadores (teólogos, filósofos y juristas o todo ello a la vez) que se incluirían dentro de la Escuela de Salamanca en una concepción amplia de la misma<sup>172</sup>.

Dedica Suárez dos grandes y extensas obras (*De legibus ac de Deo legislatore* y *Defensio fidei catholicae*) a cuestiones de Filosofía Política y de Filosofía del Derecho. El tratamiento del derecho de resistencia, aunque de exposición abstracta, no puede huir como ninguno de todos los autores que han estudiado esta materia de la cercanía de las circunstancias políticas. Es más, Suárez entra en un caso concreto, el del rey inglés Jacobo I y sus pretensiones anglicano-absolutistas.

El llamado “doctor eximio” mantiene con De Mariana, a quien no cita nunca<sup>173</sup>, que el poder del gobernante emana del pueblo<sup>174</sup> y esta cesión es irrevocable

<sup>168</sup> *Ibidem*. Pág. 76.

<sup>169</sup> *Ibidem*. Págs. 67-70.

<sup>170</sup> Henricus Denzinger (ed.): *Op. Cit.*, Pág. 251. De acuerdo con la Eclesiología los cánones y documentos de un Concilio solamente pueden considerarse aprobados si el Papa los ratifica.

<sup>171</sup> Mario Turchetti: *Op. Cit.*, 523.

<sup>172</sup> Antonio-Enrique Pérez-Luño: *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Op. Cit.*, Pág. 43.

<sup>173</sup> Font Oporto atribuye que Suárez no cite a De Mariana a la presunta radicalidad del segundo, aunque podría valorarse un aspecto más sencillo que no es otro que la absoluta mala fe y ostracismo que vivía De Mariana dentro de la Compañía de Jesús tras sus críticas y escritos sobre el gobierno de la Compañía, que han sido parte integrante de la propaganda antijesuítica desde aquellos tiempos. Véase Pablo Font Oporto: “Suárez, Mariana y el tiranicidio: divergencias y silencios estratégicos” en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*. Volumen 44 (2017). Pág. 30 y Antonio Astrain: *Historia de la Compañía de Jesús en la Asistencia de España*. Tomo V: *Vitalleschi, Carafa, Piccolomini 1615-1652*. Razón y Fe. Madrid, 1916. Págs. 66-70.

<sup>174</sup> Francisco Suárez: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Volumen II. Texto bilingüe. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967. Págs. 206-207. Libro III. Capítulo IV. 2. Suárez admite la posibilidad de

salvo que el gobernante caiga en la tiranía. El gobernante no es un delegado, un comisionado de la comunidad política, ya que desde el momento en el que hace la cesión tiene los poderes políticos de la República en su totalidad<sup>175</sup>.

En un principio Suárez recibe y hace propia la consolidada distinción entre origen y ejercicio para después prácticamente equiparar ambas situaciones<sup>176</sup>. Defiende la resistencia al usurpador, pero no individualmente por un particular. I indica que no es posible resistencia si ha habido algún tipo de pacto con el usurpador, cabiendo incluso su aceptación como legítimo gobernante (curioso paralelismo con *Vindiciae contra Tyrannos*, aunque Suárez a quien cita es al aristotélico español Alfonso de Madrigal)<sup>177</sup>.

En cuanto a la resistencia activa frente a la tiranía por ejercicio, Suárez encuentra que la titularidad del derecho es de toda la comunidad política y no de los individuos singulares. Toda la comunidad es la que tiene que decidir. Solamente cabría la actuación de un particular para terminar físicamente con el tirano cuando se haga en defensa de la vida personal o en una acción de defensa militar, y siempre teniendo en cuenta las consecuencias de su acción para con el Estado<sup>178</sup>.

Lo que le cabe hacer a la comunidad política es deponer al tirano y convertirlo en usurpador, aplicándole al rey depuesto entonces el régimen de los usurpadores, pero por causa grave, ya que indica Suárez que los súbditos suelen tenerse habitualmente por maltratados<sup>179</sup>. La deposición emana de la propia naturaleza del poder político, ya que la ruptura del acuerdo de cesión del poder, implica la pérdida de éste y la posibilidad de ser combatido como usurpador. Suárez escapa de la aprobación del tiranicidio en caso de legítimo título convirtiéndolo en tiranicidio por carencia de título, de modo que contra él cabe guerra justa<sup>180</sup>.

Francisco Suárez retoma una cuestión que estaba latente desde la Edad Media y es el poder papal de deposición de los gobernantes. La división del Cristianismo occidental en varias ramas que se convirtieron en confesiones oficiales de Estados (Catolicismo, Luteranismo, Calvinismo o Anglicanismo). Los papas respondieron con penas de excomunión a todos los que se unían a las confesiones reformadas, pero no

---

la designación directa del gobernante por parte de Dios, pero lo considera un hecho extraordinario. Mantiene que Jn 18,36 debe ser interpretado en el sentido que Dios elige a todos los gobernantes a través de causas segundas, pero no ordinariamente es él quien designa al gobernante.

<sup>175</sup> *Ibidem*, Pág. 208. Libro III. Capítulo IV. 4.

<sup>176</sup> Francisco Suárez: *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus errores sectae anglicanae*. Fibrenianis. Volumen II. Nápoles, 1777. Págs. 289-290. Libro VI. Capítulo IV. 13-14.

<sup>177</sup> *Ibidem*, Pág. 288. Libro VI. Capítulo IV. 9.

<sup>178</sup> *Ibidem*, Págs. 297. Libro VI. Capítulo IV. 6.

<sup>179</sup> Pablo Font Oporto: "El núcleo de la doctrina de Francisco Suárez sobre la resistencia y el tiranicidio" en *Pensamiento* Vol. 69. (2013) Pág. 504.

<sup>180</sup> *Ibidem*. Págs. 299-302. Libro VI. Capítulo IV. 14-22.

depusieron a los príncipes que se unieron al Luteranismo o al Calvinismo o, como Enrique VIII, que se había separado de Roma en lo que inicialmente solamente podía considerarse un cisma.

Mantiene Suárez que el Papa no tiene potestad directa sobre las cuestiones temporales y que sólo le competen los asuntos espirituales<sup>181</sup>. Pero esta diferenciación tan neta se difumina cuando se acepta que su potestad espiritual tiene determinadas implicaciones temporales y que con carácter instrumental el Papa posee una potestad<sup>182</sup> indirecta en materia temporal dentro de los territorios cristianos para todo lo que pudiera afectar a los asuntos espirituales, que adquiere las notas de una resistencia institucionalizada<sup>183</sup>.

Dentro de esta potestad indirecta se halla todo lo relacionado con la protección de la religión cristiana, de forma que el Papa puede corregir o derogar leyes civiles (*ad corrigendas vel abrogandas leges civiles*) que lleven a la perdición, como también puede prohibir un contrato por impiedad, así como dar ley en materia testamentaria (primando el Derecho Canónico sobre el Civil), intervenir en sentencias judiciales o llamar a los príncipes seculares en defensa armada de la Iglesia<sup>184</sup>.

Al ser una verdadera potestad, va acompañada de poder coactivo, de modo que Suárez mantiene con Roberto Bellarmino<sup>185</sup> que el Papa puede llegar a deponer a cualquier Príncipe cristiano y, además, también puede eximir de la obediencia a los cristianos bajo gobernantes gentiles, aunque a ellos no puede deponerlos<sup>186</sup>. La deposición convierte en usurpador al rey y por tanto se le puede hacer una guerra justa pasando a otro orden normativo, el *ius in bello*.

---

<sup>181</sup> Francisco Suárez: *Tratado de las leyes y de Dios legislador. Op. Cit.*, Págs. 215-216. Libro III. Capítulo VI. 3-4.

<sup>182</sup> Dice Suárez que no es una capacidad moral de aconsejar, advertir o solicitar (*potestas consuevendi, monendi aut rogandi*), sino una verdadera capacidad de obligar, una potestad. Francisco Suárez: *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus errores sectae anglicanae. Op. Cit.*, Pág. 275. Libro III. Capítulo XXII. 1.

<sup>183</sup> Teófilo Ordanoz muestra que la noción potestad temporal indirecta se encuentra en la tradición tomista desde Cayetano hasta Suárez pasando por, entre otro, Francisco de Vitoria o Luis de Molina. Véase Teófilo Urdanoz: "Introducción a la relección primera sobre la potestad eclesiástica" en Francisco de Vitoria: *Op. Cit.*, Págs. 224-231.

<sup>184</sup> Francisco Suárez: *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus errores sectae anglicanae. Op. Cit.*, Págs. 208 y 279-280. Libro III. Capítulo VI. 6 y Capítulo XXII. 10-15.

<sup>185</sup> Roberto Bellarmino: *De summo pontífice en Opera omnia*. Volumen II. Ludovicus Vives. París, 1870. Págs. 155-156. Libro V. Capítulo VI.

<sup>186</sup> *Ibidem*. Págs. 333-340. Libro III. Capítulo XXIII.

#### 4.4. La tradición escocesa e inglesa

Las islas británicas vivieron desde el siglo XVI al siglo XVII fuertes convulsiones. La primera de ella se debió a la Reforma, introducida por Enrique VIII en Inglaterra, numerosas sucesiones tormentosas, la ejecución de la “reina” Jane, la deposición y posterior ejecución de María de Escocia, la guerra civil y ejecución de Carlos I y, finalmente, la Revolución Gloriosa y final del Reinado de Jacobo II, que terminó con la proclamación del *Bill of Rights* y el establecimiento de la Monarquía Constitucional en Guillermo de Orange y María Estuardo.

La tradición británica es sin duda rica en el ejercicio de la resistencia y también en la reflexión sobre la misma. Una abundancia teórica y práctica de la que los colonos norteamericanos, que crearán los Estados Unidos de América, serán herederos directos y formará parte de su cosmovisión social y política. Se exponen aquí autores que forman una rama diferenciada de la de los monarcómacos franceses. Esta rama fue trasplantada en América tras las emigraciones de los puritanos.

##### 4.4.1. Autores escoceses: John Knox, Goodman y George Buchanan

John Knox, uno de los introductores de la Reforma en Escocia, planteó en 1554 a Heinrich Bullinger, sucesor de Zuinglio, una serie de cuestiones relativas a la obediencia y la resistencia a los reyes, a pesar de reconocer su derecho divino. Las cuestiones eran si se debía obedecer a un rey demasiado joven, si una mujer puede reinar y que el gobierno lo lleve efectivamente su marido, si ha de mantener la obediencia a un rey que quiere introducir la idolatría (Catolicismo) o apoya a quienes lo hacen y, finalmente, qué deben hacer los fieles si los nobles reformados se alzan.

La respuesta de Bullinger establece una relación de la situación descrita por Knox, restauración católica de María Tudor y Felipe II, con el Israel bíblico, con lo que abre la posibilidad de tomar directamente los comportamientos de los israelitas para con los reyes que cayeron en la idolatría como modelos y títulos habilitantes. Knox rechaza el gobierno de las mujeres y mantiene que los reyes están sometidos a las leyes, de forma que si un rey cae en idolatría, adulterio o es asesino debe ser castigado de conformidad con las leyes como cualquier otro individuo<sup>187</sup>. Mientras Knox permanecía refugiado en Ginebra, el inglés Goodman dio una vuelta de tuerca más al afirmar que no resistirse y mantenerse pasivo es participar en la persecución, de modo que la resistencia además de ser un derecho es una obligación<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Mario Turchetti: *Op. Cit.*, Págs. 401-403.

<sup>188</sup> *Ibidem*. Págs. Pág. 405.



George Buchanan sitúa a los usurpadores en un plano de inferior gravedad respecto de los que oprimen, porque para él es más grave la opresión que la falta de título. El rey opresor, al romper el pacto, pierde el título y se convierte en enemigo. De hecho el usurpador solamente debe ser resistido cuando oprime y hasta entonces bien puede ser tolerado. Interpreta las prohibiciones neotestamentarias de la resistencia como dirigidas únicamente respecto de los buenos gobernantes<sup>189</sup>.

#### 4.4.2. Richard Hooker

Richard Hooker, teólogo anglicano, vio al principal opositor a la Iglesia de Inglaterra en el Calvinismo y no, como era habitual, en el Catolicismo. Se retrotrajo a los planteamientos aristotélicos de Tomás de Aquino para afirmar la naturalidad de lo político. Así se separa del voluntarismo calvinista y puede excluir la tentación de fundación del poder tanto en el Derecho Divino, de acuerdo con las tendencias absolutistas; ya que la naturalidad excluye que el Estado surja de un acto de voluntad, que es base para la Teocracia, doctrina apreciada por los calvinistas según Hooker<sup>190</sup>.

Hooker mantiene que las leyes de Inglaterra son fruto del acuerdo entre el pueblo y el rey, de forma que si el rey dicta leyes sin el pueblo se convertiría *ipso facto* en tirano<sup>191</sup> y, de hecho, considera que la ordenación en la que el rey comparte poder con el Parlamento y los tribunales es buena porque los que suscitan su abolición son quienes desean someter al Estado a sus intereses particulares<sup>192</sup>.

#### 4.4.3. Edward Coke

En Inglaterra el Derecho Romano fue sinónimo de poder absoluto. Por una serie de circunstancias históricas la penetración del sistema jurídico de Roma no había sido profunda y el sistema legal estaba dominado por el llamado *Common Law*, un sistema normativo consuetudinario donde los tribunales son los que declaran el Derecho.

Edward Coke fue un destacado juez y prominente jurista. De entre sus obras jurídicas destacan *Institutes of the Laws of England* y *Law Reports*. Mantiene que el *Common Law* es el sistema jurídico del Reino, frente a las concepciones que hacían del rey la fuente primaria del Derecho. Para Coke el *Common Law* es inmemorial e indisponible para el monarca y así se configura como un límite al gobierno real frente a

<sup>189</sup> *Ibidem*. Págs. 406-409.

<sup>190</sup> Duncan B. Forrester: "Richard Hooker" en Leo Strauss y Joseph Cropsey (eds.): *History of Political Philosophy*. University of Chicago Press. Chicago y Londres, 1987. Págs. 358-359.

<sup>191</sup> Richard Hooker: *Of the Laws of the Ecclesiastical Polity in The works of Richard Hooker*. Volumen I. Clarendon Press. Oxford, 1888. Págs. 245-246. Libro I. Capítulo X. 8.

<sup>192</sup> *Ibidem*, Págs. 252. Libro I. Capítulo X. 14.

sus pretensiones absolutistas de legislar y de administrar justicia. El Common Law adquirió la función que el Derecho Natural tenía atribuido en el resto de Europa<sup>193</sup>.

La consecuencia práctica sería, según Coke, que ni siquiera una ley parlamentaria podría modificar el *Common Law*, como parece colegirse en el *Bonham's case* del que tendremos ocasión de exponer más adelante, y que los tribunales reales (*Court of Chancery* que sentenciaba según *equity*) no podrían entrar en las materias propias del *Common Law*<sup>194</sup>. De la pluma de Coke es la célebre *Petition of rights*<sup>195</sup>, que trataremos en el siguiente epígrafe.

#### 4.4.4. El regicidio de Carlos I

Pese a que nuestras pretensiones son teóricas y no históricas, ha de mencionarse el proceso que llevó al rey inglés Carlos I al cadalso, tras ser derrotado en una guerra civil y juzgado por un tribunal.

Lo primero que hemos de destacar es que el proceso fue establecido legalmente por el Parlamento, pese que el tribunal fue “ad hoc”<sup>196</sup>. El segundo aspecto a señalar es que Carlos I no fue depuesto, sino juzgado, condenado y ejecutado como rey y no como le sucedió un siglo y medio más tarde a Luis XVI, que se enfrentó al proceso y a la condena como Luis Capeto, una vez depuesto de la condición de rey.

Los cargos presentados contra Carlos I se fundan en la violación de las limitaciones constitucionales del monarca, que habían sido remarcadas y requerida su observancia en *The Petition of Right*<sup>197</sup>. Se le acusó de no reunir al Parlamento, ejercer violencia contra sus miembros o contra los oficiales del Parlamento, levantar ejércitos y establecer impuestos sin autorización parlamentaria y nombrar autónomamente oficiales para cobrar los impuestos, la búsqueda del propio interés y el de su familia, la insurrección especialmente entre los irlandeses, la introducción de elementos extranjeros, así como la muerte de miles de personas y otros delitos gravísimos<sup>198</sup>.

<sup>193</sup> Guido Fassò: *Op. Cit.*, Volumen II. Pág. 87.

<sup>194</sup> J. A. G. Pocock: *The Ancient Constitution and the Feudal Law. Op. Cit.*, Pág. 37-38 y 46.

<sup>195</sup> 3 Car. 1 Cap. 1. Cf. *The Statutes at Large*. Volumen III. Edición de Ruffhead. Londres, 1763. Págs. 123-124.

<sup>196</sup> “The Act erecting a High Court of Justice for the King’s Trial” en Samuel Rawson Gardiner: *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1666*. Clarendon Press. Oxford, 1999. Págs. 357-358. Gardiner señala que es la primera vez que se denomina *Act* y no *Ordinance* a un acto únicamente de la Cámara de los Comunes.

<sup>197</sup> *Ibidem*, Págs. 66-70.

<sup>198</sup> “The Charge against the King” en *Ibidem*. Págs. 371-374 y “The Sentence of the High Court of Justice upon the King” en *Ibidem*. Págs. 377-380.

De los hechos podemos inferir ciertos aspectos teóricos: el tiranicidio es posterior a la propia resistencia, pues en 1642 el Parlamento decidió crear un ejército para combatir el ejército que el rey había organizado, lo cual es un acto de resistencia activa. La finalidad de las huestes parlamentarias era “defender la seguridad del Rey, la de ambas cámaras del Parlamento, y a todos los que han obedecido sus órdenes y mandatos, y preservar la verdadera religión, las leyes y la libertad y paz del Reino”<sup>199</sup>.

El tiranicidio es una sanción penal como consecuencia de los delitos de los que se le encuentra culpable (tiranía, traición, asesinatos y enemistad pública contra el pueblo) cumpliendo la condena las funciones propias del proceso penal de aquel momento.

#### 4.4.5. John Milton

Uno de los más grandes poetas de la lengua inglesa es John Milton y su obra *Lost Paradise* tiene renombre universal. Su faceta política es desconocida para muchos de sus admiradores y especialmente su compromiso teórico y práctico con la República inglesa, con la *Commonwealth of England*<sup>200</sup>. Reflexionó sobre los acontecimientos vividos hasta la condena de Carlos I y el establecimiento de la *Commonwealth*. En su obra *The Tenure of Kings and Magistrates* parte del presupuesto de que las comunidades tienen derecho a la autopreservación, que él interpreta como legítima defensa frente a quienes la ataquen<sup>201</sup>. Considera que una definición general de lo que es un tirano no es posible pero al menos hay tres comportamientos sobre los que no se puede tener duda de que son tiránicos: ordenar masacres contra sus propios súbditos, enajenar partes de su territorio y la destrucción completa de ciudades y comarcas<sup>202</sup>. Para Milton la diferencia entre los dos tipos de tiranos es irrelevante, pues poca diferencia hay en ser oprimido por un extranjero que serlo por un compatriota<sup>203</sup>.

Si las comunidades pueden elegir a sus gobernantes ¿qué argumento hay para considerar que no tiene la capacidad contraria, es decir, deponerlos?<sup>204</sup> Se puede deponer a quien gobierna tiránicamente<sup>205</sup>, pero también al que gobierna a disgusto de la comunidad<sup>206</sup>, siguiendo la línea abierta por George Buchanan.

<sup>199</sup> “The Votes of the Houses for raising and army” en *Ibidem*. Pág. 261.

<sup>200</sup> Una presentación del pensamiento político de John Milton puede encontrarse en Perez Zagorin: *A History of the Political Thought in the English Revolution*. Routledge & Kegan Paul. Nueva York, 1965. Págs. 106-120 y también Nieves Díaz Saldaña: “El poeta de la Revolución Inglesa: Teoría Política de John Milton” en *Historia Constitucional*. Núm. 2 (2001). Págs. 161-200.

<sup>201</sup> John Milton: *The Tenure of Kings and Magistrates*. Henry Holt and Co. Nueva York, 1911. Pág. 10.

<sup>202</sup> *Ibidem*, Págs. 8-9.

<sup>203</sup> *Ibidem*. Pág. 19.

<sup>204</sup> *Idem*.

<sup>205</sup> *Ibidem*. Pág. 10.

<sup>206</sup> *Ibidem*. Pág. 15.

#### 4.4.6. Thomas Hobbes

El monstruo de la guerra civil que había asolado Inglaterra y otros países solamente podía ser combatido, en el pensamiento de Thomas Hobbes, por medio de la concentración del poder en una sola entidad, en un ente que garantice la paz y la seguridad. Para ello solamente debe haber una única instancia de poder en el territorio, de modo que ninguna persona o entidad pueda enfrentarse al Estado. El pacto hobessiano es tanto pacto de asociación como de sometimiento porque es precisamente el sometimiento es la finalidad de la asociación pactada.<sup>207</sup>

Son la división del poder y la debilidad del Estado las causas de los conflictos civiles, como son tener menos poder del necesario, que los individuos se crean jueces de sus acciones, que se haya extendido la idea de que sólo la inspiración divina proporciona la santidad y no la razón, que los bienes privados estén vedados al soberano, la imitación de los pueblos vecinos en sus malos comportamientos, la toma de ejemplo de los tiranicidas grecorromanos, que se someta al soberano a las leyes, que se quiera dividir el poder, el exceso de dinero circulante, la popularidad de algunos individuos ambiciosos, la excesiva riqueza de una ciudad o parte del Estado, los demagogos, la sed de conquista y los problemas derivados de ésta, así como las consecuencias de la derrota bélica<sup>208</sup>.

¿Qué sucede si el Estado no puede cumplir con sus fines a pesar de los desbordantes medios de los que ha sido dotado? Al final del citado Capítulo XXIX indica Hobbes que en el caso que el Estado desaparezca como consecuencia de una guerra, sea externa o civil, el vínculo de obediencia queda disuelto y los súbditos pueden hacer lo que consideren mejor para protegerse. Teniendo en cuenta que en *De Cive* (XIII, 6) de los cuatro los fines del Estado solamente la paz exterior y la paz interior corresponden a los gobernantes<sup>209</sup> quedan claras las únicas circunstancias en las que se recupera el poder ilimitado con la finalidad de un nuevo sometimiento: la obligación de obedecer dura lo que dura la protección<sup>210</sup>.

Susanne Sreedhar ha construido una interpretación original en la que afirma que Thomas Hobbes mantiene el derecho natural a la rebelión o resistencia por necesidad, es

<sup>207</sup> Fernando Vallespín: "Hobbes y la revolución inglesa" en Fernando Vallespín (ed.): *Op. Cit.*, Pág. 290.

<sup>208</sup> Thomas Hobbes: *Leviathan*. Oxford University Press. Oxford y Nueva York, 1998. Se citará por la paginación de la *Head Edition*. Capítulo XXIX. Págs. 167-174.

<sup>209</sup> Thomas Hobbes: *On the Citizen*. Cambridge University Press. Cambridge, 2009. Pág. 144.

<sup>210</sup> Thomas Hobbes: *Leviathan*. *Op. Cit.*, Pág. 113.

decir, en caso de daño o muerte inminente<sup>211</sup>, pero que rechaza la rebelión o resistencia ideológica<sup>212</sup>. Quentin Skinner vinculaba a la protección una función clave del pensamiento hobbesiano, pero no profundizaba en las consecuencias *sensu contrario*<sup>213</sup>. En todo caso, como señala Mirete Navarro, Hobbes no proporciona ningún cauce institucional a esa capacidad que reconoce, quizá porque es tan primigenia que escapa a la institucionalización<sup>214</sup>.

#### 4.4.7. La Revolución Gloriosa

Ni medio siglo transcurrió cuando en el Reino de Inglaterra otra crisis política hizo que el rey perdiera el trono, aunque en esta ocasión sí conserva la vida. Las medidas de tolerancia religiosa del rey Jacobo II a favor de los católicos y de los protestantes disidentes hicieron que la élite protestante intentase evitar lo que entendían un intento de devolver Inglaterra al Catolicismo. Lo que había sido visto como un periodo transitorio, ya que sus dos hijas eran protestantes, se tornaría en una dinastía católica al nacer el primer hijo de su segundo matrimonio.

Una parte relevante de la nobleza protestante y de los comunes whigs invitaron al marido de María, hija del rey, a hacerse con el poder y de esta forma Guillermo de Orange invadió Inglaterra como liberador de los protestantes. Jacobo II sintió como las bases de su poder se desvanecieron hasta que huyó a Francia. La *Parliament Convention* se reunió y hubo de vérselas con la situación. La cuestión era qué hacer para entronizar a Guillermo de Orange y a su esposa María, siendo Jacobo II aún rey dado que no había abdicado. Tras rechazar su capacidad para deponer el rey por ser una doctrina católica, consideraron la huida del Rey como una abdicación *de facto* al haber abandonado sus obligaciones y no haber dispuesto nada. De acuerdo con la línea sucesoria el Príncipe de Gales habría de ser el rey, pero la *Parliament Convention* prohibió a los católicos asumir el trono, de modo que María y Guillermo eran los primeros en la sucesión. Se aprobó la *Bill of Rights Act*<sup>215</sup> como límite al poder regio.

Esta resistencia se sostuvo sobre la posibilidad de un cambio religioso propiciado por el monarca, aspecto fundamental en el siglo XVII, sin contar con los

---

<sup>211</sup> Susanne Sreedhar: *Hobbes on resistance. Defying the Leviathan*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2010. Pág. 137.

<sup>212</sup> *Ibidem*. Pág. 143.

<sup>213</sup> Quentin Skinner: *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008. Págs. 181-182.

<sup>214</sup> José Luis Mirete Navarro: "Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder político" en *Anales de Derecho*. Núm. 9 (1986). Págs. 138-138.

<sup>215</sup> *An Act for declaring the rights and liberties of the subjects, and fettling the succession of the crown*, (1 William & Mary S. 2 Cap. 2) Cf. *The Statutes at Large*. Volumen IX. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f. Págs. 67-73.

representantes del Reino. Ello llevó a un destacado grupo a pedir que se resistiera armadamente con auxilio de un príncipe extranjero (recordemos la habilitación recogida en la *Vindiciae*). Fruto de esa resistencia se obtuvo el abandono de hecho del trono por parte de Jacobo II, el cual fue subsumido dentro de una abdicación no tanto por prurito legalista sino por coherencia con la idea de que el rey había roto su pacto con el pueblo faltando a sus deberes<sup>216</sup>.

En Escocia sí se produjo una verdadera deposición por parte de una asamblea elegida también “ad hoc”, la *Convention of the States*, al privar al rey Jacobo VII de su derecho al trono por sus actos contra la religión protestante y los actos de crueldad en la represión de Argyll. Paralelamente a Inglaterra, en Escocia se aprobó una ley, *Claim of Right Act*, que aunaba las acusaciones a Jacobo con los derechos de Escocia indisponibles para los reyes<sup>217</sup>.

El predicador James Canaries, en un intento de aunar la resistencia con el mandato paulino, sacó fuera de la esfera de lo religioso este derecho político. El trono escocés fue ofrecido en marzo de 1689 a los reyes ingleses<sup>218</sup>. El trono de Irlanda, donde sí hubo un serio conflicto bélico, no fue conferido a los nuevos reyes al considerarse anexo al inglés<sup>219</sup>.

Tanto la declaración inglesa de abdicación como la deposición escocesa fueron formuladas por órganos representativos extraordinarios, aunque, como señala Tim Harris, el uso de las masas rodeando las sedes de las dos convenciones fue determinante para despejar las dudas y los bloqueos. Estos dos órganos además fueron constructivos en tanto que proveyeron el trono vacante y establecieron bases constitucionales propias de gobiernos limitados.

#### 4.4.8. Algernon Sidney

Algernon Sidney representa el pensamiento más radical que sobrevivió a la *Commonwealth* y llegó a la Restauración. Murió ejecutado tras un juicio por traición por su participación en un complot para asesinar al rey Carlos II.

---

<sup>216</sup> Sobre los aspectos legales, religiosos y filosóficos en torno a la abdicación véase Tim Harris: *Revolution. The Great Crisis of the British Monarchy, 1685-1720*. Penguin. Londres, 2007. Págs. 321-328. Para la concepción de *abdication* como deposición forzada frente a *demise*, no forzada, puede verse a Thomas P. Slaughter: “‘Abdicate’ and ‘Contract’ in the Glorious Revolution” en *The Historical Journal* Volumen 24 Núm. 2 (1981). Págs. 323-337.

<sup>217</sup> *Claim of Right Act* 1689 c 13. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/aosp/1689/28/contents>

<sup>218</sup> Tim Harris: *Op. Cit.*, Págs. 364-409.

<sup>219</sup> *Ibidem*. Págs. 450-451.

Su principal obra es *Discourses concerning Government*, que fue publicada póstumamente. En ella mantiene que el mal del cuerpo político no proviene de la libertad, ni de los elementos populares que tenía la Constitución inglesa y otras formas de gobierno, sino precisamente del poder ilimitado que engendra tiranía y desorden social<sup>220</sup>.

Es el pueblo quien tiene el poder supremo y solamente él puede cambiar las leyes y resolver las cuestiones que afecten a la persona del rey<sup>221</sup>. Los reyes pueden hacer lo que las leyes les permiten y todo lo que hagan fuera no tiene valor, consecuentemente, no tiene que ser obedecido<sup>222</sup> y pierden la corona<sup>223</sup>. Mantiene que es un sinsentido querer limitar a un rey solamente con las leyes de naturaleza, pues quien ignora las del Estado, en nada tendrá las naturales<sup>224</sup>: las leyes restringen a los malos gobernantes y guían a los buenos<sup>225</sup>.

El mandato paulino lo lee en relación a Timoteo (Tim. 2) de forma que solamente se debe obediencia a los buenos gobernantes. La finalidad del poder es la seguridad, la libertad, las propiedades y las vidas del pueblo<sup>226</sup>. Si no cumple esta finalidad, puede el pueblo asumir el poder mediante una revuelta general que no puede llamarse rebelión porque es el pueblo la máxima instancia de gobierno<sup>227</sup>.

#### 4.4.9. John Locke

El *Segundo tratado sobre el gobierno civil* fue publicado tras el establecimiento de Guillermo de Orange y María Estuardo en el trono de Inglaterra y de Escocia<sup>228</sup>. Sintetiza y expone magistralmente la teoría del pacto y el derecho de resistencia que habían estado en el cimiento de la Revolución de 1688<sup>229</sup>.

---

<sup>220</sup> Algernon Sidney: *Discourses concerning Government*. Volumen I. Hamilton & Balfour. Edinburg, 1750. Págs. 309-403.

<sup>221</sup> *Ibidem*, Volumen II. Págs. 112 y 117.

<sup>222</sup> *Ibidem*, Pág. 95.

<sup>223</sup> *Ibidem*, Págs. 120-122.

<sup>224</sup> *Ibidem*, Pág. 133.

<sup>225</sup> *Ibidem*, Págs. 103-104 y 107.

<sup>226</sup> *Ibidem*, Pág. 127.

<sup>227</sup> *Ibidem*. Pág. 301.

<sup>228</sup> John Locke vuelve a Inglaterra tras el triunfo de la Revolución de 1688 y publica, en 1690, sus tres obras más importantes: *Letter concerning Toleration*, *Two Treaties on Civil Government* y *Essay concerning Human Understanding*. Las dos obras políticas vieron la luz con autoría anónima. Richard I. Aaron: *John Locke*. Oxford University Press. Oxford, 1965. Págs.36-37.

<sup>229</sup> Para una referencia general del derecho de resistencia en Locke puede verse: John Dunn: *The Political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of 'Two Treaties of Government'*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1982. Págs. 165-186.

El pensamiento de Locke fue decisivo para tener un marco interpretativo y valorativo de la realidad política circundante. Por ello podremos rastrear el fundamento lockeano de la Revolución Americana y de la Independencia. Teniendo en cuenta que el principal redactor de la *Declaración de Independencia* fue Thomas Jefferson, la relevancia es evidente y más cuando él mismo reconoció expresamente la influencia de John Locke y Algernon Sidney en documentos fundamentales como la mencionada Declaración de Independencia, *The Federalist Papers*, la Resolución de Virginia respecto de las *Aliens and Sedition Acts* o el discurso de despedida del Presidente George Washington<sup>230</sup>.

El pacto lockeano, realizado por los individuos<sup>231</sup>, configura dos instituciones que son el ejecutivo y el legislativo<sup>232</sup> que tienen la finalidad de resolver los conflictos sociales imparcialmente y sobre un criterio común, la ley, con la finalidad de preservar la vida, la libertad y la propiedad<sup>233</sup>. El ejecutivo, prototípicamente ejercido por un monarca, es el encargado de las relaciones internacionales (poder federal<sup>234</sup>), de la dirección del ejército y de la ejecución de las leyes aprobadas por el legislativo, así como está dotado de un amplio número de prerrogativas en silencio de la ley, en la aplicación de la misma o para situaciones de emergencia no previstas en ninguna ley<sup>235</sup>.

El legislativo, normalmente compuesto por una asamblea de representantes, puede estar compuesto por diversos cuerpos también e incluso el príncipe que tiene el poder ejecutivo puede ser miembro del legislativo. Su misión es aprobar las leyes, establecer los tributos y decidir sobre el ejército. El legislativo, en el caso de ser una asamblea, tiene que ser convocado y reunido por el ejecutivo<sup>236</sup>.

El pueblo no pierde nunca el derecho a su autopreservación<sup>237</sup> y, de hecho, los derechos y poderes delegados son reclamables tanto respecto del legislativo<sup>238</sup> como del

---

<sup>230</sup> *An Exact Transcript of the Minutes of the Board of Visitors of the University of Virginia*, 5 de marzo de 1825. Volumen XIX. Págs. 460-461. Alex Scott Tuckness: "Discourses of Resistance in the American Revolution" en *Journal of History of Ideas*. Vol. 64. Núm. 4 (2003). Págs. 547-563. Una posición más crítica en John Dunn: "The Politics of Locke in England and America in the eighteenth century" en John Dunn: *Political obligation in its historical context. Essays in political theory*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1980. Págs. 53-77.

<sup>231</sup> John Locke: *Second Treatise of Government*. Hackett Publishing Company. Indianapolis y Cambridge. 1980. § 6. Pág. 9.

<sup>232</sup> *Ibidem*, § 89. Pág. 48.

<sup>233</sup> *Ibidem*, §§ 123-125. Págs. 65-66.

<sup>234</sup> *Ibidem*. §§ 144-147. Págs. 76-77.

<sup>235</sup> *Ibidem*. §§ 159-168. Págs. 83-88.

<sup>236</sup> *Ibidem*. §§ 134-142. Págs. 69-75.

<sup>237</sup> Sobre la titularidad del derecho de resistencia lockeano Cf. Robert C. Grady: "Obligation, Consent, and Locke's Right to Revolution: "Who Is to Judge?" en *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 9. Núm. 2 (1976). Págs. 277-292.

<sup>238</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, § 149. Págs. 77-78.



ejecutivo<sup>239</sup>. Locke mantiene en el Derecho Público la misma concepción de revocabilidad que los poderes tienen en el ámbito del Derecho Privado<sup>240</sup>.

John Locke indica que la parte más temible de la comunidad política no es el pueblo, sino los príncipes, ya que históricamente de ellos han provenido la mayoría de las opresiones, arbitrariedades y tiranías<sup>241</sup>. En caso de conflicto solamente cabe un juez y éste es el pueblo mediante la “apelación a los Cielos” sobre el fundamento de la Ley Natural<sup>242</sup>.

Si en un Estado hay recursos contra los actos ilegales o si los individuos pueden recuperar lo que les ha sido arrebatado sin tener que recurrir a la autotutela no recurrirán a la resistencia, es decir, la resistencia institucionalizada sustituye a la resistencia.

Tampoco lo harán si no hay sensación de opresión, de la que únicamente serían responsables los gobernantes<sup>243</sup>. Hay determinados comportamientos por parte de quienes ejercen el poder que pueden llevar a la disolución del Estado por violación del pacto como la arbitrariedad, la negativa a reunir al legislativo, el fraude electoral, la entrega a un poder extranjero, el abuso del empleo y la interpretación de la prerrogativa, la incapacidad para hacer cumplir las leyes aprobadas<sup>244</sup> o la aplicación de la prerrogativa a una cuestión de suma importancia que debiera ser decidida por el pueblo<sup>245</sup>. Todos estos comportamientos son propios del ejecutivo, siendo arquetípico el abuso del legislativo la afectación de los bienes de los miembros del Estado<sup>246</sup>. Los abusos solamente son predicables de los gobernantes con título que son los que están sometidos al pacto, nunca de los conquistadores tras guerra injusta o de los usurpadores, respecto a los cuales no hay ningún deber de obediencia<sup>247</sup>.

La apelación a los Cielos es el último recurso<sup>248</sup>. Frente a las concepciones que mantienen que el pueblo es una masa fácilmente excitable y siempre tendente al tumulto contra los más ricos y los más poderosos, entiende Locke que la realidad es bien distinta y el pueblo no tiene disposición revolucionaria. Se llega al abismo de la revolución muy lentamente<sup>249</sup>, con una tremenda acumulación de actos<sup>250</sup>. La revolución es mejor que

---

<sup>239</sup> *Ibidem*, § 155. Págs. 80-81.

<sup>240</sup> *Ibidem*, § 240. Págs. 123.

<sup>241</sup> *Ibidem*, §§ 226 y 230. Págs. 114 y 115-116.

<sup>242</sup> *Ibidem*, §§ 168 y 240. Págs. 85-86 y 123.

<sup>243</sup> *Ibidem*, §§ 207-209. Págs. 105-106.

<sup>244</sup> *Ibidem*, §§ 210-217 y 219. Págs. 106-109 y 110.

<sup>245</sup> *Ibidem*, § 242. Pág. 123.

<sup>246</sup> *Ibidem*, § 221. Pág. 111.

<sup>247</sup> *Ibidem*, §§ 196-197. Págs. 100-101.

<sup>248</sup> *Ibidem*, § 207. Pág. 105.

<sup>249</sup> *Ibidem*, § 223. Págs. 112-113.

<sup>250</sup> *Ibidem*, § 225. Págs. 113.

soportar cualquier tiranía aunque sea al precio de la paz, pues sería una paz sin valor porque los gobernantes no se sentirían controlado por la posibilidad de ser resistidos en caso de convertirse en tiranos<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> *Ibidem*, §§ 228-229. Pág. 115.

## CAPÍTULO II: EL DERECHO DE RESISTENCIA EN THOMAS JEFFERSON

### 1. Derecho de resistencia y la obra de Thomas Jefferson en el Segundo Congreso Continental

Thomas Jefferson se manifestó en contra de los sistemas si ello suponía o requería un sometimiento de la libertad a un credo predeterminado<sup>252</sup>. Jefferson desarrolló su pensamiento a través de una intensa y abundante correspondencia con numerosos actores políticos, amigos y familiares, así como su participación en la redacción de textos de profunda relevancia histórica, política y cultural cuyo máximo exponente es la *Declaration of Independence*<sup>253</sup>, que tenía función de solemnizar la *Resolution of Independence* aprobada el día 2 de julio<sup>254</sup>.

Aunque carezcamos de una obra teórica en el que Jefferson reflexione sistemáticamente sobre el derecho de resistencia, sí tenemos dos documentos fundamentales sobre el ejercicio del derecho de la resistencia que salieron de su pluma. Esto nos permite rastrear un concepto de la resistencia de su directa autoría.

---

<sup>252</sup> *Carta a Thomas Hopkinson*, 13 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 300.

<sup>253</sup> Thomas Jefferson compensaba sus escasas cualidades oratorias con grandes habilidades como escritor. Por ello el Congreso lo había elegido anteriormente para proponer documentos fundamentales y se le incluyó a él en el Comité de Redacción del instrumento solemne de la independencia, junto a John Adams, Benjamin Franklin, Roger Sherman y Robert Livingstone. Thomas Jefferson asumió la labor de “ponente” y el texto aprobado por el Congreso es deudor de su pluma en tres cuartas partes. Los manuscritos que consideraremos serán los de la edición de Princeton de *The Papers of Thomas Jefferson* tal y como se reproducen en el Portal *Founders* ([founders.archives.gov](http://founders.archives.gov)). El primer borrador son los *Charges against the Crown*. El segundo es un fragmento del borrador principal (*Fragment of the composition draft*) cuyo contenido fue introducido muy modificado en el borrador jeffersoniano. El tercero es el borrador que Jefferson entrega al Comité de los Cinco para su consideración y recibe el nombre de *Original Rough Draught* fruto de la reconstrucción de Julian Boyd que es el más jeffersoniano de los borradores. El cuarto es el remitido por el Comité al Congreso y que Jefferson reproduce en su *Autobiography* y el quinto documento es la *Declaration of Independence* tal y como fue aprobada por el Congreso.

*Charges against the Crown* en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0176-0002>  
*Fragment of the composition draft* en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0176-0003>  
*Original Rough Draught* en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0176-0004>  
 Texto emendado por el Comité y el Congreso en *Autobiography*, Volumen I. Págs. 28-38.  
 Texto de la *Declaration of Independence* en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0176-0006>  
 Sobre los manuscritos de los diversos borradores es imprescindible: Julian P. Boyd: *The Declaration of Independence*. Thomas Jefferson Memorial Foundation y Library of Congress. Washington DC, 1999.

<sup>254</sup> El día 2 de julio de 1776 el Segundo Congreso Continental aprobó una propuesta del virginiano Richard Henry Lee. Era una breve resolución en la que se declaraba la independencia de los Estados Unidos. El texto puede consultarse en Charles C. Tansill: *Documents illustrative of the Formation of the Union of the American States*. Government Printing Office. Washington DC, 1927. Pág. 21.

El texto de la *Declaration of Independence* y el último borrador de Jefferson rezan<sup>255</sup>:

Sostenemos que estas verdades son autoevidentes: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables [de derechos inherentes e inalienables]; que entre ellos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar estos derechos son instituidos los gobiernos entre los hombre, procediendo sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que si alguna forma de gobierno llega a ser destructiva de esos fines, existe el derecho del pueblo de cambiar o abolir el gobierno e instituir un nuevo gobierno, colocando su fundamento sobre tales principios y organizando sus poderes en tal forma como a ellos les parecerá más adecuado a su seguridad y felicidad.<sup>256</sup>

En este texto podemos observar lo que cabría ser denominado como el “estado de naturaleza jeffersoniano”, en el que hay una serie de derechos inherentes e inalienables. De entre este *numerus apertus*<sup>257</sup> destacan tres de los derechos naturales: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a buscar la felicidad<sup>258</sup>.

Estos derechos son naturales y por tanto, como afirma el propio Jefferson, inherentes al ser humano, es decir, van con el ser humano y, en consecuencia, no puede ser desposeído de ellos por ningún modo ilícito o lícito (inalienables). El hecho de ser un ser humano va acompañado necesariamente de la posesión de los derechos naturales

---

<sup>255</sup> Para una historia del proceso de redacción también puede verse: Pauline Maier: *American Scripture. Making the Declaration of Independence*. Vintage Books. Nueva York, 1998. Págs. 97-143.

<sup>256</sup> *Autobiography*, Volumen I. Pág. 29. En la Autobiografía Jefferson reproduce el texto aprobado por el Congreso y entre corchetes o en columna paralela indica las diferencias entre ese texto y su último borrador.

“We hold these truths to be self evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain [inherent and] inalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.”

<sup>257</sup> Es llamativo el hecho de que la IX Enmienda a la Constitución establezca que “la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no podrá ser interpretada para denegar o menospreciar otros derechos retenidos por el pueblo”. *Constitución de los Estados Unidos*. Novena Enmienda: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”

<sup>258</sup> John Locke considera que la búsqueda de la felicidad es el objetivo que mueve la acción moral del ser humano. Vattel, partiendo del punto de llegada de Locke, habla de la felicidad de los pueblos y la encuentra en la educación, en el cultivo de las ciencias y de las artes, en la libertad para filosofar y en inculcar las virtudes en ciudadanos y gobernantes. Véanse John Locke: *An Essay concerning the Human Understanding*. Thomas Tedd y otros. Londres, 1829. Págs. 171-172 (Libro II, Capítulo XXI §§51-52) y Emmerich de Vattel: *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*. s/e. Londres, 1758. Vol. 1. §§110-128 Págs. 101-115. Pauline Maier sostiene que *pursuit of happiness* es un uso retórico que no tiene un significado positivo, Vid. Pauline Maier: *American Scripture. Making the Declaration of Independence*. Op. Cit., Pág. 134.

y las autoridades lo único que pueden hacer respecto a estos derechos es reconocerlos y protegerlos.

Los derechos no son otorgados, sino que son el fundamento de la sociedad. El gobierno no está solamente limitado por los derechos naturales de los hombres, sino que se justifica su existencia en ellos, porque el sentido de un gobierno es hacer efectivos los derechos (*to secure these rights*).

Cabe la posibilidad de pensar un gobierno de acuerdo con los fines que debiera perseguir y que los ciudadanos, en consecuencia, establezcan una serie de límites para que el gobierno en el cumplimiento de sus fines no se extralimite. Esta concepción es propia de la mentalidad medieval en la que el rey o un señor prometía respetar los “derechos y libertades” (*iura et libertates*) que no eran más que un catálogo de límites que esos súbditos habían logrado que les fueran conferidos para proteger sus “derechos y libertades”.

El planteamiento jeffersoniano es opuesto a la concepción medieval y deudor del de Jonh Locke<sup>259</sup>: la finalidad de la comunidad política no es autónoma respecto de los derechos, sino que estos son la finalidad de la comunidad política. En *Second Treatise of Government* Locke mantiene que nadie tiene derecho a dañar la vida, la salud, la libertad, ni la propiedad de otros, salvo que entre en juego el principio superior de la preservación, es decir, la supervivencia<sup>260</sup>.

El fin de la comunidad política es proporcionar una ley que establezca un criterio común entre el bien y el mal, un juez imparcial que lo aplique a los casos para preservar la propiedad (que incluye la vida, la libertad y la hacienda) y alguien que ejecute la sentencia<sup>261</sup>. Ese poder establecido deja de tener justificación si no atiende a los fines para cuyo servicio fue creado y comienza a servir a sus propios fines<sup>262</sup>, de modo que deja de tener que ser obedecido como autoridad<sup>263</sup>. Si esta inversión de los fines se extiende a todo el cuerpo político, poniéndose en peligro la preservación general, la autoridad entonces puede ser resistida por la fuerza<sup>264</sup>.

---

<sup>259</sup> Las ideas de Locke y otros whigs como Sydney o Milton eran comúnmente aceptadas por el público dentro en las colonias, dado que habían sido difundidas en sermones, discursos y sobre todo en los periódicos y en los numerosos panfletos que se escribieron y se dieron a la imprenta en estos tiempos. Vid. *Ibidem*, Pág. 135. Barbara Arneil: *John Locke and America. The Defence of English Colonialism*. Clarendon Press. Oxford, 1998. Págs. 187-194.

<sup>260</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §6. Pág. 9.

<sup>261</sup> *Ibidem*. §§123-126. Pág. 66.

<sup>262</sup> *Ibidem*. §200. Pág. 102.

<sup>263</sup> *Ibidem*. §202. Pág. 103.

<sup>264</sup> *Ibidem* §209. Pág. 106.

Las ideas de John Locke, tal y como las estamos exponiendo, nos situarían en el 6 de julio de 1775, cuando el Segundo Congreso Continental aprueba una Declaración (*Declaration of the Causes and necessity for taking up arms*), en la que anuncia al mundo que es necesario que las Trece Colonias tomen las armas para defenderse de quienes eran sus gobernantes a causa de los agravios e innovaciones sufridos. Thomas Jefferson, delegado por Virginia en aquel congreso, preparó dos borradores de la declaración, que finalmente redactó Dickinson añadiendo partes del borrador definitivo de Jefferson.

La definición de la *Declaration of Independence* manifiesta claramente la idea lockeana de que el pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir el gobierno cuando éste se convierte en el enemigo de los fines para los que fue instituido. En su equivalente en la *Declaración sobre 'Las causas y la necesidad de tomar las armas'* manifiesta el borrador definitivo de Jefferson:

Nosotros entonces declaramos con la máxima solemnidad, ante Dios y ante el mundo, que, a pesar de cada consecuencia, en el riesgo de cada aflicción, que hemos sido obligados a asumir las armas, que haremos uso <de la guerra> con determinación, empleando la totalidad de las energías, todos estos poderes que nuestro Creador nos ha dado, para preservar <guardar> esa libertad que él nos entregó en sagrado depósito y para proteger de cualquier mano hostil nuestras vidas y nuestras propiedades.<sup>265</sup>

*Declaration of the Causes and necessity for taking up arms* fue aprobada el 6 de julio de 1775 y un año menos dos días después fue aprobada la *Declaración de Independencia*. La primera declaración es la justificación de tomar las armas y organizar un ejército. La segunda funda la ruptura de los vínculos con la Corona Británica y declara la independencia de las Colonias. En ambas declaraciones Jefferson tuvo un papel destacadísimo como promotor político y autor de los textos y este lapsus temporal refleja que el derecho de resistencia en la concepción jeffersoniana admite varias formas de ejercicio, desde la queja a la constitución de una nueva comunidad política, pasando por la toma de las armas como medida defensiva ante el poder opresivo.

La imposibilidad de que el poder constituido proteja los fines devuelve al pueblo su poder anterior a entrar en la comunidad política. Se regresa al momento en el que,

---

<sup>265</sup> *Declaration of the Causes and necessity for taking up arms. Fair copy for the Committee*, 26 junio a 6 de julio de 1775. "We do then most solemnly, before god and the world declare, that, regardless of every consequence, at the risk of every distress, the arms we have been compelled to assume we will <wage> use with perseverance, exerting to the utmost energies all those powers which our creator hath given us, to <guard> preserve that liberty which he committed to us in sacred deposit, and to protect from every hostile hand our lives and our properties."

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0113-0003>

todavía en el estado de naturaleza, el pueblo puede libremente organizar su gobierno según entienda que es mejor para servir mejor a los fines<sup>266</sup>.

Pero ¿cómo se llega a esa situación? El concepto de despotismo en el pensamiento de Thomas Jefferson se funda en la concentración de poder y en la falta de limitación en los poderes que se tienen y en el ejercicio de éstos<sup>267</sup>. La Filosofía Política de Thomas Jefferson es un pensamiento que desconfía de los gobernantes y confía en los procedimientos. Frente a la parte de la tradición que buscaba el buen gobernante, Jefferson se insertó en la tradición que procuraba hallar el buen gobierno. Así le escribe al senador estatal de Virginia, Joseph C. Cabell:

No, amigo mío, la vía para tener gobierno bueno y seguro no es confiar todo a uno, sino dividirlo entre muchos, dando a cada uno exactamente las funciones para las que es competente. [...] ¿Qué destruye la libertad y los derechos del hombre en cada gobierno que ha existido bajo el sol? La generalización y la concentración de todos los cargos y poderes en un solo cuerpo, no importa que sean los autócratas de Rusia o Francia o los aristócratas del Senado veneciano.<sup>268</sup>

## 2. El derecho de resistencia como derecho natural

De acuerdo con la redacción jeffersoniana de la *Declaración de Independencia*, los derechos de los seres humanos proceden del acto de su creación individual, lo que quiere decir que tales derechos les son inherentes. Además estos derechos son indisponibles, ya que están fuera del alcance del poder humano al proceder directamente del acto creador de Dios.

Sostiene Locke que el estado de naturaleza se da en su tiempo en las relaciones que mantienen los soberanos entre ellos, ya que no tienen ninguna ley ni juez común<sup>269</sup>. El estado de naturaleza no es un estado de anarquía, por más que plantea serios problemas, sino que tiene unos principios, unos bienes y se establecen normas a través de la razón.

El paralelismo de Locke entre el estado de naturaleza y las relaciones internacionales nos puede permitir emplear la misma comparación para aclarar la

<sup>266</sup> John Locke: *Op. Cit.*, §222. Pág. 111.

<sup>267</sup> *Notes on Virginia*. Volumen II. Págs. 162-163. *Carta a James Madison*, 31 de julio de 1788. Volumen VII. Pág. 96.

<sup>268</sup> *Carta a Joseph C. Cabell*, 2 de febrero 1816. Volumen XIV. Pág. 421. "No, my friend, the way to have good and safe government, is not to trust it all to one, but to divide it among the many, distributing to everyone exactly the functions he is competent to. [...] What has destroyed liberty and the rights of man in every government which has ever existed under the sun? The generalizing and concentrating all cares and powers into one body, no matter whether of the autocrats of Russia or France, or of the aristocrats of a Venetian senate."

<sup>269</sup> *Ibidem* §14. Pág. 13.

comprensión que tiene Jefferson del Derecho Natural, ya que en muchas ocasiones identifica Derecho Natural con Derecho Internacional (*Law of Nations*). Siguiendo el paralelismo lockeano podemos afirmar que esta identificación parcial no se realiza por un defecto de su planteamiento o por desconocimiento, sino porque en el siglo XVIII el Derecho Natural y el Derecho Internacional (o de Gentes) tenían muchos aspectos en común, pese a que pueda detectarse el inicio del proceso de separación a partir de la Paz de Westfalia (1648)<sup>270</sup>.

Los derechos naturales son derechos subjetivos<sup>271</sup> del sistema normativo propio del “estado de naturaleza” que no es otro que la Ley de la Naturaleza. La necesidad de protección de los derechos naturales, entre los que Locke destaca la vida, la libertad y las posesiones y Jefferson destaca la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad hace que se abandone la autotutela de estos para erigir un sistema de heterotutela. La autotutela es la característica definitoria del “estado de naturaleza” y del Derecho Internacional, mientras que la heterotutela lo es de las sociedades civiles.

¿Cómo conocemos cuáles son los derechos naturales? En un principio deberíamos conocerlos solamente a través de la razón deduciéndolos de los principios supremos tales como la prohibición de dañar a otro (*alterum non laedere*) y el principio de preservación, pero tenemos otra vía de acceso al conocimiento de los derechos naturales que es el comportamiento aceptado como correcto por quienes viven de acuerdo con el “estado de naturaleza”, los actores de las relaciones internacionales.

De esta forma el conocimiento de los usos y costumbres, en definitiva, de las normas consuetudinarias nos puede proporcionar el conocimiento de los derechos contenidos y reconocidas en las citadas normas. Thomas Jefferson une el uso de la razón y el conocimiento de las costumbres (*usages*) a la hora de determinar la norma y el derecho reconocido en ésta<sup>272</sup>.

Tras la proclamación de la República en Francia el 21 de septiembre de 1792, el secretario del Tesoro, Alexander Hamilton, planteó al Presidente George Washington si los tratados entre Francia y los Estados Unidos podían ser denunciados al haber perdido Francia la forma política con la que se firmaron y ratificaron o al menos considerarlos en suspenso hasta que se resuelva la cuestión de la forma de gobierno.

---

<sup>270</sup> Grewe: *Op. Cit.*, Págs. 287-293.

<sup>271</sup> Un derecho subjetivo es una capacidad o facultad que tiene su titular y que es oponible frente a terceros, frente a los que es que el Derecho objetivo que son las normas de un ordenamiento.

<sup>272</sup> James W. Caesar afirma que hay una continuidad de lo natural hacia lo social en el pensamiento jeffersoniano. James W. Caesar: *Nature and History in American Political Development*. Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y otros, 2006. Págs. 31-32.



El Presidente Washington, siguiendo el recién establecido procedimiento para las cuestiones de mayor importancia, solicitó informe por escrito a los miembros del gabinete y singularmente a Thomas Jefferson, al ser una cuestión propia de la competencia de la Secretaría de Estado, aunque él tomaría la decisión final<sup>273</sup>.

Jefferson presentó un extenso y muy interesante informe a Washington sobre la naturaleza de los tratados y las causas legítimas de su terminación. En la introducción distinguió tres ramas en el Derecho Internacional (*Law of Nations*): la ley moral de nuestra naturaleza (Ley Natural) y los usos de las naciones y sus convenciones especiales (tratados).<sup>274</sup>

En una carta a Gouverneur Morris, Jefferson hizo notar que:

Examinando esta cuestión bajo el Derecho Internacional (Law of Nations), fundado en el sentido general y en el uso de la humanidad<sup>275</sup> [...] Cada nación tiene un igual derecho para exponer el significado de sus normas comunes, y la **razón y el uso han establecido**, en tales casos una conveniente y bien entendida serie de actos.<sup>276</sup> (la negrilla es nuestra)

En carta a Thomas Pinckney, ministro de los Estados Unidos ante Gran Bretaña, insiste en el vínculo entre razón y usos

Este artículo es tan manifiestamente contrario al Derecho Internacional que sólo es necesario observar que lo es. **La razón y el uso han establecido** que cuando dos naciones van a la guerra, las que eligen vivir en paz retienen su derecho a seguir con su agricultura, manufacturas y otras inclinaciones normales.<sup>277</sup> (la negrilla es nuestra)

Y poco antes de abandonar la Presidencia, en un mensaje de contestación a los republicanos del condado de Niagara (Nueva York) hace notar lo siguiente:

---

<sup>273</sup> *Circular to the Heads of Departments, and private*, 6 de noviembre de 1801. Volumen X. Págs. 289-290.

<sup>274</sup> *Opinion on the question whether the United States have a right to renounce their treaties with France, or to hold them suspended till the government of that country shall be established*, abril de 1793. Volumen III. Pág. 229.

<sup>275</sup> *Carta de Thomas Jefferson a Gouverneur Morris*, 16 de agosto de 1793. Volumen IX. Pág. 185. [En adelante no se indicará la autoría de las cartas escritas por Thomas Jefferson y sólo se hará referencia a la autoría cuando una carta no hubiera sido escrita por Thomas Jefferson].

<sup>276</sup> *Ibidem*. Pág. 201. "Each nation has an equal right to expound the meaning of their common rules; and reason and usage have established, in such cases, a convenient and well-understood train of proceeding."

<sup>277</sup> *Carta a Thomas Pinckney*, 7 de septiembre de 1793. Volumen IX. Pág. 221. "This article is so manifestly contrary to the law of nations, that nothing more would seem necessary than to observe that it is so. Reason and usage have established that when two nations go to war, those who choose to live in peace retain their natural right to pursue their agriculture, manufactures, and other ordinary vocations."

Las naciones de la tierra prostradas al pie del poder, el océano sometido al despotismo de una sola nación, **las leyes de la naturaleza y los usos** que hasta ahora han regulado el comercio entre las nacionales y han interpuesto alguna restricción entre el poder y el derecho ahora ha desaparecido.<sup>278</sup> (la negrilla es nuestra)

De esta forma podemos llegar a algunas conclusiones provisionales. En primer lugar para Thomas Jefferson el Derecho Natural está constituido por los principios comunes cognoscibles por la razón, inferibles también a través del estudio de los usos, las costumbres y la repetición de actos de las naciones. Principios tales como la preservación, la prohibición de dañar o la imposibilidad de ser juez en la propia causa son simultáneamente principios morales y jurídicos y en muchos casos más que deducidos son inferidos<sup>279</sup>.

En segundo lugar, que los derechos naturales son prepolíticos y tienen que adoptar una forma jurídica, lo que en la terminología contemporánea es pasar a ser un derecho fundamental<sup>280</sup>. Los derechos naturales superiores como son la vida, la libertad, la propiedad o la búsqueda de la felicidad son el fin de la comunidad política y no requieren de ningún reconocimiento expreso.

Los otros derechos naturales tienen que llegar a ser derechos fundamentales mediante el reconocimiento, sea a través de declaraciones de derechos u otros instrumentos de Derecho escrito y así, de acuerdo con la terminología constitucional estadounidense, los derechos naturales pasan a ser derechos enumerados. Los derechos reconocidos en los pronunciamientos judiciales no son derechos enumerados, pero sí son derechos retenidos por el pueblo, de conformidad con IX Enmienda, o como apunta el propio Jefferson:

Y aunque, como algunos otros derechos naturales, éste<sup>281</sup> no ha entrado todavía en ninguna declaración de derecho, no es menos Derecho y deberían ser tenidos como tales por un gobierno honesto.<sup>282</sup>

---

<sup>278</sup> *A los republicanos del condado de Niagara, reunidos en Clarence el 26 de enero de 1809, 24 de febrero de 1809. Volumen XV. Págs. 343-344. "The nations of the earth prostrated at the foot of power, the ocean submitted to the despotism of a single nation, the laws of nature and the usages which have hitherto regulated the intercourse of nations and interposed some restraint between power and right, now totally disregarded."*

<sup>279</sup> Antonio-Enrique Pérez-Luño, "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?" en *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 98. (1997). Págs. 9-24.

<sup>280</sup> Antonio-Enrique Pérez-Luño: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid, 1995. Págs. 30-31.

<sup>281</sup> Se refiere al derecho que tiene una generación a no ser condicionada por las deudas de las generaciones precedentes, del que trataremos en el Capítulo VII.

<sup>282</sup> *Carta John W. Eppes, 24 de junio de 1813. Volumen XIII. Pág. 273. "And although, like some other natural rights, this has not yet entered into any declaration of rights, it is no less a law, and ought to be acted on by honest governments."*

Esto no quiere decir que un derecho natural no pueda ser regulado, limitado o modificado por una ley. Un derecho natural no regulado por la ley continúa ilimitado. Lo indica Jefferson refiriéndose al derecho de autogobierno de personas o colectividades al mantener lo siguiente:

Éste, como todos los otros derechos naturales, pueden ser limitados o modificados en su ejercicio por medio de nuestro consentimiento o por las leyes de estos a los que se les asignan, si ellos confluyen con el derecho de otros; pero en la medida en que no sea acortado ni modificado, lo conservan como un derecho natural, y pueden ejercerlo de la forma que les plazca, exclusivamente por sí mismos o en asociación con otros, o por otros en conjunto, según estén de acuerdo.<sup>283</sup>

Decir que el derecho de resistencia es un derecho natural indica que pertenece a la propia condición humana y por tanto es inherente<sup>284</sup>. Como derecho natural puede ser conocido por la razón y a través de los usos, esto es, por medio de la observación de las resistencias consideradas comúnmente como correctas.

El derecho de resistencia, al ser un derecho natural, es inalienable<sup>285</sup>. Un derecho natural no puede ser objeto de transacción, ni a título oneroso (venta, arrendamiento, derechos de garantía o servidumbres), ni a título gratuito. No cabe tampoco pacto en contrario.

El derecho de resistencia tiene también la característica de la imprescriptibilidad. La mayoría de los derechos subjetivos están sometidos al paso del tiempo. Su ejercicio puede llevar a su prescripción. De hecho sobre este punto hay una consideración expresa de Jefferson sobre la posible prescripción de la resistencia al decir, en relación con los problemas jurídicos en torno a la naturaleza de la Constitución de Virginia, que: “Aparte ¿no hay ninguna autoridad que haya decidido si la resistencia debe ser instantánea, cuándo el derecho a resistir cesa o si ha cesado ya?”<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> *Opinion upon the question whether the President should veto the Bill, declaring that the seat of government shall be transferred to the Potomac, in the year 1790*, Julio de 1790. Volumen III. Pág. 60. “This, like all other natural rights, may be abridged or modified in its exercise by their own consent, or by the law of those who depute them, if they meet in the right of others; but as far as it is not abridged or modified, they retain it as a natural right, and may exercise them in what form they please, either exclusively by themselves, or in association with others, or by others altogether, as they shall agree.”

<sup>284</sup> Jefferson se refiere a la inherencia de determinados derechos, entre ellos el de resistencia, en el *Original Rough Draught* y en el *último borrador*, aunque el término *inherent* desaparece de la Declaración tal y como es aprobada por el Congreso.

<sup>285</sup> La alienabilidad es nombrada expresamente en los borradores y en la propia Declaración.

<sup>286</sup> *Carta a John Hambden Pleasants*, 19 de abril de 1824. Volumen XVI. Págs. 27-28. “Although, therefore, they gave to this act the title of a constitution, yet it could be no more than an act of legislation subject, as their other acts were, to alteration by their successors. It has been said, indeed, that the acquiescence of the people supplied the want of original power [...] Besides, no authority has yet decided whether this resistance must be instantaneous; when the right to resist ceases, or whether

La afirmación *all men are created equal* pone de manifiesto las dos últimas características que queríamos destacar de los derechos naturales, como derechos subjetivos, en el pensamiento de Thomas Jefferson: la igualdad y la universalidad.

La igualdad en los derechos y la universalidad de la titularidad de estos son plenamente proclamadas en la *Declaración de Independencia* y hay constancia de ellos en los borradores. Resulta clarísima la enorme contradicción que el Congreso Continental vivía entre la proclamación de esos derechos en igualdad y universalidad (para todos los seres humanos y en el mismo grado), que mantuvieran la esclavitud legal e incluso dieran una carencia temporal al comercio de esclavos. La posición de Jefferson, él mismo propietario de esclavos, era contraria a la esclavitud y de hecho acusó al rey Jorge III de la creación del comercio de esclavos en Norteamérica, un cargo que los representantes de las Trece Colonias eliminaron de la *Declaración de Independencia*.

Hemos descrito los derechos naturales en la concepción jeffersoniana, de inspiración lockeana como dotados de las características de igualdad, universalidad, inherencia, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Son las características que la actual teoría de los Derechos Humanos señala para estos, porque entendemos con Pérez Luño que entre la idea de Derecho Natural y derechos naturales y la más moderna de derechos humanos hay continuidad y no una ruptura. Estas características fueron enunciadas en las obras de filósofos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, entraron en el Iusnaturalismo clásico y de allí pasaron a autores como Hobbes y Locke<sup>287</sup>.

Recojamos estas características en el derecho a la resistencia, de acuerdo con el planteamiento de Thomas Jefferson. El derecho a la resistencia pertenece a todo ser humano por el hecho de serlo, independientemente de la condición jurídica de la persona y no puede ser entregado a otros ni total ni parcialmente, no cabiendo la renuncia al derecho y el hecho de no haberlo ejercido, e incluso de haber actuado en otro sentido, no elimina el derecho.

El derecho de resistencia, como derecho natural que es, existe antes de la entrada en la comunidad política, ya que todo ser humano tiene derecho a resistir las agresiones que pudieran darse en el “estado de naturaleza”. Al pasar del “estado de naturaleza” a la sociedad civil, este derecho se limita porque, como ya se ha señalado, la principal misión de la sociedad civil es hacerse cargo de la resistencia individual, de la autotutela.

---

it has yet ceased? Of the twenty-four States now organized, twentythree have disapproved our doctrine and example, and have deemed the authority of their people a necessary foundation for a constitution.”

<sup>287</sup> Antonio Enrique Pérez-Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Op. Cit., Págs. 38-45.

El derecho de resistencia queda, por tanto restringido, a la resistencia al poder ilegítimo o al poder opresivo.

Esto es así porque celebramos el pacto para no tener que resistir individualmente los ataques, sino para que haya un sistema de heterotutela, es decir, una ley que establezca el comportamiento permitido y el que no, un juez imparcial y un modo de ejecutar sus sentencias, como expusimos<sup>288</sup>, de modo que no es extraño que la autotutela, que es el sistema del estado de naturaleza, esté generalmente prohibida y castigada.

Una peculiaridad del derecho de resistencia como derecho natural es que Jefferson no se plantea que deba ser reconocido por una declaración de derechos. Da la impresión de que el reconocimiento positivo de este derecho incitará a su ejercicio.

Las primeras noticias que tenemos de cierta positivización se encuentran en declaraciones de derechos como la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia*, de 12 de junio de 1776, en cuyo artículo 3 dispone:

[...] cuando quiera que algún gobierno se encuentre inadecuado o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el indubitable, inalienable e irrevocable derecho a reformarlo, cambiarlo o abolirlo en la forma que sea juzgada más conducente al bienestar público.<sup>289</sup>

La *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* forma la primera parte de la constitución estatal, esquema que otros muchos estados elaboraron sus constituciones de forma bimembre: una declaración de derechos (*bill of rights*) y un sistema institucional (*framework of government*).

Formulaciones cercanas a la de Virginia la encontramos en la sección V de la Declaración de Pennsylvania<sup>290</sup> de 1776 o en la sección VII de la constitución de Massachusetts de 1780 que le confiere un amplio poder al pueblo para reformar o cambiar el gobierno<sup>291</sup>. Podemos verla en la sección VII de la constitución de

---

<sup>288</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §§123-126. Pág. 66.

<sup>289</sup> “[...] whenever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal. Francis Newton Thorpe (ed.): *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the State, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*. Volumen VII. Government Printing Office. Washington DC, 1909. Págs. 3813.

<sup>290</sup> *Ibidem*, Vol. V. Págs. 3082-3083.

<sup>291</sup> *Ibidem*, Vol. I. Pág. 658.

Vermont<sup>292</sup> de 1786, que aún no era miembro de la Unión, sino un Estado independiente hasta 1791.

La resistencia al gobierno, entendida como la sustitución de unos gobernantes por otros por decisión popular incluso contra la voluntad de los gobernantes, fue reconocida e institucionalizada por medio de las elecciones regulares o del *impeachment* en estos primeros textos constitucionales. En Pennsylvania se establece el Consejo de Censores con funciones de revisión constitucional, aunque no jurisdiccionales<sup>293</sup>, o en Nueva York el Consejo de Revisores con funciones similares<sup>294</sup>.

El artículo IV *in fine* de la *Declaración de derechos* del estado de Maryland afirma que “la doctrina de la no resistencia contra el poder arbitrario y la opresión es absurda, servil y contraria al bien común y a la felicidad de la Humanidad”<sup>295</sup>. Este texto supone una inversión de los planteamientos tradicionales sobre la resistencia donde era o bien rechazada, o bien restringida; pasa a ser una condición necesaria para el bien común y la felicidad.

Respecto a la positivización del derecho de resistencia nos encontramos que el artículo 2º que la *Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano* de 1789 proclama que:

La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.<sup>296</sup>

A propósito de la Declaración francesa de 1793 afirma Juan Ignacio Ugartemendia que la resistencia se encuentra en cinco de sus treinta y cinco artículos (artículos 11, 27, 33, 34 y 35)<sup>297</sup>. A pesar de tan señeros precedentes no es hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se da la primera mención significativa del derecho de resistencia en un instrumento internacional, con un relativo valor jurídico, pues el Preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* manifiesta que:

<sup>292</sup> *Ibidem*, Vol. VI. Págs. 3752.

<sup>293</sup> *Ibidem*, Vol. V. Págs. 3091-3092.

<sup>294</sup> *Ibidem*, Vol. V. Págs. 2628-2629.

<sup>295</sup> “The doctrine of non-resistance, against arbitrary power and oppression, is absurd, slavish, and destructive of the good and happiness of mankind”. *Ibidem*. Volumen I. Págs. 817-818.

<sup>296</sup> “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.” Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> La traducción se encuentra disponible en la web del Consejo Constitucional: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

<sup>297</sup> Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena: “El derecho de resistencia y su *constitucionalización*”, *Revista de Estudios Políticos*. Número 103 (1999). Pág. 224.

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,<sup>298</sup>

Y en el Derecho Constitucional tiene especial relevancia el artículo 20 (4) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 8 mayo de 1948, donde se produce el primer reconocimiento jurídico-positivo del derecho de resistencia al establecer<sup>299</sup>: “Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.”<sup>300</sup>

### 3. Titularidad del derecho de resistencia

Hay derechos individuales que pueden ser ejercidos individualmente (por ejemplo la libertad de conciencia), hay derechos de titularidad individual y de ejercicio colectivo (como es el derecho a huelga) y derechos colectivos de ejercicio colectivo (derecho a la autonomía de las provincias que presenten determinadas características o el derecho de negociación colectiva).

#### 3.1. Titularidad colectiva

La idea de que las personas, los individuos, son titulares de derechos naturales no presenta complicaciones, pero sí las hay si nos lo preguntamos respecto a las personas jurídicas: ¿tendrían en la concepción jeffersoniana los colectivos derechos naturales y podrían ser eventualmente titulares del derecho de resistencia?

La noción de “derecho colectivo” es problemática y, de acuerdo con Gregorio Peces-Barba, más cuando nuestras concepciones actuales de los derechos tienen una fuerte base personalista e individualista, según la cual todos los derechos tienen en última instancia una referencia personal e individual<sup>301</sup>.

La atribución de derechos a las colectividades no deja de fundarse en la analogía entre los derechos del individuo y los derechos que se le atribuyen a la colectividad.

<sup>298</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1948. Disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

<sup>299</sup> En algunas constituciones latinoamericanas está reconocido este derecho como es el caso de Honduras, Ecuador, Venezuela o Argentina. Cf. Eduardo Esteban Magoja: “La justificación del derecho de resistencia en el estado constitucional democrático de derecho: algunas reflexiones iusfilosóficas”. *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Núm. 47 (2006).

<sup>300</sup> Traducción disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

<sup>301</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez: “Los derechos colectivos” en Francisco Javier Ansuátegui Reig (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*. Dykinson. Madrid, 2001. Pág. 70.

Jefferson conocía, como abogado y estadista, la cuestión de los derechos de las colectividades, pero el problema radica en resolver si estos derechos alcanzan la calificación de derechos naturales.

En primer lugar las entidades políticas, los Estados, tienen derechos naturales porque les vienen reconocidos por el Derecho Internacional (*Law of Nations*), que como dijimos comparte parcialmente extensión con la Ley de la Naturaleza o Derecho Natural. Por ejemplo en carta al ministro de Gran Bretaña ante el gobierno de los Estados Unidos Jefferson manifiesta:

Francia, Inglaterra y todas las otras naciones tienen el derecho a navegar por nuestras costas; no es un derecho derivado de nuestra aprobación, sino que deriva de la ley de naturaleza. Para hacerlo más ventajoso, Francia ha asegurado para sí por tratado con nosotros (como lo ha hecho también por un tratado con Gran Bretaña, en caso de una guerra con nosotros o cualquier otra nación) dos derechos especiales. El primero es la admisión de sus presas y corsarios en nuestros puertos [...] El segundo es la admisión para sus barcos públicos de guerra en nuestros puertos en caso de mal tiempo, piratas, enemigos u otra necesidad urgente, descansar, avituallarse, reparar, etc<sup>302</sup>

Este fragmento nos sirve además para ejemplificar la diferencia que hacía Jefferson entre derechos naturales, o derivados de la Ley Natural, y derechos otorgados mediante un tratado sin el cual no existirían, de manera que los estados, como para las personas físicas, tienen derechos naturales y también derechos derivados de normas positivas.

En un informe al Presidente George Washington sobre el uso del veto a una ley acerca del traslado de la sede de los órganos de gobierno, Jefferson mantiene que las personas jurídicas tienen derechos naturales:

Cada hombre, y cada cuerpo de hombres en la tierra, poseen el derecho de autogobierno. Lo reciben con su ser de la mano de la naturaleza. Los individuos lo ejercen por su sola voluntad; los grupos de hombres lo ejercen por su mayoría; la ley de la mayoría es la ley natural de cada sociedad de hombres. Cuando un tipo de hombres están llevando un negocio particular juntos, los tiempos y lugares de encuentro y

---

<sup>302</sup> *Carta al ministro británico ante los Estados Unidos George Hammond*, 9 de septiembre de 1793. Volumen IX. Pág. 230. "France, England and all other nations have a right to cruise on our coasts; a right not derived from our permission, but from the law of nature. To render this more advantageous, France has secured to herself by treaty with us, (as she has done also by a treaty with Great Britain, in the event of a war with us or any other nation) two special rights. 1st. Admission for her prizes and privateers into our ports. [...] 2d. Admission for her publick vessels of war into our ports in cases of stress of weather, pirates, enemies, or other urgent necessity, to refresh, victual, repair &c."



separación dependen de su propia voluntad: son parte del derecho natural de autogobierno.<sup>303</sup>

Ahora bien, el derecho de resistencia podría ser un derecho de un colectivo, pero no todos los colectivos pueden ser titulares del derecho de resistencia. Los Estados, que en el planteamiento lockeano que sigue Jefferson, están en “estado de naturaleza” tienen un derecho específico, que es el derecho a hacer la guerra (*ius adbellum*) y no a ejercer la resistencia a un poder (*ius resistentiae*), porque en el “estado de naturaleza” hay igualdad entre todos. Por ello excluimos a los Estados del goce del *ius resistentiae* a favor del *ius ad bellum* y nos dirigimos a otros colectivos.

### 3.2. Titularidad individual y ejercicio individual

Tal y como recogíamos en el primer capítulo, dedicado a recorrer históricamente el derecho de resistencia, en el mundo clásico se consideraba que la titularidad y el ejercicio podían ser individuales y de hecho se exaltaba a los tiranocidas individuales, mientras que primero en la Edad Media y luego en la Modernidad el derecho de resistencia era de titularidad colectiva y de ejercicio colectivo, ordenado y dirigido por órganos políticos ordinarios o *ad hoc*.

Thomas Jefferson dentro del *right to resist* no ubica nada de lo que podemos llamar resistencia individual y siempre que piensa el derecho de resistencia lo hace respecto a colectividades, tanto en lo referente a la titularidad, como al ejercicio.

A pesar de ello sí podemos encontrar en su biografía un caso de resistencia individual, que él considera legítima, protagonizado por su persona. Con ocasión del juicio por traición al ex Vicepresidente Aaron Burr, los abogados del acusado pidieron que Jefferson, entonces Presidente en ejercicio de los Estados Unidos, fuera a declarar al juicio y aportase determinados documentos.

Se negó a declarar alegando que el Presidente no podía estar sometido a citaciones judiciales en cada parte del país, porque las obligaciones menores deben dejar paso a los más altos deberes de la Presidencia y además modificaría la separación de

---

<sup>303</sup> *Opinion upon the question whether the President should veto the Bill, declaring that the seat of government shall be transferred to the Potomac, in the year 1790*, Julio de 1790. Volumen III. Pág. 60. “Every man, and every body of men on earth, possesses the right of self-government. They receive it with their being from the hand of nature. Individuals exercise it by their single will; collections of men by that of their majority; for the law of the majority is the natural law of every society of men. When a certain description of men are to transact together a particular business, the times and places of their meeting and separating, depend on their own will: they make a part of the natural right of self-government.”

poderes<sup>304</sup>, por más que en la Constitución no hubiera una previsión expresa. No atender esta *subpoena duces tecum* conllevaba responsabilidad penal y Jefferson asumió esta posibilidad al entender que un mandamiento judicial en ese sentido era contrario a los fundamentos de los Estados Unidos aunque, como se ha indicado, no haya prohibición expresa.

El juez John Marshall, que presidía en este caso el Tribunal de circuito que juzgó a Aaron Burr, resolvió la moción afirmativamente y solicitó la *subpoena*, pero tras pedir tiempo para pensarlo, mediante una interesante y hábil opinión evitó entrar en conflicto con el poder ejecutivo. Marshall reiteró que el Presidente está sometido a una *subpoena* como todos los ciudadanos y que no se podían esgrimir privilegios más propios de reyes que de presidentes, pero que la *subpoena* no tenía sentido porque el documento solicitado no estaba en poder del Presidente, sino en el de algún Departamento y era allí a donde había que dirigir la *subpoena*.<sup>305</sup>

### 3.3. Titularidad del derecho de resistencia en casos históricos

El hecho de que Thomas Jefferson no solamente tratase, en ocasiones, las diversas materias de forma abstracta, sino que también se posicionara sobre circunstancias y casos concretos de su realidad histórica, nos permite poder conocer el pensamiento jeffersoniano asociado a una realidad y los matices que adquiere en virtud del caso.

No debemos olvidar que Jefferson vivió un periodo de la historia lleno de acontecimientos revolucionarios y que él no fue un mero testigo que reflexiona sobre ellos, sino que en buena parte de ellos fue protagonista o un observador con cierta capacidad de influencia. Por ello recorreremos los momentos más relevantes para encontrar el posicionamiento jeffersoniano sobre la cuestión capital de la titularidad del derecho de resistencia.

#### 3.3.1. Revolución americana

En el borrador definitivo (*fair copy*) que Thomas Jefferson hace para la *Declaración sobre las causas y la necesidad de tomar las armas* son los representantes de las Colonias Unidas de América (*United Colonies of America*)<sup>306</sup> los que realizan la

<sup>304</sup> *Carta al gobernador James Sullivan*, 19 de junio de 1807. Volumen XI. Pág. 240-241.

<sup>305</sup> "Opinion of the Court, on the motion to iusse a *subpoena duces tecum*, to be directed to the President of the United States" en *Reports of the Trial of Colonel Aaron Burr*, Volumen I. Philadelphia. 1808. Págs. 177-187.

<sup>306</sup> "<We> A Declaration <of> by the representatives of the United colonies of America now sitting in General Congress, <to all nations send greeting> <of> setting forth the causes & necessity of their

declaración, de modo que podemos concluir que para Jefferson las Colonias Unidas son el titular del derecho de resistencia. Nos encontramos ante una doble entidad, en primer lugar cada una de las colonias y en segundo lugar las Colonias Unidas de América, que todavía se consideraban sometidas a la Corona Británica, pero que se habían alzado en armas contra ella. ¿El derecho es de cada una de las colonias, de la Colonias Unidas o de la convergencia de las trece colonias?

Más allá del Congreso Continental, que no era un órgano estable, cuyos miembros estaban sometidos a mandato imperativo de sus colonias y debía de decidir por unanimidad, las Colonias Unidas solamente tenían la existencia política que le confería la *Continental Association* y Jefferson era consciente de esto.

De forma que el Congreso Continental llamó a ejercer la resistencia no en nombre de una entidad política inexistente en ese momento<sup>307</sup>, sino por medio de la unión de la voluntad de las trece colonias que, para Jefferson, eran entonces las verdaderas titulares del derecho de resistencia contra la opresión. La propia Declaración de Independencia no es de los Estados Unidos sino los trece estados unidos de América, de forma que sería un ejercicio convergente con una titularidad correspondiente a cada una de las colonias.

¿Hay alguna base en los escritos Jeffersoniano para respaldar esta aseveración? Mientras Jefferson trabajaba en Filadelfia en la *Declaración de Independencia* para el Congreso Continental participaba epistolarmente en el proceso de redacción de la Constitución de Virginia. De las aportaciones jeffersonianas, fue el Preámbulo la parte que se incorporó a la Constitución virginiana<sup>308</sup>, donde se hace una declaración de independencia de Virginia días antes de la Declaración de Independencia<sup>309</sup>. Es evidente que los presupuestos de ambos documentos y su redacción son muy similares. En el segundo borrador de Mason el titular del derecho ejercido es el pueblo [de Virginia]<sup>310</sup>,

---

tak[ing up arms].” Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0113-0003>

<sup>307</sup> Es cierto que el 20 de octubre de 1774 se aprobaron en el Primer Congreso los *Artículos de la Asociación Continental* que contenían una serie de sanciones económicas contra Gran Bretaña pero no establecieron ninguna entidad supracolonial.

<sup>308</sup> *Carta al juez Augustus B. Woodward*, 3 de abril de 1825. Volumen XVI. Págs. 116-117.

<sup>309</sup> Pauline Maier documenta en torno al centenar de resoluciones que declaran la independencia de Gran Bretaña aprobadas por condados, ciudades, pueblos o estados, aunque no todas se denominen *declaración de independencia*. Pauline Maier, *American Scripture: Making the Declaration of Independence*. *Op. Cit.*, Págs. 48-49.

<sup>310</sup> “Be it therefore enacted by the authority of the people that the said George the third king of Great Britain <formerly holding & exercising the kingly> <power> <office within this colony be, & he is> and elector of Hanover be & he is hereby, <absolutely divested of> deposed from the kingly office <& powers within this colony> within ys. governmt. & absolutely divested of all it’s rights & powers, & that he & his descendants & all persons claiming”

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0161-0003>

mientras que en los borradores jeffersonianos y en la Declaración aprobada el titular del derecho es el “buen pueblo”.

### 3.3.2. Revolución Francesa

Dado que Thomas Jefferson era el ministro plenipotenciario de los Estados Unidos<sup>311</sup> ante la corte del Rey Luis XVI cuando estalló la Revolución Francesa, sus cartas, especialmente las remitidas a Jonh Jay que era el secretario de asuntos extranjeros del Congreso de la Confederación<sup>312</sup>, dan cuenta, casi como un reportaje, de los inicios del proceso revolucionario francés. Fue un testigo que no solamente vivió las etapas iniciales de la Revolución Francesa, sino que gracias a su puesto diplomático tuvo acceso a casi todos los lugares, personas e información.

La monarquía francesa fue capaz de acaparar un gran poder político, especialmente a través de la neutralización de la nobleza, pero ello no quiere decir que pudiera homogeneizar cuestiones referentes al Derecho, especialmente al Derecho Privado y a los derechos subjetivos. En un mundo con muchas dificultades en el transporte, donde la separación de cada comarca del resto del mundo era notable, las normas consuetudinarias y los pronunciamientos de los tribunales eran una importante fuente del Derecho. Ello no quiere decir que el Derecho aprobado por el rey fue ignorado, toda vez que los tribunales actuaban bajo la autoridad real, sino que nació un

---

<sup>311</sup> En el siglo XVIII había una neta diferencia entre el ministro plenipotenciario y el embajador. El segundo representaba a su soberano ante un soberano extranjero y podía departir directamente con el rey al que era enviado o directamente con los máximos responsables de cada área del Estado sin necesidad de tramitar todos los asuntos a través del ministro de asuntos exteriores. Por el contrario el ministro tenía como interlocutor oficial únicamente al ministro de asuntos exteriores. Es obvio que los compromisos ceremoniales y los costes de estos eran diferentes en ambos casos. Los Estados Unidos no enviaron embajadores hasta 1893 en la idea de que no había soberano al que representar en una República, aunque Venecia, los Países Bajos e incluso la República Francesa sí habían acreditado embajadores en algunas ocasiones. Vid. Eugene Schuyler: *American Diplomacy and the Furtherance of Commerce*. Charles Scribner's Sons. Nueva York, 1886. Págs. 109-110. Thomas Jefferson comenta en 1791 que el emperador austriaco espera un embajador de los Estados Unidos, pero que él ha hecho saber que ésa es una costumbre del viejo mundo monárquico, no del nuevo mundo republicano y que los Estados Unidos jamás enviarían embajadores (*Carta a Thomas Barclay*, 13 de mayo de 1791. Volumen VIII. Pág. 201).

<sup>312</sup> Los *Artículos de Confederación* (*Articles of Confederation and Perpetual Union between the States of New Hampshire, Massachusetts Bay, Rhode Island and Providence Plantations, etc*) fue la primera constitución de los Estados Unidos. Tenía, entre otras, la peculiaridad de haber previsto solamente dos poderes para la Confederación: el legislativo y el judicial, siendo los poderes ejecutivos ejercidos por el propio Congreso. Varios meses antes de que las Trece Colonias, una por una, ratificaran los Artículos de Confederación se creó una oficina para atender el día a día de los asuntos exteriores del Congreso y se encomendó a Robert R. Livingstone, confirmada por el Artículo IX que confería al Congreso tal poder. Publicados en *Articles of Confederation*, 1 Stat. 4 (1778).

sistema dual en el que había un Derecho escrito, de origen regio y raigambre romana, y otro Derecho consuetudinario<sup>313</sup>.

Los parlamentos eran instituciones judiciales que como extensión de su poder judicial habían adquirido, a lo largo de la Historia, poderes normativos. Estaban constituidos por jueces que compraban y/o heredaban el cargo de manera que se les llamaba la “nobleza de toga”.

Los parlamentos eran la última instancia judicial (no había una instancia judicial superior común a todos ellos), podían elaborar reglamentos donde establecer como normas sus decisiones jurisprudenciales y, sobre todo, habían de darle registro en su demarcación judicial a los actos del rey. En numerosas ocasiones los parlamentos emplearon el registro de los edictos del rey para realizar un control de concordancia con los derechos indisponibles para el rey en su ámbito territorial. El rey podía obligar a los parlamentos a registrar sus edictos (*lieu de Justice*), pero hasta entonces estos no entraban en vigor y aún menos eran oponibles en juicio.

Estos tribunales tenían una concepción limitada del poder del rey, de acuerdo con la cual el rey no podía afectar determinadas leyes fundamentales del Reino y de las provinciales, y sobre todo la imposibilidad de que el rey estableciera un nuevo impuesto indefinido sin la autorización de los Estados Generales.

La lucha entre los parlamentos y el rey tuvo numerosos episodios, desde concentraciones, cierre de los tribunales y la expulsión de los jueces hasta disturbios sangrientos. El día 4 de mayo de 1788 Jefferson informa a John Jay de que el Parlamento de París había emitido una resolución que su interlocutor podría percibir como una declaración de derechos<sup>314</sup>. El Parlamento afirma el sometimiento del Rey a las leyes fundamentales:

El derecho de la casa reinante al Trono, de varón en varón, por orden de primogenitura, con la exclusión de las hijas y sus descendientes. El derecho de la nación a acordar libremente los subsidios por medios del órgano de los Estado Generales regularmente convocados y compuestos. Las costumbres y las capitulaciones de las provincias. La inamovilidad de los magistrados. El derecho de los tribunales a verificar en cada provincia la voluntad del rey y ordenar su registro sólo en la medida en que se ajusten a las leyes constitutivas de la provincia, así como a las leyes fundamentales del Estado. El derecho de todo ciudadano a no ser citado para ningún asunto ante ningún otro juez que sus jueces naturales, que son los que la ley les designa. Y el derecho, sin el cual todos

---

<sup>313</sup> J. A. G. Pocock: *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of the English Historical Thought in the Seventeenth Century. Op. Cit.*, Págs. 30-31.

<sup>314</sup> *Carta John Jay*, 4 de mayo de 1788. Volumen VII. Pág. 4.

los demás son inútiles, de no ser detenido, por cualquier orden, sino sólo para ser puesto sin demora a disposición de los jueces competentes.<sup>315</sup>

Es una declaración de derechos, pero se parece más a una declaración de derechos feudales que a las declaraciones como la de Virginia o la que en Francia se adoptaría en 1789. ¿Por qué? Porque el fundamento de los límites al poder del rey no son los derechos inherentes al ser humano, sino una serie de pactos consuetudinarios; es un catálogo de límites al poder del rey y no declaración de unos derechos a partir de los cuales se edifica la comunidad política.

En todo caso es preciso destacar dos ideas: la existencia de normas intangibles para el rey y el derecho de la nación, a través de los Estados Generales, a establecer impuestos. Es importante comprobar que ambas ideas no están interrelacionadas, porque las leyes fundamentales del Reino no son establecidas por los Estados Generales (aunque puedan tener un papel), sino que su “fundamentalidad” se debe a un proceso consuetudinario culminado en el reconocimiento judicial y no a ninguna forma de voluntad expresa del pueblo o de la nación.

La resistencia ofrecida por los tribunales es en nombre de estas leyes fundamentales, y de sus derechos y privilegios, como son el derecho de verificación o el derecho al juez natural que no era más que imposibilitar una reforma que cambiara los tribunales<sup>316</sup>. Jefferson defendió inicialmente a los parlamentos, porque consideraba que la modificación unilateral de la constitución del Reino de Francia es puro despotismo<sup>317</sup>. También concluye, por otro lado, el modelo que los parlamentos encarnan, que el clero y la nobleza defienden, el de Montesquieu<sup>318</sup>, no es más que otra forma de despotismo, cambiando el de uno por de unos cuantos.

Thomas Jefferson fue consciente de que los intereses que mueven a los parlamentos a resistir las pretensiones del rey no era eliminar el despotismo, sino sustituirlo por el de ellos, pero lo anterior no quiere decir que no apoye esta resistencia

---

<sup>315</sup> “Le droit de la maison régnante au Trône, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l'exclusion des filles et de leurs descendants. Le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des États généraux régulièrement convoqués et composés. Les coutumes et les capitulations des provinces. L'immovibilité des magistrats. Le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État. Le droit de chaque citoyen de n'être jamais traduit en aucune matière devant d'autres juges que ses juges naturels, qui sont ceux que la loi lui désigne. Et le droit, sans lequel tous les autres sont inutiles, celui de n'être arrêté, par quelque ordre que ce soit, que pour être remis sans délai entre les mains des juges compétents.” Véase Flammermont, *Remontrances du Parlement de Paris*. Tono III. París. 1895. Págs. 745-746.  
Disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k63740233/>

<sup>316</sup> *Carta a John Jay*, 22 de mayo de 1788. Volumen VII. Págs. 16-17.

<sup>317</sup> *Carta a James Madison*, 31 de julio de 1788. Volumen VII. Pág. 96.

<sup>318</sup> *Carta a John Brown Cutting*, 24 de julio de 1788. Volumen VII. Pág. 86.

en cuanto que manifiestan algo que él mantiene como fundamental (la limitación del poder). Es por esto por lo que podemos concluir parcialmente que Jefferson acepta que algunos órganos públicos, como fueron estos parlamentos franceses, fueran titulares del derecho de resistencia frente a las tendencias despóticas del rey Luis XVI y se opusieran con medidas jurídicas y de otra naturaleza (cierre, traslados, manifestaciones, etc) a estas acciones. Esto lo sitúa en plena sintonía con los monarcómacos y su insistencia en los “éforos” a la hora de ejercer el derecho de resistencia.

Si alguna aportación hicieron los parlamentos a la Revolución Francesa, antes de luchar contra ella, fue forzar la convocatoria de los Estados Generales. La Declaración del Parlamento de París sobre las leyes fundamentales de mayo de 1788, que previamente se expuso, consideraba que los Estados Generales eran el órgano de la Nación, es decir, su articulación institucional y todos depositaron grandes esperanzas en la convocatoria. Pero, como se expondrá en un epígrafe posterior, en los Estados Generales se planteó la gran pregunta: ¿quién representa de verdad a la Nación?

Todo el que era algo o alguien buscó ser elegido para los Estados Generales, no en vano era una asamblea de mil doscientos diputados. Jefferson lo expresó de la siguiente forma:

Todo el mundo aquí está de campaña electoral. París es un desierto, al menos ésa es la descripción de las personas que piensan que pueden ser elegidos ellos mismos, o ayudar a la elección de sus amigos. Tengo la esperanza de ver este gran encuentro antes de mi salida. Varias elecciones ya han terminado, pero no soy capaz de llevar una lista de ellas.<sup>319</sup>

En 1789 ya nadie dudaba que la Nación tuviese unos derechos de los que el rey no podía disponer y que si se vieran violados esos derechos se podría resistir, de modo que el rey y la Nación y sus respectivos intereses dejaron de identificarse<sup>320</sup>.

El asunto de cómo votar centraría el tiempo previo de los Estados Generales y sus primeras sesiones hasta que el Tercer Estado, con la mayor parte del clero y una pequeña parte de la nobleza se retiren y se proclamen Asamblea Nacional.

El problema del voto por órdenes o por personas supuso la ruptura con el orden establecido. Los diputados del Tercer Estado desobedecieron al rey al abandonar el lugar de reunión de los Estados para irse al pabellón de juego de pelota y asumir plenos

---

<sup>319</sup> *Carta al conde Moustier*, 13 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 305. “All the world here is electioneering. Paris is a desert, at least as to that description of persons who think they may be chosen themselves, or aid the choice of their friends. I hope to see this great meeting before my departure. Several elections are already over, but I am not able to give you a list of them.”

<sup>320</sup> *Carta a Richard Price*, 8 de enero de 1789. Volumen VII. Págs. 254-255.

poderes, sometiendo al rey a los poderes de la Nación, no la Nación sometándose a los poderes del rey como había sucedido hasta entonces.

Pero la Nación, representada en la Asamblea Nacional, no fue lo suficientemente efectiva como para conseguir por sí misma e inmediatamente el reconocimiento del rey y para comenzar la labor de definir una constitución escrita. Sin los tumultos, disturbios, asaltos y violencia en las calles, la monarquía francesa hubiera terminado disolviendo a punta de bayoneta a los diputados rebeldes.

En la descripción de los hechos más violentos Jefferson suele referirse a personas, muchedumbre, multitud, masa (*people, mob, multitude o crowd*), pero no tanto al pueblo (*the people*<sup>321</sup>), porque aceptaba la idea de que había criminales que se amparaban en la masa para cometer sus fechorías y también aceptó que muchos tumultos eran causados por cuestiones que él consideraba apolíticas, como la falta de pan<sup>322</sup>.

Jefferson procuró deslindar la Revolución de los disturbios, tumultos o asaltos que se dieron, como si fueron hechos inconexos al menos inicialmente, dada la pésima consideración que tenían los movimientos multitudinarios urbanos en la tradición política. Consideró que la Revolución estaría en los Estados Generales y en el Palacio de Versalles<sup>323</sup> mediante el establecimiento de una nueva constitución en el órgano de la Nación, que eran los Estados Generales y luego la Asamblea Nacional.

Interpretó la Revolución Francesa en clave institucional y relativizó el papel de las masas en la marcha de los acontecimientos. Sí introduce un actor nuevo en el proceso de resistencia al poder despótico de Luis XVI: la opinión pública. La opinión pública no es titular del derecho, porque el titular del derecho de resistencia es el pueblo, pero se constituirá como un instrumento fundamental.

Otros actos de resistencia relevantes fueron la adopción de los Artículos de la Constitución y la Declaración de 1789, la Constitución de 1791, la deposición del rey, la proclamación de la República y la condena y ejecución de Luis XVI; fueron todos tomados por órganos representativos de la nación (Asamblea Nacional, Asamblea Nacional Constituyente y Convención). Con el paso de los años y de los acontecimientos, especialmente por la transformación de la Francia republicana en una

---

<sup>321</sup> Sí habla de *the people* con ocasión de solicitud de perdón para los guardias que se habían unido a la causa nacional, la toma de La Bastilla o la toma de armas en Los Inválidos cuando el comisario de una comisión de los Estados Generales pide al gobernador la entrega de armas para formar una "Guardia Burguesa" con la finalidad de controlar los desórdenes en París. Véase *Carta al secretario de asuntos extranjeros John Jay*, 19 de julio de 1789. Volumen VII. Págs. 412 y 414-417.

<sup>322</sup> *Carta a James Madison*, 11 de mayo de 1789. Volumen VII. Pág. 354.

<sup>323</sup> *Carta a John Jay*, 9 de mayo de 1789. Volumen VII. Pág. 342.



monarquía bonapartista, Jefferson valoró negativamente aquellos acontecimientos y contrapuso el lugar dónde había terminado la Revolución Francesa y el lugar dónde estaba la Revolución Americana:

Cada uno, sea por su propiedad o sea por su situación satisfactoria, está interesado en apoyar la ley y el orden. Y tales hombres pueden reservarse a sí mismos sin peligro y ventajosamente un completo control sobre sus asuntos públicos y un grado de libertad que en las manos de la canalla de las ciudades de Europa sería pervertido instantáneamente para demoler y destruir todas las cosas, públicas y privadas. La historia de los últimos veinticinco años de Francia, y la de los cuarenta últimos años en América, no de sus últimos doscientos años, prueba la verdad de ambas partes de esta observación. Pero incluso en Europa se ha producido un cambio sensato en la mente del hombre. La ciencia liberó las ideas de los que leían y reflexionaban, y el ejemplo americano encendió sentimientos de derechos en el pueblo. Comienza una insurrección de ciencia, talento y valor, contra el rango y el nacimiento, que han caído en el desprecio. Ha fracasado en su primer esfuerzo, porque las turbas de las ciudades, instrumento utilizado para su realización, degradadas por la ignorancia, la pobreza y el vicio, no podían ser restringidas a la acción racional. Pero el mundo se recuperará del pánico de esta primera catástrofe.<sup>324</sup>

Thomas Jefferson considera que el pueblo, lógicamente, posee la titularidad del derecho de resistencia, pero la decisión del ejercicio es mediata, representativa. La intervención directa del pueblo, especialmente del no ilustrado, termina haciendo fracasar la Revolución.

### 3.3.3. *Aliens and Sedition Acts*

Las *Aliens and Sedition Acts* es la denominación común que se le otorga a cuatro leyes<sup>325</sup> aprobadas durante el mandato del segundo presidente, John Adams, con la finalidad de amedrentar a la oposición republicana con la excusa de perseguir un invisible enemigo jacobino francés. Estas leyes contenían disposiciones en las que se

<sup>324</sup> *Carta a John Adams*, 28 de octubre de 1813. Volumen XIII. Págs. 401-402. "Every one, by his property, or by his satisfactory situation, is interested in the support of law and order. And such men may safely and advantageously reserve to themselves a wholesome control over their public affairs, and a degree of freedom, which, in the hands of the canaille of the cities of Europe, would be instantly perverted to the demolition and destruction of everything public and private. The history of the last twenty-five years of France, and of the last forty years in America, nay of its last two hundred years, proves the truth of both parts of this observation. But even in Europe a change has sensibly taken place in the mind of man. Science had liberated the ideas of those who read and reflect, and the American example had kindled feelings of right in the people. An insurrection has consequently begun, of science, talents, and courage, against rank and birth, which have fallen into contempt. It has failed in its first effort, because the mobs of the cities, the instrument used for its accomplishment, debased by ignorance, poverty, and vice, could not be restrained to rational action. But the world will recover from the panic of this first catastrophe."

<sup>325</sup> *An Act to Establish an Uniform Rule of Naturalization*, 1 Stat. 566 (1798). *An Act concerning Aliens*, 1 Stat. 570 (1798). *An Act respecting Alien Enemies*, 1 Stat. 577 (1798). *An Act in addition to the act, entitled "An Act for the Punishment of Certain Crimes against the United States"*, 1 Stat. 596 (1798).

dificultaba sin causa la adquisición de la nacionalidad, se daba la posibilidad al Presidente de concentrar a los extranjeros o de expulsarlos sin ningún tipo de revisión judicial o se consideraba un libelo a cualquier escrito de oposición a las decisiones del Gobierno<sup>326</sup>, dando jurisdicción a los tribunales federales frente a los tribunales estatales que eran los competentes de acuerdo con Primera Enmienda y la regulación del libelo en el *Common Law*.

La promulgación de las *Aliens and Sedition Acts* produjo una profunda crisis constitucional por la acusación de usurpación de los poderes de los estados (los derechos de los estados), de violaciones de algunos de los derechos protegidos por el *Bill of Rights* de la Constitución, así como consideraciones de conveniencia política tanto por los federalistas como por los demócratas-republicanos.

El momento culminante de la crisis constitucional y del rechazo que Jefferson y Madison lideraron fueron las resoluciones aprobadas por las legislaturas de los estados de Kentucky y de Virginia en las que se declaraban inconstitucionales estas leyes. Mientras en las resoluciones de Virginia se llamaba a la *interposition*, en las de Kentucky se declaraba que las leyes deberían ser anuladas (*nullification*).

Thomas Jefferson redactó el borrador de Kentucky y James Madison el de Virginia. No dudaron en que fueran los estados quienes ejercieran la resistencia ante esas leyes que tenían por inconstitucionales. Entendieron que la titularidad del derecho de resistencia frente a estas leyes inconstitucionales correspondía a los estados y, en concreto, a las legislaturas de dos de estos estados.

Los derechos que reclamaron fueron calificados como derechos constitucionales y libertades de los estados y del pueblo ya que, en consonancia con la Décima Enmienda, “los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos a los estados, están reservados respectivamente a los estados y al pueblo”<sup>327</sup>. De tal forma son dos sujetos colectivos, los estados y el pueblo, los titulares de estos derechos a los que alude la Décima Enmienda y por tanto quienes también son los titulares del derecho de resistencia. De ello se deduce también un ejercicio colectivo.

### **3.3.4. Las Elecciones Presidenciales de 1800**

Es de común conocimiento en nuestro país, tras las Elecciones Presidenciales de 2016, que el Presidente de los Estados Unidos de América no es elegido directamente

<sup>326</sup> Ron Chernow: *Alexander Hamilton*. Penguin Books. Nueva York, 2005. Pág. 570.

<sup>327</sup> *Constitución de los Estados Unidos de América*. Décima Enmienda: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

por los ciudadanos, como en otras repúblicas, sino que lo es por unos electores a los que colectivamente se les denomina Colegio Electoral. Los ciudadanos de cada estado votan a los electores que le corresponde a ese estado en el Colegio Electoral, tantos electores como resulten de la suma de sus representantes y senadores en el Congreso, de modo que el mínimo es de tres, ya que todo estado al menos tiene un representante y dos senadores independientemente de su población.

De acuerdo con la redacción original de la Constitución, todo elector debía depositar dos votos con las dos personas que consideraba idóneas para el cargo de Presidente. De esta forma quien tuviera más votos y el apoyo de la mayoría de electores obtenía la Presidencia y el segundo más votado era nombrado Vicepresidente.

El depósito de los votos de los electores, antes y ahora, se hace en cada uno de los estados simultáneamente y el recuento final se realiza en una sesión conjunta de la Cámara y el Senado, presidida por el Vicepresidente, donde se proclama el resultado.

Ya en las Elecciones de 1796 el sistema comenzó a dar problemas cuando produjo que el Presidente (John Adams) y el Vicepresidente (Thomas Jefferson) fueran de partidos diferentes. Pero el verdadero problema se planteó en 1800 cuando los dos principales candidatos democráticos-republicanos, Thomas Jefferson y Aaron Burr, consiguieron la mayoría de los electores y empataron al no desertar ningún elector del voto a Burr para que el neoyorquino fuera elegido Vicepresidente como estaba previsto<sup>328</sup>.

Ante esa situación la Constitución preveía que la decisión pasara a la Cámara de Representantes que elegiría al nuevo Presidente y Vicepresidente por la mayoría de votos de los estados, esto es, los representantes no votaban individualmente, sino agrupados según su estado y cada uno de los estado tenía un voto y para alcanzar la Presidencia era necesario el apoyo de la mayoría de los estados, nueve en 1801 (dieciséis formaban entonces la Unión).

Los federalistas, que en ningún caso podían conseguir la reelección de John Adams u otro candidato de su partido, optaron por bloquear la elección de Jefferson y consiguiendo que seis estados apoyaran a Burr y dos se abstuvieran, en lo parece ser un desesperado intento de que Jefferson no fuera Presidente. Del 11 al 17 de febrero se produjeron treinta y cinco votaciones sin resultado. La fecha límite para elegir Presidente y Vicepresidente era el 4 de marzo, que era el día en el que finalizaba el mandato del Presidente Adams.

---

<sup>328</sup> *Carta al coronel Aaron Burr*, 15 de diciembre de 1800. Volumen X. Pág. 181.

Jefferson estaba convencido de que los federalistas querían impedir a través de esta maniobra que él fuera el nuevo Presidente. El primer paso naturalmente era llegar al 4 de marzo, fecha en la que terminaban y comenzaban entonces los mandatos presidenciales, sin haber elegido Presidente ni Vicepresidente y habiendo cesado Adams y Jefferson de sus funciones respectivas. También finalizaba el mandato de la Cámara de Representantes.

La ley del Congreso que regulaba las elecciones y las situaciones de vacancia establecía que le correspondía ejercer de Presidente en funciones al presidente *pro tempore* del Senado y si no lo hubiera al *speaker* de la Cámara de Representantes, hasta poder convocar al nuevamente elegido Colegio Electoral<sup>329</sup>.

En aquellos momentos no había presidente *pro tempore*, pero John Adams había convocado el 31 de enero de 1801 una sesión extraordinaria del Senado para el día 4 de marzo a las diez de la mañana, dos horas antes del fin de su mandato y con la finalidad de recibir su mensaje y actuar en consecuencia<sup>330</sup>, por lo que cabía pensar que el Senado iba a proceder a elegir al presidente *pro tempore*<sup>331</sup>, dado que su presidente constitucional, el Vicepresidente de los Estados Unidos, había agotado su mandato y el Senado es un cuerpo legislativo que nunca se disuelve<sup>332</sup>. Todo ello sin reunir a la nueva Cámara de Representantes, cuya primera sesión estaba establecida a principios de diciembre<sup>333</sup>.

Ya el 15 de febrero Thomas Jefferson escribió a James Monroe, gobernador de Virginia, lo siguiente:

Si a ellos les hubiera sido permitido aprobar una ley para poner el gobierno en manos de un cargo, ciertamente habrían impedido la elección. Pero pensamos que lo mejor era declarar abierta y firmemente a todos y cada uno que el día que esa ley fuese aprobada, los estados centrales se armarían y que tal usurpación, ni por un solo día, sería soportada. Esto primero los sacudió y ellos estaban completamente alarmados con el recurso que habíamos declarado, a saber, una convención para reorganizar el gobierno y enmendarlo. La mera palabra “convención” les provoca horrores, pues en el presente

---

<sup>329</sup> *An Act relative to the Election of a President and Vice President of the United States, and declaring the Officer who shall act as President in case of Vacancies in the offices both of President and Vice President*, 1 Stat. 239 (1792). Concretamente en las secciones 9, 10 y 12.

<sup>330</sup> *Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States of America*. Volume 1. Duff Green. Washington DC, 1828. Pág. 392.

<sup>331</sup> *Carta al juez John Breckenridge*, 18 de diciembre de 1800. Volumen X. Pág. 184.

<sup>332</sup> Es evidente que de existir esta maniobra, cuestión discutido todavía hoy, se mantenía sobre la idea de que el Senado mantendría una mayoría federalista, lo cual no ocurrió tanto como consecuencia de las elecciones de las legislaturas estatales de los nuevos senadores, como por los nombramientos judiciales de John Adams que produjeron la dimisión de varios senadores federalistas y su sustitución por senadores republicanos.

<sup>333</sup> *Carta a James Madison*, 26 de diciembre de 1800. Volumen X. Pág. 186-187.

espíritu democrático de América, ellos temen que perderían algunos de los trozos favoritos de la Constitución.<sup>334</sup>

La opción de Jefferson no fue alentar a los gobernadores, aunque tampoco los refrenó, sino proponer la convocatoria de una convención constitucional para restaurar lo que él consideraba el espíritu originario de la Revolución. Como señalaremos más adelante la convención es una institución extraordinaria con finalidad constituyente. La convocatoria y reunión de una convención constitucional hubiera supuesto no solamente un acto de resistencia al supuesto Presidente en funciones, sino una quiebra de todo el sistema constitucional.

El 18 de enero James Monroe le comentó a Jefferson que:

“Esto [el plan federalista de hacer expirar el mandato y elegir un presidente provisional] lo manifestado uno de nuestros representantes (creo que Randolph) en una carta y ha despertado la máxima indignación en la legislatura. Algunos hablan de continuar las sesiones hasta el miércoles 12 de febrero, otros de aplazarlas y reunirse entonces. Ha habido mucha alarma a causa de la intimidación de tal usurpación proyectada, muchas consultas y un espíritu totalmente manifiesto de no someternos. Mi opinión es que no deberían dar ningún paso fundado en la expectativa de que esta suceda, ya que podría producir una mala impresión entre nuestros amigos, y más específicamente porque el ejecutivo no fallaría en convocar a la legislatura sin dilación en el caso que esta suceda.”<sup>335</sup>

Cuando ya Jefferson era Presidente, el gobernador McKenran en carta del 21 de marzo, describe cuál había sido su plan:

Se habría avisado a la Milicia de que estuviese preparada. Se habían asegurado armas para más de veinte mil hombres, cañones y se habría emitido una orden para llevar ante

---

<sup>334</sup> *Carta al gobernador de Virginia James Monroe*, 15 de febrero de 1801. Volumen X. Págs. 201-202. “If they could have been permitted to pass a law for putting the government into the hands of an officer, they would certainly have prevented an election. But we thought it best to declare openly and firmly, one and all, that the day such an act passed, the Middle States would arm, and that no such usurpation, even for a single day, should be submitted to. This first shook them; and they were completely alarmed at the resource for which we declared, to wit, a convention to reorganize the government, and to amend it. The very word convention gives them the horrors, as in the present democratical spirit of America, they fear they should lose some of the favorite morsels of the Constitution.”

<sup>335</sup> *Carta del gobernador de Virginia James Monroe a Thomas Jefferson*, 18 de enero de 1801. Disponible en: <http://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-32-02-0344> “This is stated in a letter from one of our reps. (I think Randolph) & has excited the utmost indignation in the legislature. Some talk of keeping it in session till after the 12d. wednesday in Feby: others of adjourning to meet then. There has been much alarm at the intimation of such a projected usurpation, much consultation, and a spirit fully manifested not to submit to it. My opinion is they shod. take no step founded on the expectation of such an event, as it might produce an ill effect even with our friends, and the more especially as the Executive wod. not fail in case it occurred to convene the legislature without delay.”

la Justicia a todo miembro del Congreso y otra persona hallada en Pennsylvania que hubiera estado involucrada en la traición.<sup>336</sup>

El hecho de subvertir la voluntad popular expresada a través del Colegio Electoral, aprovechando un caso límite y algunos defectos técnicos de la Constitución, supone un supuesto para el ejercicio de la resistencia. Tanto la posibilidad de una resistencia armada como la convocatoria de una convención suponen ejercicio del derecho de resistencia en nombre del pueblo que ha visto como su decisión electoral ha quedado frustrada.

Como señalaremos en el capítulo en que estudiaremos la representación, Thomas Jefferson sostiene que el derecho al voto sustituye a la revolución, de forma que si seguimos la lógica de la proposición jeffersoniana hemos de concluir que un voto negado o frustrado abre las puertas a la revolución, no cabiendo siquiera negociar cuando se está ejecutando un plan de usurpación<sup>337</sup>.

La titularidad del derecho pertenece al pueblo, concretamente al que tiene derecho al voto (que no era la totalidad de los habitantes). Estamos nuevamente ante un derecho a la resistencia de titularidad colectiva, del que es titular el estado en cuestión en cuanto que defiende la decisión de su estado en unas Elecciones Presidenciales. La idea subyacente es que la quiebra de la voluntad de los electores supone la ruina de la república, de modo que no tiene sentido llegar a acuerdos para que se permita la elección contraria a la voluntad popular.

### 3.3.5. España y la América española

La invasión de España por parte de Napoleón después de las abdicaciones de Bayona, del 4 de mayo de 1808, fue al principio tratada por Jefferson como una oportunidad para terminar de perfilar los límites de Louisiana sin la oposición y vigilancia de los españoles y, también, como una oportunidad de cobrarse Florida Occidental en compensación por los ataques lanzados desde allí. En una carta a su secretario de Estado, James Madison, que también remitió al secretario de Marina (Jacob Crowninshield) y al secretario de Guerra (Henry Dearborn) Jefferson manifestó:

Si la conferencia anunciada en la carta del señor Pinckney del 5 de junio estableciera amistad entre Inglaterra y nosotros, y Bonaparte continuara en guerra con España, puede

---

<sup>336</sup> *Carta del gobernador de Pennsylvania Thomas McKean a Thomas Jefferson*, 21 de marzo de 1801. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-33-02-0335> "The Militia would have been warned to be ready, arms for upwards of twenty thousand were secured, brass field-pieces &c. &c. and an order would have issued for the arresting & bringing to justice every member of Congress, or other person found in Pennsylvania, who should have been concerned in the treason"

<sup>337</sup> *Carta al gobernador de Virginia James Monroe*, 15 de febrero de 1801. Volumen X. Págs. 202.

darse una ocasión favorable, sin comprometernos ni con Francia ni con Inglaterra, para tomar lo que es nuestro por derecho del Río Bravo a Perdido, así como Florida Occidental, que es nuestro como represalia por los espolios.<sup>338</sup>

Jefferson tenía una ínfima consideración del rey de España y de la sociedad española en general, como una sociedad presa de la ignorancia y el fanatismo. El hecho de que Napoleón no pudiera terminar de doblegar la resistencia en la Península y que cada día se tomara mayores recursos, hizo que la atención de Jefferson se desplazara a los acontecimientos de España:

Una nación unida nunca puede ser conquistada. Hemos visto lo que los ignorantes, fanáticos y desarmados españoles pudieron hacer contra los disciplinados veteranos de sus invasores. [...] Los opresores pueden cortar cabezas tras cabezas, pero como las cabezas de la Hidra, se multiplican en cada hachazo.<sup>339</sup>

Jefferson pensaba que con la guerra, entre los españoles y Bonaparte, se había producido una disolución del gobierno de José I, porque el levantamiento del pueblo español destruyó las cesiones de derechos dinásticos en las que se cimentaba. Independientemente de las consideraciones jurídicas sobre la validez de las abdicaciones de Bayona, la insurrección de los españoles les quitó toda efectividad:

Esta carta del 15 de junio está escrita después de la cesión por parte de Carlos a Bonaparte de todos sus dominios [...]. Su carta siguiente será escrita después de que el pueblo de España haya destruido por completo la cesión.<sup>340</sup>

Disuelto el título legitimador, de acuerdo con la teoría lockeana, se da una devolución del poder al pueblo. Ante la toma de las instituciones por parte de los franceses y de sus aliados, en numerosas ciudades y provincias se crearon Junta de Defensa hasta que la organización se culminó en una Junta Suprema que ha ido formando nuevas instituciones de gobierno y resistiendo la invasión: “Si se devuelve el

---

<sup>338</sup> *Carta al secretario de Estado James Madison*, 12 de agosto de 1812. Volumen XII. Págs. 127. “Should the conference announced in Mr. Pinckney's letter of June 5th, settle friendship between England and us, and Bonaparte continue at war with Spain, a moment may occur favorable, without compromising us with either France or England, for seizing our own from the Rio Bravo to Perdido, as of right, and the residue of Florida, as a reprisal for spoliations.”

<sup>339</sup> *Carta a Benjamin Austin*, 9 de enero de 1816. Volumen XIV. Pág. 396. “A nation united can never be conquered. We have seen what the ignorant, bigoted and unarmed Spaniards could do against the disciplined veterans of their invaders. [...] The oppressors may cut off heads after heads, but like those of the Hydra they multiply at every stroke.”

<sup>340</sup> *Carta al secretario de Estado James Madison*, 13 de septiembre de 1808. Volumen IX. Pág. 166. “This letter of June 15th is written after the cession by Carlos to Bonaparte of all his dominions [...]. His next will be written after the people of Spain will have annihilated the cession.”

gobierno al pueblo, como se hizo en España, ellos deberían resistir su conquista como sucede en España.”<sup>341</sup>

Un grupo de patriotas españoles se pusieron en contacto con él y le mantenían informado de primera mano. De hecho conservamos sus observaciones a la Constitución Española de 1812<sup>342</sup> y algunas reflexiones sobre hechos políticos de la España posteriores a la invasión napoleónica.

Y la sabiduría y la firmeza de las Cortes permiten la razonable esperanza de que esa nación se asiente en un gobierno representativo moderado, con un ejecutivo apropiadamente subordinado a éste. Portugal, Italia, Prusia, Alemania, Grecia seguirán el ejemplo.<sup>343</sup>

En la América Española no hubo vacío de poder, dado que las autoridades nombradas por Carlos IV continuaron en el cargo y el gobierno de José I, hermano de Napoleón y convertido en rey, no logró el reconocimiento de las colonias. Pese a que no se podía hablar de usurpación en la América Española se crearon *Juntas de Defensa*, a imitación de la España peninsular, como órganos extraordinarios de gobierno.

Jefferson en ningún momento duda del derecho que tienen las colonias españolas de separarse de España y, aunque no lo considera políticamente ventajoso para los Estados Unidos, pidió a sus corresponsales españoles una actitud liberal que les permitiera a las colonias una rápida independencia.

De todas formas, pensaba Jefferson que las colonias, por condiciones sociales e intelectuales, no estaban lo suficientemente capacitadas para tener un gobierno republicano:

Dudo de su capacidad de entender y apoyar un gobierno libre, y temo que su emancipación de la tiranía extranjera de España resulte en un despotismo militar en su país.<sup>344</sup>

---

<sup>341</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos James Madison*, Volumen IX. Pág. 297. “Had the government devolved on the people, as it did in Spain, they would resist his conquest as those of Spain do.”

<sup>342</sup> *Carta al caballero Luis de Onís*, 28 de abril de 1814. Volumen XV. Págs. 129-131. *Carta a N. G. Dufief*, 19 de abril de 1814. Monsieur N. G. Dufief. April 19. 1814 Volumen XIV. Pág. 128.

<sup>343</sup> *Carta al Presidente John Adams*, 4 de septiembre de 1823. Volumen XV. Pág. 466. “[...] and the wisdom and firmness of the Cortes<sup>343</sup> afford reasonable hope that that nation will settle down in a temperate representative government, with an executive properly subordinated to that. Portugal, Italy, Prussia, Germany, Greece, will follow suit.”

<sup>344</sup> *Carta a Dupont de Nemours*, 24 de abril de 1816. Volumen XIV. Pág. 492. “I doubt their capacity to understand and to support a free government; and fear that their emancipation from the foreign tyranny of Spain, will result in a military despotism at home.”



Propuso un plan en el que las colonias españolas adquirirían el autogobierno, pero bajo el control de España hasta que madurasen políticamente, todo ello con la supervisión de las principales potencias europeas, con la excepción de Gran Bretaña.

Me gustaría poder dar mejores esperanzas a nuestros hermanos del Sur. El logro de su independencia de España no es una cuestión larga, pero existe una cuestión muy seria: ¿Qué llegarán a ser entonces? Ignorancia y fanatismo, como otras locuras, son incapaces de autogobierno. Caerán bajo despotismos militares y llegarán a ser los instrumentos asesinos de la ambición de sus respectivos Bonapartes; y la autocracia nos ha enseñado a tener prejuicios, aunque esto fuera para su mayor felicidad. Nadie, espero, puede dudar de mi deseo de verles a ellos y a toda la humanidad ejerciendo el autogobierno y siendo capaz de ejercerlo. Pero la cuestión no es qué deseamos, sino ¿qué es viable? Entonces como su sincero amigo y hermano creo que lo mejor para ellos serían que llegasen a un acuerdo con España, bajo la garantía de Francia, Rusia, Holanda y los Estados Unidos, dejando a España una supremacía nominal, con autoridad solamente para mantener la paz entre las colonias y dejándoles a ellas la totalidad de los poderes de autogobierno, hasta que la experiencia en ellos, su emancipación respecto de sus sacerdotes y el avance del conocimiento les prepare para la independencia completa.<sup>345</sup>

Como hemos visto, Jefferson no duda de la legitimidad de la resistencia americana frente al dominio español, pero ello no le obnubila, ya que mantiene que tres factores (falta de conocimientos, fanatismo religioso y falta de experiencia política) les hacen inadecuados, por el momento, para fundar un gobierno libre y republicano con éxito. Propone para las colonias españolas, que tendrían un autogobierno pleno para sus asuntos internos, un protectorado ejercido por España, que tendría como objetivo evitar los conflictos entre las colonias, que eran más que previsibles. Cuatro potencias, tres europeas y los Estados Unidos, supervisarían el protectorado excluyendo a Gran Bretaña porque consideraba Jefferson que buscarían solamente sus intereses, y no los de las colonias emancipadas.

---

<sup>345</sup> *Carta al marqués de la Fayette*, 14 de mayo de 1817. Volumen XV. Págs. 116-117. "I wish I could give better hopes of our southern brethren. The achievement of their independence of Spain is no longer a question. But it is a very serious one, what will then become of them? Ignorance and bigotry, like other insanities, are incapable of self-government. They will fall under military despotism, and become the murderous tools of the ambition of their respective Bonapartes; and whether this will be for their greater happiness, the rule of one only has taught you to judge. No one, I hope, can doubt my wish to see them and all mankind exercising self-government, and capable of exercising it. But the question is not what we wish, but what is practicable? As their sincere friend and brother then, I do believe the best thing for them, would be for themselves to come to an accord with Spain, under the guarantee of France, Russia, Holland, and the United States, allowing to Spain a nominal supremacy, with authority only to keep the peace among them, leaving them otherwise all the powers of self-government, until their experience in them, their emancipation from their priests, and advancement in information, shall prepare them for complete independence."

### 3.3.6. Secesión de Nueva Inglaterra

Los estados de Nueva Inglaterra (Connecticut, Massachusetts, New Hampshire, Vermont y Rhode Island) formaban en el periodo de la *Early Republic* una realidad económica, política y social diferente especialmente respecto de los estados centrales, sureños y del Oeste. Esta diferencia tenía su reflejo político singular en que los estados de Nueva Inglaterra se mantuvieron fieles al Partido Federalista hasta que desapareció definitivamente en 1824.

Nueva Inglaterra era una sociedad industrializada, con un sector financiero y proyectada hacía el comercio marítimo en armonía con Gran Bretaña. Por el contrario, el resto del país era netamente agrícola y con el único interés comercial de vender sus excedentes en los mercados europeos como se detallará en el Capítulo VII.

Esta región, liderada por los federalistas, defendió un gobierno federal fuerte entre otros motivos porque ellos eran algunos de los estados más pequeños (salvo Massachusetts) de los Estados Unidos y la preponderancia de los estados del Sur o del Oeste podía llevarlos a la irrelevancia política. Los estados de Nueva Inglaterra votaban siempre en bloque y así ganaban importancia. En relación con los mismos Jefferson sostuvo que:

El acontecimiento de la elección no ha sido nunca materia de duda en mi mente. Supe que los estados del este fueron disciplinados en los colegios electorales para sacrificar las diferencias de opinión al gran objetivo de moverse en falange, y dada que la forma de decisión practicada en otros estados es más libre y moral, esta estrategia siempre les daría el suplemento de peso. Ciertamente la votación se aproxima más a un empate que lo que había esperado.<sup>346</sup>

Tras el cambio de tornas en la política federal y el comienzo de la hegemonía del Partido Democrático-Republicano, en Nueva Inglaterra sintieron que las decisiones del gobierno Federal atentaban directamente sus intereses y que estaban arrinconados. Comenzaron a proponer medidas para contrarrestar su situación. Paralelamente el número de estados de la Unión aumentaba y muchos más habrían de incorporarse al constituirse como estados las diversas partes del Territorio del Noroeste y las del inmenso espacio adquirido en la compra de Louisiana, de modo que el peso relativo de

---

<sup>346</sup> *Carta a James Madison*, 1 de enero de 1797. Volumen IX. Pág. 357. "The event of the election has never been a matter of doubt in my mind. I knew that the Eastern States were disciplined in the schools of their town meetings to sacrifice differences of opinion to the great object of operating in phalanx, and that the more free and moral agency practiced in the other States would always make up the supplement of their weight. Indeed the vote comes much nearer an equality than I had expected."

los estados de Nueva Inglaterra en la política federal disminuiría progresivamente<sup>347</sup>, asunto que desde la Convención de Filadelfia les preocupaba<sup>348</sup>.

Esta queja llegó a su culmen con la aprobación de las leyes de embargo durante la Presidencia de Jefferson:

La impaciencia del pueblo respecto al Este del país ha tenido un sensato efecto en las mentes del Congreso [...] puede esperarse una oposición violenta al embargo; quizá se permita que sea declarado inconstitucional por sus legislaturas. Se cree que convocarán una convención de los estados del Este y quizá propondrán la separación. El tiempo, que esto se tomará, derrotará la medida gracias a la expiración de las leyes que son el fundamento ostensible de este proceder.<sup>349</sup>

La guerra contra Gran Bretaña que comenzó en 1812 y terminó en 1815. Jefferson vuelve a barajar la secesión de Nueva Inglaterra:

[...] los Estados del Este no deberían ser requeridos a hacer un acto formal de separación de la Unión y tomar parte en la guerra contra ella; una medida considerada demasiado fuerte para su pueblo; sino debían declararse en un estado de neutralidad, en virtud del cual tendrían paz y libre comercio, el señuelo más probable para asegurar la aquiescencia popular.<sup>350</sup>

La guerra llevó al extremo la separación entre Nueva Inglaterra y el Gobierno Federal de James Madison al negarse los gobernadores a la incorporación de sus milicias estatales al mando federal. Los federalistas convocaron para diciembre de 1814 una convención en Hatford (Conneticut) con representantes de Massachusetts, Conneticut, New Hampshire, Rhode Island y Vermont. En enero de 1815 terminaron los debates de la convención con varias propuestas de enmiendas constitucionales, descartando temporalmente la secesión<sup>351</sup>.

---

<sup>347</sup> Desde la ratificación de la Constitución hasta la muerte de Thomas Jefferson la Unión pasó de tener trece estados a tener veinticuatro. La representación de Nueva Inglaterra en el Senado, en el momento de la ratificación, suponía el 38% de los escaños y cuando Jefferson falleció en 1826 era el 25%.

<sup>348</sup> *Carta a Gideon Grander*, 16 de abril de 1804. Volumen XI. Pág. 24.

<sup>349</sup> *Carta a Thoman Mann Randolph*, 2 de enero de 1809. Volumen XVIII. Pág. 263. "The impatience of the people to the eastward has had a sensible effect on the minds of Congress. [...]A forcible opposition to the embargo laws may be expected; perhaps it will be countenanced by their legislature declaring the law unconstitutional. It is believed they will call a convention of the Eastern States, and perhaps propose separation. The time which this will take, will defeat the measure, by the expiration of the laws which is the ostensible ground of the procedure."

<sup>350</sup> *Carta al Presidente James Madison*, 17 de abril de 1812. Volumen XIII. Págs. 143-144. "[...] which was that the Eastern States were not to be required to make a formal act of separation from the Union, and to take a part in the war against it ; a measure deemed much too strong for their people; but to declare themselves in a state of neutrality, in consideration of which they were to have peace and free commerce, the lure most likely to insure popular acquiescence."

<sup>351</sup> La Convención de Hartford presentó una serie de agravios y la propuesta de unas enmiendas constitucionales tendentes a cesar esos agravios: revisar el reparto de representantes en el Congreso

En cualquier caso la fortaleza de la Convención de Hatford era la debilidad del gobierno Federal por la marcha irregular de la guerra, pero cuando los delegados neo-ingleses llegaron a la capital federal conocieron la gran victoria en Nueva Orleans y poco después la firma del Tratado de Gante que ponía fin a la guerra<sup>352</sup>. El fantasma de la secesión de Nueva Inglaterra nunca desaparecerá de los escritos jeffersonianos, aunque en las actas de la Convención no se encuentre acuerdo alguno sobre una secesión inminente.

Estamos ante una resistencia ejercida desde el otro lado, esto es, Jefferson se encuentra ahora entre los que son resistidos, no entre los que resisten. Jefferson le reconoce a los estados de Nueva Inglaterra el derecho a resistir, por ejemplo, declarando inconstitucional determinadas leyes, pero se muestra escéptico como veremos a la adecuación del instrumento al fin perseguido. En este caso la titularidad y el ejercicio del derecho de resistencia son colectivos.

### 3.3.7. La Revuelta de Shays

La emisión masiva de papel moneda por parte de los bancos y de los propios estados produjo la devaluación del dinero que muchos ciudadanos corrientes tenían. Provocó que tuvieran serias dificultades de pago cuando, o bien se le aceptaba ese dinero por debajo de su valor nominal, o bien se exigía un pago en metálico (monedas con contenido de metales preciosos).

La legislatura de Massachusetts aprobó una ley en 1782 que solamente permitía el pago de determinados impuestos en dinero fuerte (monedas con metales preciosos). Muchos granjeros se veían imposibilitados de hacer frente a estos pagos, pudiendo recibir graves sanciones por parte del estado de Massachusetts y sobre todo el embargo de sus explotaciones agrícolas. Unos cuantos incidentes prendieron la insurrección y miles de granjeros se levantaron en armas y formaron un pequeño ejército. El gobernador de Massachusetts, incapaz de reunir fondos públicos para armar otro ejército, recurrió a la financiación privada y mandó fuerzas que terminaron rápidamente y de un modo casi incruento con el levantamiento. El Congreso de la Confederación tampoco fue capaz de reunir fondos para sofocar la revuelta.

---

que beneficia a los estados esclavistas; no admitir estados fuera de los límites de la independencia; restricción de los poderes para declarar un embargo; restricción de los poderes para hacer una guerra ofensiva, exclusión de extranjeros de los cargos u honores; limitación del mandato a uno solo y nunca sucedido por un presidente del mismo estado. Véase *Public documents, containing proceedings of the Hartford convention of delegates; report of the commissioners while at Washington; letters from Massachusetts members in Congress*. Senado de Massachusetts. Boston, 1815. Págs. 14-19.

<sup>352</sup> El Tratado se firma antes de la Batalla de Nueva Orleans, pero no se tuvo conocimiento de él hasta después de la misma.

Este caso fue también visto con simpatía por Jefferson, quien consideraba que los impuestos federales internos debían ser eliminados<sup>353</sup> y solamente gravar las importaciones, que era una forma de gravar a quienes tenían mayor poder adquisitivo (idea que ejecutó siendo Presidente). La rebelión de Shays no institucionalizó su protesta por medio de una convención, pero no por ello dejó de ser considerada por Jefferson como una necesaria llamada de atención a los gobernantes para que no se dejaran llevar hasta el extremo de que los habitantes se sublevaran, sintetizándolo en la sentencia: “prefiero una libertad peligrosa que una esclavitud tranquila.”<sup>354</sup>.

La rebelión de Shays es el único caso donde, a pesar de reconocerse una titularidad y ejercicio colectivos, la resistencia no se encuentra institucionalizada y es decidida por un órgano, aunque sea extraordinario. Esto en el pensamiento jeffersoniano no deja de ser una excepción.

### 3.3.8. La revuelta del Whiskey

En 1791 el Congreso estableció un tributo para los fabricantes de Whiskey. Hubo numerosas quejas en los territorios del Oeste donde el nuevo impuesto se unió a los agravios respecto del Gobierno Federal. Esta suma hizo prender la llama de la rebelión. El que sería secretario del Tesoro con Jefferson, Albert Gallatin, y otros líderes consiguieron durante un tiempo moderar la situación, controlando la convención convocada, hasta que finalmente se radicalizó.

George Washington, ya Presidente, asumió los poderes constitucionales para sofocar insurrecciones y levantó un fuerte ejército que terminó con el levantamiento casi sin entrar en acción. Jefferson criticó que se empleara la fuerza federal para algo que el estado hubiera sido capaz de solucionar y que mientras tanto Detroit siguiera en manos inglesas<sup>355</sup>. El empleo de la fuerza militar no tenía sentido cuando la ley era ineficaz e imposible de hacer cumplir<sup>356</sup>, como reconocía el propio secretario del Tesoro, Alexander Hamilton<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> *Carta al ex senador Timothy Bloodworth*, 29 de enero de 1804. Volumen X. Pág. 443.

<sup>354</sup> *Carta a Mr. Stiles*, 24 de diciembre de 1786. Volumen VI. Pág. 25 Thomas Jefferson la escribe en latín: “malo libertatem periculosam quam quietem servitutum”.

<sup>355</sup> *Carta a James Madison*, 9 de diciembre de 1794.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-28-02-0157>

<sup>356</sup> *Carta a James Madison*, 30 de octubre de 1794.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-28-02-0131>

<sup>357</sup> *Carta a James Madison*, 19 de mayo de 1793.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0056>

A diferencia de la rebelión de Shays sí encontramos ahora una institucionalización de la dirección de la revuelta y de las acciones de resistencia y se reunieron convenciones que contaron con delegados como Albert Gallatin.

### 3.3.9. El derecho de resistencia de los esclavos

Jefferson era muy cuidadoso a la hora de distinguir entre el color de la piel de una persona y la condición de esclavo o de hombre libre. Explica a un corresponsal que las leyes raciales de Virginia establecían cuando un hombre era considerado negro y mulato, pero señala explícitamente que todos siguen la condición jurídica de su madre al nacer, de manera que quien nace de esclava es esclavo y quien nace de mujer libre es libre<sup>358</sup>.

En *Notes on Virginia* podemos leer como Jefferson consideraba que los negros tenían una memoria equivalente a los blancos, una razón (entendimiento) menor y una imaginación poco atractiva<sup>359</sup>. Afirmaba que normalmente los negros vivían en una sociedad aparte: “Muchos de ellos, ciertamente, han sido confinados al cultivo, a sus propias casas y a su propia sociedad.”<sup>360</sup>

Nuestro autor era contrario a la esclavitud, porque degradaba tanto a los poseedores como a los poseídos<sup>361</sup>, pero no por ello consideraba que los blancos y negros podían vivir en la misma sociedad, porque a las diferencias “naturales” se sumaba una larga historia de rencor, agravios y provocaciones entre negros y blancos sobre la que no se puede construir una sociedad.

¿Por qué no retener e incorporar a los blancos al Estado y así ahorrar los gastos de sustituir, importando colonos blancos, las ocupaciones que ellos dejen? Los prejuicios profundos albergados por los blancos, diez mil recuerdos de las heridas que han soportado los negros, nuevas provocaciones, las distinciones reales que la naturaleza ha hecho y muchas otras circunstancias nos dividirán en dos partes y producirá convulsiones, que probablemente nunca terminen sino en la exterminación de una o de la otra raza. A estas objeciones, que son políticas, pueden añadirse otras que son físicas y morales.<sup>362</sup>

<sup>358</sup> *Carta a Francis C. Gray*, 4 de marzo de 1815. Págs. 268-270.

<sup>359</sup> *Notes on Virginia*, Volumen II. Pág. 194.

<sup>360</sup> *Ibidem*. Pág. 195. “Most of them, indeed, have been confined to tillage, to their own homes, and their own society.”

<sup>361</sup> *Ibidem*. Págs. 225-226.

<sup>362</sup> *Ibidem*, Pág. 192. “Why not retain and incorporate the blacks into the State, and thus save the expense of supplying by importation of white settlers, the vacancies they will leave? Deep-rooted prejudices entertained by the whites; ten thousand recollections, by the blacks, of the injuries they have sustained; new provocations; the real distinctions which nature has made; and many other circumstances, will divide us into parties, and produce convulsions, which will probably never end but in

Por ello en numerosas ocasiones aparecen en sus escritos varios planes para establecer a los esclavos emancipados fuera de los estados. Se presentó como lugar posible a una parte del Territorio Noroeste, pero Jefferson como Presidente intentó disuadir a los virginianos, ya que una colonia de estas características podría terminar pidiendo la incorporación a la Unión:

La idea parece consistir en proveer una compra de tierras para estas personas; se pregunta si tal compra puede hacerse dentro del territorio occidental de los Estados Unidos. Un gran y extenso territorio, al norte del Ohio, ha sido dejado sin ciudades y ahora está en el mercado, de acuerdo con las provisiones de las leyes del Congreso, con las que estás familiarizado. No hay nada que pudiera restringir al estado de Virginia tanto en la compra como en la solicitud de estas tierras; pero una compra, acre por acre, pudiera quizá ser una adquisición más cara que lo que la Cámara de Representantes contempló. También surgirían cuestiones sobre el establecimiento de tal colonia dentro de nuestras fronteras y si llegaría a ser parte de la Unión sería deseable para Virginia o para otros estados, especialmente lo que fueran sus vecinos.<sup>363</sup>

La segunda posibilidad fue un territorio indio fuera de los límites de los Estados Unidos, pero no vio disposición en ninguna de las potencias coloniales, ni en Norteamérica ni en Sudamérica<sup>364</sup>. Después estudió la candidatura de alguna isla caribeña (Indias Occidentales)<sup>365</sup>, para finalmente centrarse en la posibilidad africana:

Las consecuencias de permitir emancipaciones que lleguen a ser extensas, al menos que sea anexa la condición de emigración [...] Aunque la provisión de un lugar de asentamiento para los negros emancipados pudiera encontrarse más cerca de casa que en África, es deseables que fuéramos libres de expatriar a estas personas a la colonia de Sierra Leona, si las consideraciones sobre ellos o sobre nosotros la hiciera más conveniente.<sup>366</sup>

---

the extermination of the one or the other race. To these objections, which are political, may be added others, which are physical and moral."

<sup>363</sup> *Carta al gobernador de Virginia James Monroe*, 24 de noviembre de 1801. Volumen X. Pág. 295. "The idea seems to be to provide for these people by a purchase of lands; and it is asked whether such a purchase can be made of the United States in their western territory? A very great extent of country, north of the Ohio, has been laid off into townships, and is now at market, according to the provisions of the acts of Congress, with which you are acquainted. There is nothing which would restrain the State of Virginia either in the purchase or the application of these lands; but a purchase, by the acre, might perhaps be a more expensive provision than the House of Representatives contemplated. Questions would also arise whether the establishment of such a colony within our limits, and to become a part of our union, would be desirable to the State of Virginia itself, or to the other States— especially those who would be in its vicinity."

<sup>364</sup> *Ibidem*. Pág. 295-296.

<sup>365</sup> *Ibidem*. Pág. 296-297.

<sup>366</sup> *Carta a Rufus King*, 13 de julio de 1802. Volumen X. Págs. 328-329. "The consequences of permitting emancipations to become extensive, unless the condition of emigration be annexed to them, furnish also matter of solicitation to the Legislature of Virginia, as you will perceive by their resolution enclosed to you. Although provision for the settlement of emancipated negroes might perhaps be obtainable nearer home than Africa, yet it is desirable that we should be free to expatriate this description of

En todo caso, al final de sus días, Jefferson sostuvo que cualquier emancipación de los esclavos que no fuera libremente decidida por los propietarios debería serles indemnizada, pues son propietarios conforme a la ley<sup>367</sup>, posibilidad que recogió la XVI Enmienda para prohibir cualquier compensación a los poseedores de esclavos<sup>368</sup>.

Santo Domingo era una colonia francesa y sus pobladores blancos hasta enviaron diputados a los Estados Generales de 1789, cuya admisión fue objeto de discusiones<sup>369</sup>. En 1791, queriendo compartir los derechos y aspiraciones de la Revolución Francesa, los esclavos negros estallaron en una violentísima revolución en esta posesión francesa y bajo el liderazgo de Toussaint Louverture se hicieron con el control de la colonia francesa, produciéndose grandes matanzas de pobladores blancos.

Que este hecho pudiera ser ejemplar para los esclavos en los Estados Unidos provocó el pavor en el país, especialmente en los estados con mayor población esclava, de ahí que Jefferson sostuviera<sup>370</sup>:

Cada día estoy más convencido de que todas las islas de las Indias Occidentales caerán en las manos de la gente de color y más pronto que tarde tendrá lugar la total expulsión de los blancos. Ya es hora de anticipar las escenas sangrientas que seguramente nuestros hijos y probablemente nosotros, al sur del Potomac, tendremos que vadear e intentar evitarlas.<sup>371</sup>

---

people also to the colony of Sierra Leone, if considerations respecting either themselves or us should render it more expedient". También en la *carta a John Lynch*, de 21 de enero de 1811. Volumen XIII. Págs. 10-11; *Carta al doctor Thomas Humphreys*, 8 de febrero de 1817. Volumen XV. Págs. 102-103.

<sup>367</sup> *Carta a Jared Spark*, 4 de febrero de 1824. Volumen XVI. Págs. 9-10. Calculó en seiscientos millones de dólares el valor de todos los esclavos en los Estados Unidos que era casi treinta veces los gastos del Gobierno Federal para 1824 (el año de la carta) y seis veces el Producto Interior Bruto en ese mismo año. Las estimaciones del Producto Interior Bruto nominal la tomamos de Louis Johnston y Samuel H. Williamson: "What was the U.S. GDP then?" disponible en <http://www.measuringworth.org/usgdp/> y los datos del gasto de William Lemer (dir): *Historical Statistics of the United States. Colonial times to 1970*. Volumen II. US Census Office. Washington DC, 1975. Pág. 1104.

<sup>368</sup> Constitución de los Estados Unidos. Décimocuarta Enmienda. Sección 4ª: "[...] But neither the United States nor any State shall assume or pay [...] any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void."

<sup>369</sup> *Carta al secretario de relaciones extranjerías John Jay*, 17 de junio de 1789. Volumen VII. Pág. 379.

<sup>370</sup> De acuerdo con los datos del censo de 1790 en el estado de Virginia, el de Jefferson y con diferencia el más esclavista, los esclavos suponían el 39,14% de la población del estado, cuando sobre el total de población de los Estados Unidos representaban el 17,83% de los habitantes. De los 694280 esclavos, el 92,9% del total (645023 personas) vivían en Virginia, Kentucky, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Georgia y Maryland.

Censo de 1790 disponible en: <https://www2.census.gov/prod2/decennial/documents/1790a.pdf>

<sup>371</sup> *Carta al coronel James Monroe*, 24 de julio de 1793. Volumen IX. Pág. 165. "I become daily more convinced that all the West India islands will remain in the hands of the people of color, and a total expulsion of the whites sooner or later take place. It is high time we should pursue the bloody scenes which our children certainly, and possibly ourselves, (south of Potomac,) have to wade through, and try to avert them."



El gobierno de los Estados Unidos llegó a un acuerdo con Francia para que este país, en vez de esperar que Estados Unidos le remitiera los pagos de su deuda con ellos a través de los banqueros de Ámsterdam, pudiera cobrarlos directamente en los Estados Unidos a través de suministros militares para combatir la insurrección<sup>372</sup>.

Pasado el tiempo los Estados Unidos decidieron establecer relaciones informales ante el hecho de que la población negra había conseguido el control efectivo del territorio, lo que Jefferson llama soberanía de facto bajo un gobierno y leyes<sup>373</sup>, de forma que el Presidente John Adams decidió enviar un cónsul con funciones de ministro aunque sin el título<sup>374</sup>, así como el establecimiento de relaciones comerciales<sup>375</sup>.

En 1800 una conspiración descubierta en Virginia para provocar una insurrección general de los esclavos, llevó a que la legislatura estatal buscara una forma de salir de lo que consideraban una muerte segura a manos de sus esclavos, como había ocurrido en Santo Domingo. Jefferson, curiosamente, pidió moderación en las penas que se impusieran a los esclavos rebeldes<sup>376</sup>.

A pesar de que el miedo a morir en una rebelión de los esclavos tuviera permanente presencia en Jefferson y que pensara que la rebelión de Haití podía ser un ejemplo a seguir para los esclavos norteamericanos<sup>377</sup>, consideraba que Toussaint era una persona meritoria por más que los blancos lo consideren un criminal<sup>378</sup> y se mostró de acuerdo con la decisión de John Adams de mantener relaciones diplomáticas con él, aunque fueran disfrazadas. La misma exclusión de Santo Domingo de la suspensión comercial con Francia era un reconocimiento de su independencia<sup>379</sup>.

Hemos mantenido que el derecho de resistencia es prepolítico, esto es, nace ante el agravio en el “estado de naturaleza” y se suspende en las relaciones privadas cuando se entra en la sociedad (con alguna excepción).

Pero en relación con los agravios del poder no se suspende el derecho de resistencia. Este derecho lo poseen los esclavos porque es un derecho natural y la

---

<sup>372</sup> *Carta a William Short*, 24 de noviembre de 1791, Volumen VIII. Págs. 260-261. *Carta al coronel Humphreys*, 29 de noviembre de 1791. Volumen VIII. Pág. 264. *Carta a Gourveneur Morris*, de 12 de marzo de 1793. Volumen IX. Págs. 37-38.

<sup>373</sup> *Carta al gobernador de Virginia James Monroe*, 24 de noviembre de 1801. Volumen X. Pág. 297.

<sup>374</sup> *Carta al secretario del Tesoro Albert Gallatin*, 19 de febrero de 1804. Volumen XI. Págs. 4-5.

<sup>375</sup> *Carta al coronel James Monroe*, 23 de enero de 1799. Volumen X. Pág. 73.

<sup>376</sup> *Carta a Rufus King*, 13 de julio de 1802. Volumen X. Págs. 326.

<sup>377</sup> *Carta a James Monroe*, 24 de julio de 1793. Volumen IX. Pág. 165. *Carta a St. George Tucker*, 28 de agosto de 1797. Volumen IX. Págs. 417-418.

<sup>378</sup> *Carta al gobernador de Virginia James Monroe*, 24 de noviembre de 1801. Volumen X. Pág. 297.

<sup>379</sup> Toussaint ya tenía un “agente” en Washington. *Carta al coronel Nicholas Lewin*, 30 de enero de 1799. Volumen X. Pág. 89.

esclavitud es una condición jurídica, de forma que Jefferson trató las rebeliones de esclavos como un problema de opresión y de lógica respuesta a la misma y no tanto como un comportamiento en el que solamente cabe la mera represión. Aunque la rebelión de los esclavos puede concretarse en sus propietarios o en algunos de ellos es una rebelión contra un sistema legal inhumano y opresivo por sí mismo<sup>380</sup>.

Jefferson tiene un mal concepto, en general, de la población negra, pero no por ello deja de considerar que sus rebeliones o insurrecciones (no las llama revoluciones) no estén motivadas. Desde la perspectiva opuesta Jefferson defiende una salida definitiva para el problema consistente en la emancipación forzada por la ley y en la expatriación forzosa<sup>381</sup>. El establecimiento de la esclavitud y sobre todo la caza y mercadeo de esclavos sí es para él un motivo para resistir, como expresa en el último borrador de la *Declaración de Independencia*:

Ha llevado a cabo una guerra cruel contra la misma naturaleza humana, violando sus más sagrados derechos de vida y libertad en las personas de un pueblo distante que nunca le ofendió, capturando y llevándoles a la esclavitud en otro hemisferio, para sufrir una muerte miserable en el transporte hacia allá.<sup>382</sup>

Nada cuestionó más las altas ideas que iluminaron la Revolución Americana y la construcción constitucional de los Estados Unidos como fue la esclavitud<sup>383</sup>.

### 3.3.10. El derecho de resistencia de los indios

Desde un punto de vista jurídico como veremos más adelante, los indios mantienen una posición peculiar, ya que se encontraban dentro de los territorios de determinadas potencias europeas (España, Gran Bretaña o Francia) o de los Estados Unidos. Las potencias occidentales los respetaban como entidades jurídicas diferentes y mantenían relaciones con ellas, como si de un protectorado se tratara.

---

<sup>380</sup> Buena parte de las reflexiones de Jefferson sobre las rebeliones de los esclavos tienen como fondo la denominada "Rebelión de Shays" y sus réplicas. Vid. Douglas R. Egerton: *Gabriel's Rebellion. The Virginia Slave Conspiracies of 1800 and 1802*. The University of North Carolina Press. Chapel Hill y Londres, 1993.

<sup>381</sup> *Carta a Jared Sparks*, 4 de febrero de 1824. Volumen XVI. Págs. 9-10.

<sup>382</sup> *Autobiography*, Volumen I. Págs. 34-35. "He has waged cruel war against human nature itself, violating its most sacred rights of life and liberty in the persons of a distant people who never offended him, capturing and carrying them into slavery in another hemisphere, or to incur miserable death in their transportation thither."

<sup>383</sup> Jonathan I. Israel: *Democratic Enlightenment. Philosophy, Revolution, and Human Rights 1750-1790*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2011. Págs. 470-478.

Thomas Jefferson apunta a la existencia de un Derecho Internacional regional en las relaciones entre occidentales e indios, de forma que las relaciones serían como de Estado a Estado y no de individuo a Estado. A estos efectos sostuvo que los indios:

Consideramos como establecido a través del uso de las diferentes naciones un tipo de *Ius Gentium* para América<sup>384</sup>, según el cual si una nación blanca se estableciera y declarara que tal y tal son sus límites, convierte una invasión de esos límites por otra nación blanca un acto de guerra, pero no adquiere el derecho al suelo contra sus poseedores nativos.<sup>385</sup>

Los indios como colectivo no podían ejercer el derecho de resistencia contra otros, pero sí el derecho a la guerra (*ius in bellum*) y así lo ve Jefferson al referirse a la guerra y no a rebelión, insurrección, revuelta, revolución o una expresión similar. De ahí que añada:

Pero siendo informados que algunos de ellos meditan la guerra contra nosotros, también nosotros estamos preparados para la guerra contra ellos y solamente contra los que la procuran; y que si alguna vez nos vemos obligados a levantar el hacha contra cualquier tribu, nunca nos rendiremos hasta que esa tribu sea exterminada o llevada más allá del Mississippi. Exhortándoles, por tanto, si quieren permanecer en la tierra que cubre los huesos de sus padres, a conservar la paz con el pueblo que les pidió su amistad sin necesitarlo, que quiere esquivar la guerra sin temerla. En una guerra ellos matarán a algunos de nosotros, pero nosotros los destruiremos a todos ellos.<sup>386</sup>

De tal manera que no cabe hablar de derecho de resistencia porque de acuerdo con Locke y Jefferson, estarían sujetos al Derecho Internacional, aunque en una situación peculiar. Los sujetos de Derecho Internacional resisten no por el derecho de resistencia sino por el derecho de guerra.

---

<sup>384</sup> Dentro del Derecho Internacional se admite la existencia de normas internacionales que solamente tiene vigencia en una región del mundo, fruto de las relaciones entre los estados allí situados. Jefferson se refiere naturalmente a normas consuetudinarias y no tanto a normas escritas, ya que el Derecho Internacional Regional a través de tratados es relativamente reciente como fuente creadora de normas. Véase Antonio Remiro Brotons y otros: *Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Págs. 63-66.

<sup>385</sup> *Heads of Conversation with George Hammond*, 3 de junio de 1792. Volumen XVII. Pág. 328-329. "We consider it as established by the usage of different nations into a kind of *Jus gentium* for America, that a white nation settling down and declaring that such and such are their limits, makes an invasion of those limits by any other white nation an act of war, but gives no right of soil against the native possessors". Véase también *Carta al secretario de Guerra Henry Knox*, 26 de agosto de 1790. VIII. Pág. 100.

<sup>386</sup> *Carta a George Hay*, 20 de agosto de 1807. Volumen XI. 345. "[...] but that learning that some of them meditate war on us, we too are preparing for war against those, and those only who shall seek it; and that if ever we are constrained to lift the hatchet against any tribe, we will never lay it down till that tribe is exterminated, or driven beyond the Mississippi. Adjuring them, therefore, if they wish to remain on the land which covers the bones of their fathers, to keep the peace with a people who ask their friendship without needing it, who wish to avoid war without fearing it. In war, they will kill some of us; we shall destroy all of them."

Durante su Presidencia Jefferson acarició la idea de que los indios se incorporasen a la Unión<sup>387</sup> después de un “proceso civilizatorio”<sup>388</sup> en el que abandonasen la caza a favor de la agricultura, el nomadismo por los núcleos urbanos<sup>389</sup> y el gobierno tribal fuera cambiado por un gobierno representativo y por leyes emanadas de los representantes<sup>390</sup>. Se dirigía a los jefes indios como “Padre”, los apelaba como “hijos” y les exhortaba paternalmente<sup>391</sup>.

Sin que desapareciera la concepción iusinternacionalista de las relaciones con los pueblos indios, en la mentalidad de Jefferson fue abriéndose paso la idea, que el Tribunal Supremo consolidaría, de que los indios componen *domestic dependent Nations* y que se rigen preferentemente a través del Derecho de los Estados Unidos y subsidiariamente por el Derecho Internacional. En Jefferson nos encontramos germinalmente la doctrina que luego el juez Marshall convertiría en Derecho: los indios solamente pueden vender tierras a los Estados Unidos, nunca a los particulares<sup>392</sup>; son un ente que ni es Estado extranjero ni estado de la Unión y tienen derecho al autogobierno en su territorio sin interferencia de los estados<sup>393</sup>.

### 3.4. La resistencia como deber

En la Revolución Americana se pueden encontrar los elementos de la tradición, especialmente de la clásica y de la protestante, sobre el derecho de resistencia. Podemos ver también como se recorre el camino desde la prohibición de la resistencia, al derecho de resistencia para terminar en el deber de resistencia<sup>394</sup>.

*Rebellion to tyrants is obedience to God* fue el lema para el gran sello de los Estados Unidos que Benjamin Franklin y Thomas Jefferson propusieron, aunque

<sup>387</sup> *Carta al Capitán Hendrick, Delawares, Mohicanos, and Munries*, 21 de diciembre de 1808. Volumen XVI. Pág. 453.

<sup>388</sup> Los cherokees, los creeks, los chickasaws, los choctaws y los seminolas iniciaron una estrategia de “defensa pasiva” consistente en adquirir características de los pueblos europeos como el alfabetismo, la introducción de misiones o establecimiento de centros de gobierno, Ronald A. Benutti; “The Cherokee Cases: The Fight to Save the Supreme Court and the Cherokee Indians” en *American Indian Law Review*, Vol. 17, Núm. 1 (1992). Pág. 294.

<sup>389</sup> *Carta a los diputados de las ciudades cherokees*, 9 de enero de 1809. Volumen XVI. Págs. 455-456.

<sup>390</sup> *Carta al gobernador James Jay*, 7 de abril de 1809. Volumen XII. Págs. 270-271.

<sup>391</sup> Por ejemplo *Carta a los jefes de los cherokees*, 4 de mayo de 1808. Volumen XVI. Pág. 434.

<sup>392</sup> *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. 543 (1823). *Carta al jefe de los Delaware*, 2 de diciembre de 1808. Volumen XVI. Pág. 437.

<sup>393</sup> *Opinion upon the validity of a grant made by the State of Georgia to certain companies of individuals, of a tract of country whereof the Indian right had never been extinguished, with power to such individuals to extinguish the Indian right*, mayo de 1790. Volume III. Págs. 18-20. *Report on the policy of securing particular marks to Manufacturers, by law*, diciembre de 1791. Volumen III. Pág. 157. *Third Annual Message*, octubre de 1803. Volumen III. Pág. 353. *Cherokee Nation v. Georgia*, 20 U.S. 1 (1831). Postrera en el tiempo sería *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832).

<sup>394</sup> Quentin Skinner: *The Foundations of Modern Political Thought. Op. Cit.*, Vol.2. Págs. 225-238.

finalmente fue elegido como lema fuera el del asesor artístico Pierre Eugene du Simitiere: *E pluribus unum*<sup>395</sup>. Jefferson tomó *Rebellion to tyrants is obedience to God* para su sello personal.

En la *Declaración sobre 'Las causas y la necesidad de tomar las armas'* se puede ver que la resistencia, como resistencia armada, no es solamente un derecho que se puede ejercer o no, sino las circunstancias habilitantes pueden no haber dejado otra salida. Donde de una forma diáfana se percibe como un derecho se convierte en un deber en las primeras palabras de la *Original Rough Draught*, al expresar que:

Cuando en el curso de los acontecimientos humanos, llega a ser necesario para un pueblo moverse de la subordinación en la que han permanecido hasta ahora, y asumir entre los poderes el lugar igual e independiente al que las leyes de la naturaleza y el Dios de la naturaleza le han concedido.<sup>396</sup>

El concepto de necesidad de Jefferson, como se precisará en los próximos capítulos al tratar sobre los poderes implícitos, es un concepto lógico, es decir, no cabe opción, de forma que cuando el delegado de Virginia escribió *necessary* entendía que la resistencia en forma de secesión era inexcusable, no había otra opción, en definitiva era un deber, asumiendo la evolución del pensamiento protestante desde sus inicios en el siglo XVI.

#### 4. El último recurso

En la historia del derecho de resistencia hay una constante, con pocas excepciones, sobre la gravedad, intensidad y continuidad de los agravios que habilitan para el ejercicio de la resistencia. La resistencia extrema de recurrir a la fuerza para deponer a un gobernante, reformar o cambiar la forma de gobierno solamente pueden tomarse en casos en los que la tiranía sea insostenible, larga y no haya posibilidad de emplear recursos alternativos. Es importante señalar que las formas de resistencia son variadas y que las exigencias en su empleo naturalmente irán acorde a la trascendencia de la medida que se quiera adoptar.

Es cierto que las colonias norteamericanas intentaron una y otra vez solucionar sus quejas por una vía institucional, pero el hecho de que el Parlamento

---

<sup>395</sup> Sobre el primer comité para gran sello puede verse la "Nota editorial" a *Proposal for the Great Seal of the United States*, disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-22-02-0330> y Department of State: *The Great Seal of the United States*. Bureau of Public Affairs. Washington DC, 2003.

<sup>396</sup> *Original Rough Draught*: "When in the course of human events it becomes necessary for a people to advance from that subordination in which they have hitherto remained, & to assume among the powers of the earth the equal & independant station to which the laws of nature & of nature's god entitle them".

británico no atendiera, sino que amontonaran como sucedió con la denominada *Petition to the King* (1774) o la *Olive Branch Petition* (1775) del Congreso, que se sumaban a las numerosas peticiones anteriores.

Todavía en julio de 1775, mientras debate sobre la declaración formal de toma de las armas, el Segundo Congreso Continental se pronuncia sobre la propuesta de Lord North, primer ministro británico, de buscar una solución no armada a la controversia centrándose en un sistema tributario de común acuerdo entre las colonias y el *King-in-the-Parliament*, dejando al Parlamento británico libertad para los tributos del comercio internacional.

El redactor del borrador de la *Declaration of the 'Causes and necessity for taking up arms'* fue Thomas Jefferson<sup>397</sup>, que también lo fue del equivalente aprobado por la Asamblea de Virginia<sup>398</sup>, donde marcó que las propuestas eran tardías y no aceptaban las posiciones constitucionales establecidas por los colonos. El borrador jeffersoniano y la propia resolución del Congreso<sup>399</sup> repasan el comportamiento de los británicos y concluyen que la propuesta no tiene más sentido que hacer parecer a los colonos como seres belicosos y sediciosos, sin un verdadero interés para detener el conflicto.

En la *Declaration of the 'Causes and necessity for taking up arms'* se recoge el fracaso de los intentos del conjunto de las colonias, aunque no constaba en los borradores de Jefferson y fue aportación de Dickinson. En cambio Jefferson sí incorpora este hecho a los borradores y en el texto final de la *Declaration of Independence*:

En cada etapa de estas opresiones hemos pedido su rectificación en los más humildes de los términos; nuestras repetidas peticiones solamente han sido contestadas con repetidos agravios.<sup>400</sup>

En su último año de su vida, ante las llamadas del gobernador de Georgia a tomar las armas contra el Gobierno Federal por los poderes para comprar tierras a los indios, Jefferson le escribe a William B. Giles, que en dos años sería el gobernador de Virginia:

---

<sup>397</sup> El borrador de Jefferson está disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-0116-0001>

<sup>398</sup> *Las resoluciones de la Asamblea General de Virginia, de 10 de junio de 1775, a la propuesta de Lord North* está disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0106>

<sup>399</sup> *Las resoluciones del Segundo Congreso Continental, de 31 de julio de 1775, a la propuesta de Lord North* está disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0116-0002>

<sup>400</sup> *Declaration, Autobiography y Original Rough Draught*: "In every stage of these oppressions we have petitioned for redress in the most humble terms: our repeated petitions have been answered only by repeated injuries."

Algunos desde perspectivas incorrectas del gobierno y otros desde una perspectiva corrupta se han juntado en una combinación suficientes votos juntos para superar a las partes sólidas y con mayorías solamente de uno, dos o tres son lo suficientemente audaces para seguir adelante con el desafío. ¿Debemos entonces tomar las armas con el exaltado georgiano? No. Eso debe ser el último recurso, no debe ser pensado hasta mucho más adelante y con mayores sufrimientos. Si cada infracción de un pacto de tantas partes va a ser resistida inmediatamente, como con una disolución de éste, nada puede ser formado que dure más de un año. Debemos entonces tener paciencia y aguante con nuestros hermanos mientras están bajo el engaño, darles tiempo para la reflexión y la experiencia de las consecuencias, conservarnos en la situación de beneficiarnos de las circunstancias y separarnos de nuestros compañeros solamente cuando la única alternativa dejada sea la disolución de nuestra Unión con ellos o el sometimiento a un gobierno sin limitación de poderes. Entre estos dos males, cuando podemos hacer una elección, no puede haber duda. Y mientras tanto los estados deberían estar vigilantes para tomar nota de cada usurpación material de sus derechos, denunciarlos en el momento en el que acaecen en los términos más perentorios, protestar contra ellas como males respecto de los cuales nuestro presente sometimiento no sea considerado como reconocimientos o precedentes de derecho, sino como una cesión temporal a un mal menor, hasta que su acumulación sobrepase al mal de la separación.<sup>401</sup>

Este texto describe a la perfección la concepción jeffersoniana de los sufrimientos intolerables y de los recursos previos. No cualquier infracción autoriza la resistencia, pues entonces no habría comunidad posible, sino una acumulación de ellas que sea mayor que el mal que la ruptura traerá.

Los recursos previos a la separación o a la toma de las armas, son la denuncia y la protesta, sobre todo con la finalidad jurídico-constitucional de que el silencio no suponga la aceptación de una norma inconstitucional como constitucional de acuerdo con el principio *qui tacet, consentire videtur*: el que calla, parece consentir<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> *Carta a William B. Giles*, 26 de diciembre de 1825. Volumen XV. Págs. 147-148. "They are joined in the combination, some from incorrect views of government, some from corrupt ones, sufficient voting together to outnumber the sound parts; and with majorities only of one, two, or three, bold enough to go forward in defiance. Are we then to stand to our arms, with the hot-headed Georgian? No. That must be the last resource, not to be thought of until much longer and greater sufferings. If every infraction of a compact of so many parties is to be resisted at once, as a dissolution of it, none can ever be formed which would last one year. We must have patience and longer endurance than with our brethren while under delusion; give them time for reflection and experience of consequences; keep ourselves in a situation to profit by the chapter of accidents; and separate from our companions only when the sole alternatives left, are the dissolution of our Union with them, or submission to a government without limitation of powers. Between these two evils, when we must make a choice, there can be no hesitation. But in the meanwhile, the States should be watchful to note every material usurpation on their rights; to denounce them as they occur in the most peremptory terms; to protest against them as wrongs to which our present submission shall be considered, not as acknowledgments or precedents of right, but as a temporary yielding to the lesser evil, until their accumulation shall outweigh that of separation."

<sup>402</sup> Joaquín Varela-Suanzes: "Estado y Monarquía en Hume" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 22 (1995). Pág. 77-78.

La condición del agotamiento de recursos es relevante porque los recursos a los que se refieren son los internos al sistema, los que se encuentran dentro de la legalidad. Por ejemplo, ejercitar una acción ante los tribunales no puede ser considerado como ejercicio del derecho natural de resistencia, porque la solución de las cuestiones disputadas es la causa primera del establecimiento de una sociedad política o una petición es ejercicio de un derecho político de petición y no una forma de ejercicio del derecho de resistencia. Cuando hablamos de los recursos propios del derecho de resistencia nos estamos refiriendo a recursos al menos alegales, si no directamente ilegales.

### **5. Circunstancias habilitantes al ejercicio de la resistencia en la *Declaración de Independencia*: los agravios**

La tradición filosófica y jurídica ha distinguido dos tipos de ilegitimidades que podrían dar lugar a un ejercicio recto del derecho de resistencia: contra quien tiene el poder sin corresponderle (ilegitimidad de origen) y contra quien correspondiéndole el poder lo ejerce de modo incorrecto (la ilegitimidad de ejercicio)<sup>403</sup>. Bartolo de Sassoferrato distinguió entre *tyrannia ex defectu tituli* y *tyrannia ex parte exercitii*; más cercana a Jefferson es la distinción de John Locke entre usurpación y tiranía:

Como la usurpación es el ejercicio del poder, al cual otro tiene derecho; así que la tiranía es el ejercicio del poder más allá del derecho, al que nadie puede tener derecho. Y esto es hacer uso del poder que alguien tiene en sus manos, no para el bien de quienes están bajo él, sino para su propio y separado beneficio. Cuando el gobernante, independientemente de su título, no hace de la ley la regla, sino que la regla es su voluntad, sus órdenes y acciones no se dirigen a la conservación de las propiedades de su pueblo, sino a la satisfacción de su propia ambición, venganza, codicia o cualquier otra pasión irregular.<sup>404</sup>

Por lo anterior se impone analizar tanto cuando Thomas Jefferson ve problemas con la legitimidad de origen como con la legitimidad de ejercicio y en qué condiciones.

---

<sup>403</sup> Bartolo de Sassoferrato: *Op. Cit.*, Págs. 117-119.

<sup>404</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §199. Pág. 101 "As usurpation is the exercise of power, which another hath a right to; so tyranny is the exercise of power beyond right, which nobody can have a right to. And this is making use of the power any one has in his hands, not for the good of those who are under it, but for his own private separate advantage. When the governor, however intitled, makes not the law, but his will, the rule; and his commands and actions are not directed to the preservation of the properties of his people, but the satisfaction of his own ambition, revenge, covetousness, or any other irregular passion."



## 5.1. Legitimidad de origen y usurpaciones

¿Era legítimo el gobierno del Rey de Gran Bretaña sobre las Trece Colonias? Thomas Jefferson mantiene que sí, que tenía legitimidad de origen. No se detiene nuestro autor en cuestiones relativas al derecho de descubrimiento o de conquista sobre las tierras y los problemas respecto a sus primitivos pobladores.

¿Por qué? Porque al contrario de lo que sucedió en las posesiones españolas, donde sí hubo una reflexión en relación al derecho de dominio sobre las tierras, se aplica la teoría jurídica de la adquisición originaria, esto es, el título jurídico para adquirir algo que no es de nadie (*res nullius*) es entrar en posesión del bien. Era problemático mantener que los territorios norteamericanos no eran de nadie cuando allí había población nativa de forma que pronto se aplicó la teoría, propuesta entre otros por John Locke y Emmerich de Vattel, según la cual un pueblo que no se dedica a la agricultura no es un pueblo que esté en posesión de la tierra que habita<sup>405</sup>, quedando la tierra sin propietario, como *res nullius*.

Finalizado el periodo conocido como “Democracia jeffersoniana” y en plena “Era jacksoniana”, el Tribunal Supremo hace dos pronunciamientos en el plazo de un año sobre la naturaleza jurídica de las naciones indias. En el caso *Nación Cherokee contra Georgia* deniega la jurisdicción originaria del tribunal al no ser la Nación Cherokee ni un individuo, ni un estado, ni una potencia extranjera, al considerarla el tribunal que es una “nación doméstica”, una comunidad política sometida a tutela de los Estados Unidos<sup>406</sup>. La sentencia para el caso *Worcester contra Georgia* estableció, en cambio, que las naciones indias han sido siempre naciones independientes que mantienen intactos sus derechos naturales, con la única limitación que la carencia de libertad de comercio, no perdiendo su independencia por asociarse a los Estados Unidos buscando seguridad y protección; la conclusión de Marshall es que las leyes de los estados no pueden ser aplicadas en su territorio<sup>407</sup>.

Jefferson mantiene una difícil posición respecto de los indios. En primer lugar les reconoce, como hace la propia Constitución, una entidad diferenciada, pues existe la posibilidad de firmar tratados con ellos (práctica que se hacía desde la colonia), pero el *ius tractandi* con los indios se diferencia en el texto constitucional del *ius tractandi* con las naciones extranjeras. Durante su Presidencia, en el tono y en el contenido, sus discursos a las naciones indias se sitúan en una posición de tutela paternal o de protectorado y de imposición de su plan civilizatorio.

<sup>405</sup> *Ibidem*. §36. Págs. 22-23. Emmerich de Vattel: *Op. Cit.*, §81 Pág. 78.

<sup>406</sup> *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831).

<sup>407</sup> *Worcester contra Georgia*, 31 U.S. 515 (1832).

Salvada la cuestión de los indios, Jefferson mantiene que el sometimiento al rey de Gran Bretaña no se hace en virtud de que los colonos fueran ya súbditos de ese rey en el momento de llegar, sino que se hace en virtud del Derecho Natural<sup>408</sup>.

¿Qué quiere decir esto? La respuesta es que la forma política de las colonias, en la concepción jeffersoniana, es que el establecimiento de cada una de las colonias constituye un pacto originario y no un acto derivado del pacto del Reino de Inglaterra. En virtud de ese pacto originario los colonos han decidido someterse al rey como su cabeza, pero solamente al rey, no a las restantes instituciones de Gran Bretaña. Frente a los británicos que mantenían el sometimiento absoluto de las colonias al Parlamento Británico, los colonos realizaron una amplia evolución política y constitucional.

Tras la amplísima autonomía disfrutada durante la Guerra de los Siete Años, más por necesidad que por concesión, los británicos quisieron volver a controlar las decisiones dentro de las colonias. El Parlamento comenzó desde 1763 a aprobar una serie de leyes, tras el final de la Guerra de los Siete Años que en Norteamérica fue contra los franceses del Quebec, encaminadas a recaudar fondos para la propia defensa de las colonias. Los colonos mantuvieron que estas leyes sobrepasaban el poder del Parlamento británico en el territorio norteamericano y que ello significaba una usurpación, ya que su gobierno era el que las cartas reales fijaban.

Los colonos emprendieron pronto la labor de cimentar política, filosófica y constitucionalmente su oposición. El fundamento jurídico de la oposición de los colonos se hallaba en la diferenciación entre asuntos internos y asuntos externos de las colonias, de forma que a las instituciones de cada colonia les debía corresponder los asuntos internos (y los tributos anexos) y al gobierno de Gran Bretaña les correspondían las relaciones con otras potencias, el comercio transatlántico y los tributos propios de esta actividad. Admitieron la competencia del Parlamento en cuanto legislador imperial, pero no en cuanto legislador del Reino, y aunque ambos legisladores coincidían en la misma institución, no tenían las mismas funciones ni los mismos límites<sup>409</sup>. Los colonos avanzaron mucho más en su teoría constitucional hasta que finalmente mantuvieron que las colonias solamente estaban vinculadas con Gran Bretaña a través del rey, que era a la única institución británica a la que los colonos realmente se habían sometido<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> Esta consideración es fundamental en el ulterior desarrollo constitucional en la cuestión de si los tribunales federales pueden tener un propio *Common Law*.

<sup>409</sup> Bernard Bailyn: *The ideological origins of the American Revolution*. The Belknap Press y Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 1992. Págs. 202-215.

<sup>410</sup> *Ibidem*. Págs. 223-225. El Caso Calvin de 1603, cuya sentencia fue pronunciada con la indiscutible autoridad de Edward Coke y de Francis Bacon, les sirvió a los colonos a diferenciar entre ser súbdito del rey y ser súbdito del Parlamento. Véase también: David Ammerman: "The British Constitution and the American Revolution: A Failure of Precedent" en *William & Mary Law Review*. Vol. 17. Núm. 3 (1976).

Esta tipo de unión se ha denominado *Union of Crowns* y entra dentro de la categoría de unión personal de acuerdo con la cual cada uno de los reinos mantiene sus propias instituciones y tradiciones legales y solamente se ven afectadas las relaciones exteriores que se unifican al ser los embajadores representantes del rey y no del Estado. El sistema de *Union of Crowns* desapareció en Gran Bretaña con la aprobación de dos leyes de unificación, una por el Parlamento inglés en 1706 y otra por el Parlamento escocés en 1707, unificándose las instituciones de gobierno, aunque no las dos tradiciones legales ni sus respectivos tribunales. En tiempos de la Revolución Americana aún continuaba vigente el sistema de *Union of Crowns* respecto de Irlanda, manteniéndose esa situación hasta la unificación de 1801 que dio lugar al nacimiento de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda. Los reyes de Gran Bretaña también eran Electores de Hannover por medio de una unión personal.

Thomas Jefferson hace suya esta teoría constitucional y la defiende en sus escritos y es la base del poder real en la *Declaración de Independencia*. Sostiene que la relación de las colonias con el rey es la misma que mantuvieron Escocia e Inglaterra desde la ascensión del rey escocés Jaime VI al trono inglés e irlandés, esto es, antes de la unión de 1707:

Yo había pensado que la única explicación ortodoxa y sostenida sobre cuál era la relación entre Gran Bretaña y estas colonias consistía en ser exactamente la misma que la que tuvieron Inglaterra y Escocia después de la ascensión de Jaime hasta la unión, y la misma de sus actuales relaciones con Hannover<sup>411</sup>, teniendo el mismo jefe ejecutivo, pero ninguna otra conexión política necesaria.<sup>412</sup>

Un pacto originario que crea formas políticas propias y diferenciadas es el que hace al rey de Gran Bretaña soberano de cada una de las colonias. Éstas tienen sus propias instituciones y tradiciones jurídicas y solamente tienen en común con Gran

---

Págs. 473-501. Barbara A. Black: "The Constitution of Empire. The case for the Colonist" en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 124. (1976). Págs. 1156-1211.

<sup>411</sup> Desde 1714 el Reino Unido de Gran Bretaña y el Electorado de Hannover compartían monarca tras el advenimiento de la Casa de los Hannover en la persona de Jorge II. Un mismo gobernante era la cabeza de un sistema constitucional con separación de poderes y poderes reales limitados y, paralelamente, en el continente era un monarca absoluto como era habitual en aquella época. No fue hasta después de que el Congreso de Viena restableciera Hannover, ahora como Reino tras la desaparición del Sacro Imperio, que se concediera una constitución en forma de carta otorgada a los habitantes de aquel Estado. Esta unión personal continuó hasta 1837 cuando la reina Victoria ascendió al trono británico su tío, Ernesto Augusto lo hizo en Hannover ya que en este Reino imperaba la "ley sálica".

<sup>412</sup> *Autobiography*, Volumen I. Pág. 11. "I had thought the only one orthodox or tenable, which was, that the relation between Great Britain and these colonies was exactly the same as that of England and Scotland, after the accession of James, and until the union, and the same as her present relations with Hanover, having the same executive chief, but no other necessary political connection;"

Bretaña el hecho de compartir la misma cabeza, de acuerdo con el planteamiento de Jefferson.

En conclusión, las colonias británicas o la América Británica no forman parte del Reino Unido creado por las Leyes de Unificación de 1707, ni están sometidas a ninguna institución de Gran Bretaña que no sea el rey. La aplicación del Derecho Inglés fue una elección de las colonias, no una imposición, y se hizo para aprovechar la comodidad de las leyes conocidas y como forma de continuar la unión personal:

Que habiéndose establecido así los asentamientos en las tierras salvajes de América, los emigrantes pensaron adecuado adoptar el sistema de leyes bajo el cual ellos habían vivido hasta entonces en su madre patria y continuar con la unión con ella por medio de su sometimiento a un mismo y común soberano, quien de este modo fue hecho el vínculo central que conecta las varias partes del Imperio, así nuevamente multiplicado.<sup>413</sup>

Esta posición, aunque mayoritaria, no era compartida por todos los delegados del Congreso. En la copia definitiva de Jefferson para la resolución del Congreso sobre *Las causas y la necesidad de tomar las armas* expresa:

Nuestros antepasados, habitantes de la isla de Gran Bretaña <habiéndose esforzado por mucho tiempo para sobrellevar los males del mal gobierno>, dejaron su tierras natales para buscar en estas costas una residencia para la libertad civil y de religión a expensas de su sangre, con la ruina de sus fortunas, con la renuncia a todo lo tranquilo y confortable en la vida, crearon asentamientos en las inhóspitas tierras de América y allí establecieron sociedades civiles con varias formas de constituciones, <pero poseyendo todo lo que les es inherente, los poderes plenos y perfectos de legislación>. **Para continuar su conexión con los amigos a los que habían dejado, se organizaron a ellos mismos por carta de pacto bajo <uno>, el mismo rey común,** quien así completó sus poderes de plena y perfecta legislación y llegó a ser el vínculo de unión entre las diferentes partes del Imperio.<sup>414</sup> (la negrilla es nuestra)

---

<sup>413</sup> *A summary of the Rights of the British America*, Volumen II (Ford Edition, 1902). Pág. 66 "That settlements having been thus effected in the wilds of America, the emigrants thought proper to adopt that system of laws under which they had hitherto lived in the mother country, and to continue their union with her by submitting themselves to the same common Sovereign, who was thereby made the central link connecting the several parts of the empire thus newly multiplied."

<sup>414</sup> *Declaration of the Causes and necessity for taking up arms. Fair copy*, 26 junio a 6 de julio de 1775. "Our forefathers, inhabitants of the island of Great Britain <having long endeavored to bear up against the evils of misrule>, left their native land<s> to seek on these shores a residence for civil & religious freedom. at the expence of their blood, <with> to the ruin of their fortunes, with the relinquishment of every thing quiet & comfortable in life, they effected settlements in the inhospitable wilds of America; <they> and there established civil societies with various forms of constitution<s> <but possessing all what is inherent in all, the full and perfect powers of legislation>. to continue their connection with the friends whom they had left they arranged themselves by charters of compact under <one> the same common king, who thus completed their powers of full and perfect legislation and became the link of union between the several parts of the empire". La idea de la unión personal (*Union of the Crowns*) no

Pero el texto aprobado por el Congreso Continental se aparta de la propuesta jeffersoniana a favor de la propuesta de John Dickinson<sup>415</sup>, de manera que la *Declaración sobre 'Las causas y la necesidad de tomar las armas'* hace constar:

Nuestros antepasados, habitantes de la isla de Gran Bretaña, dejaron su tierra natal para buscar en estas orillas un hogar para la libertad religiosa y civil. Con el precio de su sangre, el peligro de sus fortunas y sin el mínimo costo para el país del que se fueron, por medio de un trabajo incesante y de un invencible espíritu, establecieron asentamiento en las distantes e inhóspitas tierras salvajes de América y entonces repletas de numerosos y belicosas naciones bárbaras. **Las sociedades y los gobiernos, investidos con legislaturas plenas, fueron formados de acuerdo con Cartas de la Corona,** y fue establecido un armonioso intercambio entre las Colonias y el Reino del que provenían.<sup>416</sup> (la negrilla es nuestra)

La teoría constitucional, que Jefferson comparte, mantiene que las colonias se unieron en un pacto con la Corona, mientras que la que se encuentra en la *Declaración sobre 'Las causas y la necesidad de tomar las armas'* se refiere a creación a partir de Carta emanadas del rey. Como veremos un poco más adelante la postura enunciada por Jefferson será la que tenga acogimiento en la *Declaración de Independencia*.

Thomas Jefferson ataca la legitimidad de origen del gobierno sobre las colonias en ese momento en cuanto que la entrada del poder legislativo rompe el “pacto” entre los colonos y el rey para, a través de él, mantener un vínculo. No es una mera usurpación en cuanto una persona o entidad sin derecho a ello se hace con el poder, sino que es el rey quien consiente en la participación del Parlamento en los asuntos de las colonias norteamericanas al prestar su *Royal Assent* a los proyectos aprobados por las cámaras.

La existencia de una usurpación tiene grandes consecuencias teóricas y prácticas. Como vimos en el Capítulo I, desde Bartolo de Sassoferrato a los monarcómacos, cualquier individuo tiene derecho a resistir, incluso a matar, al

---

encontró eco en el Congreso que la eliminó de su Declaración, aunque sí mantuvo la idea de que las legislaturas coloniales eran plenas.

<sup>415</sup> El borrador de John Dickinson de la *Declaration of the Causes and necessity for taking up arms* está disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0113-0004>

<sup>416</sup> *Declaration of the 'Causes and necessity for taking up arms'*. Fair copy, 6 de julio de 1776. “Our Forefathers, Inhabitants of the Island of Great-Britain, left their Native Land, to seek on these Shores a Residence for civil and religious Freedom. At the Expence of their Blood, at the Hazard of their Fortunes, without the least Charge to the Country from which they removed, by unceasing Labour and an unconquerable Spirit, they effected Settlements in the distant and inhospitable Wilds of America, then filled with numerous and warlike Nations of Barbarians. Societies or Governments, vested with perfect Legislatures, were formed under Charters from the Crown, and an harmonious Intercourse was established between the Colonies and the Kingdom from which they derived their Origin.” Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0113-0005>

usurpador y no exige ningún procedimiento, ni la eventual decisión de una instancia intermedia. Los primeros tumultos contra las leyes tributarias no se debieron a la decisión de ninguna convención o asamblea, sino a una reacción popular contra las decisiones del Parlamento, reacción que deviene en correcta si tales decisiones son actos de usurpación como Jefferson señala.

Se objetó a los colonos que durante la *Commonwealth of England* no había rey y no se independizaron. En contraposición a esta objeción expusieron que en tiempos de la República (*Commonwealth of England*) y de las disputas civiles, las colonias se pusieron del lado del rey al entender que ellas únicamente le debían obediencia al monarca y no a una asamblea que solamente representaba a los ingleses, escoceses y galeses.

En un sistema constitucional como el británico, donde se reconoce que una parte sustancial de la Constitución está compuesta de normas consuetudinarias (*Unwritten Constitution*), la determinación de la existencia de una norma, que cuando es una costumbre jurídica, se funda en determinar si el comportamiento se ha dado o no y hasta qué extremo. No es solamente importante la aceptación explícita, sino igualmente la aceptación tácita, esto es, el principio *qui tacet, consentire videtur*. El hecho de que los norteamericanos hubieran aceptado con su silencio una contante práctica legislativa británica sobre ellos hubiera supuesto la extensión territorial de los poderes del Parlamento británico y la inconstitucionalidad del planteamiento de los colonos.

Existían precedentes de leyes del Parlamento que se aplicaban en las colonias norteamericanas y a las que nunca se habían planteado objeciones<sup>417</sup>. Jefferson y el Congreso mantendrán que esta aquiescencia se debió más a la armonía reinante hasta entonces entre las dos partes que al reconocimiento del poder parlamentario sobre las colonias.

Manifiesta la *Declaración sobre 'Las causas y la necesidad de tomar las armas'*:

“El Parlamento fue influido para adoptar el proyecto pernicioso y asumir nuevos poderes sobre ellas, en el curso de once años han dado de este modo muestras concluyentes del espíritu y consecuencia de ayudar a este poder, como de no dejar duda acerca de los efectos de la aquiescencia bajo él.”<sup>418</sup>

<sup>417</sup> Desde 1650 una serie de leyes de navegación y de comercio fueron aplicadas a las colonias americanas imponiendo impuestos y reglamentando y limitando su comercio.

<sup>418</sup> *Declaration of the 'Causes and necessity for taking up arms'*. Fair copy, 6 de Julio de 1775. “Parliament was influenced to adopt the pernicious Project, and assuming a new Power over them, have in the Course of eleven Years given such decisive Specimens of the Spirit and Consequences attending this Power, as to leave no Doubt concerning the Effects of Acquiescence under it.”

Quince años después, siendo Jefferson secretario de Estado, en un informe escrito en diciembre de 1791, sigue manteniendo las mismas ideas y añade que la guerra anterior a la Revolución con los españoles y franceses fue sostenida en el otro bando por Gran Bretaña y las trece colonias, como una realidad política diferenciada de Gran Bretaña hasta el punto de participar en una guerra con identidad propia: “La Guerra de 1755-1763 fue llevada conjuntamente por Gran Bretaña y las trece colonias, ahora los Estados Unidos de América, contra Francia y España.”<sup>419</sup>

En la *Declaración de Independencia* no hay una mención expresa del Parlamento por un sencillo motivo, porque en este documento lo que se hace es sustraer el vínculo respecto del rey, de modo que todos los cargos son imputados al monarca, sea en cuanto detentador del poder ejecutivo, como prestador del asentimiento real a las leyes del Parlamento o como alentador político. Las acciones de las que se culpaba al rey son en su inmensa mayoría leyes aprobadas por el Parlamento.

Y en este punto entiendo que llegamos a una cuestión importante dentro de la aplicación de la diferenciación clásica. Normalmente pensamos que los problemas de legitimidad que pueden llevar al ejercicio del derecho de resistencia son problemas de ejercicio y que ambos no están conectados, de forma que un gobernante legítimo *ab origine* lo será siempre.

Lo que plantea Thomas Jefferson es que el rey de Gran Bretaña puede haber comprometido incluso su legitimidad de origen en el ejercicio del poder. ¿Cómo es esto posible?

Más allá de la concepción jeffersoniana del Imperio Británico como una unión personal, lo que ha permanecido en todos los documentos es la concepción de los colonos de su relación política únicamente con el rey reflejada en las cartas de cada una de las colonias (por ello su fidelidad a Carlos I en el enfrentamiento con el Parlamento) y que al introducir la norma constitucional británica del *King-in-Parliament* se ha operado un cambio de forma política, de constitución, con la que ellos no han consentido en su pacto político y supone la imposición de una nueva constitución, de una forma de gobierno unilateral (no pactada).

El rey legítimo de acuerdo con el pacto consentido por cada colonia se hace ilegítimamente con el poder al cambiar la forma política. El rey usurpa su propio

---

<sup>419</sup> *Report relative to negotiations with Spain to secure the free navigation of the Mississippi, and a port on the same. Diciembre 1791. Volumen III. Pág. 173.*

trono<sup>420</sup>. El tirano suma la usurpación a sus delitos. Fundamos esta idea en la diferenciación que Jefferson hace en el preámbulo de la *Declaración* entre *abuses and usurpations* que en el *Original Rough Draught* eran *injuries and usurpations*. Esto muestra dos perspectivas: una sobre los abusos y lesiones provocadas en el ejercicio del poder y otra consistente en asumir un poder que no se tenía o que se entrega a otro.

### 5.1.1. Desmontaje de las asambleas legislativas

La libertad de los ciudadanos de las colonias se expresaba ejemplarmente en sus asambleas legislativas, compuestas por representantes elegidos directamente por los colonos. Las asambleas naturalmente poseían el poder legislativo<sup>421</sup> y se sentían depositarias de la voluntad de los colonos, de forma que los ataques reales contra las asambleas lo eran contra el pueblo de la colonia.

Se acusó al rey de perjudicar la representación de sectores de las colonias, de forma que buscaba que una parte de la población no pudiera estar representada en las asambleas y así aminorar el carácter representativo de éstas:

Él ha rechazado aprobar otras leyes para la adaptación de grandes distritos de personas a menos que estas personas renunciasen al derecho de representación en la legislatura, un derecho de incalculable valor para ellos y solo temible para los tiranos.<sup>422</sup>

Un cuerpo legislativo que no sea representativo, o suficientemente representativo, deja de portar los poderes entregados por el pueblo. Otras de las acusaciones al rey fue que “él ha disuelto repetidamente las cámaras legislativas por oponerse con firmeza viril a sus invasiones de los derechos del pueblo”<sup>423</sup>, lo que no deja de recordar a la acusación contra Carlos I de Inglaterra de negarse a las reuniones

---

<sup>420</sup> No es raro en la historia que un gobernante, una vez en el poder, intente cambiar los principios políticos sobre los que alcanzó el poder. Por sólo citar algunos casos, y sin ánimo polémico, podemos mencionar los intentos de los reyes castellanos Pedro I y Enrique IV por situar a la monarquía sobre la nobleza e intentar que los reyes no estuvieran tutelados por la nobleza, proyecto que sí realizó con éxito la hermana de Enrique, Isabel I. O en un caso paralelo, aunque posterior, la conversión del Zar Pedro I en autócrata tras el desequilibrio de fuerzas a su favor y contra los boyardos hasta entonces imperantes. De hecho desde la Baja Edad Media hasta bien entrada la Modernidad podemos identificar muchos casos en el sentido señalado (concentración del poder frente a la nobleza).

<sup>421</sup> Este poder legislativo no era inmediato, pues las leyes de las asambleas coloniales necesitaban hasta de dos asentimientos, el del gobernador y el del rey, para entrar en vigor.

<sup>422</sup> Original Rough Draught: “he has refused to pass other laws for the accomodation of large districts of people unless those people would relinquish the right of representation, a right inestimable to them, & formidable to tyrants alone”. Declaration of Independence: “He has refused to pass other Laws for the accomodation of large districts of people, unless those people would relinquish the right of Representation in the Legislature, a right inestimable to them and formidable to tyrants only.”

<sup>423</sup> Original Rough Draught: “he has dissolved Representative houses repeatedly & continually, for opposing with manly firmness his invasions on the rights of the people.” Declaration of Independence: “He has dissolved Representative Houses repeatedly, for opposing with manly firmness his invasions on the rights of the people.”



sucesivas y frecuentes del Parlamento como consta en los *Cargos contra el Rey* (*Charges against the King*)<sup>424</sup>. Se acusa al rey Jorge III de que las convocatorias de las legislaturas se habían hecho para dificultar su labor (lo que sería una acción tiránica de ejercicio si no estuviera enmarcada en la aniquilación de la constitución preexistente)<sup>425</sup>.

El siguiente cargo contra la Corona<sup>426</sup>, respecto al cambio constitucional a través del desmontaje de las legislaturas, era la imposibilidad de volver a elegir a los representantes, de modo que se esperaba la extinción de los poderes conferidos en la elección a los representantes y así terminar con estos cuerpos legislativos y representativos. Escribe Jefferson:

Él ha rechazado por un periodo largo de tiempo, después de tales disoluciones, que otros fueran elegidos; por lo que los poderes legislativos, incapaces de aniquilación, han retornado al pueblo en su totalidad para su ejercicio; permaneciendo el Estado entretanto expuesto a todos los peligros de invasión desde el exterior y de convulsiones desde dentro.<sup>427</sup>

El rey pretendía la destrucción del sistema según el cual él mismo era rey. Las dificultades para ampliar la representación de los colonos en sus propias asambleas, la disolución de las asambleas y las convocatorias en lugares imposibles, ahora se denunciaba que no se permitían las elecciones, para que los mandatos expiraran y no hubiera renovación del cuerpo legislativo. Jefferson intuye que la estrategia del rey era hacer prescribir el derecho al poder legislativo, que constituía realmente el fundamento del autogobierno de las colonias.

---

<sup>424</sup> “yet, nevertheless, out of a wicked design to erect and uphold in himself an unlimited and tyrannical power to rule according to his will, and to overthrow the rights and liberties of the people, yea, to take away and make void the foundations thereof, and of all redress and remedy of misgovernment, which by the fundamental constitutions of this kingdom were reserved on the people’s behalf in the right and power of frequent and succesive Parliaments, or national meetings in Council”. Véase Samuel Rawson Gardiner: *Op. Cit.*, Pág. 372.

<sup>425</sup> “He has called together legislative bodies at places unusual, uncomfortable, and distant from the depository of their public records, for the sole purpose of fatiguing them into compliance with his measures”. Este cargo aparece en la Declaración de Independencia, pero no en Original Rough Draught, ni en Charges against the Crown, 11 de junio a 4 de Julio. Lo llamativo del caso es que Thomas Jefferson sí considera este cargo como de su autoría en la versión de la Declaración publicada en su autobiografía. Cf. *Autobiography*. Volumen I. Pág. 31.

<sup>426</sup> Julian P. Boyd, primer editor de los *Jefferson Papers*, de la Universidad de Princeton denominó a este documento, al cual Jefferson no le puso título, *Composition Draft of That Part of the Declaration of Independence containing the Charges against the Crown*. Lo citaremos como *Charges against the Crown*.

<sup>427</sup> Original Rough Draught y Declaration of Independence presentan el mismo texto: “He has refused for a long time, after such dissolutions, to cause others to be elected; whereby the Legislative powers, incapable of Annihilation, have returned to the People at large for their exercise; the State remaining in the mean time exposed to all the dangers of invasion from without, and convulsions within. En *Charges against the Crown* no hay referencia al retorno al pueblo del poder legislativo: when dissolved, by refusing to call others for a long space of time, thereby leaving the political system <[in a state of dissolution]> without any legislative <body> head.”

En la tradición jurídica, un derecho que no se ejerce se pierde por su desuso pasado un plazo y un tercero puede adquirirlo por el ejercicio no realizado por sus titulares. A esto se le denomina prescripción adquisitiva o usucapión. Y considera Jefferson que ésta es la estrategia del rey: impedir el ejercicio del derecho a ejercer el poder legislativo y ejercerla él para que transcurrido un tiempo se valide la situación de hecho por prescripción del derecho de los primeros titulares: “Por suspender nuestras propias legislaturas y declararse a sí mismos investido con el poder de legislar para nosotros en todos los casos.”<sup>428</sup>

La disolución las cámaras legislativas con la finalidad de hacerse, por desuso, con todos los poderes legislativos en las colonias tropieza con los derechos naturales el pueblo, porque los poderes legislativos no prescriben y vuelven al pueblo para ser ejercidos en su integridad. Si no hay legislativo establecido, puede crearse uno nuevo: las convenciones.

En la *Declaración de Independencia* se formuló de la siguiente forma:

El rey ha disuelto repetitivamente las cámaras representativas principalmente por oponerse con firmeza a sus invasiones de los derechos del pueblo. Ha rechazado por un largo periodo de tiempo después de tales disoluciones, hacer que otros fueran elegidos; por lo cual los poderes legislativos, inasequible a la aniquilación, han retornado en su integridad al Pueblo para su ejercicio.<sup>429</sup>

Ha de recordarse que la no convocatoria del poder legislativo por parte del poder ejecutivo es, de acuerdo con Locke, una causa de rebelión legítima<sup>430</sup>. Podemos contemplar la idea de pacto lockeano en su plenitud y reafirmarnos en que este cargo no es tiranía de ejercicio, sino que es usurpación, ya que al querer cambiar la forma política el rey destruye el pacto y los poderes vuelven al pueblo y no terminan en su esfera de poder como éste pretendía:

---

<sup>428</sup> *Charges against the Crown* y *Original Rough Draught* presentan el mismo texto: For suspending our own Legislatures, and declaring themselves invested with power to legislate for us in all cases whatsoever.

<sup>429</sup> *Charges against the Crown*: “by dissolving legislative assemblies repeatedly & continually for opposing with manly firmness his invasions on the rights of the people:” *Original Rough Draught*: “he has dissolved Representative houses repeatedly & continually, for opposing with manly firmness his invasions on the rights of the people: he has refused for a long space of time to cause others to be elected, whereby the legislative powers, incapable of annihilation, have returned to the people at large for their exercise.” Declaración: “He has dissolved Representative Houses repeatedly, for opposing with manly firmness his invasions on the rights of the people. He has refused for a long time, after such dissolutions, to cause others to be elected; whereby the Legislative powers, incapable of Annihilation, have returned to the People at large for their exercise;”

<sup>430</sup> John Locke, *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, § 155. Págs. 80-81.

La constitución del legislativo es el primer y fundamental acto de una sociedad, a través del cual es hecha la provisión para la continuación de su unión, bajo la dirección de personas y el vínculo de las leyes, hechas por personas autorizadas para ello, con el consentimiento y el nombramiento del pueblo, sin los que ningún hombre o un número de hombres entre ellos pueda tener autoridad para hacer leyes que obligaran a los restantes. Cuando uno o más de uno se encarguen de hacer leyes a quienes el pueblo no nombró para hacerlo, ellos hacen leyes sin autoridad, que el pueblo no está obligado a obedecer; esto significa que el pueblo vuelve a estar sin ningún sometimiento y se puede constituir en una nueva legislatura, como ellos piensen mejor, estando en la plena libertad de resistir la fuerza de aquellos que sin autoridad quieren imponerles algo.<sup>431</sup>

La cuestión de la representación y su forma de ejercicio estará presente en el hacer político y reflexivo de Thomas Jefferson a lo largo de los años posteriores. Tratará este asunto capital como simple ciudadano y votante de Virginia, participará en la regulación de las asambleas legislativas en los territorios que no son estados, inspirará la legislación reguladora del cómputo de población de los estados a efectos de representantes a elegir en cada uno de ellos o en el trascendental momento del resultado de las elecciones de 1800. Veremos, en un capítulo específico, como en la República jeffersoniana la representación, la efectividad de ésta y sobre todo la realidad es una cuestión de título o de origen y no de ejercicio.

### **5.1.2. La extensión de la soberanía parlamentaria**

Como hemos puesto de manifiesto Jefferson consideró al Imperio Británico una unión personal y, por tanto, el Parlamento del Reino de Gran Bretaña solamente tenía jurisdicción sobre los reinos de Inglaterra, Escocia y el Principado de Gales y no sobre las colonias en Norteamérica.

En este contexto sostuvo que si bien las leyes del Parlamento de Westminster formaban parte de la tiranía de ejercicio o material, la adopción de estas leyes para las colonias sería una *tyrannia ex defectu tituli*, ya que el Parlamento estaría asumiendo un poder que no tiene. La acusación es al rey, pese a que actuase en concierto con otros

---

<sup>431</sup> *Ibidem*, §212. Págs. 107-108. "The constitution of the legislative is the first and fundamental act of society, whereby provision is made for the continuation of their union, under the direction of persons, and bonds of laws, made by persons authorized thereunto, by the consent and appointment of the people, without which no one man, or number of men, amongst them, can have authority of making laws that shall be binding to the rest. When any one, or more, shall take upon them to make laws, whom the people have not appointed so to do, they make laws without authority, which the people are not therefore bound to obey; by which means they come again to be out of subjection, and may constitute to themselves a new legislative, as they think best, being in full liberty to resist the force of those, who without authority would impose any thing upon them."

porque: “Él se ha puesto de acuerdo con otros para someternos a una jurisdicción extranjera a nuestra constitución y desconocida por nuestras leyes”<sup>432</sup>

Esto queda meridianamente claro, al final de la *Declaración de Independencia*, al calificar de tirano al rey, el Congreso se dirige a los británicos y se refiere a las usurpaciones: “Les hemos advertido [a los hermanos británicos] de tiempo en tiempo de los intentos de su legislatura de extender una jurisdicción injustificable sobre nosotros.”<sup>433</sup>

Uno de los debates más intensos que se plantearon durante el larguísimo proceso revolucionario en las Trece Colonias fue el relativo a la capacidad del Parlamento británico para establecer impuestos a quienes no estaban representados en él, lo que se sintetizó en la célebre expresión: *no taxation without representation*.

Desde la Edad Media la convocatoria de las asambleas estamentales estaba unida a dos asuntos interrelacionados: la necesidad de levantar un ejército y el dinero para mantenerlo. Los impuestos se autorizaban en estas asambleas y una parte de ellos tenían carácter temporal, de forma que tenían que ser renovados periódicamente. De hecho el proceso por el que los reyes van adoptando formas absolutistas está unido a la capacidad recaudadora autónoma de los monarcas.

La *Declaración de Independencia* acusa al rey por *gravar con impuestos sin nuestro consentimiento*<sup>434</sup>, lo cual era consistente con la tradición constitucional británica, ya que nos encontramos con prohibiciones de establecer impuestos sin consentimiento tanto en la *Magna Carta de 1215*<sup>435</sup> como en el *Bill of Rights*<sup>436</sup>.

Los británicos nunca se plantearon la presencia en Westminster de parlamentarios norteamericanos pese a que los escoceses y los galeses sí estaban representados. El estatuto jurídico-constitucional no era el mismo que el de Inglaterra o

---

<sup>432</sup> Original Rough Draught y Declaration of Independence: “He has combined with others to subject us to a jurisdiction foreign to our constitution, and unacknowledged by our laws;”

<sup>433</sup> Declaration of Independence: “We have warned them from time to time of attempts by their legislature to extend an unwarrantable jurisdiction over us. Original Rough Draught: we have warned them from time to time of attempts by their legislature to extend a jurisdiction over these our states.”

<sup>434</sup> Declaration of Independence, Original Rough Draught y Charges against the Crown: “For imposing Taxes on us without our Consent”.

<sup>435</sup> “12. Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri, nisi ad corpus nostrum redimendum, et primogenitum filium nostrum militem faciendum, et ad filiam nostram primogenitam semel maritandam, et ad hec non fiat nisi racionabile auxilium; simili modo fiat de auxiliis de civitate Londoniarum.” Cf. Charles Bémont (ed.): *Chartes des libertés anglaises (1100-1305)*. Alphonse Picard. París, 1892. Pág. 29.

<sup>436</sup> “By Levying Money for and to the Use of the Crown by pretence of Prerogative for other time and in other manner then the same was granted by Parliament.” (1 William & Mary S. 2 Cap. 2) Cf. *The Statutes at Large*. Volumen IX. *Op. Cit.*, Pág. 67.

Escocia, porque Irlanda no tenía representación por tener parlamento propio, aunque era un parlamento subordinado<sup>437</sup>.

Que los representantes de un grupo de súbditos pudieran tomar decisiones que afectasen a otros súbditos no representados indica bien a las claras la desigualdad consideración jurídica entre quienes elegían a sus representantes y quienes no podían hacerlo. El hecho de que el Parlamento británico impusiese tributos a los colonos sin ser representante real del pueblo de las colonias es una usurpación y por tanto una ilegitimidad de origen.

Hubo una intensa lluvia de propuestas en la que intervinieron entre otros Benjamin Franklin y Adams Smith, pero no se abrió la puerta a la representación americana. Es probable que el problema no fuera tanto la representación norteamericana, sino lo representativo que eran en general el Parlamento británico, que fue un problema que no se abordó hasta la *Representation of the People Act* de 1832 que suprimió numerosos distritos despoblados y rebajó la representación de algunos de ellos, especialmente distritos urbanos (*boroughs*), a favor de las nuevas grandes ciudades que con la Revolución Industrial iban naciendo. En todo caso hay que señalar que fuera de las islas británicas (Gran Bretaña e Irlanda) ningún otro territorio ha tenido asiento en el Parlamento del Reino Unido.

### 5.1.3. Desmontaje del poder judicial

En los mismos días en los que el Segundo Congreso Continental consigue aprobar y firmar la *Declaración de Independencia* que Sherman, Adams, Livingstone, Franklin y Jefferson le propusieron, nuestro autor le escribe a su mentor George Whyte sobre la importancia de la Administración de Justicia para un gobierno y para su pueblo, así como las condiciones en las que los jueces deben desempeñar su trabajo. Lo hace con ocasión del debate en torno a la primera Constitución de Virginia:

---

<sup>437</sup> Desde 1495 el Parlamento irlandés aprobó una ley según la cual no podía considerar un proyecto de ley hasta que ésta no fuera aprobado por el rey y su consejo (10 Hen. 7 Chap. 4) Cf. *Statutes at Large passed in the Parliaments held in Ireland*. Volumen I. Boulter Grierson. Dublin, 1765. Pág. 44. En 1719 se el Parlamento Británico aprueba una ley por la que puede legislar directamente sobre el Reino de Irlanda y además se le retiran las funciones judiciales a la Cámara de los Lores de Irlanda para dárselas a la del Parlamento Británico (6 Geo. 1. Cap V) Cf. *The Statutes at Large*. Volumen XIV. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f. Págs. 204-205. En 1782 el Parlamento irlandés recuperó sus atribuciones anteriores a 1719 (12 Geo. 3. Cap. LIII) y en 1783 a la Cámara de los Lores irlandeses le fue devuelta su capacidad de escuchar apelaciones de los tribunales de la isla (13 Geo. 3 Cap. XXVIII) Cf. *The Statutes at Large*. Volumen XXXIV-I. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f). Págs. 78 y 256. Esta devolución de poderes a Dublín se extendió poco en el tiempo y ya en 1801 el Reino de Irlanda se incorporó al Reino Unido, se disolvió su Parlamento y eso sí pudieron elegir cien diputados para la Cámara de los Comunes del Reino Unido (39 & 40 Geo. 3 Cap. LXVII). Cf. *The Statutes at Large*. Volumen XIV. George Eyre. Londres, 1800. Págs. 359-375.

La dignidad y estabilidad del gobierno en todas sus ramas, la moral de pueblo y cada una de las bendiciones de la sociedad, dependen en mucho de una administración de Justicia justa y eficaz.

Los jueces, por lo tanto, deberían ser siempre hombres de estudio y experiencia con las leyes, de una moral ejemplar, gran paciencia, calma y atención; sus mentes no deberían ser distraídas con intereses discordantes; no deberían depender de otro hombre o entidad. Para estos fines deberían ser mantenidos de por vida en sus cargos o, en otras palabras, sus comisiones deberían durar como su buen comportamiento y sus salarios determinados y establecidos por la ley. Por mal comportamiento, la investigación debe ser hecha por la cámara de representantes, gran instructora de la colonia, y debería acusarlos ante el Gobernador y el Consejo, donde los acusados tengan tiempo y oportunidad para la defensa; pero si son condenados deberían ser removidos de todos sus cargos y sujetos a otro castigo como sea considerado apropiado.<sup>438</sup>

Establecido el marco de referencia para Jefferson pasemos a ver cuáles son los cargos que dan cuerpo a las usurpaciones judiciales.

De acuerdo con la estrategia expuesta para con las legislaturas de las colonias, el rey busca paralizar los tribunales para luego someterlos a su poder por una especie de prescripción adquisitiva del poder judicial en este caso.

Jorge III no otorgó el asentimiento real (*Royal Assent*) a las leyes que las colonias habían aprobado para asimilar la organización judicial a la existente en Gran Bretaña desde 1701 (jueces que se mantenía por el buen comportamiento). Esto provocó el cese de la actividad de los tribunales al finalizar el periodo del nombramiento de los jueces que los componían<sup>439</sup>. El rey intentó así nombrar jueces y darles él mismo un salario en vez de que sean nombrados por las colonias y pagados por ellas, con la finalidad de tener jueces dependientes y subordinados al rey<sup>440</sup>.

---

<sup>438</sup> *Carta a George Wythe*, Julio de 1777. Volumen IV. Págs. 258-259. "The dignity and stability of government in all its branches, the morals of the people, and every blessing of society, depend so much upon an upright and skillful administration of justice The judges, therefore, should always be men of learning and experience in the laws, of exemplary morals, great patience, calmness and attention; their minds should not be distracted with jarring interests; they should not be dependent upon any man or body of men. To these ends they should hold estates for life in their offices, or, in other words, their commissions should be during good behavior, and their salaries ascertained and established by law. For misbehavior, the grand inquest of the colony, the house of representatives, should impeach them before the governor and council, when they should have time and opportunity to make their defence; but if convicted, should be removed from their offices, and subjected to such other punishment as shall be thought proper."

<sup>439</sup> Declaration of Independence: "He has obstructed the Administration of Justice, by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary powers. Original Rough Draught: he has suffered the administration of justice totally to cease in some of these colonies, refusing his assent to laws for establishing judiciary powers; Charges against the Crown: refused judiciary establishing to some without unjust & partial judges dependant erected swarms of offices."

<sup>440</sup> Declaration of Independence: "He has made Judges dependent on his Will alone, for the tenure of their offices, and the amount and payment of their salaries. Original Rough Draught: he has made our

La siguiente extirpación a la Justicia norteamericana es la privación del juicio por jurado. Los jurados establecen los hechos y los jueces dirigen el proceso y aplican las leyes a los citados, un asunto del que Jefferson se ocupará al tratar el *Bill of Rights* de la Constitución y la *Judicial Review of Laws*<sup>441</sup>.

El cargo sobre los jurados dice: *por privarnos en muchos casos de los beneficios de un juicio por jurado*<sup>442</sup>. Este cargo es consecuencia de varias normas parlamentarias que atribuyen conocimiento de las causas a tribunales situados fuera de las colonias y en algunos casos, especialmente en los llamados tribunales del Almirantazgo<sup>443</sup>, a través de juicios sin jurado<sup>444</sup>.

Los jurados, al ser ciudadanos comunes, no están sometidos a las pasiones y a las presiones que sí pueden estar sometidos los jueces para convertir la justicia en un ejercicio de política<sup>445</sup>. Ello no quiere decir que unos jurados no pudieran caer en la tentación antes expresada, pero difícilmente podrán formar parte de un mecanismo sistemático de represión, porque los jurados son elegidos *ad casum* y no son jueces permanentes y porque al ser vecinos del acusado no querrán que se aplique una injusticia que les pueda ser aplicada a ellos. En relación con los jurados, Jefferson hacer notar que:

Los grandes jurados<sup>446</sup> son los investigadores y los denunciantes del país, ellos están esparcidos por cada lugar, ven cada cosa, lo ven mientras se suponen meras personas privadas y lo hacen con el ojo prejuicioso de un espía permanente y sistemático. Su

---

judges dependant on his will alone, for the tenure of their offices, and amount of their salaries;" Charges against the Crown: "refused judiciary establmts [sic] to some without unjust & partial judges dependant erected swarms of offices".

<sup>441</sup> En el contexto de la polémica jeffersoniana en torno a la *Judicial Review of Laws* señalará un conjunto de casos en los que la tradición jurídica del *Common Law* habilita a los jurados a hacer un juicio *in iure* y no únicamente sobre los hechos.

<sup>442</sup> Declaration of Independence, Original Rough Draught y Charges against the Crown: "For depriving us in many cases of the benefits of Trial by Jury".

<sup>443</sup> Janck N. Rakove: *The annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence*. Harvard University Press. Cambridge (Mass.) y Londres. 2009. Pág. 88.

<sup>444</sup> No deja de ser llamativo que tras aprobar el Congreso un cargo contra la Corona consistente en la imposibilidad de juicio por jurado en los tribunales de Vicealmirantazgo en Nova Scotia. Paradójicamente las primeras leyes procesales de los Estados Unidos prohibieron los juicios con jurado en materia de almirantazgo y de Derecho Marítimo (sección 9 de la *Judicial Act 1789* y sección 18 de la *Judicial Act 1801*). *An Act to establish the Judicial Courts of the United States* 1 Stat. 73 (1789) y *An act to provide for the more convenient organization of the Courts of the United States* 2 Stat. 89 (1801).

<sup>445</sup> Como se señalará en el Capítulo VI debemos pensar que en el siglo XVIII en los Estados Unidos el puesto de juez era uno de los posibles a desempeñar alguien que quisiera dedicarse al "cursus honorum", de forma que se entendía que era un cargo político.

<sup>446</sup> El Gran Jurado tiene como finalidad determinar si hay una base consistente para que alguien responda en juicio por una acusación penal. Solamente los cargos aprobados por el Gran Jurado se someten al Jurado en el juicio. No hay jerarquía entre los dos tipos de jurados, simplemente al jurado de inculpación se les adjetiva "gran" porque tienen más miembros que el jurado de los juicios.

información es bajo juramento, es pública, pertenece al vecindario de la parte acusada, y puede ser refutada inmediatamente. Estos cargos, tomados sólo ocasionalmente de entre el pueblo, les son familiares, el cargo es respetado, y la experiencia de siglos ha mostrado que sin peligro se conforma con nuestro carácter, propiedad y libertad.<sup>447</sup>

Someter el conocimiento de los hechos a jueces elegidos por el rey y pagados por él elimina toda apariencia de imparcialidad y proporcionaba al monarca un instrumento para el sometimiento sistemático de los individuos y la sociedad a su persona: “Es la única cosa que puede darnos un poco de protección contra el dominio de una facción, mientras las circunstancias están madurando para traer y conservar el gobierno en sintonía con el espíritu de sus electores.”<sup>448</sup>

En el proceso de ratificación de la Constitución de los Estados Unidos, Thomas Jefferson insistió a sus corresponsales que el juicio con jurado era un derecho que debiera estar en el *Bill of Rights* como una garantía republicana y un derecho irrenunciable<sup>449</sup>. El 20 de diciembre de 1787 escribió a James Madison:

Hay más cosas buenas aunque de menor importancia. Te hablaré ahora de las que no me gustan. Primero, la omisión de una declaración de derechos, proveyendo claramente, y sin ayuda de ningún sofisma, la libertad de religión, la libertad de prensa, la protección contra los ejércitos permanentes, la restricción de los monopolios, la eterna e implacable fuerza del habeas corpus y los juicios por jurados en todas las materias enjuiciables según las leyes del país y no las enjuiciables según el Derecho Internacional.<sup>450</sup>

Pero sobre todo los jurados suponen la participación del pueblo en uno de los poderes, ramas o departamento del Gobierno. Jefferson veía a los jurados como la democracia llegando a la Justicia<sup>451</sup>. Para Jefferson la institución del Jurado no era

---

<sup>447</sup> *Carta al Fiscal General de los Estados Unidos (Edmund Randolph)*, 8 de mayo de 1793. Volumen IX. Pág. 83. “Grand juries are the constitutional inquisitors and informers of the country, they are scattered everywhere, see everything, see it while they suppose themselves mere private persons, and not with the prejudiced eye of a permanent and systematic spy. Their information is on oath, is public, it is in the vicinage of the party charged, and can be at once refuted. These officers taken only occasionally from among the people, are familiar to them, the office respected, and the experience of centuries has shown that it is safely entrusted with our character, property and liberty.”

<sup>448</sup> *Carta a John Taylor*, 26 de noviembre de 1798. Volumen X. Pág. 66. “It is the only thing which can yield us a little present protection against the dominion of a faction, while circumstances are maturing for bringing and keeping the government in real unison with the spirit of their constituents.”

<sup>449</sup> Entre otras cabe citar la *carta a William Carmichael*, 11 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 380. *Carta a Mr. Dumas*, 12 de febrero de 1788. Volumen VI. Pág. 430. *Carta a Francis Hopkinson*, 13 de marzo de 1789. Págs. 300-302. *Carta a Thomas Paine*, 11 de Julio de 1789. Volumen VII. Pág. 407-408.

<sup>450</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Págs. 387-388. “There are other good things of less moment. I will now tell you what I do not like. First, the omission of a bill of rights, providing clearly, and without the aid of sophism, for freedom of religion, freedom of the press, protection against standing armies, restriction of monopolies, the eternal and unremitting force of the habeas corpus laws, and trials by jury in all matters of fact triable by the laws of the land, and not by the laws of nations.”

<sup>451</sup> *Carta al Abbé Arnoud*, 19 de Julio de 1789. Volumen VII. Págs. 422-423.



solamente una cuestión de principio, sino que los jurados permiten una mejor Justicia, más imparcial. Para ensalzar a estos jueces temporales hace una triste descripción de los jueces permanentes:

Pero nosotros sabemos que los jueces permanentes adquieren un “espíritu de cuerpo”; es conocido que ellos son susceptibles de ser tentados con sobornos; que son extraviados por el favor, por la relación, por el espíritu de partido o por la devoción hacia el poder ejecutivo o el poder legislativo; es mejor dejar una causa a la decisión de una moneda que a la de un juez predispuesto a uno de los lados; la opinión de doce honestos jurados todavía proporciona una mejor esperanza de justicia que una moneda. Por lo tanto, está dentro del poder de los jurados, si ellos piensan que los jueces permanentes están bajo algún sesgo, el que sea, en alguna causa, tomar sobre ellos el juicio sobre las cuestiones jurídicas como el de las cuestiones fácticas. Ellos nunca ejercen este poder, pero cuando sospechan de parcialidad en los jueces, y por el ejercicio de este poder, ellos han sido el más firme baluarte de la libertad inglesa.<sup>452</sup>

La cuestión de los jurados no es baladí ni un exceso democratizador. Para Jefferson los jurados realizan un control de las leyes, de la actividad legislativa, que es superior a incluso a su representación en las cámaras legislativas, pues un jurado en desacuerdo con una ley puede dictar la absolución del acusado y así hacer ineficaz la ley, como trataremos en el Capítulo VI. Los jurados garantizarían un gobierno del pueblo para el pueblo y controlado directamente por el pueblo:

Si fuera llamado a elegir si es mejor suprimir al pueblo en el departamento legislativo o en el departamento judicial, diría que es mejor dejarlo fuera del legislativo. La ejecución de las leyes es más importante que hacerlas. En todo caso es mejor tener al pueblo en los tres departamentos, donde sea posible.<sup>453</sup>

En coherencia con la *Declaración de Independencia*, los Padres Fundadores o la parte de ellos que participó en la Convención Constitucional incorporó al artículo dedicado al poder judicial el mandato de que todos los casos penales fueran enjuiciados por medio de un jurado. La tercera cláusula de la sección segunda del Artículo III de la Constitución establece para los tribunales federales que: “El enjuiciamiento por todos

---

<sup>452</sup> *Ibidem*. Pág. 423. “But we all know that permanent judges acquire an Esprit de corps; that being known, they are liable to be tempted by bribery; that they are misled by favor, by relationship, by a spirit of party, by a devotion to the executive or legislative power ; that it is better to leave a cause to the decision of cross and pile, than to that of a judge biased to one side; and that the opinion of twelve honest jurymen gives still a better hope of right, than cross and pile does. It is in the power, therefore, of the juries, if they think permanent judges are under any bias whatever, in any cause, to take on themselves to judge the law as well as the fact. They never exercise this power but when they suspect partiality in the judges; and by the exercise of this power, they have been the firmest bulwarks of English liberty.”

<sup>453</sup> *Ibidem*. “Were I called upon to decide, whether the people had best be omitted in the legislative or judiciary department, I would say it is better to leave them out of the legislative. The execution of the laws is more important than the making them. However, it is best to have the people in all the three departments, where that is possible.”

los delitos, excepto en los casos de destitución (*impeachment*<sup>454</sup>), será por medio de Jurado.”<sup>455</sup>

Tres enmiendas del *Bill of Rights* (V, VI y VII) se dedican a fortalecer a los jurados.

La Quinta Enmienda no sólo recoge el texto constitucional de enjuiciamiento por jurado, sino que la formulación de los cargos y la decisión de que hay base suficiente habrán de hacerlas también un jurado, el gran jurado:

Ninguna persona será obligada a responder de una acusación capital o de cualquier otro crimen infamante salvo una acusación o una presentación de cargos por un Gran Jurado, excepto los casos que surjan en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estén de servicio activo en tiempo de guerra o de público peligro [...]<sup>456</sup>

La Sexta Enmienda establece que:

En todo proceso penal, el acusado tendrá el derecho a un juicio público y rápido, por un jurado imparcial del estado y distrito donde el delito haya sido cometido y estos distritos habrán de ser determinados previamente por la ley [...]<sup>457</sup>

Añade a la cláusula constitucional, el equivalente en la institución jurado a lo que en nuestro ámbito es “derecho al juez predeterminado por la ley”, esto es, el derecho a que el jurado que entienda el caso esté determinado a través del establecimiento del *locus comissi* como criterio para la jurisdicción territorial y la necesidad de que los distritos sean preestablecidos por la ley, para evitar que los casos puedan ser “movidos” a conveniencia.

Y finalmente la Séptima Enmienda:

En los procesos de Derecho Común (*Common Law*), donde el valor en litigio exceda los veinte dólares, será preservado el derecho a un juicio por jurado y ningún hecho

---

<sup>454</sup> Jefferson buscará la forma de incorporar los jurados a los procesos de *impeachment* a pesar de la expresa prohibición constitucional. Considera que el mandato de la VII Enmienda (VIII de las propuestas) es *lex posterior* y permite los jurados al ser penal el procedimiento de *impeachment*. *Carta a James Madison*, 25 de enero de 1798. Volumen IX. Págs. 435-436.

<sup>455</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo III: “The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury”.

<sup>456</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Quinta Enmienda: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger.”

<sup>457</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Sexta Enmienda: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, [...]”

probado por un jurado serán reexaminado en ningún tribunal de los Estados Unidos, excepto de acuerdo con las normas del Derecho Común (*Common Law*).<sup>458</sup>

Concede garantías a las decisiones de los jurados en materias del *Common Law* e intenta evitar que se quiera ganar ante tribunales de jueces permanentes lo que se ha perdido ante un tribunal de jurado. Establece lógicamente las excepciones ya recogidas en el *Common Law*, pues los jurados son una institución secular en este sistema jurídico.

La última usurpación judicial que podemos reconocer en la *Declaración de Independencia* es el enjuiciamiento de determinados delitos fuera del territorio de las colonias, específicamente en Inglaterra: “Por transportarnos más allá de los mares a ser juzgados por pretendidas ofensas.”<sup>459</sup>

Entiende Jefferson que solamente los tribunales norteamericanos son competentes para entender de los delitos cometidos en su territorio, aunque sea el delito de traición, y que llevar el conocimiento fuera de las colonias es una usurpación.

#### 5.1.4. Abolición de las cartas y modelo canadiense

Hasta este punto hemos narrado el conjunto de actos que llevaron a denunciar una *tyrannia ex defectu tituli* por medio de la parálisis de las instituciones coloniales y el intento por parte del rey Jorge III de arrogarse sus poderes. Ahora la usurpación es diferente, pues lo que los delegados en Filadelfia denuncian fue un cambio unilateral de la forma política de las colonias que no es otro que la abrogación de las cartas coloniales, donde constaba su autogobierno y el establecimiento de un sistema de gobierno en cada colonia donde los colonos no tuvieran participación real.

La Provincia de Massachusetts vio su carta colonial reemplazada por la *Massachusetts Government Act* (1774)<sup>460</sup>. La ley reducía a la nada el autogobierno de la colonia creando un gobernador nombrado por el rey y sólo responsable ante él y estableciendo que los principales puestos públicos serían nombrados por el gobernador y que, por tanto, no serían provistos mediante elección como hasta entonces. El mismo día en el que se reducía a la nada el autogobierno de Massachusetts, el Parlamento

<sup>458</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Séptima Enmienda: “In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.”

<sup>459</sup> *Declaration of Independence, Original Rough Draught y Charges against the Crown*: “For transporting us beyond Seas to be tried for pretended offences”.

<sup>460</sup> *An Act for the better regulating of the Province of Massachsett's Bay, in New Englad* (14 Geo. 3 Cap. XLV) Cf. *The Statutes at Large*. Volumen XXX. Edición de John Pickering. John Archdeacon. Cambridge, 1773. Págs. 378-390.

británico aprobó también la *Quebec Act*<sup>461</sup> que establecía un sistema análogo en Canadá, sistema tiránico en palabras de Jefferson, que concedió relevancia pública al Catolicismo<sup>462</sup> y que transfirió territorio de Connecticut, Massachusetts y Virginia a las colonias septentrionales todavía bajo el poder de los británicos.

Esta usurpación del poder en una de las colonias y el establecimiento de un sistema gemelar sobre la antigua provincia francesa de Quebec llenaron de temor a los colonos y vieron que el rey estaba intentando transformar el sistema político sin tenerlos en cuenta. Estaba gobernando, tomando decisiones y asintiendo a leyes más allá de los poderes que tenía como cabeza de las colonias. Este cambio de sistema político coloca al rey indudablemente como usurpador, como detentador de un poder sin título.

## 5.2. Legitimidad de ejercicio

Un gobernante puede tener *titulum*, es decir, puede corresponderle el ejercicio de los poderes de gobierno en virtud de un sistema normativo aceptado como válido. Al gobernante con *titulum* se le considera gobernante legítimo.

Ello no quiere decir que el gobernante no pueda convertirse en un tirano. Como se ha presentado en el Capítulo I la tradición sobre tiranía y resistencia establece que un gobernante se convierte en tirano cuando atiende a los intereses propios y no a los de la comunidad política que gobierna, cabiendo naturalmente una amplia interpretación en lo sean los “intereses de la comunidad”. Cabe decir que un gobernante se vuelve tiránico también cuando atiende intereses ajenos a la comunidad que gobierna sin tener que ser esos intereses precisamente los suyos personales. En definitiva, un gobernante puede convertirse en un tirano por su forma de ejercer el poder (*tyrannus ex parte exercitii*). Es por ello necesario exponer y analizar los hechos que han desplazado al gobernante del ámbito de la legitimidad al de la tiranía.

El principal problema que tiene la *tyrannia ex parte exercitii* es la entidad, intensidad y continuidad de los cargos imputados al gobernante. Como se ha expuesto en el Capítulo I no han faltado autores que han recomendado prudencia y paciencia con una tiranía tolerable antes de recorrer la cenagosa región de la resistencia activa.

---

<sup>461</sup> *An Act for making more provision for the Government of the Province of Quebec in North America* (14 Geo. 3 Cap. LXXXIII). Cf. *The Statutes at Large*. Volumen XXX. *Op. Cit.*, Págs. 549-554.

<sup>462</sup> Hubo un sector que consideraron que el rey Jorge III quebrantaba su juramento de proclamación de protección de la Iglesia de Escocia y su juramento de coronación de protección de la Iglesia de Inglaterra. Véase Pauline Maier: *From Resistance to Revolution. Colonial Radicals and Development of American Opposition to Britain, 1765-1776*. Alfred A. Knop. Nueva York, 1972. Pág. 239.

El Segundo Congreso Continental decidió, siguiendo el borrador de Jefferson y las aportaciones del Comité de los Cinco, establecer el conjunto de comportamientos del rey para que la *Declaración de Independencia* diese cuenta de la entidad de la tiranía, de la gravedad de las acciones del gobernante y también del alargamiento en el tiempo de estos. Aunque destacan algunos hechos y ellos mismos saben que no todos tienen la misma entidad ni intensidad, quieren provocar la indignación del receptor por tamaño cúmulo de injusticias.

### 5.2.1. El veto a las leyes de las colonias

El no asentimiento a las leyes aprobadas por las legislaturas de las colonias es uno de los problemas que se planteaba en la *Declaración de Independencia*. En primer lugar se culpa a los gobernadores (que actúan en nombre del rey) de no haber asentido a leyes saludables, dejando a la comunidad sin la oportunidad de gobernarse por lo que ellos consideraban la mejor y más conveniente entre las normas posibles. En segundo lugar la avocación por parte del rey de la capacidad de dar el asentimiento y el no ejercicio de éste ha provocado el mismo efecto que la negativa del asentimiento.

Más allá de lo “saludables” que fueran las leyes vetadas por los gobernadores o por el rey (veto implícito), lo que sí resultaba manifiestamente claro era que la falta del asentimiento regio paralizaba la actividad legislativa de las colonias (cuando las asambleas se reunían efectivamente) y eran previsibles sus consecuencias sobre la vida social.

### 5.2.2. Prohibición de la emigración a América

Se acusa al rey de impedir la emigración a las colonias norteamericanas:

Se ha esforzado en impedir que se pueblen estos estados; obstruyendo las leyes de naturalización de extranjeros para ese propósito y rechazando aprobar otras leyes para estimular sus migraciones; y ha incrementado las condiciones para las nuevas apropiaciones de tierras.<sup>463</sup>

La inmigración era una cuestión fundamental para el desarrollo de los Estados Unidos, porque la viabilidad económica del territorio dependía de tener suficientes trabajadores para atender a las necesidades y en la creación de un fuerte mercado

---

<sup>463</sup> Declaration of Independence y Original Rough Draught: “He has endeavoured to prevent the population of these States; for that purpose obstructing the Laws for Naturalization of Foreigners; refusing to pass others to encourage their migrations hither, and raising the conditions of new Appropriations of Lands. Charges against the Crown: by endeavoring to prevent the population of our country & for that purpose obstructing the laws [for the naturalization] encouraging the import of foreigners & raising the conditions of new appropriati<ng>ons <new> of lands”.

interior. Jefferson, en *Notes on Virginia*<sup>464</sup>, presenta un cálculo del aumento de población sobre una estimación de crecimiento sin inmigración, otro cálculo con ella; esta comparación sirve para comprobar que gracias a la inmigración podría darse un salto significativo en el número de habitantes y un adelanto en la consecución de objetivos. Además de trabajar y pagar impuestos, la población defiende el territorio y más en las colonias donde la población se organiza en milicias.

### 5.2.3. Cuestiones militares

Como ya hemos señalado, la crisis en las colonias británicas surge después de la guerra contra Francia en la que Gran Bretaña termina haciéndose con Quebec, lo que fue el teatro de operaciones americano de la Guerra de los Siete Años. El gobierno británico decidió establecer un conjunto de instalaciones militares y líneas de defensa fronteriza en los Apalaches y que el coste de esa estructura había de ser sufragada por los colonos, para lo cual el Parlamento aprobó leyes, que tuvieron un gran rechazo y contestación, estableciendo impuestos para las colonias en Norteamérica.

Hoy día las ideas de que los ejércitos son permanentes y tienen que ser financiados continuamente se nos presentan como evidentes. El tránsito de la Edad Media a la Modernidad en lo referente a la organización militar implicó la capacidad de los reyes en poseer una estructura militar permanente y sólo dependiente de ellos, de forma que podían ejercer un poder coercitivo sin necesidad de recurrir a la nobleza o a una parte de ella, a cambio de determinadas contraprestaciones políticas y financieras<sup>465</sup>.

Los ejércitos permanentes, que en tiempos de guerra eran tropas mercenarias y algunas levas, eran uno de los cimientos del poder de los monarcas. La existencia de esas fuerzas militares requería también una hacienda real que tuviera los recursos y por tanto determinada presión fiscal. Las monarquías primeramente autoritarias y posteriormente absolutas acrecentaron y consolidaron su poder despótico gracias a los ejércitos permanentes, financiados con una mayor carga tributaria para los obligados fiscales<sup>466</sup>.

No es extraño que Jefferson y otros delegados del Segundo Congreso Continental consideraran que la mera existencia de estos ejércitos permanentes en

---

<sup>464</sup> *Notes on Virginia*, Volumen II. Pág. 117.

<sup>465</sup> Christopher Duffy: *The Military Experience in the Age of Reason*. Routledge & Kegan Paul. Londres y Nueva York, 1987. Págs. 11-13.

<sup>466</sup> Hamish Scott: "The Fiscal-Military State and International Rivalry during the Long Eighteenth Century" en Christopher Storrs (ed.): *The Fiscal-Military State in Eighteenth-Century Europe*. Ashgate. Surrey y Burlington (VT), 2011. Págs. 23-53.

tiempos de paz era por sí un signo de despotismo, más cuando no había necesidad de una fuerza militar ya que reinaba la paz. La única explicación posible era que el ejército los tenía a ellos como objetivo. Formulan este cargo contra el rey con las siguientes palabras: “Ha conservado entre nosotros, en tiempo de paz, ejércitos permanentes sin el consentimiento de nuestras legislaturas.”<sup>467</sup>

La tradición constitucional inglesa desde 1689 declara contrario a la ley tener un ejército permanente en tiempos de paz sin consentimiento del Parlamento. Preceptúa el *Bill of Rights* de 1689: “El levantamiento y la conservación de un ejército permanente dentro de este Reino en tiempo de paz sin el consentimiento del Parlamento y el acuartelamiento de soldados son contrarios a Derecho.”<sup>468</sup>

El acuartelamiento de tropas en las ciudades fue otro de los cargos formulados por los colonos, coincidente con las prohibiciones del mencionado *Bill of Rights* inglés: “Por acuartelar grandes cuerpos de tropas armadas entre nosotros.”<sup>469</sup>

En aquellos tiempos no existían instalaciones militares suficientes para acuartelar un amplio ejército permanente, ni modo ni recursos de construir instalaciones efímeras lo suficientemente solventes. Además los ejércitos en campaña estaban paralizados durante largos periodos, coincidiendo con los meses de peor tiempo, y precisaban de los llamados “cuarteles de invierno”.

Era una práctica habitual alquilar casas y granjas para las tropas, pero no siempre los recursos lo permitían de modo que la confiscación de edificios era una práctica común. Los suministros para las tropas constituían otro problema pues solían esquilmar los recursos locales y en muchos casos eran tomados por la fuerza. Es por ello por lo que el acuartelamiento requería en Inglaterra el consentimiento del Parlamento y los colonos lo hacían extensivo a su territorio.

El acuartelamiento era una cuestión tan sensible que fue incorporado al *Bill of Rights* de la Constitución de los Estados Unidos, por medio de la actual Tercera Enmienda que provee que: “Ningún soldado será, en tiempo de paz, acuartelado en

---

<sup>467</sup> Declaration of Independence: “He has kept among us, in times of peace, standing Armies without the Consent of our legislatures. Original Rough Draught y Charges against the Crown: he has kept among us in times of peace standing armies & ships of war.”

<sup>468</sup> “By raising and keeping a Standing Army within this Kingdome in time of Peace without Consent of Parlyament and Quartering Soldiers contrary to Law.” (1 William & Mary S. 2 Cap. 2) Cf. *The Statutes at Large. Op. Cit.*, Volumen IX. Pág. 67.

<sup>469</sup> Declaration of Independence, Original Rough Draught y Charges against the Crown: “For Quartering large bodies of armed troops among us.”

ninguna casa sin el consentimiento del propietario, ni en tiempo de guerra, sino en la manera que sea prescrita por la Ley.”<sup>470</sup>

Los acuartelamientos de tropas cerca de la población civil plantean problemas en la interacción entre estas tropas y la población local, y más cuando las tropas consideran ajena o incluso enemiga a la población civil que les rodea. La resolución de los conflictos por delitos cometidos por soldados contra la población civil cercana a sus acuartelamientos era y es un problema, incluso cuando los soldados son enjuiciados, estos procesos no tienen la mínima seriedad: “Protegiéndoles, por una parodia de juicio, del castigo por algunos asesinatos que habría cometido contra los habitantes de estos estados.”<sup>471</sup>

El sometimiento del ejército a los gobernantes civiles constituía y constituye una condición para no caer en un despotismo militar y los colonos acusaron al rey en primer lugar de dejar al ejército a su libre albedrío y, en segundo lugar, de someter sus instituciones civiles a la fuerza militar.

El hecho de que la represión de la rebelión fuera encomendada al ejército hacía que los militares asumieran poderes civiles<sup>472</sup>, aunque a finales del siglo XVIII la conexión entre nobleza gobernante y jerarquía militar era continua, ya que los puestos de oficiales estaban reservados a nobles y el paso de estos por el ejército podía darle una buena situación en el gobierno del Estado.

El Congreso, al declarar la independencia, denunció el envío de tropas mercenarias extranjeras a Norteamérica:

Está en este momento transportando grandes ejércitos de mercenarios extranjeros para completar sus obras mortales, de desolación y tiranía, aunque ya empezó con las ocasiones de crueldad y perfidia, casi paralela a los más barbaros años y totalmente impropio de la Cabeza de una nación civilizada.<sup>473</sup>

---

<sup>470</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Tercera Enmienda: “No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.”

<sup>471</sup> Declaration of Independence y Original Rough Draught: “For protecting them, by a mock Trial, from punishment for any Murders which they should commit on the Inhabitants of these States”. Charges against the Crown: “& protectg them &c.-murders”.

<sup>472</sup> Declaration of Independence y Original Rough Draught: “He has affected to render the Military independent of and superior to the Civil power. Charges against the Crown: by affecting to render the military independant of & superior to the civil power:”

<sup>473</sup> Declaration of Independence y Original Rough Draught: “He is at this time transporting large Armies of foreign Mercenaries to compleat the works of death, desolation and tyranny, already begun with circumstances of Cruelty & perfidy scarcely paralleled in the most barbarous ages, and totally unworthy the Head of a civilized nation. Charges against the Crown: by transporting at this time a large army of



El temor a los mercenarios extranjeros lleva a pensar, con acierto, que los que no comparten nada con ellos, ni la lengua ni muchas costumbres como los ingleses, les hace empatizar menos con el pueblo al que van a reprimir, de forma que lo único que se puede esperar es una escalada de actos de crueldad. En este contexto sostuvo Thomas Jefferson que esta práctica no fue la seguida en Inglaterra cuando Jorge II, abuelo y predecesor del reinante Jorge III, llevó tropas del Electorado de Hannover a defender Gran Bretaña, pues entonces el rey pidió la aprobación del Parlamento mediante una ley que limitase el número de soldados y el tiempo que habrían de permanecer<sup>474</sup>.

El 19 de julio de 1789 Jefferson le narró a John Jay, secretario relaciones extranjeras del congreso, los hechos acaecidos en Francia aquellos días y muchos de los cuales había podido ser testigo presencial. Insistió en la presencia de tropas extranjeras ha sido uno de los elementos que ha excitado al pueblo de París, hasta el punto de que el rey ha tenido que retirarlas y despedirlas<sup>475</sup> y el día 22 le contó a Madison que hay movimientos de tropas extranjeras, unos treinta mil, que se dirigían a París<sup>476</sup>. Este recurso a las tropas extranjeras lo llevó a cabo Luis XVI porque desde junio había quedado claro que los soldados franceses no iban a atacar a tu propio pueblo. Le comentaba en esos días a Jay:

Comenzó con los guardias franceses, se extendió a los de cualquier otra denominación (excepto los suizos) e incluso a los guardias del rey. Comenzaron a abandonar sus barracones, a reunirse en escuadras y a declarar que defenderían la vida del rey, pero que no cortarían las gargantas de sus compatriotas. Fueron obsequiados y cuidados por el pueblo, llevados en triunfo a través de las calles, llamándose a sí mismos los soldados de la nación, y nadie tenía duda sobre en qué lado estarían en caso de ruptura. Similares informes vinieron tanto desde las tropas de otras partes del reino como de quienes no habían escuchado en la sesión real (“séance royal”) como de quienes sí, y nos dieron una buena razón para entender que la soldadesca, en general, tomaría partido con sus padres y hermanos más que con sus oficiales.<sup>477</sup>

---

foreign mercenaries to compleat the works of death, desolation, & tyranny already begun <in a stile> with circumstances of cruelty & perfidy so unworthy <a> the head of a civilized <people> nation”.

<sup>474</sup> *A Summary of the Rights of the British America*, Volumen II (Federal Edition, 1902). Pág. 86-87.

<sup>475</sup> *Carta al secretario de relaciones extranjeras John Jay*, 19 de julio de 1789. Volumen VII. Págs. 414-419.

<sup>476</sup> *Carta a James Madison*, 22 de Julio de 1789. Volumen VII. Pág. 425.

<sup>477</sup> *Carta a John Jay*, 29 de junio de 1789. Volumen VII. Pág. 397. “It began in the French guards, extended to those of every other denomination, (except the Swiss) and even to the body guards of the King. They began to quit their barracks, to assemble in squads, to declare they would defend the life of the King, but would not cut the throats of their fellow-citizens. They were treated and caressed by the people, carried in triumph through the streets, called themselves the soldiers of the nation, and left no doubt on which side they would be, in case of a rupture. Similar accounts came in from the troops in other parts of the kingdom, as well those which had not heard of the seance royale, as those which had, and gave good reason to apprehend that the soldiery, in general, would side with their fathers and brothers, rather than with their officers.”

En este punto Jefferson se encuentra dentro de la tradición según la cual tener una guardia compuesta por personas que no pertenecen a la comunidad es una característica propia de tirano como ya lo señaló Aristóteles en la *Política* (1285a) o Bodino al exponer que el tirano se rodea de guardias extranjeros<sup>478</sup>.

#### 5.2.4. Cuestiones económicas y financieras

Hay una serie de cargos contra el rey que inciden en materia económica y también en materia relativa a la Hacienda Pública.

El primero de ellos es la aplicación del gran principio del comercio colonial a América del Norte que no es otro que a las colonias solamente le está permitido comerciar con la metrópolis, de forma que los productores norteamericanos estaban en manos de intermediarios ingleses para poder alcanzar los mercados europeos que les estaban vedados<sup>479</sup>.

Todas las potencias europeas que habían establecido colonias en América, África o Asia habían vedado el comercio de estos territorios con otros territorios. La única forma de comerciar con ellos era vender el producto a un intermediario en la metrópolis y éste lo vendía su vez al comprador<sup>480</sup>. Desde 1651 una serie de leyes, conocidas como *Navigation Acts*, fueron cerrando el cerco del comercio entre Gran Bretaña y sus colonias estableciendo el monopolio de puertos y barcos.

Ya independientes los Estados Unidos se vieron ante esta cuestión cuando firmaron una Convención consular con Francia. Los estadounidenses interpretaban que esta Convención les capacitaba para nombrar cónsules en la América francesa, mientras que los franceses circunscribían el ámbito de aplicación territorial del tratado al territorio europeo de Francia<sup>481</sup>. Un año antes de este tratado esperaban los diplomáticos de los Estados Unidos que los apuros de la tesorería francesa permitiesen que las colonias fueran puestas en pie de igualdad con el territorio metropolitano y así poder comerciar con ellos.<sup>482</sup>

Más allá de la estructura del comercio colonial y que los colonos la considerasen injusta, que lo era, los británicos acrecentaron los problemas de comercio de los colonos norteamericanos al declarar durante la Guerra Revolucionaria o de Independencia el

<sup>478</sup> Juan Bodino: *Op. Cit.*, Pág. 211. Libro II. Capítulo IV.

<sup>479</sup> *Autobiography*, Volumen I. Pág. 93.

<sup>480</sup> España tenía establecido ya en 1502 el monopolio del comercio con América, inicialmente desde el puerto de Sevilla y luego desde el puerto de Cádiz hasta 1790, con un organismo público encargado de todos los asuntos relativos a este comercio (Casa de la Contratación).

<sup>481</sup> *Carta a William Short, 25 de abril de 1791*. Volumen VIII. Pág. 186.

<sup>482</sup> *Carta a Thomas Mann Randolph, 30 de mayo de 1790*. Volumen VIII. Págs. 32-33.

bloqueo de todos los puertos y barcos de los colonos (*Prohibitory Act 1775*<sup>483</sup>). A causa de esto la *Declaración de Independencia* acusa: “Cortando todo nuestro comercio con todas las partes del mundo.”<sup>484</sup>

Se imputan al rey la creación de numerosos cargos, lo cual es una consecuencia lógica de la pretensión de eliminar el autogobierno colonial, y el coste que implica para los habitantes de éstas, de ahí que se haga constar que: “Ha erigido una multitud de cargos y han enviado enjambre de funcionarios a acosar a nuestro pueblo y a exprimirlo.”<sup>485</sup>

### 5.2.5. Cuestiones relativas a las leyes de guerra

Jefferson en la *Declaración de Independencia* culpó al rey y a los ingleses de una conducción contraria a las leyes y usos de la guerra y en concreto algunos cargos en relación con el *ius in bello*.

El *ius in bello* rige los conflictos civiles como hace con las guerras internacionales. Estableció Vattel que cuando dentro de una comunidad se da una guerra civil (que es una resistencia con causa justa porque si no sería rebelión) entre dos partidos se disuelve la comunidad y cada uno de ellos es soberano, de forma que son aplicables las leyes comunes de la guerra:

Quando [...] en una República, la nación se divide en dos facciones opuestas y cada lado tomar las armas, es una guerra civil. Algunos reservan este término a las armas justas que se han opuesto al soberano para distinguir la resistencia legítima de la rebelión, que es una resistencia abierta e ilegítima.<sup>486</sup>

Jefferson acusó a Jorge III de emplear a los prisioneros norteamericanos como soldados en su propio ejército. La práctica de alistar o enrolar por la fuerza a prisioneros estadounidenses, como si de ingleses se tratase, la seguirán llevando a cabo muchos

---

<sup>483</sup> *An act to prohibit all trade and intercourse with the colonies [...] during the continuance of the present rebellion within the said colonies respectively [...] (16 Geo. 3 Cap. V)*) Cf. *The Statutes at Large*. Volumen XXXI-I. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f. Págs. 135-157.

<sup>484</sup> *Declaration of Independence, Original Rough Draught y Charges against the Crown*: “For cutting off our Trade with all parts of the world.”

<sup>485</sup> *Declaration of Independence*: “He has erected a multitude of New Offices, and sent hither swarms of Officers to harrass our people, and eat out their substance. Original Rough Draught: he has erected a multitude of new offices by a self-assumed power, and sent hither swarms of officers to harrass our people and eat out their substance. Charges against the Crown: erected swarms of offices.”

<sup>486</sup> Emmerich de Vattel, *Op. Cit.* Tomo II. Págs. 242-243. “Lorsqu'il [...] dans une République, quand la Nation se divise en deux factions opposées, et que de part et d'autre, on en vient aux armes; c'est une Guerre Civile. Quelques-uns réservent ce terme aux justes armes, que les sujets opposent au Souverain, pour distinguer cette légitime résistance de la Rébellion, qui est une résistance ouverte et injuste”. Véanse también las páginas 244-246.

años después de la Independencia, causando muchos problemas dada las dificultades que tenían terceras autoridades para distinguir a un inglés de un estadounidense por la lengua. Grocio propugnó por la benignidad respecto del prisionero de guerra y por el intercambio de estos<sup>487</sup>.

La forma de hacer la guerra de los ejércitos británicos fue crudelísima, porque utilizando palabras contemporáneas no distinguieron entre combatientes y no combatientes y realizaron acciones punitivas contra los últimos. Establece en la *Declaración*: “Él ha saqueado nuestros mares, saqueado nuestras costas, quemado nuestras ciudades y destruido las vidas de nuestro pueblo”<sup>488</sup>.

Dicho comportamiento, como afirma Vattel, es contrario a las leyes aceptadas por todos para conducir una guerra porque no es legítimo luchar contra quien no lucha.

Las mujeres, los niños, los ancianos impedidos, los enfermos están entre los enemigos (§§70 y 72) y tienen derechos sobre ellos, pues pertenecen a la Nación con la que están en guerra, y de Nación a Nación los derechos y pretensiones afecta al cuerpo de la sociedad con todos sus miembros (libro II, §§ 81. 82 y 344). Pero son enemigos que no se resisten y por consiguiente no hay ningún derecho a maltratarlos, a usar la violencia contra ellos y mucho menos a quitarles la vida (§140). No hay siquiera una Nación poco civilizada que no reconozca esta máxima de justicia y de humanidad.<sup>489</sup>

Junto a manifiestas violaciones de las leyes de guerra del Derecho de Gentes, los ingleses llevaron a cabo dos tipos de acciones taimadas que son dos nuevos cargos contra el rey.

La primera fue incitar a las tribus indias a realizar ataques en las zonas fronterizas:

Ha excitado insurrecciones internas entre nosotros y ha tratados de atraer sobre los habitantes de nuestras fronteras a los despiadados indios salvajes, cuya conocida regla

---

<sup>487</sup> Hugo Grocio: *De iure bellis ac pacis. Op. Cit.*, Págs. 491 551-556. Libro III. Capítulo XIV.

<sup>488</sup> Declaration of Independence y Original Rough Draught: “He has plundered our seas, ravaged our Coasts, burnt our towns, and destroyed the Lives of our people. *Charges against the Crown*: by plundering our seas, ravaging our coasts, burning our towns, & destroying the lives of our people”.

<sup>489</sup> Emmerich de Vattel, *Op. Cit.* Tomo II. Págs. 113. “Les femmes, les enfans, les vieillards infirmes, les malades, son au nombre des ennemis (§§70 et 72), et l'on des droits sur eux, puis qu'ils appartiennent à la Nation avec laquelle on est en guerre, et que de Nation à Nation, les droits et les prétensions affectent le Corps de la Societé avec tous ses membres (libro II, §§81, 82 et 344). Mais ce sont des Ennemis qui n'opposent aucune résistance; et par conséquent, on n'a aucun droit de les maltraiter en leur personne, d'user contra euz de violence, beaucoup moins de leur ôter la vie (§140). In n'est point aujourd'hui de Nation un peu civilisée qui ne reconnoisse cerre maxime de justice et d'humanité.”

de hacer la guerra es una destrucción sin distinción de todas las edades, sexos y condiciones.<sup>490</sup>

El comportamiento bélico de esas tribus era conocido por todos de forma que el empleo de éstas como aliados implicaba la aceptación de su forma de combatir y la responsabilidad por sus acciones. En carta al gobernador de Canadá, Jefferson hace notar que

El que emplea a otro para realizar una acción, hace propia la acción. Si él llama a la mano de un sicario o asesino, él mismo llega a ser sicario o asesino. La conocida norma de guerra de los indios salvajes es una indiscriminada carnicería de hombres, mujeres y niños. Estos salvajes, bajo esta bien conocida naturaleza, son empleados por la Nación británica como aliados en la guerra contra los americanos.<sup>491</sup>

El empleo de los indios como actores bélicos intermedios en los conflictos en América del Norte fue un continuo y todas las potencias europeas lanzaban a los indios que vivían en su territorio, de forma que se pudiera sembrar el caos sin tener que involucrar a sus soldados<sup>492</sup>. En 1808, siendo Jefferson Presidente, en un discurso a jefes indios les recuerda su alianza con los británicos contra ellos:

Muchos de entre vosotros recuerdan el tiempo cuando estábamos gobernados por la Nación británica y la guerra por la que nosotros nos separamos de ellos. Vuestros ancianos deben recordar que mientras estuvimos bajo ese gobierno, estuvimos mantenidos en guerra constantemente con nuestros vecinos, los hombres rojos. Muchos de estos tomaron partido en la guerra junto a los ingleses en contra de nosotros.<sup>493</sup>

---

<sup>490</sup> Declaration of Independence: "He has excited domestic insurrections amongst us, and has endeavoured to bring on the inhabitants of our frontiers, the merciless Indian Savages, whose known rule of warfare, is an undistinguished destruction of all ages, sexes and conditions." Original Rough Draught: "he has endeavored to bring on the inhabitants of our frontiers the merciless Indian savages, whose known rule of warfare is an undistinguished destruction of all ages, sexes, & conditions of existence". Charges against the Crown: "by endeavoring to bring on the inhabitants of our frontiers the merciless Indian savages whose known rule of warfare is an undistinguished destruction of all ages, sexes, & conditions <of life> of existence".

<sup>491</sup> *Carta al Gobernador de Canadá*, 22 de julio de 1779. Volumen IV. Pág. 305. "He who employs another to do a deed makes the deed his own. If he calls in the hand of the assassin or murderer, himself becomes the assassin or murderer. The known rule of warfare of the Indian Savages is an indiscriminate butchery of men, women and children. These savages, under this well known character, are employed by the British Nation as allies in the war against the Americans."

<sup>492</sup> En 1812 uno de los objetivos del ataque estadounidense sobre Canadá era incorporarla a la Unión y así neutralizar el empleo de los indios contra la población civil. Cf. *Carta al general Thaddeus Kosciusko*, 28 de junio de 1812. Volumen XIII. Pág. 172.

<sup>493</sup> Discurso presidencial a los jefes Ottawas, Chippewas, Powtewatamies, Wyandots, y Senecas de Sandusky. 22 de abril de 1808. Volumen XVI. Pág. 50. "Many among you must remember the time when we were governed by the British nation, and the war by which we separated ourselves from them. Your old men must remember also that while we were under that government we were constantly kept at war with the red men our neighbors. Many of these took side in the English war against us;"

La segunda de las acciones taimadas fue alentar insurrecciones dentro de las filas y en la retaguardia de las Trece Colonias. Hacen alusión a las llamadas a una rebelión de esclavos para que se unieran a las fuerzas británicas a cambio de su libertad, como hizo Lord Dunmore en Virginia en 1775<sup>494</sup>. Aunque la posición contra la esclavitud de Jefferson es clara, y sus contradicciones personales también lo son, no dejó de intentar de incluir como cargo contra la Corona el comercio de esclavos, cargo que constó en la propuesta del Comité de los Cinco, pero que fue rechazado por el Congreso habida cuenta de lo mucho que los colonos habían participado en el comercio de esclavos y lo enraizada que estaba la conciencia esclavista en la sociedad, especialmente de algunos estados. En el *Original Rough Draught* de la *Declaración de Independencia* manifiesta que el rey:

Ha llevado a cabo una guerra cruel contra la misma naturaleza humana, violando sus más sagrados derechos de vida y libertad en las personas de un pueblo distante que nunca le ofendió, capturando y llevándoles a la esclavitud en otro hemisferio, para a sufrir una muerte miserable en el transporte hacia allá. Esta forma de hacer la guerra propia de piratas, el oprobio de los poderes INFIELES, es la forma de hacer la guerra del CRISTIANO rey de Gran Bretaña. Determinado a conservar abierto un mercado donde los hombres pueden ser comprados y vendidos, él ha prostituido su derecho a veto para suprimir cada intento legislativo de prohibir o restringir tan execrable comercio. Y que esta recopilación de horrores puede no querer ningún hecho distintivo, él ahora excita a estas muchas personas a levantarse en armas contra nosotros y a comprar esa libertad de la que él les ha privado por el asesinato de las personas a las que él también se ha impuesto; pagando de esta manera los antiguos crímenes cometidos contra las libertades de un pueblo, con crímenes a los que les anima a cometer contra las vidas de otro pueblo.<sup>495</sup>

Jefferson muere convencido de que una rebelión de los esclavos negros podría acontecer en cualquier momento porque piensa que es la respuesta normal, quizá la única, que tienen los esclavos para alterar su destino como vimos anteriormente.

El primer deber de un gobernante es proteger a su pueblo y el rey de Gran Bretaña no protegió a su pueblo, los colonos norteamericanos, sino que les hizo una

---

<sup>494</sup> Janck N. Rakove., *The annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence. Op. Cit.*, Pág. 98.

<sup>495</sup> "He has waged cruel war against human nature itself, violating its most sacred rights of life and liberty in the persons of a distant people who never offended him, captivating and carrying them into slavery in another hemisphere, or to incur miserable death in their transportation thither. This piratical warfare, the opprobrium of INFIDEL powers, is the warfare of the CHRISTIAN king of Great Britain. Determined to keep open a market where men should be bought and sold, he has prostituted his negative for suppressing every legislative attempt to prohibit or to restrain this execrable commerce. And that this assemblage of horrors might want no fact of distinguished die, he is now exciting those very people to rise in arms among us, and to purchase that liberty of which he has deprived them, by murdering the people on whom he also obtruded them: thus paying off former crimes committed against the liberties of one people, with crimes which he urges them to commit against the lives of another."

guerra injusta, cruel y contraria a las reglas elementales de humanidad, de acuerdo con la interpretación de los delegados en Filadelfia. Fue el rey el que abdicó de su principal función, de modo que la *Declaración de Independencia* no hace más que constatar y elevar a lo jurídico lo que es un hecho: “Él ha abdicado el gobierno aquí declarándonos fuera de su protección y haciendo la guerra contra nosotros.”<sup>496</sup>

Desde que el Segundo Congreso Continental decidió tomar las armas hasta que declara la independencia, el torrente de agravios y cargos de los colonos norteamericanos contra el rey se incrementa. Thomas Jefferson no hizo una exposición forense ni casuística, sino que recorrió los principales cargos de una forma general, sin entrar en casos concretos.

La justificación se encuentra en dos niveles distintos: pérdida de la legitimidad de origen y pérdida de la legitimidad de ejercicio. Frente a lo que pudiera parecer con el cargo de abandono de la protección debida por un monarca a su pueblo, hay un conjunto de usurpaciones que ocupan buena parte del texto y que, como indicamos, convierten en usurpador a quien era legítimo gobernante. Por la vía de los hechos el rey pretendió cambiar la forma política o constitucional de las colonias para que estuvieran sometidas a la voluntad de Gran Bretaña sin ninguna barrera, sin cartas con derechos reconocidos y mucho menos sin instituciones de autogobierno.

La concepción del despotismo como gobierno ilimitado se ve, además en las menciones expresas, en la descripción de las acciones del rey donde no hay ningún límite jurídico, ni moral a sus actuaciones con la única finalidad de imponer la voluntad de Gran Bretaña sobre los súbditos norteamericanos.

Este documento tiene un doble valor dentro de la perspectiva jeffersoniana. El primero es su obvio valor histórico en cuanto supuso la articulación de la independencia de los Estados Unidos de América. El segundo es que señala los criterios que Jefferson aplicará en otras ocasiones para detectar el despotismo y reconocer el derecho a resistirlo.

## **6. Recursos del derecho de resistencia**

Una vez concluida la revisión de los agravios contenidos en el documento jeffersoniano más relevante, la Declaración de Independencia, y con más trascendencia

---

<sup>496</sup> Declaration of Independence: “He has abdicated Government here, by declaring us out of his Protection and waging War against us.” Original Rough Draught: “he has abdicated government here, withdrawing his governors, & declaring us out of his allegiance & protection”. El uso del verbo “abdicar” nos retrotrae a los días de Jacobo II y cómo se consideró que su comportamiento era una abdicación de facto, como se expone en el epígrafe 4.7.7 del Capítulo I.

teórica y práctica respecto al derecho de resistencia y su ejercicio, se pasará a examinar los medios que a lo largo de los escritos de Thomas Jefferson nos encontramos y cuál es la consideración que le merecen a nuestro autor.

### 6.1. *Interposition y nullification*

Las resoluciones de Kentucky y de Virginia fueron redactadas por Jefferson y Madison respectivamente, pero no hay ningún problema de pensar en cierta coautoría en cuanto ambos autores estuvieron en comunicación permanente de ideas. De esta forma consideramos pertinente estudiar la *interposition* de Madison dentro del esquema de Jefferson.

Aunque mucho se ha escrito sobre el concepto de *interposition* de Madison podemos indicar que tiene por objeto dificultar el ejercicio de la autoridad y así evitar que el mal se extienda. La Resolución de Virginia rezaba que:

los estados que son partes en el pacto tienen el derecho, y también la obligación, de interponerse para frenar el progreso del mal y para el mantenimiento, dentro de sus respectivos límites, de las autoridades, derechos y libertades que les corresponden.<sup>497</sup>

Madison aclara en qué consiste la *interposition* en el *Report*<sup>498</sup>, que escribe para la Asamblea General de Virginia. La idea madisoniana es que los estados en conjunto manifiestan la inconstitucionalidad e intentan un cambio normativo, sea por medio de conseguir un cambio legislativo a través de sus representantes en el Congreso, o promoviendo a través de sus senadores (entonces elegidos por las legislaturas estatales) una enmienda constitucional o, incluso, pedir la convocatoria de una Convención constitucional por dos tercios de las legislaturas estatales. Lo que implicaría un ejercicio colectivo, hasta el extremo que Madison reconoce el derecho a la revolución de un solo estado, pero no el derecho a interposición de un solo estado. Como afirma Christian G. Fritz la *interposition* no es ruptura<sup>499</sup>.

El mecanismo que consignó Jefferson en el texto de Kentucky y que ha tenido y tiene un largo recorrido en la historia constitucional de los Estados Unidos es la *nullification*. La *nullification* tiene en común con la *interposition* la declaración de

---

<sup>497</sup> *Virginia Resolutions*, 21 de diciembre de 1798. “[...] the states who are parties thereto, have the right, and are in duty bound, to interpose for arresting the progress of the evil, and for maintaining within their respective limits, the authorities, rights and liberties appertaining to them.” Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0128>

<sup>498</sup> James Madison: “Report on the Virginia Resolutions” en Jonathan Elliot (ed.): *State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*. Volumen IV. Jonathan Elliot. Washington, 1836. Págs. 546-580.

<sup>499</sup> Christian G. Fritz: *American Sovereigns. The People and America’s Constitutional Tradition Before Civil War*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008. Págs. 193-194.



inconstitucionalidad de una ley federal, pero la diferencia estriba en que además establece que esa ley no tiene que ser obedecida al no estar dentro de los poderes que se le han otorgado al Gobierno Federal. El texto del borrador jeffersoniano, que la legislatura de Kentucky modificó precisamente en este punto, y que luego fue soslayado por Madison sacaba la consecuencia directa de *nullification* que no podía ser otra que la norma dejaba de ser obligatoria.

Para Madison es importante distinguir algo que ya hemos indicado: *nullification* se sale del ámbito ordinario y se enraíza en el Derecho Natural. En la interpretación que él hace del pensamiento de Jefferson en este punto un estado puede tener derecho a la *nullification*, pero supondría su salida inmediata de la Unión<sup>500</sup>. Para Madison la *interposition* no es derecho de resistencia.

Jefferson insiste en la diferencia entre las acciones constitucionales y las que no lo son:

Nueva York y Jersey también están entrando en gran agitación. En este Estado, tememos que el mal diseño pueda producir insurrección. Nada podría ser peor. Algo como la fuerza controlaría el progreso de la opinión pública y reuniría en los alrededores del gobierno. No es el tipo de oposición que el pueblo americano permitirá. Manteneos alejados de las armas y ellos harán caer las malas tendencias del gobierno por los medios constitucionales de la elección y la petición.<sup>501</sup>

A lo largo de la historia constitucional la *interposition* y la *nullification* se han ido confundiendo hasta el punto que se han convertido en términos sinónimos en el lenguaje político. Esta mixtura de *interposition* y de *nullification*, convertidas en medidas de bloqueo de las decisiones del Tribunal Supremo fue declarada inconstitucional en el caso *Cooper contra Aaron* de 1958<sup>502</sup>. Aunque ocasionalmente se aprueben algunos *bills of nullification*, la vía habitual para solventar estos conflictos es la vía judicial que Jefferson rechazó o negarle al Gobierno Federal los recursos necesarios para hacer efectiva la ley (a lo que los estados no están obligados<sup>503</sup>).

---

<sup>500</sup> James Madison: *Notes on nullification (1805)*, diciembre de 1805.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/99-02-02-3190>

<sup>501</sup> *Carta a Edmund Pendleton*, 14 de febrero de 1799. Volumen X. Pág. 105. "New York and Jersey are also getting into great agitation. In this State, we fear that the ill-designing may produce insurrection. Nothing could be so fatal. Anything like force would check the progress of the public opinion and rally them round the government. This is not the kind of opposition the American people will permit. But keep away all show of force, and they will bear down the evil propensities of the government, by the constitutional means of election and petition."

<sup>502</sup> *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

<sup>503</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

## 6.2. Secesión

Desde la perspectiva de la Historia de los Estados Unidos no nos puede extrañar que resistencia y secesión sean términos conexos. Buena parte de las disensiones políticas más graves y de las crisis más profundas removían el fantasma de la secesión de un estado o de un grupo de estados<sup>504</sup>. En el epígrafe 3.6.6 veíamos como las diferencias insalvables entre Jefferson y los estados de Nueva Inglaterra se traducían en el constante temor de aquel a la secesión de los estados del Este.

La secesión es una forma más para ejercer la resistencia. Es la forma en la que las Trece Colonias culminaron su proceso revolucionario, ya que como afirmó Thomas Paine, tiene poco sentido hacer morir hombres en el campo de batalla para terminar sometiéndote voluntariamente una vez ganada la guerra<sup>505</sup>.

La secesión es un último recurso y como tal debe ser tratado, ya que no sería posible mantener ninguna unión entre dos unidades distintas en caso contrario. Comentó Jefferson:

Si sobre la base de una superioridad temporal de una parte, la otra recurre a una escisión de la Unión, no puede existir ningún gobierno federal. Si para superar por nosotros mismos el presente gobierno de Massachusetts y Connecticut rompemos la Unión ¿se detendría el mal allí? Supongamos que los estados de Nueva Inglaterra se van solos ¿nuestras naturalezas cambiarían? ¿No estaríamos los hombres todavía al ser de eso y con todas nuestras pasiones de hombres? Inmediatamente veremos surgir un partido de Pennsylvania y un partido de Virginia en la restante confederación y la mente pública se distraerá con el mismo espíritu de partido. Si redujéramos nuestra Unión a Virginia y Carolina del Norte inmediatamente se establecerá el conflicto inmediatamente entre los representantes de estos dos estados y ellos acabarán por romperse en sus unidades simples.<sup>506</sup>

Thomas Jefferson defendió la secesión respecto de Gran Bretaña sobre los motivos antes expuestos y, sobre todo, porque el rey había abdicado de su obligación de

<sup>504</sup> Steven G. Calabresi y Nicholas Terrel: "The Number of States and the Economics of American Federalism" en *Florida Law Review*. Vol. 63. Núm. 1 (2013). Pág. 7.

<sup>505</sup> Thomas Paine: *Common Sense*. Dover Publications. s/l, 1997. Págs. 49-52.

<sup>506</sup> *Carta al congresista John Taylor*, 4 de junio de 1798. Volumen XVIII. Págs. 207-208. "But if on a temporary superiority of the one party, the other is to resort to a scission of the Union, no federal government can ever exist. If to rid ourselves of the present rule of Massachusetts and Connecticut we break the Union, will the evil stop there? Suppose the New England States alone cut off, will our natures be changed? are we not men still to the south of that, and with all the passion of men? Immediately we shall see a Pennsylvania and a Virginia party arise in the residuary confederacy, and the public mind will be distracted with the same party spirit. [...] If we reduce our Union to Virginia and North Carolina, immediately the conflict will be established between the representatives of these two States, and they will end by breaking into their simple units."

defender al pueblo de las colonias, antes bien, lo había atacado. El número de ocasiones en la que los británicos pudieron reconducir la situación fueron muchas y se obcecaron en imponer su criterio como única opción, de forma que la independencia fue convirtiéndose en la única posibilidad razonable y más cuando las armas habían sido tomadas.

La tensión secesionista no terminó en los Estados Unidos con la independencia y los estados de Nueva Inglaterra fueron candidatos a protagonizar un episodio de secesión durante la vida de Jefferson. Como hemos visto en la anterior cita consideraba que entrar en la secesión era un camino sin fin y que terminaría con la destrucción de cualquier unión, aunque fuera entre dos estados únicamente.

### 6.3. Rebelión e insurrección

Al final de todos los recursos se encuentra el recurso a la fuerza. Es evidente que el redactor de dos de las más famosas y trascendentes declaraciones sobre este recurso no habla ni escribe retóricamente sobre el uso de la fuerza. Al menos en los primeros años de la República sostuvo que las revueltas, rebeliones e insurrecciones son connaturales a los estados libres, pero que se presentan en ellos con menos intensidad que en los despotismos:

En Turquía, donde un solo movimiento de la cabeza del déspota es la muerte, las insurrecciones son acontecimientos de cada día. Compara de nuevo las feroces depredaciones de sus insurgentes con el orden, moderación y casi autoextinción de los nuestros.<sup>507</sup>

Pauline Maier y Larry Kramer mantienen que las reacciones tumultuarias, las insurrecciones y las rebeliones ante las decisiones de las autoridades locales o de las autoridades reales eran una práctica habitual<sup>508</sup>. Pauline Maier distingue entre los ingleses la existencia de dos derechos, el de resistencia que se ejercería frente a oficiales subordinados, y el de revolución que se daría en caso de violación de la Constitución<sup>509</sup>. Larry Kramer, como indicaremos más detalladamente en el Capítulo VII, ve en estas reacciones de la masa un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, que él denomina “constitucionalismo popular” y que tras la Independencia rápidamente desaparecería como práctica legítima en América del Norte. Ambos autores mantienen

---

<sup>507</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 392. “In Turkey, where the sole nod of the despot is death, insurrections are the events of every day. Compare again the ferocious depredations of their insurgents, with the order, the moderation and the almost self-extinguishment of ours.”

<sup>508</sup> Pauline Maier: *From Resistance to Revolution. Colonial Radicals and Development of American Opposition to Britain, 1765-1776*. Op. Cit., Págs. 45-49. Larry D. Kramer: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. Oxford y Nueva York. 2004. Págs. 24-29.

<sup>509</sup> Pauline Maier: *From Resistance to Revolution*. Op. Cit., Págs. 45-49.

que esa resistencia violenta estaba interiorizada dentro de la forma de vida de las diversas comunidades coloniales.

Las insurrecciones son un precio a pagar, pequeño, por una libertad que no debe aminorarse<sup>510</sup> y son avisos para los gobernantes y una prueba para el sentido del deber del pueblo<sup>511</sup>. Jefferson escribió a Abigail Adams, esposa de John Adams, con ocasión de la Rebelión de Shays afirmando que:

El espíritu de resistencia del pueblo es tan valioso en determinados momentos, que prefiero que siempre se mantenga vivo. Habitualmente será ejercido de forma incorrecta, pero es mejor a que no sea ejercido nunca. Me gusta una pequeña rebelión ahora y entonces. Es como una tormenta en la atmósfera.<sup>512</sup>

Piensa Jefferson que si se mira la historia de los estados europeos, con independencia de su forma política, tener una rebelión cada casi siglo y medio es más que aceptable. Es cierto que la “aritmética de las rebeliones” no deja de tener lagunas, pero intenta hacer frente a las continuas acusaciones de la prensa inglesa sobre el estado de anarquía en el que viven los Estados Unidos desde su independencia y que intenta desacreditar a la naciente república ante la opinión pública europea. Dado que Jefferson repite esta idea varias veces en su correspondencia no es descartable de que formara parte de su “argumentario” diplomático en la corte de Versalles, pues como compartió con Edward Carrington causó una impresión de firmeza que el pueblo se pusiera del lado del gobierno<sup>513</sup>.

Si la insurrección es consecuencia del mal gobierno (siguiendo las ideas de John Locke) la medición del número de insurrecciones podría ser una medida correcta del buen o mal gobierno que un país disfrute, de forma que bien podría convertirse en un modelo de contraste empírico de la calidad del gobierno. Muchos años después, en 1816, en carta al abogado virginiano Samuel Kercheval, Jefferson utilizó un argumento parecido, aunque añadiendo la efectividad del gobierno desde la independencia:

Si la experiencia es llamada a testificar, apele a nuestros quince, veinte o cuarenta años de gobierno y muéstreme donde el pueblo ha hecho la mitad de travesuras en estos cuarenta años que un solo déspota hubiera hecho en un solo año; o muéstreme la mitad

---

<sup>510</sup> *Carta a Ezra Stiles*, 24 de diciembre de 1786. Volumen VI. Pág. 25.

<sup>511</sup> *Carta a coronel Edward Carrington*, 16 de enero de 1787. Volumen VI. Pág. 57.

<sup>512</sup> *Carta a Abigail Adams*, 22 de febrero de 1787. “The spirit of resistance to government is so valuable on certain occasions, that I wish it to be always kept alive. It will often be exercised when wrong, but better so than not to be exercised at all. I like a little rebellion now and then. It is like a storm in the Atmosphere.” Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-11-02-0182>

<sup>513</sup> *Carta a Edward Carrington*, 16 de enero de 1787. Volumen VI. Pág. 57.

de disturbios y rebeliones, crímenes y castigos que han tenido lugar en cualquier nación, bajo un gobierno regio durante el mismo periodo.<sup>514</sup>

De hecho hasta el tiempo y la forma de acabar con una rebelión es una medida de la calidad del gobierno:

Esta tempestad ha mostrado con qué facilidad nuestro gobierno suprime los movimientos que en otros países requieren ejércitos, ha aumentado considerablemente su fuerza aumentando la confianza del público en ella. Ha sido una lección sana también para nuestros ciudadanos, de la necesaria obediencia a su gobierno.<sup>515</sup>

Piensa Jefferson que una rebelión cada siglo y medio es un precio a pagar mucho menor que el que hay que abonar en caso de vivir bajo el despotismo<sup>516</sup>. Y es más, considera que una rebelión ocasional es beneficiosa: “Sostengo que una pequeña rebelión, ahora y entonces, es una cosa buena, y es tan necesaria en el mundo político como la tormenta en el mundo físico.”<sup>517</sup>

#### 6.4. Revolución incruenta

El término *revolución* se asocia normalmente al de *rebelión* y en definitiva a una forma de resistencia que conlleva el uso de la violencia. Para Jefferson dicho término podía significar un cambio de régimen político, sin que implicara necesariamente el uso de la violencia, esto es, para nuestro autor es perfectamente posible, y aún deseable, una revolución incruenta.

En marzo de 1789, sobre Francia, decía que *una gran revolución política tendrá lugar en tu país y será sin derramamiento de sangre*<sup>518</sup>. En ese mismo mes se alegra del poco coste en sangre que la Revolución se ha cobrado en esos primeros momentos al comentarle al coronel Humphreys: “Y esta revolución no ha costado una sola vida, a menos que le imputemos un pequeño disturbio en Bretaña, que empezó entorno al

---

<sup>514</sup> *Carta a Samuel Kercheval*. 12 de julio de 1816. Volumen XV. Págs. 35-36. “If experience be called for, appeal to that of our fifteen or twenty governments for forty years, and show me where the people have done half the mischief in these forty years, that a single despot would have done in a single year; or show half the riots and rebellions, -the crimes and the punishments, which have taken place in any single nation, under kingly government, during the same period.”

<sup>515</sup> *Carta al gobernador del Territorio de Orleans W. C. C. Claiborne*, 3 de febrero de 1807. Pág. 151. “On the whole, this squall, by showing with what ease our government suppresses movements which in other countries requires armies, has greatly increased its strength by increasing the public confidence in it. It has been a wholesome lesson too to our citizens, of the necessary obedience to their government.”

<sup>516</sup> *Carta a T. B. Hollis*, 2 de julio de 1787. Volumen VI. Pág. 155-156.

<sup>517</sup> *Carta a James Madison*, 30 de enero de 1787. Volumen VI. Pág. 65. “I hold it, that a little rebellion, now and then, is a good thing, and as necessary in the political world as storms in the physical.”

<sup>518</sup> *Carta a Madame de Brehan*, 14 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 307. “A great political revolution will take place in your country, and that without bloodshed.”

precio del pan, después devino en político y terminó con la pérdida de cuatro o cinco vidas.”<sup>519</sup>

Aunque le advierte al marqués De la Fayette, héroe de la Guerra Revolucionaria en los Estados Unidos, que no se puede pasar del despotismo a la libertad en una cama de pluma<sup>520</sup>.

## 6.5. Regicidio

El regicidio es uno de los instrumentos de resistencia. En un principio Jefferson lo valora como un medio más, aunque a lo largo de su experiencia acabará cuestionando las intenciones, finalidades y acciones de quienes llevaron a Luis XVI a la guillotina. En todo caso el regicidio del monarca francés se pareció mucho a un tribunal con todas las garantías posibles en su momento.

No podemos decir que la ejecución de Luis XVI fuera un regicidio en un sentido estricto porque cuando es ejecutado ya había sido depuesto como rey. Independientemente de los tecnicismos legales para la opinión pública fue la ejecución, o asesinato, de un rey. Un regicidio.

Jefferson ve la ejecución del rey de Francia como un incentivo para los demás reyes de Europa a favor de un cambio de actitud y de promover gobiernos más moderados, ya que podían seguir el triste camino del nieto del Rey Sol. La muerte del rey francés había de ser fermento de repúblicas en cuanto quebraba mitos políticos en torno a la sacralidad del monarca:

Acabamos de recibir las noticias de la decapitación del Rey de Francia. La presente instigación debería producir repúblicas por doquier, al menos suavizará los gobiernos monárquicos haciendo a los monarcas susceptibles del castigo como los otros criminales, y eliminando la inviolabilidad de la persona del Rey, esas rabias de insolencia y opresión. Esperamos que se adhieran a nuestro gobierno republicano y que lo mantengan en sus principios originales observándolo estrechamente.<sup>521</sup>

---

<sup>519</sup> *Carta al Marqués de la Fayette*, 6 de mayo 1789. Volumen VII. Pág 320. “And this revolution has not cost a single life, unless we charge to it a little riot lately in Bretagne, which began about the price of bread, became afterwards political, and ended in the loss of four or five lives.”

<sup>520</sup> *Carta al marqués de la Fayette*, 2 de abril de 1790. Volumen VIII. Pág. 13.

<sup>521</sup> *Carta a Joseph Fay*, 18 de marzo de 1793. Volumen IX. Pág. 45. “We have just received here the news of the decapitation of the King of France. Should the present foment in Europe not produce republics everywhere, it will at least soften the monarchical governments by rendering monarchs amenable to punishment like other criminals, and doing away that rages of insolence and oppression, the inviolability of the King's person. We I hope shall adhere to our republican government, and keep it to its original principles by narrowly watching it.”

Después, valorando la Revolución Francesa como acontecimiento del pasado acusa a los seguidores de Danton, Marat y Robespierre de haber asesinado al rey<sup>522</sup>. La Revolución Francesa, incruenta en sus inicios, terminó en un mar de sangre y la autocracia nacida en su seno, la de Napoleón Bonaparte, sembró Europa de cadáveres, por lo que es comprensible que Jefferson modificara sus apreciaciones a lo largo de las décadas<sup>523</sup>.

---

<sup>522</sup> *Carta al ex gobernador de New Hampshire William Plumer*, 31 de enero de 1815. Volumen XIV. Pág. 236.

<sup>523</sup> *Carta a John Adams*, 5 de julio de 1815. Volumen XIV. Pág. 145.

## CAPÍTULO III: REPRESENTACIÓN Y RESISTENCIA

### 1. La tradición representativa inglesa

La Filosofía Política de Locke es el cimiento sobre el que se edifica el pensamiento político jeffersoniano. En numerosas ocasiones Jefferson cita a Locke como uno de los referentes fundamentales para la reflexión jurídica, política y constitucional<sup>524</sup>. La representación lockeana parte del fundamento de que la comunidad política, creada por el acuerdo entre hombres independientes, forma un cuerpo en el que la expresión de su voluntad es tomar como general la decisión de la mayoría de sus miembros. Sólo con el sometimiento a la decisión mayoritaria es posible un Estado<sup>525</sup>.

La idea de representación trascenderá la ruptura del mundo colonial y se adentrará en el Constitucionalismo estadounidense. No quiere decir que estemos afirmando que la estructura política naciente fuera una mera continuación de la tradición parlamentaria británica, dado que la voluntad de ruptura fue clara, especialmente en lo concerniente al poder ejecutivo y a las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo.

El Parlamento inglés se crea como una asamblea estamental, como otras muchas que emergieron en Europa. Estas asambleas reflejaban una concepción compleja del Estado, donde el pacto entre los sujetos políticos forma la unión. No es hasta las guerras civiles (1642-1651) cuando el Parlamento inglés transmuta de reunión de representantes de cada uno de los “estados” en representación de Inglaterra, asumiendo al menos nominalmente la totalidad del poder durante el periodo de la *Commonwealth*.

Tras el restablecimiento de la monarquía en Inglaterra, y especialmente desde el advenimiento de la casa hannoveriana, la teórica supremacía parlamentaria se oscureció frente a la preponderancia regia, pese a las limitaciones del *Bill of Rights* de 1689. Los reyes emplearon sus prerrogativas para alzar las carreras políticas de los parlamentarios y el patrimonio de estos, siempre que los parlamentarios fueran leales a la Corona. No en vano el propio Immanuel Kant consideraba que el Parlamento no era más que una mera fachada y que el sistema británico estaba tan centrado en el rey como el de su Prusia natal<sup>526</sup>. David Hume y otros muchos más coincidieron con el filósofo de Königsberg<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> A título de ejemplo ponemos mencionar la *Carta a Thomas Mann Randolph*, 20 de mayo de 1790. Volumen VIII. Pág. 32 o la *Carta a John Norvell*, 11 de junio de 1807. Volumen XI. Págs. 222-223.

<sup>525</sup> John Locke: *Second Treatise of Government, Op. Cit.*, §95-99. Págs. 52-53.

<sup>526</sup> Immanuel Kant: *Metafísica de las Costumbres*. Tecnos. Madrid, 2008. Pág. 150-151. AA 319-320.

<sup>527</sup> Joaquín Varela-Suanzes: “Estado y Monarquía en Hume” *Op. Cit.*, Pág. 87. James McDonald: *A Free Nation Deep in Debt. The Financial Roots of Democracy*. Farrar, Straus and Giroux. Nueva York, 2003. Pág. 290-291.



Independientemente de si el Parlamento británico fuera o no un verdadero y efectivo poder en Gran Bretaña, o solamente una representación externa de un poder compartido, el Constitucionalismo estadounidense sí continuó la tradición inglesa de la representación y la radicalizó en tanto que los que desempeñan el poder, en cualquier rama del gobierno, habían que ser representantes de los ciudadanos o haber sido confirmados por los representantes de los ciudadanos.

Los Padres Fundadores de los Estados Unidos tuvieron la profunda convicción de que en el pueblo y sólo en el pueblo residía la soberanía, pero que ésta debía ser ejercida de una forma mediata. En la *Declaration of Independence* observamos cómo se proclama el retorno del poder soberano al pueblo cuando el Rey suspende las instituciones representativas coloniales y ordena atacar al pueblo quebrantando su deber de protección. Que el poder retornase al pueblo, no implica que el pueblo norteamericano viviera desinstitucionalizado, al contrario, la misma llamada a la resistencia fue realizada por una institución, el Congreso Continental.

La representación política implica tener un pueblo que es elector, un cargo concreto para el que se elige a alguien y un procedimiento electoral. Ninguna de estas cuestiones es baladí a la hora de definir la representación y la relación de la representación tanto con la república como con los representados. La existencia de unos sujetos que eligen a un representante, mediante unas formas determinadas, marca la diferencia entre una representación real y esa *fictio iuris* que Thomas Whately denominó representación virtual<sup>528</sup>.

Thomas Jefferson presenta en este punto la doble perspectiva de teórico y de político práctico, de hombre que alcanza la relevancia teórica y que maneja hasta el último resorte de las elecciones y sus consecuencias. Luchó en tres ocasiones por la Presidencia de los Estados Unidos y venció en dos<sup>529</sup>, siendo una de ella tan especial y singular que mereció la XII Enmienda constitucional (1804), la segunda si exceptuamos las diez que constituyen el *Bill of Rights*.

---

<sup>528</sup> La doctrina de la representación virtual fue formulada cuando los colonos americanos, de acuerdo con el *Bill of Rights* de 1689, reclamaron poder elegir a sus propios representantes para la Cámara de los Comunes, si el Parlamento británico habría de imponerles impuestos. En contestación a esta petición, Thomas Whately mantuvo que el Parlamento Británico como *King-in-Parliament* representaba a todos los súbditos del Imperio aunque no hubieran participado en la elección de la Cámara de los Comunes y, por tanto, no se violaba el principio contenido en el *Bill of Rights* de que la tributación va unida al consentimiento del Parlamento donde se está representado virtualmente, sin mediar elección. Véase Jack P. Greene: *The Constitutional Origins of the American Revolution*. Cambridge University Press. Cambridge. 2011. Págs. 70-72.

<sup>529</sup> Pese a que no existían las candidaturas formales, ya que la ley electoral no exigía, Jefferson sí fue candidato en 1796, 1800 y 1804, venciendo en las dos últimas ocasiones. Hay que referenciar que en 1792 recibió los cuatro votos del estado de Kentucky, aunque no se postuló como candidato. Véase en: <https://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/scores.html#1792>

## 2. *A Republic, not a democracy*

Desde *La República* de Platón se ha considerado que el gobierno democrático, entendido como el gobierno de las masas, era la expresión política de las partes inferiores del alma humana y que producía funestas consecuencias. Aristóteles denomina πολιτεία, al régimen donde la mayoría gobierna, que no es la democracia, y sostiene que el régimen de la πολιτεία puede degenerar en anarquía entendida como gobierno de las masas (democracia). En la escuela peripatética, la primera formulación expresa fue de Dicearco de Mesina<sup>530</sup> que expresó un gran aprecio al gobierno mixto, esto es, la mezcla de las instituciones políticas correspondiente a cada uno de los tipos de la clasificación aristotélica.

Es de común conocimiento que el término “democracia” aplicado a las ciudades-estado griegas no es equivalente al significado que le damos actualmente al término, pero es difícil pensar que la democracia contemporánea correspondería a otro sistema en la mentalidad clásica. De acuerdo con Bernard Manin, la “democracia” a la que se opusieron los tratadistas clásicos, medievales y modernos no era una forma representativa y por tanto indirecta de ejercer el gobierno, sino la forma directa y asamblearia de tomar decisiones en la que se encomendaban las magistraturas por sorteo entre los ciudadanos, siendo un gobierno que bien podría encarnar algunos de los defectos y vicios denunciados por Platón<sup>531</sup>.

En la Atenas democrática no se hubiera considerado que la representación fuera un procedimiento de selección adecuado, dado que en unas elecciones los candidatos en no parten en igualdad de condiciones y los que socialmente están en mejor posición tienen mayores posibilidades de ser elegidos. Para ellos la elección era una forma aristocrática, o incluso oligárquica, de escoger a los gobernantes<sup>532</sup>.

En la cultura política norteamericana nos encontramos un lema que señala que los Estados Unidos son una República y no una democracia (*A Republic, not a democracy*). Este lema parece recurrir a la concepción de la república entendida como gobierno mediato y no como gobierno directo del pueblo.

---

<sup>530</sup> Guido Fassò: *Op. Cit.*, Vol. I. Pág. 76.

<sup>531</sup> Bernard Manin: *Principles of Representative Government*. Cambridge University Press. Cambridge, 1997. Págs. 8-41

<sup>532</sup> Bernard Manin elabora una interesante teorización acerca de la estructura aristocrática de la elección y cómo pudiera ser compatible con un sistema democrático. La estructura aristocrática se funda en la necesidad de distinguirse y en el coste de hacerse conocer. *Ibidem*. Págs. 134-160. También John Ferejohn y Frances Rosenbluth: “Electoral representation and the aristocratic thesis” en Ian Shapiro, Susan C. Stokes, Elisabeth Jean Wood y Alexander S. Kirshner (eds.): *Political Representation*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2009. Págs. 280-281.

El gobierno democrático, como régimen degenerado, se caracterizaría por la excitación de los más bajos instintos del pueblo. Se fundaría en una concepción igualitarista de la sociedad, pues como indica James Madison en *The Federalist Papers*, cree que la igualdad política transformará moralmente al individuo, sin tener en cuenta que una mayoría puede aniquilar la propia existencia de la minoría:

Desde esta perspectiva del tema se puede concluir que una democracia pura, que yo interpreto como una sociedad consistente en un pequeño número de ciudadanos que se reúnen en asamblea y administran personalmente el gobierno, puede admitir las maldades de las facciones. Una pasión o un interés común serán, en casi todos los casos, sentidos por la mayoría; una comunicación y acuerdo son resultado de la misma forma de gobierno y no hay nada que controle los incentivos para sacrificar a la parte más débil o a un individuo desagradable. [...] Los teóricos políticos, quienes han subestimado este tipo de gobierno, han supuesto erróneamente que reduciendo a la humanidad a una perfecta igualdad en sus derechos políticos, la Humanidad sería al mismo tiempo perfectamente igualados y asimilados en sus posesiones, en sus opiniones y en sus pasiones.<sup>533</sup>

En opinión de Madison es menos probable que esto ocurra en los gobiernos representativos, porque la decisión tiene que ser tomada por un cuerpo elegido que puede examinar la cuestión desde una perspectiva general y no desde la perspectiva concreta de cada individuo:

El efecto de la primera diferencia es, por un lado, refinar y ampliar los puntos de vista del público traspasándolos a un cuerpo elegido de ciudadanos, cuya sabiduría puede discernir mejor el verdadero interés de su país y cuyo patriotismo y amor a la justicia serán menos propensos a sacrificarlo por consideraciones temporales o parciales. Bajo tal regulación, bien puede ocurrir que la voz pública, pronunciada por los representantes del pueblo, sea más consonante con el bien público que si fuera pronunciada por las personas mismas, convocadas para ese propósito.<sup>534</sup>

---

<sup>533</sup> James Madison: "The Federalist 10" en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *The Federalist Papers*. Oxford University Press. Nueva York. 2008. Pág. 52 (en adelante se citará el autor del capítulo, el capítulo, en *The Federalist Papers* y el número de página de esta edición). "From this view of the subject it may be concluded that a pure democracy, by which I mean a society consisting of a small number of citizens, who assemble and administer the government in person, can admit of no cure for the mischiefs of faction. A common passion or interest will, in almost every case, be felt by a majority of the whole; a communication and concert results from the form of government itself; and there is nothing to check the inducements to sacrifice the weaker party or an obnoxious individual. [...] Theoretic politicians, who have patronized this species of government, have erroneously supposed that by reducing mankind to a perfect equality in their political rights, they would at the same time be perfectly equalized and assimilated in their possessions, their opinions, and their passions."

<sup>534</sup> *Ibidem*, pág. 53. "The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation it may well happen that the

Madison presupone la superioridad intelectual y moral de los elegidos y por tanto cuenta con cierto componente aristocrático en el sentido etimológico del término. Este presupuesto, la mayor virtud del representante, es la principal diferencia material entre la república y la democracia pura, ya que todas las restantes diferencias son formales. Entre las formales destaca la imposibilidad de la intervención del pueblo en su conjunto más allá de la elección de los representantes<sup>535</sup>.

En palabras de Madison, la mayor divergencia no estriba en el hecho de que los magistrados fueran elegidos o no, sino “en la total exclusión del pueblo en su capacidad colectiva”<sup>536</sup>, esto es, en la incapacidad del pueblo como una totalidad para tomar decisiones relativas al gobierno<sup>537</sup>.

---

public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose.”

<sup>535</sup> La denominada *Guarantee Clause* en la sección 4ª del Artículo IV de la Constitución (“The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government”) ha sido vista por un amplio sector de la doctrina como una prohibición de la democracia directa en los estados, los cuales establecieron numerosos mecanismos de esta naturaleza durante la *Progressive Era*. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo desde 1849 (*Luther v. Borden*, 48 U.S. 1) sobre esta cláusula ha remitido al Congreso la aplicación de esta cláusula al considerar política y, por tanto, no justiciable. En la sentencia *New York v. Estados Unidos* se plantea la posibilidad de superar la doctrina de la injusticiabilidad de la forma republicana de gobierno: *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 183-186 (1992). Sí hay sentencias estatales, siendo *Rice v. Foster* (1847) en Delaware la única que asume el postulado de que la democracia directa es incompatible con la forma republicana de gobierno. Véanse Hans A. Linde: “When Is Initiative Lawmaking Not ‘Republican Government’” en *Hasting Constitutional Law*. Vol. 17 (1989). Págs. 159-173 y Kevin M. Wagner: “Rewriting the Guarantee Clause: Justifying Direct Democracy in the Constitution” en *Willamette Law Review*. Vol. 47. Núm. 1 (2010). Págs. 67-98.

Otro sector de la doctrina considera que la prohibición de la democracia directa no forma parte de este precepto constitucional. Amar mantiene que la forma republicana es la soberanía popular, la regla de la mayoría (que es un concepto problemática) y el derecho de las personas a modificar y a abolir. Akhil Reed Amar: “The Central Meaning of Republican Government: Popular Sovereignty, Majority Rule, and the Problem of the Denominator” en *University of Colorado Law Review*. Vol. 65. (1994). Págs. 749-786.

Para Rob Natelson la forma republicana se satisface con soberanía popular, ausencia de monarca y Estado de Derecho. Vid. Rob Natelson: “Guarantee Clause” en Edwin Meese, Matthew Spalding y David F. Forte (eds.): “The Heritage Guide to The Constitution”.

Disponible en: <https://www.heritage.org/constitution/#!/articles/4/essays/128/guarantee-clause>

<sup>536</sup> James Madison: “The Federalist 63” en *The Federalist Papers*. Pág. 313.

<sup>537</sup> Esta contundente afirmación de James Madison tiene su reflejo constitucional y legal en la inexistencia de formas de democracia directa dentro de la estructura del Gobierno Federal. Es igualmente cierto que, especialmente desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, numerosos estados han incorporado procedimientos de democracia directa (iniciativa legislativa/constitucional popular directa, iniciativa legislativa/constitucional popular indirecta, leyes o reformas constitucionales que se someten a los votantes o referendos abrogatorios de legislación a iniciativa de los votantes). Hay estados que establecen una carencia de tiempo a las legislaturas estatales para poder modificar o derogar una norma nacida de la iniciativa popular, otros estados exigen mayorías cualificadas para modificar o derogar estas normas y finalmente dos estados que exigen que cualquier modificación sustantiva de estas normas sean sometida nuevamente al voto ciudadano. Vid. “Appendix” en Shaun Bowler y Amihai Glazer (eds.): *Direct Democracy’s Impact on American Political Institutions*. Palgrave MacMillan. Nueva York, 2008. Págs. 169-171. Jerome M. Mileur: “American Politics Remade” en Lonce H. Bailey y Jerome M. Mileur: *In Defense of the Founders. Critics of Direct Democracy in the Progressive Era*. Bloomsbury. Nueva York y Londres, 2015. Págs. 207-225.

Años después, concretamente en 1799, Thomas Jefferson seguía manteniendo que la necesidad de una democracia representativa, democracia de segundo grado o república, estribaba en cuestiones formales como son la dificultad de congregar a determinada cantidad de personas y la incapacidad de estas asambleas multitudinarias para ejercer sus poderes<sup>538</sup>.

Thomas Jefferson sitúa al gobierno representativo en un segundo grado de pureza democrática o en un estadio intermedio entre las formas democráticas y las formas autoritarias (aristocracia o despotismo). Nuestro autor mantiene que el descubrimiento de la libertad política por parte de los grandes autores clásicos no fue acompañado de las reformas institucionales para protegerla:

Tenían ideas adecuadas sobre el valor de la libertad personal, pero ninguna acerca de la mejor forma de gobierno para preservarla. No conocían ningún punto intermedio entre una democracia (la única república pura pero impracticable más allá de los límites de una ciudad pequeña) y el abandono de sí mismos a la aristocracia o a una tiranía independiente del pueblo. Da la impresión de que a nadie se le ha ocurrido que los ciudadanos no pueden reunirse para tratar sus asuntos en persona; ellos sólo tienen el derecho de elegir los agentes que los traten; y es de este modo que un gobierno republicano, o popular, de segundo grado de pureza puede ser ejercido sobre un país extenso.<sup>539</sup>

Jefferson, aquí casi de acuerdo con Montesquieu en su eterna disputa, sí cree que las democracias puras o las repúblicas puras solamente pueden darse en entidades políticas pequeñas, siempre que se conciba la “república” como acción directa del pueblo, pero si se entiende “república” como elección de quiénes ejercen el poder entonces cabe aplicarse a entidades políticas mayores<sup>540</sup>.

La naciente República tenía una cultura política proclive a la democracia entendida como voluntad directa de la mayoría que tuvo eco en la Constitución, pero ésta también poseía mecanismos escasamente mayoritarios, cuando no antimayoritarios: la representación indirecta en dos grados del Senado en la redacción constitucional de 1787, la desproporcionalidad de la representación de los estados en el Senado, la posibilidad de elección presidencial contra el voto popular, la rigidez constitucional o la

<sup>538</sup> *Carta a Edmund Randolph*, 18 de agosto de 1799. Volumen X. Pág. 126.

<sup>539</sup> *Carta a Isaac H. Tiffany*. 26 de agosto de 1816. Volumen XV, pág. 65. “They had just ideas of the value of personal liberty, but none at all of the structure of government best calculated to preserve it. They knew no medium between a democracy (the only pure republic, but impracticable beyond the limits of a town) and an abandonment of themselves to an aristocracy, or a tyranny independent of the people. It seems not to have occurred that where the citizens cannot meet to transact their business in person, they alone have the right to choose the agents who shall transact it; and that in this way a republican, or popular government, of the second grade of purity, may be exercised over any extent of country.”

<sup>540</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Págs. 19-20.

*tenure* ilimitada de los jueces federales lo ejemplifican. Thomas Jefferson hablará de la doble naturaleza, republicana y monárquico-aristocrática, de la Constitución para iluminar esta mixtura de formas de gobierno<sup>541</sup>. Como veremos más adelante Jefferson calificará a estos elementos como los menos republicanos de la Constitución de 1787.

### 3. Representación y Naturaleza

Thomas Jefferson tiene una reseñable deferencia hacia los indios, que no muestra con otros pueblos. Al menos en los discursos que les dirigía y en parte de su correspondencia, apuntaba a la posibilidad de que los indios se incorporaran a la Unión tras un proceso de civilización, que pasaría por la adopción de la agricultura, la cesión de las inmensas tierras dedicadas a la caza hasta ese momento y el establecimiento de instituciones representativas.

Con ocasión de la adopción de instituciones representativas y formas legales homologables por algunas tribus cherokees, Jefferson comenta a su amigo Francis Walker Gilmer que:

El hombre fue creado por la relación social, pero ésta no puede mantenerse sin un sentido de justicia; por lo que el hombre tiene que haber sido creado con un sentido de justicia. Hay un error en el que muchos de los especuladores sobre el gobierno han caído y que el buen conocimiento del estado de la sociedad de nuestros indios debería, a día de hoy, haber corregido. En sus hipótesis sobre el origen del gobierno, ellos suponen que ha comenzado en la forma patriarcal o monárquica. Nuestros indios están evidentemente en ese estado de naturaleza que ha pasado de la autoridad familiar, pero todavía no se han sometido a las leyes positivas ni reconocido a ningún magistrado. [...] Los Cherokees, la única tribu que conozco que está contemplando el establecimiento de leyes normales, magistrados y gobierno, proponen un gobierno de representantes, elegidos por cada ciudad. Pero de todas las cosas, en lo que menos piensan es en someterse ellos mismos a la voluntad de un solo hombre. Éste, el único caso de este hecho conocido, será para ellos un comienzo por el gobierno republicano y no por el patriarcal o el monárquico, como los escritores especulativos generalmente han conjeturado.<sup>542</sup>

---

<sup>541</sup> *Carta a James Sullivan*, 9 de febrero de 1797. Volumen IX. Págs. 377-378.

<sup>542</sup> *Carta a Francis W. Gilmer*, 7 de junio de 1816. Volumen XV. Págs. 25-26. "Man was created for social intercourse; but social intercourse cannot be maintained without a sense of justice; then man must have been created with a sense of justice. There is an error into which most of the speculators on government have fallen, and which the well known state of society of our Indians ought, before now, to have corrected. In their hypothesis of the origin of government, they suppose it to have commenced in the patriarchal or monarchical form. Our Indians are evidently in that state of nature which has passed the association of a single family; and not yet submitted to the authority of positive laws, or of any acknowledged magistrate. [...] The Cherokees, the only tribe I know to be contemplating the establishment of regular laws, magistrates, and government, propose a government of representatives, elected from every town. But of all things, they least think of subjecting themselves to the will of one

Este texto no es importante únicamente desde el punto de vista etnográfico o para ilustrar la política jeffersoniana para con los indios, sino que tenemos un argumento clave en el debate filosófico político sobre el gobierno representativo.

La idea de que los pueblos evolucionan necesariamente desde formas primitivas (patriarcado y monarquía) a formas más refinadas (república) se encuentra en numerosos autores, entre ellos John Locke, y pervivirá mucho tiempo<sup>543</sup>. De esta forma un pueblo, en una forma pre-estatal como es la tribu, habrá de pasar por los estadios históricos de las diversas formas políticas para estar en disposición de adoptar la forma republicana. Primero han de empezar por formas patriarcales o monárquicas para poder evolucionar tiene como presupuesto que la aprehensión política más radical, más fundamental del ser humano es la obediencia a uno. Este presupuesto fundó durante siglos una concepción según la cual la forma más natural era la monárquica (y quién decía natural decía mejor y más armoniosa con el orden creado).

La monarquía no tiene que ser necesariamente la forma de gobierno más conforme a la naturaleza humana y, para probarlo, Jefferson presenta el contraejemplo de lo que él cree que es un emergente republicanismo entre los cherokees, testimoniando que la escala histórica de formas de gobierno no tiene que ser repetida por cada pueblo y que se puede acceder directamente a una forma republicana de gobierno. Pero el mayor valor que posee este contraejemplo no es el argumentativo o polémico, sino la idea positiva que pretende transmitir: la naturalidad y bondad inmediata de la forma republicana.

Mantener la inmediatez de la forma republicana en un pueblo, que transita desde lo pre-estatal hasta lo político, implica sugerir la posibilidad de que el gobierno representativo, que es una de las características fundamentales del republicanismo jeffersoniano, es una forma tan radical, fundamental e inmediata al menos como el gobierno monárquico, deshaciéndose por su base uno de los argumentos de los escritores especulativos que habían sido y eran clave en la defensa del gobierno monárquico<sup>544</sup>.

---

man. This, the only instance of actual fact within our knowledge, will be then a beginning by republican, and not by patriarchal or monarchical government, as speculative writers have generally conjectured."

<sup>543</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §§ 105-110. Págs. 55-60.

<sup>544</sup> Robert Filmer mantenía que el fundamento del poder era el gobierno del padre sobre la familia, del que emergía todo poder y de ahí deducía sobre los textos bíblicos el derecho divino de los reyes al gobierno. Su principal obra, *Patriarcha*, fue rebatida por John Locke en el primero de sus *Two Treatises*.

En una carta a John Cartwright, en 1824, Jefferson sostiene que la Revolución Americana permitió establecer un sistema constitucional no dependiente de una tradición jurídica y política anterior, sino de acuerdo con la Naturaleza:

Nuestra Revolución comenzó sobre el más favorable de los fundamentos. Se nos presentó como un panel blanco sobre el que éramos libres de escribir lo que gustásemos. No tuvimos motivo para buscar en archivos mohosos, rastrear pergaminos reales o investigar las leyes o instituciones de un ancestro semibárbaro. Apelamos a los registros de la Naturaleza y los encontramos grabados en nuestros corazones. Aún así no habíamos aprovechado las ventajas de nuestra situación. Nunca se nos había permitido ejercer el autogobierno.<sup>545</sup>

La idea de que una sociedad puede ser republicana desde sus inicios, sea por la constitución de la entidad estatal, o sea por su secesión de otra preexistente, sin tener que sufrir y superar periodos de sometimiento es afirmada por Jefferson, que considera que la forma republicana de gobierno es accesible sin necesidad de pasar por otra. No quiere decir que se esté en disposición inmediata, sino que tras cumplir con las condiciones básicas, como en el caso de los cherokees, sí se pueden establecer un gobierno republicano.

#### **4. Principio de representación**

Los representantes actúan en nombre de sus representados, que son sus electores, pero desde la experiencia de la Confederación los representantes no se encuentran sometidos al mandato imperativo de sus electores. Son de sobra conocidas las vicisitudes que se vivió para aprobar la *Declaration of Independence*, dado lo estricto del mandato imperativo de los representantes de cada colonia, a los que les habían conferidos unos poderes con muy escaso margen de actuación.

En los Artículos de la Confederación (*Articles of Confederation*), concretamente el Artículo IV, aunque no mencionan expresamente el mandato imperativo, sí configura el Congreso como un conjunto de representantes nombrados por cada uno de los estados y cuyas delegaciones, de dos a siete miembros, solamente tienen un voto en el Congreso, pudiendo ser removidos estos delegados en cualquier momento por el estado que los ha elegido, lo que implica la existencia de un mandato imperativo *de facto*.

---

<sup>545</sup> *Carta a John Cartwright*, 5 de junio de 1824. Volumen XVI. Pág. 44. "Our Revolution commenced on more favorable ground. It presented us an album on which we were free to write what we pleased. We had no occasion to search into musty records, to hunt up royal parchments, or to investigate the laws and institutions of a semi-barbarous ancestry. We appealed to those of nature, and found them engraved on our hearts. Yet we did not avail ourselves of all the advantages of our position. We had never been permitted to exercise self-government." Una línea similar puede encontrarse en David Hume: Vid. Joaquín Varela-Suanzes: "Estado y Monarquía en Hume" *Op. Cit.*, Pág. 79.



El mandato imperativo desaparece en la Constitución de 1787, de forma que el representante político ha de tomar las decisiones que crea adecuadas conforme a los diversos intereses que representa, que son los de sus electores y los del país en su conjunto. La desaparición del mandato imperativo abre el paso a la exigencia de responsabilidad por parte de los votantes por las decisiones tomadas en el ejercicio de su cargo. Esta exigencia se realiza en las elecciones.

La Constitución estableció dos cámaras de acuerdo con dos principios de representación diferentes. La Cámara de Representantes, elegida por los ciudadanos de acuerdo con el número de habitantes de cada estado, y el Senado, que representa a los estados y cuyos miembros serían elegidos por las legislaturas estatales.

El Bicameralismo estadounidense se distancia del británico en que la composición de las cámaras no se diferencia en virtud de la posesión o de títulos nobiliarios, sino en virtud de los otros principios diferentes de representación: la población y el territorio.

La representación basada en privilegios, como sucedía en el Parlamento británico o como se extendió en los gobiernos “moderados” de Europa, es considerada por Thomas Jefferson como contraria al Derecho Natural, porque violenta la igualdad de derecho de participación en el gobierno de los ciudadanos, dándole a algunos más votos que los que les corresponden<sup>546</sup>.

Jefferson aceptó la existencia de una cámara de representación indirecta, como es el Senado, y veía con buenos ojos que esa cámara sólo tuviera una capacidad revisora dentro del proceso legislativo como fue en el caso de las propuestas en la Francia en 1789, en pleno verano revolucionario<sup>547</sup>. Pasado los años considerará al Senado como la parte menos republicana del Gobierno General (Federal) al ser elegido por las legislaturas estatales y no por los ciudadanos<sup>548</sup>, situación que permanecería inamovible hasta la entrada en vigor el 31 de mayo de 1913 de la XVII Enmienda que obliga a la elección popular de los senadores<sup>549</sup>.

---

<sup>546</sup> *Ibidem*, Pág. 45.

<sup>547</sup> *Carta a John Jay*, 27 de agosto de 1789. Volumen VII. Págs. 441-442.

<sup>548</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 21.

<sup>549</sup> La oposición de los senadores a aprobar una enmienda que les perjudicaba, pero que contaba con el apoyo popular, devino en la amenaza de reunir una convención constitucional para realizar la enmienda y no continuar por el procedimiento de enmienda a través del Congreso y los estados. El temor era capacidad ilimitada de una convención constitucional para reformar la Constitución que pudiera cambiar totalmente la Constitución de 1787. De hecho esta enmienda ha sido la única que no fue ratificada por las legislaturas estatales, sino por convenciones estatales elegían expresamente para tal fin, una posibilidad prevista en la Constitución.

El compromiso alcanzado en la Convención que redactó la Constitución otorgó la misma representación, dos senadores, a todos los estados independientemente de su población, dejando la proporcionalidad para la Cámara de Representantes.<sup>550</sup>

¿Por qué Jefferson no cuestiona la existencia de un Senado tan escasamente proporcional? Aunque nuestro autor considera que el Senado es una de las instituciones menos republicanas del diseño constitucional (aunque tras 1801 se verá superada por la Judicatura), ello no quiere decir que no acepte alguna forma de representación equilibrada de los territorios. Es consciente de los problemas que se dieron en la Convención de Filadelfia de 1787 para llegar a un acuerdo entre los estados pequeños y grandes respecto a la composición del nuevo Congreso<sup>551</sup> y, sobre todo, en el equilibrio interregional (Norte y Sur)<sup>552</sup>. De hecho en los primeros momentos del despliegue constitucional calificó al Senado como un cuerpo sabio y estable en lo referente a los asuntos exteriores<sup>553</sup>.

## 5. ¿Cómo se elige?

La Constitución estableció un reparto provisional de representantes entre los diferentes estados que regiría hasta que, tras la realización del primer censo (1790), pudieran realizarse una distribución de los representantes entre los estados en función de

---

<sup>550</sup> Esto inspiró a numerosas constituciones estatales a establecer un senado estatal en el que los senadores fueran representantes de los condados, uno por condado, y así compensar a las zonas rurales. El Tribunal Supremo en la sentencia del *caso Reynolds contra Sims* en 1964 estableció que era inconstitucional esta distribución de los senados estatales y que los distritos debían ser iguales o similares en cuanto a población Cf. *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964). Desde 1964 los cuarenta y nueve estados que tienen un senado estatal, todos menos Nebraska, utilizan distintas fórmulas para que el senado no sea idéntico en su composición a la cámara más numerosa, adoptando renovaciones parciales, distritos más grandes o distritos donde la elección no es uninominal. El Senado federal no se vio afectado por esta decisión ya que su sistema de elección se encuentra constitucionalizado.

<sup>551</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 387.

<sup>552</sup> En 1785 Jefferson ya hablaba de la separación de Kentucky del estado de Virginia y su deseo de conformar un nuevo estado dentro de la Unión, como la posibilidad de la creación de Vermont por segregación de Nueva York y de Maine también por separación de Massachusetts (*Carta a David Hartley*, 5 de septiembre de 1785. Volumen V. Págs. 123-124). En 25 de enero de 1796 expresa su temor a que la independencia de Kentucky no sea solamente de Virginia y que ello se deba a no querer variar los votos dentro del Congreso (*Carta a Archibald Stuart*, 25 de enero de 1786. Volumen V. Págs. 259-260). En el verano de 1788 vuelve al asunto de la separación de Kentucky respecto de Virginia y el 12 de agosto de 1788 le refiere a William Carmichael (Volumen VIII. Pág. 125) que el Congreso ha remitido a un comité la solicitud de Kentucky. Un mes después menciona a William Short (20 de septiembre de 1788. Volumen VIII. Págs. 146-147) la intención de que Kentucky sea admitido a la vez que Vermont. El 23 de enero de 1791 le señalará también a William Short (Volumen VIII. Pág. 122) que la incorporación de Vermont y de Kentucky se aprobará en el Congreso, aunque la ley para el estado sureño no llegará hasta 1792, casi un año después que Vermont.

La incorporación de un estado a la Unión implica que se añadan dos miembros al Senado y que haya que rehacer los equilibrios políticos, por ello durante un amplio periodo de la primera historia de los Estados Unidos la incorporación de los estados se hacía escalonando uno del Norte con otro del Sur.

<sup>553</sup> *Carta a Mr. Dumas*, 29 de marzo de 1788. Volumen VI. Pág. 443.

la población de cada uno de ellos. El Congreso aprobó una ley que empleaba el llamado “Método Hamilton”<sup>554</sup> para determinar el número de representantes de cada estado de acuerdo con el número de seres libres y tres quintos de los esclavos de su territorio. Surgieron dudas sobre la constitucionalidad de la Ley y el Presidente Washington fue animado a vetarla (podía ser el primer veto). Antes de ejercer el veto, Washington realizó una ronda de consultas escritas entre los miembros de su gabinete sobre la constitucionalidad de la ley y, por ende, sobre la oportunidad de ejercer el veto<sup>555</sup>.

Thomas Jefferson, como secretario de Estado, elaboró un informe al Presidente Washington sobre la ley de distribución de los representantes entre los estados y aconsejó que el Presidente la vetara. El argumento constitucional de Jefferson es que el llamado “Método Hamilton” podría producir que en algunos estados empleasen divisores diferentes (algo que él interpretó también contrario a la representación según la Constitución)<sup>556</sup>. Este argumento fue asumido por Washington a la hora de comunicar el veto al Congreso<sup>557</sup>.

El secretario de Estado no solamente le propuso razonadamente al Presidente el ejercicio del veto, sino que realizó una propuesta alternativa, un sistema de cálculo de la representación que será conocido como “Método Jefferson” y que fue empleado por el Congreso para la ley de reparto de los representantes tras el veto de Washington<sup>558</sup>.

El “Método Jefferson” reparte los representantes buscando un divisor común, teniendo que ser superior al cociente mínimo de 30000 habitantes por representante,

---

<sup>554</sup> El “Método Hamilton”, conocido entre nosotros como proporcional puro con corrección Hare (o del resto mayor), divide el total de habitantes del país entre un número superior a 30000 y ese cociente lo aplica a cada estado. Se reparte según los números enteros y los representantes no repartidos se les dan a los restos mayores hasta llegar al número total.

<sup>555</sup> Las opiniones de Henry Knox (secretario de Guerra), Alexander Hamilton (secretario del Tesoro), Thomas Jefferson (secretario de Estado) y Edmund Randolph (Fiscal General), así como los resúmenes realizados por Tobias Lear, secretario personal de Washington, y el *statement* del veto pueden consultarse en: <https://founders.archives.gov/ancestor/GEWN-05-10-02-0118>

<sup>556</sup> *Opinion on the Bill apportioning Representation*, 4 de abril de 1792. Volumen III. Págs. 201-211.

<sup>557</sup> Véase en *The Debates and Proceedings of the Congress of the United States. Second Congress*. Gales and Seaton. Washington DC. 1849. Col. 539. “Gentlemen of the House of Representatives: I have maturely considered the Act passed by the two Houses, intituled “An Act for an apportionment of Representatives among the several States according to the first enumeration;” and I return it to your House, wherein it originated, with the following objections. First—The Constitution has prescribed that representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers: and there is no one proportion or divisor which, applied to the respective numbers of the States will yield the number and allotment of representatives proposed by the Bill. Second—The Constitution has also provided that the number of Representatives shall not exceed one for every thirty thousand; which restriction is, by the context, and by fair and obvious construction, to be applied to the separate and respective numbers of the States: and the Bill has allotted to eight of the States, more than one for thirty thousand.”

<sup>558</sup> *An Act for apportioning Representatives among the several States, according to the first enumeration*, 1 Stat. 253 (1792).

para lo cual el tamaño de la Cámara pasó de los ciento veinte representantes en la ley vetada a los ciento cinco, que se distribuyeron en la ley aprobada con la metodología jeffersoniana<sup>559</sup>.

La correcta proporcionalidad entre los distritos y su población fue un problema que acompañó a Jefferson. En 1791 le escribió a Archibald Stuart que la mejor forma de reforzar a los estados frente a la inevitable tendencia monárquica del Gobierno General es tener un gobierno sabio y que, en lo que a la legislatura respecta, consiste en disminuir el número de legisladores, aumentar algo su mandato y hacer una proporción igual respecto a los electores<sup>560</sup>. En 1816 animó a que se revisara la Constitución y la legislación de Virginia porque entre un tercio y la mitad de la población, que pagaba impuestos, no tenía representación en la legislatura estatal<sup>561</sup>.

No tanto la extensión de la cámara y la menor proporción entre electores y representante, sino la misma proporción entre ellos es fundamento de un gobierno sabio. ¿Por qué? Porque un sistema que no guardase igual proporción para todos daría más peso al voto de unos ciudadanos respecto al voto de otros. Se rompería la igualdad.

La necesidad constante de definir los diferentes distritos para muchas de las elecciones produjo bien temprano la aparición de manipulaciones electorales basadas en las variaciones interesadas de los distritos electorales, lo que se denominó *Gerrymandering*<sup>562</sup>. En 1789 Jefferson achacaría a este tipo de maniobras la derrota de James Madison en la elección por el estado de Virginia:

El señor Madison quedó fuera como senador por ocho o nueve votos; Henry ha modelado los distritos electorales de los representantes, uniendo el condado de Orange con condados donde él mismo tiene gran influencia, y así Madison no puede ser elegido a la Cámara baja federal, que era el lugar donde le hubiera gustado servir y no en el Senado.<sup>563</sup>

---

<sup>559</sup> Se suele comparar el Método Jefferson con el Método D'Hontd. Ambos coinciden en los resultados, aunque el procedimiento y los cálculos son diferentes.

<sup>560</sup> *Carta a Archibald Stuart*, 23 de diciembre de 1791. Volumen VIII. Págs. 276-277.

<sup>561</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág 21.

<sup>562</sup> A la manipulación electoral que se realiza por medio de alteraciones arbitrarias de los distritos electorales se le conoce por el nombre de *Gerrymandering* en honor (dudoso) del gobernador demócrata-republicano de Massachusetts, y corresponsal de Jefferson, Elbridge Gerry, que redibujó un mapa de distritos para beneficiar a su partido. El texto que reproducimos en la siguiente nota es anterior al nacimiento *oficial* del *Gerrymandering*.

<sup>563</sup> *Carta a William Short*, 9 de febrero de 1789. Volumen VII. Págs. 283. "Mr. Madison was left out as a senator by eight or nine votes; and Henry has so modelled the districts for representatives, as to tack Orange to counties where he himself has great influence, that Madison may not be elected into the lower federal House, which was the place he had wished to serve in, and not the Senate."

En la línea de las reformas que entendía necesarias para la Constitución de Virginia, que se encuentran sintetizadas en la precitada carta a John Taylor y en la carta a Samuel Kercheval de 1816, insistió Jefferson en la revisión de los distritos electorales, dado que las variaciones demográficas habían sobrerrepresentado a algunos distritos, infrarrepresentado a otros y a muchos ciudadanos los habían dejado sencillamente sin representación, llegando las cámaras a ser escasamente un pálido reflejo de los virginianos<sup>564</sup>:

En la legislatura, la Cámara de Representantes es elegida por menos de la mitad del pueblo y sin proporción entre los representantes y quiénes les eligen. El Senado es todavía más desproporcionado y para largos mandatos de irresponsabilidad.<sup>565</sup>

Existían propuestas tendentes a tener en cuenta a la totalidad de la población a la hora de ampliar el sufragio, pero Jefferson las rechaza en primer lugar porque los niños no tienen juicio, la participación de las mujeres llevarían a la depravación<sup>566</sup> y contabilizar a los esclavos<sup>567</sup>, como en la regla de los tres quintos<sup>568</sup>, es solamente algo propio de la Constitución de los Estados Unidos y fruto de los difíciles acuerdos alcanzados<sup>569</sup>.

La gran objeción histórica al Senado de los Estados Unidos es la desproporcionalidad entre la población de los estados y su representación, puesto que la Constitución dispone que serán dos los senadores para cada uno de los estados, independientemente de su población y que tal número de senadores de cada estado no puede ser cambiado sin la anuencia del estado afectado<sup>570</sup>.

Jefferson tenía la experiencia personal del Segundo Congreso Continental donde cada una de las colonias, luego estados, tenían el mismo voto, aunque sus representantes

---

<sup>564</sup> El problema de la existencia de gran desproporción entre los distritos electorales se vivió en el Reino Unido hasta la *Representation of the People Act* de 1832, ya que existían importantes ciudades sin representación o ciudades sin población, pero con representación parlamentaria.

<sup>565</sup> *Carta a Samuel Kercheval*, 12 de julio de 1816. Volumen XV. Págs. 33-34. "In the legislature, the House of Representatives is chosen by less than half the people, and not at all in proportion to those who do choose. The Senate are still more disproportionate, and for long terms of irresponsibility."

<sup>566</sup> El voto con papeleta no estaba extendido y en muchos lugares las elecciones se realizaban en asambleas donde los votos se expresaban oralmente. Ello explica las palabras de Jefferson y su actitud puritana. Todavía en 1819 los capítulos 50 y 51 de *The Revised Code of the Laws of Virginia* (Volumen I. Thomas Ritchie. Richmond. 1819) establecían la obligatoriedad de asambleas electorales, con llamada nominal y voto público, para elegir a los representantes al Congreso de los Estados Unidos y los miembros de la Asamblea General de Virginia.

<sup>567</sup> *Carta a Samuel Kercheval*, 5 de septiembre de 1816. Volumen XV. Págs. 71-72.

<sup>568</sup> Como indica Jefferson la regla de computar los tres quintos de la población esclava para la representación en la Cámara de Representantes (indirectamente para la elección del Presidente) y para establecer los impuestos es fruto de otro de los complicados acuerdos de la Convención Constitucional que no son extensibles como principio a los estados.

<sup>569</sup> *Carta a Samuel Kercheval*, 5 de septiembre de 1816. Volumen XV., Pág. 72.

<sup>570</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo V.

podieran ser múltiples. Era también conocedor de como la Convención de Filadelfia tuvo que llegar a este acuerdo para componer el Senado y poder así salir de un punto muerto en el que los estados más pequeños se veían amenazados por los estados más grandes, que en un sistema proporcional no necesitarían de ellos para tomar decisiones.

El Senado de 1787 hizo que los estados pequeños mantuviesen un fuerte papel en la política federal<sup>571</sup> y que el juego mayoritario se trasladase a la Cámara de Representantes. La concepción del Senado como participación de los estados en el Gobierno Federal hacía comprensible esta situación que Jefferson no propone enmendar, aunque la restringe al Senado de los Estados Unidos, seguramente porque es fruto de unas circunstancias no extensibles.

Thomas Jefferson mantiene, como acabamos de indicar, que el ejercicio de la ciudadanía política pertenece únicamente a los varones blancos<sup>572</sup>, excluyéndose a las mujeres por razones de moralidad<sup>573</sup> y a los negros<sup>574</sup> por la imposibilidad de la convivencia con los blancos, pero sí deja abierta la posibilidad a la participación política de los indios. No hace diferencia en la capacidad política entre los blancos de acuerdo a motivos religiosos.

La Constitución no especifica cómo han de elegirse los representantes en la Cámara de Representantes por cada estado<sup>575</sup>, ni cómo hacer lo propio con los miembros del Colegio Electores, o electores, que han de decidir quién ha de ser el Presidente de los Estados Unidos. Cada decisión y cada forma de elección,

---

<sup>571</sup> De acuerdo con la proyección de la Oficina del Censo para el año 2016 en los veinticinco estados menos poblados, con cincuenta senadores, hay una población de 52.264.293 habitantes (16,2%), por el contrario en los veinticinco estados más poblados, también con cincuenta senadores, nos encontramos a 270.182.050 habitantes (83.8%).

<sup>572</sup> Como ya hemos señalado respecto a las propuestas jeffersonianas de enmiendas constitucionales para la incorporación de Luisiana y la Florida únicamente se otorgaba la ciudadanía a los hombres libres blancos.

<sup>573</sup> De hecho Jefferson no solamente excluye a las mujeres del sufragio activo, sino también del ejercicio de un puesto en el Gobierno Federal al rechazar una propuesta realizada por el secretario del Tesoro, Albert Gallatin, de nombrar a una mujer para un puesto en el gobierno. Le contesta al secretario Gallatin que la sociedad ni él estaban preparados. *Carta a Albert Gallatin*, 13 de enero de 1807: "The appointment of a woman to office is an innovation for which the public is not prepared, nor am I". Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-4862>

<sup>574</sup> Jefferson indica que el hecho de ser negro no implica ser esclavo, porque la esclavitud es una condición jurídica diferente de la raza pues se nacía esclavo o libre según fuera la condición jurídica de la madre. De hecho llega a plantear la posibilidad teórica que una persona que fuera blanca en tres cuartas partes, naciera esclava. *Carta a Francis C. Gray*, 4 de marzo de 1815. Volumen XIV. Pág. 270.

<sup>575</sup> No es hasta 1842 cuando una Ley del Congreso obligó a los estados a realizar la elección de los representantes en distritos uninominales. Cf. Sección 2 de *Act for the apportionment of Representatives among the several States according to the sixth census*, 5 Stat. 491 (1842). Se permitieron algunas excepciones, por tamaño de la delegación o por condiciones específicas, de modo que la última elección de representantes por *general ticket* fue en el estado de Hawaii en 1968.

evidentemente, tienen consecuencias diferentes sobre la proporcionalidad entre la voluntad de los votantes y el resultado final.

Como señalaremos solamente en una minoría de estados los electores del Presidente (miembros del Colegio Electoral) eran votados por el pueblo. De los seis estados en los que los electores eran elegidos por los votantes en 1800, por ejemplo, sólo Kentucky, Maryland y Carolina del Norte lo hacían mediante elecciones uninominales (un elector por distritos habiendo tantos distritos como electores le correspondieran al estado).

Tanto la elección por las legislaturas estatales, como la basada en el *general ticket*<sup>576</sup>, imposibilitaban de hecho la representación de las minorías, dado que en ambos casos normalmente conseguirán ser elegidos todos los candidatos propuestos por la mayoría, para lo que Jefferson propone dos remedios: la elección popular de los electores y que esta elección se haga en distritos<sup>577</sup>. Si las minorías hubieran podido obtener representación en el Colegio Electoral en todos los estados, el mapa de apoyos entre federalistas y demócratas-republicanos se hubiera modificado sustancialmente<sup>578</sup>.

El mismo año de la tormentosa elección que terminaría encumbrando a Thomas Jefferson a la Presidencia de los Estados Unidos, éste le comentó a James Monroe, entonces gobernador de Virginia y futuro quinto Presidente, que si en vez de dividirse el país en tantos distritos como estados a la hora de elegir al Presidente, la división fuera en tantos distritos como miembros del Colegio Electoral, el sentimiento de la totalidad del pueblo de los Estados Unidos hubiera arrojado un resultado diferente<sup>579</sup>.

Es cierto que un sistema de distritos uninominales abre la posibilidad a que los electores de un estado se dividan, una posibilidad más lejana en el caso del *general ticket* e imposible en el sistema actualmente dominante de *winner-takes-all* (que es el

---

<sup>576</sup> En el sistema del *general ticket* cada votante dispone de tanto votos como número de puestos a elegir, sea en una o en varias papeletas. La tendencia normal es que todos los votos de un individuo vayan a los candidatos de un mismo partido, de forma que el partido ganador se hará normalmente con todos los representantes al ser sus candidatos los más votados. En España la legislación electoral, con el fin de evitar este efecto en las elecciones a senadores en las provincias peninsulares, otorga tres votos a cada votante pero se eligen cuatro senadores, de forma que el candidato más votado del primer partido minoritario también suele ser elegido.

<sup>577</sup> Entre 1800 y 1800 el 95.1% de las elecciones celebradas con el sistema de *general ticket* produjeron delegaciones estatales monopartidistas, mientras que esto sólo se dio en 27.7% de los casos en los que la elección fue por distritos. Cf. Erik J. Engstrom: *Partisan Gerrymandering and the Construction of American Democracy*. University of Michigan Press. Ann Arbor, 2013. Pág. 24.

<sup>578</sup> *Carta a Robert R. Livingstone*, 10 de octubre de 1802. Volumen X. Pág. 336.

<sup>579</sup> *Carta a James Monroe*, 12 de enero de 1800. Volumen X. Pág. 135.

empleado actualmente en todos los estados salvo en Nebraska y Maine<sup>580</sup>), según el cual el candidato más votado en el estado (o en el Distrito de Columbia) se lleva todos los electores.

Jefferson no cuestiona el sistema mayoritario uninominal, más bien lo considera una forma de garantizar la representación de la minoría. Las consideraciones de Jefferson respecto del efecto mayoritario de *general ticket* no solamente se restringían a la Elección al Presidente, puesto que este sistema era empleado por algunos estados para la elección popular de sus representantes al Congreso, de forma que reforzaba al partido más fuerte en el estado y la delegación del estado en el Congreso era monocolor<sup>581</sup>. Además de las evidentes intenciones partidistas, la uniformidad de la delegación del estado acrecentaba el peso del mismo en la política nacional y, también, reforzaba el papel de los partidos a la hora de seleccionar a los futuros congresistas. Aunque hoy precisamente el sistema mayoritario uninominal se considera poco respetuoso con las minorías<sup>582</sup>, para Jefferson constituye una forma de que estén presentes y obtengan representación, habida cuenta que las elecciones en distritos mayoritarios plurinominales terminaban en resultados no plurales<sup>583</sup>.

En todo caso hay que señalar que no se atisba ninguna forma de elección proporcional en el pensamiento electoral de Jefferson, pese a que ya se observasen problemas como el *gerrymandering* o la infrarrepresentación de las minorías. La solución por él propuesta era el sistema mayoritario uninominal frente al sistema más monopolista del *general ticket*<sup>584</sup>.

En la actualidad los sistemas de representación proporcional gozan de una gran extensión y de reconocimiento. Esta forma de elección tuvo un largo camino que

---

<sup>580</sup> Ambos eligen un elector en cada distrito para la Cámara y dejan dos para que sean elegidos para el candidato más votado en la totalidad del estado. En Nebraska hubo división en el voto electoral en 2008 (McCain 3 – Obama 1) y en Maine en 2016 (Clinton 3 – Trump 1).

<sup>581</sup> A título de ejemplo, para la Cámara de Representantes del 7º Congreso (1801-1803) los estados de Connecticut, Georgia, New Hampshire, New Jersey y Rhode Island eligieron a sus representantes por *general ticket* y estas cinco delegaciones resultaron ser unipartidistas (dos federalistas y tres demócrata-republicanas). En los cuatro congresos que se eligieron durante la Presidencia de Thomas Jefferson (7º, 8º, 9º y 10º) los siete representantes de Connecticut, donde se empleaba el *general ticket*, fueron todos federalistas, mientras que siempre hubo representantes federalistas entre los elegidos en Virginia donde se empleaban los distritos uninominales. Vid. Andrew R. Dodge y Betty K. Koed (eds.): *Biographical Directory of the United States Congress*. Government Printing Office. Washington DC, 2006. Págs. 59-70.

<sup>582</sup> Dieter Nohlen: *Sistemas electorales y partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica. México, 2004. Págs. 124-125.

<sup>583</sup> Eris J. Engstrom: "The United States: the Past – Moving from Diversity to Uniform Single-Member Districts" en Josep Maria Colomer (ed.): *Handbook of Electoral System Choice*. Palgrave McMillan. Houndmills y Nueva York, 2004. Pág. 159.

<sup>584</sup> El nuevo diseño de los distritos electorales llevó a los republicanos a ganar todas las elecciones federales casi sin problemas, incluso la de mitad de mandato. Erik J. Engstrom: *Op. Cit.*, pág. 36.



recorrer hasta que se aplicó por primera vez en las elecciones nacionales (Bélgica en 1900). Los problemas que Jefferson pretendía atajar con la elección mayoritaria uninominal se han solucionado aplicando sistemas de elección proporcional, porque el sistema mayoritario uninominal no aporta una solución global a la representación de las minorías.

## 6. Representación y Republicanismo. Limitación de mandatos

El Republicanismo jeffersoniano puede sintetizarse como la *lex majoris partis* entre “individuos con iguales derechos”<sup>585</sup>.

La Cámara de Representantes era y es elegida por los ciudadanos, mientras que el Presidente lo era y es por medio de un Colegio Electoral; los senadores eran elegidos por las legislaturas estatales. Por ello que Jefferson mantiene que la institución más republicana, entiendo como republicana la más representativa, era la Cámara de Representantes, seguida de la Presidencia, el Senado y finalmente la Judicatura<sup>586</sup>, a la que dedicaremos el Capítulo VII.

El hecho de que la Cámara de Representantes sea la rama popular del poder legislativo<sup>587</sup> se debe no solamente a la elección directa, sino a la brevedad del mandato de los representantes (dos años), que permite que estos sean expresión de la voluntad presente y cambiante de los ciudadanos.

La representación no conllevaría para Jefferson la pérdida de control popular, sino todo lo contrario: ser elegido implicaría asumir una responsabilidad exigible electoralmente por los votantes. Jefferson sostuvo que:

El experimento completo de un gobierno democrático, pero representativo, estuvo y todavía nos está reservado. La idea (tomada, de hecho, de un pequeño modelo anteriormente existente, pero ahora ya perdido, en la constitución inglesa) ha sido llevada por nosotros, en mayor o menor cuantía, a todos nuestros departamentos ejecutivos y legislativos, pero no ha sido impulsada todavía, por ninguno de nosotros, a todas las ramificaciones del sistema, tan lejos que no se permita que haya ninguna autoridad que no sea responsable ante el pueblo. Los derechos del pueblo al ejercicio y fruto de su propia diligencia no pueden ser nunca protegidos contra el egoísmo de los gobernantes que no están sujetos al control popular en periodos cortos.<sup>588</sup>

<sup>585</sup> *Carta a Alexander von Humboldt*. 13 de junio de 1817. Volumen XV. Pág. 127. “The first principle of republicanism is, that the *lex majoris partis* is the fundamental law of every society of individuals of equal rights.”

<sup>586</sup> *Carta a John Taylor*, 23 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 21.

<sup>587</sup> *Carta a Edward Rutledge*, 30 de noviembre de 1795. Volumen IX. Pág. 315.

<sup>588</sup> *Carta a Isaac H. Tiffany*. 26 de agosto de 1816. Volumen XV. Págs. 65-66. “The full experiment of a government democratical, but representative, was and is still reserved for us. The idea (taken, indeed,

La concurrencia a repetidas elecciones era la mejor forma de controlar a los representantes. El alargamiento de los mandatos llevaba a la pérdida de control por parte de los ciudadanos: “Un gobierno de representantes elegidos por el pueblo para periodos cortos, fue nuestro objetivo y nuestra máxima en ese día fue que *donde termina la elección anual, comienza la tiranía*”<sup>589</sup>

Si bien las repetidas elecciones eran predicables de los miembros de las cámaras más numerosas de las legislaturas, no lo era de la Presidencia, ni del Senado. Tanto Presidencia como Senado presentaban caracteres que los hacían poco propicios para el control de los ciudadanos.

La elección indirecta del Colegio electoral propiciaba que el control ciudadano fuera mucho más difícil. Era una cuestión tan importante que Jefferson, como vimos, propone que los electores fueran elegidos directamente por los ciudadanos en distritos<sup>590</sup> (y así visibilizar a la minoría en cada estado). Al final de sus días llegó a proponer que se prescindiera del Colegio Electoral y que el Presidente fuera elegido directamente por los ciudadanos<sup>591</sup>.

Desde que se presentó la Constitución tras la Convención de Filadelfia, Jefferson objetó que no se hubieran limitados los mandatos del Presidente y de los senadores, de hecho él consideraba que no había forma humana de hacer caer al Presidente en ejercicio, institución a la que caricaturizaba:

Su presidente parece una mala versión de un rey polaco. Puede ser elegido de cuatro años en cuatro años de por vida. La razón y la experiencia nos prueban, que un magistrado jefe, así de perdurable, es un cargo de por vida. Cuando una o dos generaciones hayan comprobado que se trata de un cargo de por vida, en todas las ocasiones [que se encuentre vacante] se volverá merecedor de intriga, soborno, fuerza e incluso de injerencia extranjera. Será de gran importancia para Francia e Inglaterra que América sea gobernada por un francófilo o por un anglófilo. Una vez en el cargo, y con la fuerza militar de la Unión, sin la ayuda o el control de un consejo, no sería destronado

---

from the little specimen formerly existing in the English constitution, but now lost) has been carried by us, more or less, into all our legislative and executive departments; but it has not yet, by any of us, been pushed into all the ramifications of the system, so far as to leave no authority existing not responsible to the people; whose rights, however, to the exercise and fruits of their own industry, can never be protected against the selfishness of rulers not subject to their control at short periods.”

<sup>589</sup> *Carta a Samuel Adams*, 26 de febrero de 1826. Volumen X. Pág. 153. “A government by representatives, elected by the people at short periods, was our object; and our maxim at that day was, ‘where annual election ends, tyranny begins;’”

<sup>590</sup> *Carta a James Monroe*, 12 de enero de 1800. Volumen X. Pág. 135.

<sup>591</sup> *Carta a Robert J. Garnett*, 14 de febrero de 1824. Volumen XVI. Pág. 14.

fácilmente, incluso si se pudiera inducir a la gente a retirar sus votos. Deseo que al final de los cuatro años, lo hayan hecho inelegible para siempre por segunda vez.<sup>592</sup>

La limitación de mandatos es una característica inconfundible del Republicanismo clásico, dado que, tanto en Grecia como en Roma, existieron normas que establecían límites al desempeño de una magistratura o del conjunto de las magistraturas. De hecho los intentos restauradores del buen ser de la República Romana pasaron normalmente por modificaciones legislativas tendentes al restablecimiento de la anualidad efectiva de las magistraturas, como sucedió con las leyes silanas<sup>593</sup> y con las leyes aprobadas tras el asesinato de Julio César<sup>594</sup>.

La conversión de una magistratura electiva en una monarquía material, por más que haya elecciones periódicas, parte de algunos presupuestos sociales y políticos que conviene explicitar.

El primer presupuesto es que un candidato en el poder tiene una posición de ventaja frente a otro candidato que no se encuentra en el poder, en primer lugar porque normalmente es más conocido para los votantes y, en segundo lugar, porque cabe la posibilidad de que en el ejercicio del cargo haya urdido una red clientelar o de intereses que le permita una fácil reelección. Naturalmente las ventajas incorrectas del ejercicio del poder se afianzan con el tiempo, de modo que es más posible que se den en mandatos largos que cortos, donde el cargo tiene que comparecer al poco de ser elegido nuevamente ante las urnas.

Las ventajas, morales e inmorales, de los cargos electos a la hora de enfrentarse a una reelección hacían que las posibilidades de ser batidos en las urnas disminuyeran

---

<sup>592</sup> *Carta a John Adams*, 13 de noviembre de 1787. Volumen VI. Pág. 370. "Their President seems a bad edition of a Polish King. He may be elected from four years to four years, for life. Reason and experience prove to us, that a chief magistrate, so continuable, is an office for life. When one or two generations shall have proved that this is an office for life, it becomes, on every occasion, worthy of intrigue, of bribery, of force, and even of foreign interference. It will be of great consequence to France and England, to have America governed by a Galloman or Angloman. Once in office, and possessing the military force of the Union, without the aid or check of a council, he would not be easily dethroned, even if the people could be induced to withdraw their votes from him. I wish that at the end of the four years, they had made him forever ineligible a second time."

<sup>593</sup> La *Lex Cornelia de Magistratibus*, fundamental en la restauración republicana de Sila, establecía estrictas regulaciones tanto en lo referente a la edad para poder ser elegido para las diferentes magistraturas y el intersticio que debía darse entre el ejercicio de una magistratura para ser reelegido en una misma magistratura, que en el consulado era de diez años. José Manuel Roldán Hervás: *Op. Cit.*, Tomo I. Págs. 500-501.

<sup>594</sup> Recordemos la supresión de la dictadura a propuesta del cónsul Marco Antonio tras el asesinato de Cayo Julio César como consecuencia de una conspiración republicano-aristocrática. José Manuel Roldán Hervás: *Op. Cit.*, Tomo II. Pág. 12. Cicerón (*Filípicas* I, 3. Gredos. Madrid, 2006) indica que los senadores dieron la *auctoritas patrum* al proyecto de ley sin debate, aprobando el texto presentado por Marco Antonio sin modificación alguna.

con el paso del tiempo, de modo que en un plazo relativamente corto de tiempo podía aparecer una aristocracia electiva pero vitalicia. Thomas Jefferson se refiere a *rotation* como el principio sobre el que se fundamenta la limitación de mandatos, esto es, la necesidad para la salud de la República de que el ejecutivo y el legislativo cambien de miembros cada cierto tiempo<sup>595</sup>. En caso contrario estaríamos ante el advenimiento de una república aristocrática, esto es, de una no-república porque en Jefferson aristocracia y república se excluyen.

Jefferson acepta que la República de los Estados Unidos no es una *pure democracy* (democracia pura o democracia directa), sino una democracia de segundo grado y que por tanto, de acuerdo con Montesquieu y los tratadistas anteriores, han dado un paso hacia la aristocracia. Jefferson es consciente de que elección implica aristocracia y que, en política, hay movimientos que a falta de obstáculos generan inercias, que difícilmente se pueden parar pasado un determinado momento. Urge a tomar medidas y garantías contra el *appetitus aristocraticus* como son las elecciones frecuentes y sobre todo la limitación constitucional de mandatos (*rotation*).

La existencia de rotación permite que el gobierno pueda ser un asunto de más ciudadanos y no solamente de un grupo más o menos cerrado y casi cooptativo; se trata de dar preferencia al ciudadano-legislador frente al legislador profesional. La rotación en los puestos del gobierno, en cualquiera de sus ramas, impediría o dificultaría, como haremos referencia más adelante, que el poder pueda caer en manos de un déspota “republicano”, ya que los ciudadanos no van a permitir perder un poder que en distintos niveles todos ejercen o han ejercido.

Alexander Hamilton, en el capítulo LXXII de *The Federalist Papers*, defiende la no limitación de mandatos del Presidente, con los siguientes cinco argumentos<sup>596</sup>. El primero, que la limitación de mandatos eliminará los alicientes que hacen que el interés personal se alinee con el bien común. El segundo, que aumenta el riesgo de que el Presidente caiga en tentaciones mercenarias o de acaparamiento de riqueza que, en el caso de un hombre ambicioso, puede llevar al autogolpe. El tercero, que se priva a la comunidad política de la experiencia que el Presidente va acumulando en el ejercicio de su cargo. El cuarto, la imposibilidad de recuperar para la Presidencia a determinadas personas en momentos de grandes crisis nacionales o tener que cambiar al Presidente

---

<sup>595</sup> Véase *Carta a William Carmichael*, 11 de diciembre de 1787. Volumen VI. Págs. 380-382; *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 389; *Carta a William Carmichael*, 27 de mayo de 1788. Volumen VII. Págs. 28-29; *Carta al coronel Carrington*, 27 de mayo de 1788. Volumen VII. Págs. 36-37; *Carta a E. Rutledge*, 18 de junio de 1788. Volumen VII. Pág. 81; *Carta a James Madison*, 31 de julio de 1788. Pág. 99. *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 21.

<sup>596</sup> Alexander Hamilton: “The Federalist 72” en *The Federalist Papers*. Págs. 354-358.

durante una guerra<sup>597</sup>. El quinto, la limitación de mandatos constituiría un impedimento constitucional para la estabilidad de la administración, produciendo un cambio continuo en las medidas adoptadas<sup>598</sup>.

George Washington en 1796, al llegar el final de su segundo mandato en marzo de 1797, decidió no concurrir para un tercer periodo e inauguró la costumbre de que los presidentes no estuvieran en el cargo más de dos mandatos consecutivos. Los motivos de George Washington estuvieron más relacionados con su estado de salud y la edad que con la necesidad republicana de rotación en los cargos, como él mismo indica en su Discurso de Despedida<sup>599</sup>.

Thomas Jefferson asumió el precedente del primer presidente, lo reinterpreto desde sus convicciones políticas y abandonó la Presidencia sin intentar un tercer mandato. No optar a una tercera elección y el hecho de haber sido ya reelegido, hizo que nuestro autor variara su postura sobre la imposibilidad de reelección:

Originalmente mi opinión fue que el Presidente de los Estados Unidos debería haber sido elegido por siete años y no ser elegible nunca más. Desde entonces he creído sensato que siete años es demasiado tiempo para ser inamovible y que debería existir una vía pacífica para retirar a un hombre que lo está haciendo mal en la mitad del mandato. El servicio por ocho años, con un poder para removerlo al final de los primeros cuatro, me ha parecido correcto por la experiencia y siendo fiel a esto decido retirarme al final del segundo mandato. El peligro es que la indulgencia y los apegos de la gente mantendrán a un hombre en el sillón después de que se vuelva senil, que la reelección a través de la vida se vuelva habitual, y la elección de por vida sea su consecuencia.<sup>600</sup>

---

<sup>597</sup> Una interpretación muy extendida de los motivos por los que Franklin Delano Roosevelt aspiró y consiguió un tercer mandato en 1940 tienen relación con el ambiente bélico y la situación en Europa. Cf. Roger Daniels: *Franklin D. Roosevelt. The War Years, 1939-1945*. University of Illinois. Urbana, Chicago y Springfield. 2015. Págs. 78-79 y 82-90. No deja de ser curioso que Harry S. Truman, que fuera elegido Vicepresidente en 1944 en la candidatura de Roosevelt, fuera mantenido fuera de todas las decisiones bélicas hasta el mismo día en el que juró el cargo de Presidente.

<sup>598</sup> Desde finales del siglo XIX la Administración Federal de los Estados Unidos ha prodigado esfuerzos por desterrar el *Spoils System*. Los esfuerzos legislativos desde la *Pendleton Act* de 1883 (*An Act to regulate and improve the civil service of the United States*, 22 Stat. 403) han conseguido que no haya cambios radicales en la Administración cada nuevo presidente, casi como la creación de agencias independientes, aunque el número de puestos de designación política aún ascienden a más de 4000. De todas formas hay que precisar que, a diferencia de otros países, el servicio funcional es en muchas ocasiones uno más de los trabajos desarrollados por un trabajador a lo largo de su vida.

<sup>599</sup> George Washington: "Farewell Address". "Not unconscious in the outset of the inferiority of my qualifications, experience in my own eyes, perhaps still more in the eyes of others, has strengthened the motives to diffidence of myself; and every day the increasing weight of years admonishes me more and more that the shade of retirement is as necessary to me as it will be welcome." Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/99-01-02-00963>

<sup>600</sup> *Carta a John Taylor*, 6 de enero de 1805. Volumen XI. Pág. 56-57. "My opinion originally was that the President of the United States should have been elected for seven years, and forever ineligible afterwards. I have since become sensible that seven years is too long to be irremovable, and that there

Jefferson no confiaba en la mera bondad de la costumbre y por ello trató sobre la oportunidad de una enmienda constitucional que consagrara este régimen. La limitación de mandatos no entró en vigor hasta que en 1951 se ratificó la XXII Enmienda<sup>601</sup>, tras las cuatro elecciones consecutivas ganadas por Franklin D. Roosevelt.

Además de la limitación de mandatos del Presidente, Jefferson se fijó en la posible reelección indefinida de los senadores dado que su mandato es sensiblemente mayor que el de los representantes (seis años de los primeros frente a dos de los segundos) y porque hasta la entrada en vigor de la XVII Enmienda su elección era indirecta. Consideraba que los seis años de mandato y la elección indirecta era una invitación a convertir el puesto de senador en un cargo vitalicio, conformando un poder aristocrático dentro del gobierno de los Estados Unidos<sup>602</sup>.

La limitación de mandato de los senadores no ha sido nunca establecida<sup>603</sup>, aunque en algunos estados sí se han establecido limitaciones a los mandatos de los legisladores estatales<sup>604</sup>.

Cabe preguntarnos si el temor de Thomas Jefferson se ha visto confirmado más de dos siglos después de la entrada en vigor de la Constitución. En los cincuenta primeros congresos (1789-1889)<sup>605</sup> el tiempo medio de un senador en su escaño era menor al mandato de seis años; hasta el 89º Congreso (1965-1967) la media de un senador no llegó a ser una vez y medio el sexenio constitucional y hasta el año 2005 (109º Congreso) no alcanzó los dos sexenios<sup>606</sup>. El 115º Congreso (2017-2019) tiene una *tenure* media entre los senadores de 10,1 años, estando treinta y ocho de los cien

---

should be a peaceable way of withdrawing a man in midway who is doing wrong. The service for eight years, with a power to remove at the end of the first four, comes nearly to my principle as corrected by experience; and it is in adherence to that, that I determine to withdraw at the end of my second term. The danger is that the indulgence and attachments of the people will keep a man in the chair after he becomes a dotard, that re-election through life shall become habitual, and election for life follow that.”

<sup>601</sup> Constitución de los Estados Unidos. Vigésimos Segunda Enmienda.

<sup>602</sup> Escrito al *Washington Daily International Intelligencer*, 13 de marzo de 1816. Volumen XIV. Pág. 442.

<sup>603</sup> Algunos estados establecieron límites para sus representantes en el Congreso Federal, pero el Tribunal Supremo consideró que los estados no tienen ese poder, Vid. *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995). En 1997 la Cámara aprobó una enmienda constitucional por 227 votos a favor y 204 en contra, pero no prosperó al no alcanzar los dos tercios necesarios para la reforma constitucional (<http://clerk.house.gov/evs/1997/roll021.xml>).

<sup>604</sup> Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Louisiana, Maine, Michigan, Missouri, Nebraska, Nevada, Ohio, Oklahoma y Dakota del Sur.

<sup>605</sup> Cada renovación bienal de la Cámara de Representantes, acompañada de una sección del Senado (una tercera parte de sus miembros), da inicio a un nuevo Congreso de los Estados Unidos.

<sup>606</sup> Matthew Eric Glassman y Erin Hemlin: “Average Years of Service for Members of the Senate and House of Representatives, 1st - 111th Congresses”. Congressional Research Service – Library of Congress. 2 de noviembre de 2010.

senadores en su primer mandato y sesenta y dos ya habrían superado la limitación jeffersoniana<sup>607</sup>.

No albergaba los mismos temores Jefferson sobre la Cámara de Representantes, por su mandato de dos años y por la elección directa, pero en el 115º Congreso (2017-2019), la *tenure* media de los representantes eran de 9,4 años, cerca de la media senatorial y supera en casi cinco veces el bienio, que es la duración de su mandato<sup>608</sup>.

Un estudio del *Congressional Research Center* calculaba que desde 1789 a 2006 habían servido como representantes y/o senadores 11.754 personas. De éstas solamente 224 hubieron permanecido más de treinta años en el Congreso, la gran mayoría de casos posteriores a la Guerra Civil, cuando la profesionalización era un hecho cada vez más extendido<sup>609</sup>. En la actualidad nueve de los cien senadores llevan un tiempo de servicio superior a los treinta y cinco años, mientras que esto sólo sucede en cinco de los cuatrocientos treinta y cinco representantes. La limitación de mandatos, establecida en algunos estados, ha estado muy lejos de conseguir sus objetivos de un legislador ciudadano y la desaparición de las carreras políticas, de acuerdo con los datos empíricos<sup>610</sup>.

En el caso de la limitación de mandatos de la Presidencia es difícil de valorar los efectos de la falta de limitación de mandatos, habida cuenta que muchos presidentes respetaron el precedente establecido por George Washington de no optar a un tercer mandato, pero otros fracasaron al intentar el tercer mandato y el único que no lo respetó exitosamente fue Franklin D. Roosevelt. Las valoraciones sobre las consecuencias de los cuatro mandatos de Roosevelt son numerosas y con sumo riesgo de partidismo, pero lo cierto es que fue la única experiencia<sup>611</sup>.

---

<sup>607</sup> Los resultados del 115º Congreso son de elaboración propia a partir de los datos biográficos de los senadores publicados en <http://bioguide.congress.gov>

<sup>608</sup> Jennifer E. Manning: "Membership of the 115<sup>th</sup> Congress: A Profile". Congressional Research Service – Library of Congress. 18 de enero de 2018. En la actualidad uno de los problemas de las elecciones son la escasa competitividad en numerosos distritos, sobre todo en las elecciones estatales. Carl Klarner, de la Universidad de Harvard, realizó un estudio para el portal político "Ballotpedia" en el que se concluye la progresiva pérdida de competitividad en las elecciones tanto estatales como federales. Disponible en: [https://ballotpedia.org/Competitiveness\\_in\\_State\\_Legislative\\_Elections:\\_1972-2014](https://ballotpedia.org/Competitiveness_in_State_Legislative_Elections:_1972-2014)

<sup>609</sup> Mildred Amer: "Members Who Have Served in the U.S. Congress 30 Years or More". Congressional Research Service – Library of Congress. Actualizado el 30 de enero de 2006.

<sup>610</sup> Una buena síntesis de los argumentos a favor y en contra de la limitación de mandatos (legislativos) y una valoración de la experiencia en los Estados Unidos se puede encontrar en John M. Carey: *Term limits and legislative representation*. Cambridge University Press. Cambridge y Nueva York. 1998. Págs. 184-197.

<sup>611</sup> Las funciones y la eficacia de la limitación de mandatos es objeto de discusión. El hecho de la peculiar forma de los partidos políticos produce que en los Estados Unidos un cambio de Presidente, incluso dentro del mismo partido, supone un cambio prácticamente del gobierno en todos los niveles, pero no es así en otros sistemas políticos donde los partidos tienen una fuerza mayor que los presidentes.

Si el ejercicio de la resistencia puede buscar el fin del ejercicio del poder por un gobernante, su deposición, la limitación de mandato propugnada por Thomas Jefferson institucionaliza y automatiza esa deposición sin necesidad de tener que recurrir a la ruptura constitucional y, menos aún, a la fuerza, incluso si el remedio electoral hubiera dejado de ser útil. Ni siquiera es preciso el remedio electoral, puesto que quien ha agotado sus mandatos deja de ser opción para los votantes<sup>612</sup>.

## 7. Elección y control

Las elecciones no son únicamente un modo para elegir gobernantes, sino también un procedimiento para exigir responsabilidades. Por ello, como se ha tratado anteriormente, consideraba Jefferson que los periodos cortos de mandatos<sup>613</sup> y las elecciones frecuentes son la mejor forma para que los ciudadanos controlasen efectivamente a los gobernantes, porque dan a los votantes un poder frecuente de revalidar o no su elección y los representantes no tienen oportunidad de consolidarse antes de ir a las urnas a revalidar el mandato.

La República, en su sentido material, reside en la efectividad del control de los gobernantes, pues bien puede tenerse formas republicanas y una materialidad aristocrática o monárquica<sup>614</sup>, que es la acusación fundamental que Thomas Jefferson lanzó a los federalistas: utilizar una Constitución básicamente republicana para construir una monarquía<sup>615</sup>. La Constitución para Jefferson tiene una doble interpretación, una republicana y otra aristocrática, y es por ello por lo que hay dos partidos con dos principios tan diferentes sobre un mismo texto constitucional.<sup>616</sup>

Para que unas elecciones sean el mecanismo de elección y de control deben darse algunos requisitos: proporcionalidad entre representantes y representados, mandatos cortos e incluso limitación de mandatos en algunos casos, libertad a la hora de votar y un correcto diseño del proceso.

---

<sup>612</sup> El mayor contraejemplo a las bondades democráticas de la limitación de mandatos lo ha constituido México, donde tanto la Presidencia, como los representantes y senadores federales han estado limitados a un único mandato. No por ello la corrupción ha dejado de estar presente. Una exposición interesante del caso mexicano puede verse en Josep M. Colomer: *Instituciones políticas*. Ariel. Barcelona. 2001. Págs. 190-192.

<sup>613</sup> *Sixth Annual Message*, diciembre de 1806. Volumen III. Pág. 418.

<sup>614</sup> *Carta al juez Spencer Roane*, 6 de septiembre de 1819. Volumen XV. Pág. 212.

<sup>615</sup> *Carta a Levi Lincoln*, 25 de octubre de 1802. Volumen X. Pág.

<sup>616</sup> Donde una Constitución, como la nuestra, presenta un aspecto mixto de monarquía y republicanism, sus ciudadanos naturalmente se dividen en dos tipos de opinión, de acuerdo con su estilo corporal y mental, vínculos y profesiones, les inducen a fortalecer o las características monárquicas o las características republicanas de la Constitución. Vid. *Carta a James Sullivan*, 8 de febrero de 1797. Volumen IX. Pág. 377.



El Republicanismo no es sólo una forma negativa de la forma monárquica o aristocrática, sino que tiene elementos positivos como es el control. Sostuvo Thomas Jefferson que:

En el nacimiento de nuestra república, envié esa opinión al mundo, en el borrador de una constitución anexa a las *Notas sobre Virginia*, en la que se insertaba una disposición para una representación permanentemente igual. Los inicios del asunto en ese momento, y nuestra inexperiencia de autogobierno, ocasionaron grandes desviaciones en ese borrador de genuinos cánones republicanos. En verdad, los abusos de la monarquía habían llenado tanto todo el espacio de la consideración política, que imaginábamos que era republicano todo lo que no era monarquía. Todavía no habíamos penetrado en el principio original, que **los gobiernos son republicanos solo en la medida en que encarnan la voluntad de su pueblo y la ejecutan.**<sup>617</sup> [la negrilla es nuestra]

Una confirmación de esto último podemos encontrarla en un suceso acaecido en Luisiana tras su incorporación a los Estados Unidos. Este inmenso territorio fue puesto bajo gobierno directo del Presidente y dividido en dos territorios (Orleans y Luisiana) con gobernadores nombrados por el Presidente. El territorio de Orleans vio como el Presidente nombró un consejo legislativo<sup>618</sup> y el gobernador, también nombrado por el Presidente, vetaba alguna de sus pretensiones fundamentales. Una de las cámaras llegó a votar su autodisolución en virtud de su inutilidad<sup>619</sup>, en definitiva, porque no representaban a quiénes querían y debían representar.

El pensamiento de Jefferson tiene en este punto una contradicción que en su época no era manifiesta, pero que sí lo es actualmente: relación entre la limitación de mandatos y el control de los electos, que Alexander Hamilton sí la había puesto de manifiesto. Un cargo electo que se encuentra en su último mandato no está sometido al control de los votantes porque, independientemente de cuál sea su gestión, no puede optar a la reelección, siendo ésta una consecuencia poco republicana.

---

<sup>617</sup> *Carta a Samuel Kercheval*, 12 de Julio de 1806. Volumen XV. Págs. 32-33. "At the birth of our republic, I committed that opinion to the world, in the draught of a constitution annexed to the *Notes on Virginia* in which a provision was inserted for a representation permanently equal. The infancy of the subject at that moment, and our inexperience of self-government, occasioned gross departures in that draught from genuine republican canons. In truth, the abuses of monarchy had so much filled all the space of political contemplation, that we imagined everything republican which was not monarchy. We had not yet penetrated to the mother principle, that "governments are republican only in proportion as they embody the will of their people, and execute it".

<sup>618</sup> *Carta al gobernador W.C.C. Claiborne*, 7 de julio de 1804. Volumen XI. Págs. 36-37. Salvo en la primera fase, en la que el poder legislativo estaba en manos del gobernador y de los tres jueces federales enviados al territorio, desde el principio de la ocupación del territorio se elegían legislaturas del territorio como reflejo de la conciencia democrática de la República a la que pertenecían y como aprendizaje para convertirse en estados. Gary Lawson y Guy Seidman: *The Constitution of Empire. Territorial Expansion and American Legal History*. Yale University Press. New Haven (Co.) y Londres, 2004. Págs. 124-125.

<sup>619</sup> *Carta a John Dickinson*, 13 de enero de 1807. Volumen XI. Pág. 136.

La limitación de mandatos, especialmente en el caso del Presidente, puede provocar que durante el último mandato o una parte sustancial de éste el Presidente no sea operativo, en cuanto se sabe que una porción importante de la agenda presidencial penderá del resultado de las elecciones y de que el nuevo presidente la asuma como propia<sup>620</sup>.

## 8. Representación y participación

Thomas Jefferson es consciente de que un gobierno representativo presenta problemas para la participación de los ciudadanos frente a la mayor facilidad de que se daría en una “democracia pura”. Estos problemas se agravarían en países muy poblados y extensos, como la República estadounidense. Propone nuestro autor un sistema de descentralización del gobierno que facilite la participación directa de los ciudadanos sin perder el carácter representativo.

En las cartas de Thomas Jefferson se planteaba un modelo<sup>621</sup> que parte de las unidades territoriales menores, los *wards*, hasta ascender a la misma Unión, pasando por los condados y los estados. El *ward* es un distrito de un condado y cada uno de ellos debe tener una serie de competencias tales como el mantenimiento de una escuela<sup>622</sup> y algunos servicios comunitarios, de modo que de una forma u otra todos los ciudadanos tengan una involucración activa en los asuntos públicos. La república del *ward* es la simiente para la república de segundo nivel, el condado, donde se imparte Justicia principalmente, y así luego a la república de cada estado y finalmente a la república de la Unión<sup>623</sup>.

Entendía que esta forma de organización es el lenitivo de las opresiones o de los sueños de algunos de convertirse en autócratas:

---

<sup>620</sup> Con la Presidencia de Thomas Jefferson se inauguró la era de preponderancia del Partido Demócrata-Republicano que controlaría ampliamente el Congreso y la Presidencia, de forma que el periodo final de las presidencias era productivo en cuanto que el sucesor implícitamente designado era la persona del secretario de Estado en ejercicio.

<sup>621</sup> Es una cuestión que encontramos en numerosas cartas de las que mencionaremos las siguientes: *Carta al gobernador John Tyler*, 26 de mayo de 1810. Volumen XII. Págs. 393-394; *Carta al gobernador Wilson C. Nicholas*, 2 de abril de 1816. Volumen XIV. Págs. 451-454; *Carta a Samuel Kercheval*, 12 de Julio de 1816. Volumen XV. Págs. 37-39; *Carta a Samuel Kercheval*, 5 de septiembre de 1816. Volumen XV. Págs. 70-71; *Carta a Joseph C. Cabell*, 28 de noviembre de 1820. Volumen XV. Pág. 291; *Carta al mayor John Cartwright*, 5 de junio de 1824. Volumen XVI. Págs. 45-46.

<sup>622</sup> Desde su propuesta de Ley de Educación para Virginia en 1776 Thomas Jefferson persiguió la idea de que una unidad territorial mínima se encargase de la administración educativa. *A Bill for the More General Diffusion of Knowledge*, 18 de junio de 1779. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0079>

<sup>623</sup> *Carta a Joseph C. Cabell*, 1 de febrero de 1816. Volumen XIV. Pág. 419-420.

Las repúblicas elementales de los *wards*, las repúblicas de los condados, las repúblicas de los estados y la república de la Unión formarían una gradación de autoridades, permaneciendo cada una asentada en la ley y sosteniendo cada cual su propia esfera delegada de poderes, constituyendo verdaderamente un sistema de controles y contrapesos fundamentales para el gobierno. Donde cada hombre comparte la dirección de la república del “ward”, o de algunas de las superiores, y siente que él toma parte en la dirección del gobierno de los asuntos, no meramente en una elección un día al año, sino cada día; cuando no quede un hombre en el Estado que no sea miembro de alguno de sus consejos, grandes o pequeños, estos permitirán antes que el corazón le sea arrancado de su cuerpo que un César o un Bonaparte le arrebatase el poder.<sup>624</sup>

Este modelo pretendía defender tanto la república representativa, como las formas democráticas más directas. Jefferson recurre a la idea de que la democracia es posible en las unidades pequeñas y que la república, entendida como gobierno representativo, es la forma posible de llevar la democracia a las unidades mayores. Las unidades de menor tamaño son la escuela republicana, el lugar político en el que los ciudadanos aprenden a serlo, a ejercer el poder, a tomar decisiones, a asumir las consecuencias y a gestionar los recursos de la comunidad.

Podemos inferir que el deseo y el ideal de Jefferson es que cada nivel fuera un *seminarium* (como opuesto a un *cursus honorum*) del siguiente, de modo que nadie pudiese alcanzar un puesto destacado en la República de los Estados Unidos sin antes haber aprendido en su *ward*, en su condado y en su estado.

A pesar de que él mismo y toda la primera generación de dirigentes estadounidenses pasaron casi directamente al gobierno de los estados y al de la Nación, por la propia circunstancia histórica, este diseño institucional parece indicar el deseo de nuestro autor de evitar la creación de una aristocracia de gobierno, que no emergiera de los niveles elementales del gobierno, ni hubiera tenido contacto con ellos, esto es, lo que hoy se denomina despectivamente un *establishment*.

Esta propuesta no debe entenderse como el intento de establecer un sistema de elección de carácter piramidal. Expresamente Jefferson se pronunció contra la elección

---

<sup>624</sup> *Ibidem*. Pág. 422. “The elementary republics of the wards, the county republics, the State republics, and the republic of the Union, would form a gradation of authorities, standing each on the basis of law, holding every one its delegated share of powers, and constituting truly a system of fundamental balances and checks for the government. Where every man is a sharer in the direction of his ward-republic, or of some of the higher ones, and feels that he is a participator in the government of affairs, not merely at an election one day in the year, but every day; when there shall not be a man in the State who will not be a member of some one of its councils, great or small, he will let the heart be torn out of his body sooner than his power be wrested from him by a Caesar or a Bonaparte.”

piramidal que se preveía en la Constitución Española de 1812<sup>625</sup> y le escribió al embajador español, Luis de Onís González Vara, considerando que:

[...] la aristocracia, elevada cuatro veces [quater sublimata] por sus legisladores, porque los electores definitivos de los legisladores han sido cribados del pueblo por tres veces y pueden elegir de entre la totalidad de la nación a personas que nunca han sido nombradas por ninguno de los cuerpos electorales.<sup>626</sup>

Una interpretación *sensu contrario* nos permite inferir que Jefferson sostiene que todo nivel del gobierno debe ser elegido directamente, independientemente de la extensión territorial, de modo que la representación política es directa entre el ciudadano y el cargo electo, sea ejecutivo, legislativo o judicial.

Esta interpretación podríamos verla en su propuesta de reforma de la Constitución de Virginia, en la que insistió en la necesidad de que el gobernador del estado fuera elegido directamente por el pueblo, ya que el texto virginiano de 1776 establecía su elección por las dos cámaras del legislativo<sup>627</sup>: “El Ejecutivo es todavía menos [republicano], porque no es elegido por el pueblo directamente.”<sup>628</sup>

Cabría objetar que la elección del Presidente de los Estados Unidos es indirecta y por tanto no es propio de un sistema republicano, en la concepción jeffersoniana. Así lo reconoce nuestro autor que la salva solamente si los miembros del Colegio Electoral votan por quienes propugnaron su elección (como una especie de mandato imperativo)<sup>629</sup>.

En su correspondencia con John Adams, tras la recuperación de la amistad entre ambos que llegó después del fin de sus presidencias, insistió en la necesidad de evitar el

---

<sup>625</sup> Los artículos del 34 al 103 previeron un proceloso sistema de elecciones indirectas que parte de las juntas electorales de parroquia, las de partido y las de provincia que finalmente eligen a los diputados que serán miembros de las Cortes. Concretamente el artículo 91 estableció que: “Para ser Diputado a Cortes se requiere ser ciudadano que está en el ejercicio de sus derechos, mayor de veinticinco años, y que haya nacido en la provincia o esté vecindado en ella con residencia, a lo menos, de siete años, bien sea del estado seglar o del eclesiástico secular; pudiendo recaer la elección en los ciudadanos que componen la junta, o en los de fuera de ella.”

Disponible en: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)

<sup>626</sup> *Carta a Luis de Onís*, 28 de abril de 1814. Volumen XIV. Pág. 130. “[...] the aristocracy, *quater sublimata* of her legislators; for the ultimate electors of these will themselves have been three times sifted from the mass of the people, and may choose from the nation at large persons never named by any of the electoral bodies.”

<sup>627</sup> “A Governor, or chief magistrate, shall be chosen annually by joint ballot of both Houses (to be taken in each House respectively) deposited in the conference room.”

<sup>628</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 20. “The Executive still less, because not chosen by the people directly”. En la carta dirigida a *Samuel Kercheval* (12 de Julio de 1816. Volumen XV. Págs. 38-39) incluye la elección directa de poder ejecutivo entre las enmiendas necesarias en Virginia.

<sup>629</sup> *Ibidem*. Pág. 21.

establecimiento de una aristocracia en los Estados Unidos partiendo de la necesidad de proteger política y jurídicamente la igualdad entre los ciudadanos, de modo que la “aristocracia natural” no pueda perpetuarse artificialmente en sus descendientes.

Estas cuatro repúblicas (la república del *ward*, la del condado, la del estado y la de la Federación) eran un remedio ante las seducciones del despotismo. ¿Por qué? En primer lugar, porque dispersa el poder de modo que el despotismo, entendido como concentración del poder, no es posible; en segundo, lugar porque permite la circulación de las élites a través de la formación de élites emergentes y, en tercer lugar, porque la participación entendida como ejercicio de funciones públicas (sufragio pasivo) deja de ser un derecho efectivo para unos pocos para ser un derecho generalmente accesible. Esta última circunstancia, la participación general en los asuntos públicos, vacunará al corazón de los ciudadanos de entregar el poder que efectivamente ejerce en manos de un tirano.

Si bien la mención a César, en la carta a Joseph C. Cabell antes mencionada, era a un arquetipo histórico, la referencia a Bonaparte era política. No hemos de olvidar el aplauso de Jefferson al establecimiento de las asambleas provinciales en Francia antes de la Revolución y como la desaparición de instituciones intermedias con la República facilitó el ascenso de Napoleón hasta hacerse con todo el poder, destruyendo el régimen republicano, aunque manteniendo sus apariencias<sup>630</sup>. Los Estados en los que hay un solo punto de poder, como veremos al tratar las separaciones vertical y horizontal de poderes, son más susceptibles de perder su forma republicana.

## 9. ¿Quién es el pueblo?

El pueblo ha sido traído en numerosas ocasiones, por ello se presenta la oportunidad de dilucidar someramente el concepto de pueblo en los escritos de Thomas Jefferson. Nos preguntaremos si Jefferson tenía un concepto cultural de pueblo, el derecho al voto en relación con la pertenencia al pueblo, la relación entre pueblo y los diversos gobiernos territoriales y el pueblo y su representación en las relaciones internacionales.

---

<sup>630</sup> La paradoja ya se encuentra en el primer artículo del Senado-Consulta orgánico de 28 de floréal del año XII (18 de mayo de 1804) que establece que *Le gouvernement de la République est confié à un empereur qui prend le titre d'empereur des Français*. Una presentación del cesarismo napoleónico, más inspirado en Octavio Augusto que en Julio César, véase Javier Sanmartín: “La idea imperial en Napoleón. La simbiosis entre modernización política y tradición ideológica” en *Res Publica. Revista de Filosofía Política*. Volumen 21. 2009. Págs. 177-197.

### 9.1. *¿Espíritu del pueblo?*

El pueblo de los diferentes estados de los Estados Unidos no puede ser confundido con la población. Mujeres, indios y negros eran excluidos de la ciudadanía política.

A pesar de que nos encontramos con numerosos escritos de Thomas Jefferson en los que se muestra contrario a la esclavitud, no por ello defendió una sociedad en la que los negros fueran conciudadanos de los Estados Unidos. Apoyó las gestiones para crear una colonia negra fuera de los Estados Unidos, porque estaba convencido de que no era posible una sociedad racialmente mixta<sup>631</sup>.

Con vista a la incorporación del territorio de Luisiana a los Estados Unidos, siendo él Presidente, escribió el borrador de una enmienda constitucional con la que dar fundamento jurídico a la incorporación. En este borrador se decía expresamente que solamente los blancos serían considerados ciudadanos de los Estados Unidos. El borrador rezaba así:

Luisiana, tal y como ha sido cedida por Francia a los Estados Unidos, forma parte de los Estados Unidos. Sus habitantes blancos serán ciudadanos y estarán, tanto en sus derechos como en sus obligaciones, en pie de igualdad con los otros ciudadanos de los Estados Unidos en situaciones análogas.<sup>632</sup>

Tan importante es esta cuestión que, en la carta a James Madison, entonces su secretario de Estado, en la que reflexionaba sobre la posible adquisición legal de Florida, incluyó un borrador de enmienda para este territorio casi al pie de la letra como el de Luisiana.<sup>633</sup>

En este punto tanto Jefferson como Madison continúan la tradición jurídica que reservaba la ciudadanía estadounidense solamente a las personas blancas libres (*free white person*), criterio que se estableció en la primera Ley de naturalización de 1790 (sec. 1), en la de 1795 (sec. 1), en la celeberrima de 1798 (sec. 4) y en la de 1802 (sec.1)

---

<sup>631</sup> Véase el epígrafe 3.3.9, titulado “El derecho de resistencia de los esclavos”.

<sup>632</sup> *Carta al Secretario de Estado James Madison*, 25 de agosto de 1803. Volumen X. Pág. 412. “Louisiana, as ceded by France to the United States, is made a part of the United States. Its white inhabitants shall be citizens, and stand, as to their rights and obligations, on the same footing with other citizens of the United States in analogous situations”. Casi las mismas palabras se pueden leer en la *Carta a Levi Lincoln*, 30 de agosto de 1803. Volumen X. Pág. 417.

<sup>633</sup> *Carta al Secretario de Estado James Madison*, 25 de agosto de 1803. Volumen X. Pág. 414. “Florida also, when soever it may be rightfully obtained, shall become a part of the United States. Its white inhabitants shall thereupon be citizens, and shall stand, as to their rights and obligations, on the same footing with other citizens of the United States in analogous circumstances.”

siendo ya Thomas Jefferson el Presidente<sup>634</sup>. De hecho en la ley del censo de 1790, sección 1 *in fine*<sup>635</sup>, se subdivide la población de los Estados Unidos en las siguientes categorías: hombres blancos libres de edad igual o mayor a dieciséis años, hombres blancos libres por debajo de los dieciséis años, mujeres blancas libres, otros hombres libres<sup>636</sup> y esclavos. De tal forma la ciudadanía de los Estados Unidos solamente podía ser conferida a personas blancas libres, de modo que los habitantes libres y no blancos y los esclavos, serían súbditos (*subjects*), pero no ciudadanos (*citizens*).

El hecho de que la ciudadanía estuviera restringida a los blancos libres, limitaba a este grupo el derecho al voto. Numerosas leyes para la organización del Distrito de Columbia, de los territorios sometidos a gobierno o de conversión de estos territorios en estados de la Unión otorgan únicamente el derecho a voto a los varones blancos libres (*free white males*)

La población de la recién adquirida Luisiana provocará quebraderos de cabeza al Presidente Jefferson, ya que allí los ciudadanos [blancos] anglosajones eran una minoría, siendo mayoritarios los de origen francés y español.

Las diferencias se ven de una forma muy clara en lo relativo al Derecho Privado. El gobernador produjo una crisis política en el territorio al vetar la declaración del Derecho Francés como *Law of the Land* en lugar del *Common Law*<sup>637</sup>, un veto que podría ser considerado paradójico cuando el Congreso declaró Derecho aplicable los usos franceses y españoles en las reclamaciones de tierras en Luisiana y Orleans<sup>638</sup>. Aunque según el escrito de Jefferson dirigido a Albert Gallatin y de acuerdo con la sección segunda<sup>639</sup> (y también con la cuarta) de la ley no era tanto la incorporación del

---

<sup>634</sup> *An Act to establish an uniform Rule of Naturalization*, a Stat. 104 (1790), *An Act to establish an uniform rule of Naturalization and to repeal the act heretofore passed on that subject*, 1 Stat. 114 (1795), *An Act supplementary to and to amend the act, intituled 'An act to establish an uniform rule of naturalization; and to repeal the act heretofore passed on that subject'*, 2 Stat. 566 (1798), *An Act to establish an uniform rule of Naturalization, and to repeal the acts heretofore passed on that subject*, 2 Stat. 134 (1802).

<sup>635</sup> *An Act providing for the enumeration of the Inhabitants of the United States*, 1 Stat. 102 (1790).

<sup>636</sup> Negros libres, negros liberados o asiáticos. El censo no contaba a la población india.

<sup>637</sup> *Carta a John Dickinson*, 13 de enero de 1807. Volumen XI. Pág. 136. Un año y cuatro meses después el propio Jefferson emplea las "Costumbres de París", salvo lo alterado por las leyes españolas y del Congreso, al reclamar sobre esta base jurídica las propiedades para los Estados Unidos de las tierras emergidas en el río. Véase en la *Carta al secretario de Estado James Madison*, 19 de mayo de 1808. Volumen XII. Págs- 58-59.

<sup>638</sup> El 3 marzo de 1807 el Congreso aprobó *An Act respecting the claims to land in the territories of Orleans and Louisiana* (2 Stat. 440) en cuya sección cuarta rezaba así: "That the commissioners appointed or to be appointed for the purpose of ascertaining the rights of persons claiming land in the territories of Orleans and Louisiana, shall have full powers to decide according to the laws and established usages and customs of the French and Spanish governments, upon all claims to lands within their respective districts, [...]"

<sup>639</sup> *Ibidem*. 440-441.

Derecho Francés o Español, sino la intención de procurar seguridad jurídica a la inmensa mayoría de los propietarios<sup>640</sup>, respetando las situaciones jurídicas anteriores de acuerdo con las normas aplicables, aunque no otorgando a estas normas la condición de *Law of the Land*<sup>641</sup>.

Thomas Jefferson percibió claramente que los territorios de Orleans y Luisiana pertenecen a los Estados Unidos y estaban llamados a ser estados de la Unión, pero que tenían una identidad cultural diferente del resto de los estados, de modo que propuso un plan para modificar este estado de cosas, esto es, para *americanizar* Orleans y Luisiana.

El tercer presidente ideó una forma de “americanización” de raigambre eminentemente clásica, concretamente una institución romana: emplear el establecimiento permanente de soldados como colonos para cambiar la proporción entre los grupos idiomáticos de la población blanca y para producir cierta atracción cultural. Por medio de ciudades y campos llenos de soldados-colonos estadounidenses de nacimiento, conseguir convertir una sociedad francesa en una sociedad estadounidense, del mismo modo que los romanos consiguieron, con sus municipios y colonias, romanizar su imperio.

El plan de “americanización” de Jefferson era el siguiente:

Propongo en una conversación a los miembros del Congreso el alistamiento de treinta mil voluntarios, americanos de nacimiento, para ser llevados a cargo del erario público y establecidos inmediatamente, a cambio de una recompensa de ciento sesenta acres de tierra cada uno, en la orilla oeste del Mississippi, con la condición de prestar dos años de servicio militar si esa región fuera atacada en el plazo de siete años. La defensa de la región estaría así emplazada en su sitio y el número adicional de población podría dar derecho al territorio a llegar a ser un estado, formaría una mayoría americana y constituiría un estado americano en lugar de un estado francés. Esto no endulzaría la píldora a los franceses; pero al hacer esa adquisición tenemos alguna opinión en consideración tanto a nuestro bien como al de ellos, y creo que el mayor bien para ambos será promovido por lo que sea que nos amalgame.<sup>642</sup>

---

<sup>640</sup> *Carta a Albert Gallatin*, 29 de marzo de 1807. Volumen XI. Pág. 178.

<sup>641</sup> De todas formas hay que considerar que este régimen jurídico, aún provisional, dejó abierta la posibilidad de la incorporación de las normas francesas y españolas. Actualmente el estado de Luisiana es el único de la Unión que tiene un sistema jurídico híbrido entre el sistema continental y el del *Common Law*.

<sup>642</sup> *Carta a John Dickinson*, 13 de enero de 1807. Volumen XI. Pág. 136-137. “I propose to the members of Congress in conversation, the enlisting thirty thousand volunteers, Americans by birth, to be carried at the public expense, and settled immediately on a bounty of one hundred and sixty acres of land each, on the west side of the Mississippi, on the condition of giving two years of military service, if that country should be attacked within seven years. The defence of the country would thus be placed on the spot, and the additional number would entitle the territory to become a State, would make the majority American, and make it an American instead of a French State. This would not sweeten the pill to the



Como puede observarse Jefferson distinguía entre franceses y americanos, y más específicamente entre americanos por nacimiento que era una forma de referirse a americanos anglosajones. La Compra de Luisiana provocó nuevas necesidades militares y apoyaban a quienes defendían la existencia de un fuerte ejército permanente (mercenario), de lo que Jefferson era un radical enemigo. Esta propuesta cubre dos objetivos: la americanización de Louisiana y la defensa del territorio sin necesidad de tener tropas permanentes (mercenarias).

El 28 de febrero de 1807, seis semanas después de la idea inicial, Jefferson reconoció que todavía no había tenido éxito<sup>643</sup>. La opción de Jefferson fue la de tener lista para la movilización a una gran porción de la milicia, unos cien mil hombres, entre los que se contarían los treinta mil colonos-milicianos<sup>644</sup>. El proyecto nunca llegó a realizarse.

Aunque Jefferson, como todos los Padres Fundadores, se encuentre lejos del Romanticismo<sup>645</sup> y de la definición de pueblo en virtud de la lengua hablada, así como de las consecuencias políticas y jurídicas del pensamiento romántico, no por ello podemos negar, como acabamos de señalar, que pensaban que la sociedad estadounidense habría de mantener su base cultural y jurídica inglesa o anglosajona<sup>646</sup>.

Los Padres Fundadores no establecieron ninguna lengua como oficial en la convicción de que la lengua inglesa sería la lengua del gobierno por ser la de la sociedad. Ello no quiere decir que no se preocuparan de que los inmigrantes que llegaban a los Estados Unidos asumieran la lengua mayoritaria. De hecho Jefferson demostró un gran interés en el aprendizaje del inglés por parte de los inmigrantes y concluyó que la mayor dificultad del inglés reside en la ausencia de una regla de pronunciación fija, de modo que propuso que se establezca una para ayudar a los extranjeros en el aprendizaje del inglés y a los niños disminuir el tiempo necesario para conseguir leer<sup>647</sup>.

---

French; but in making that acquisition we had some view to our own good as well as theirs, and I believe the greatest good of both will be promoted by whatever will amalgamate us together."

<sup>643</sup> *Carta a Chandler Price*, 28 de febrero de 1807. Volumen XI. Pág. 160.

<sup>644</sup> *Carta a los gobernadores de Kentucky, Tennessee, Ohio y Mississippi*, 21 de marzo de 1807. Volumen XI. Pág. 166.

<sup>645</sup> Véase Javier Hernández-Pacheco: *La conciencia romántica*. Tecnos. Madrid, 1995.

<sup>646</sup> Jefferson se encuentra inmerso en la tradición jurídica del *Common Law*. La pertenencia a esta tradición viene marcada por la emigración inglesa originaria de las colonias que se independizaron, una tradición que hicieron propia, modificaron, pero que no desgajaron del tronco común. Véase *Respuesta a las preguntas propuestas por Monsieur De Meusniere*, el 24 de enero de 1786. Volumen XVII. Págs. 107-108).

<sup>647</sup> *Carta a John Wilson*, 17 de agosto de 1813. Volumen XIII. Pág. 347.

Se quejó Jefferson de que los franceses no solamente intentan mantener su sistema jurídico propio donde son mayoría, como en Luisiana, sino que en muchos lugares establecen una red educativa en su propia lengua, impermeable a la cultura de origen inglés<sup>648</sup>.

De hecho se opuso, siendo ministro en Francia, a que se les permitiera a quinientos colonos franceses establecer en el territorio de Ohio un asentamiento, conservándose como súbditos franceses. Insistió en que la colonización de los nuevos territorios se debía hacer sobre la base de unas leyes generales iguales para todos y no a través de regímenes especiales<sup>649</sup> que, entendemos, puedan dar lugar a sociedades singulares. Aunque no lo enuncie expresamente entendemos que Jefferson, ya en 1784, vislumbró la posibilidad de que podía llegar a haber inmigrantes o colonos que buscaran establecerse en los Estados Unidos, pero sin vincularse con el país, manteniendo un *status personalis* de acuerdo con sus leyes de procedencia, y no con el *Law of the Land*, poseyendo con sus propios establecimientos educativos y culturales, e incluso su sujeción jurídica a otro soberano. Existía el peligro de que los Estados Unidos se convirtieran en una inmensa sucesión de *milletler*<sup>650</sup>.

Jefferson mantenía que los inmigrantes debían ser organizados y conducidos a las partes del país donde fueran más provechosos. Consideraba que los inmigrantes mediterráneos, más acostumbrados en sus países a la agricultura, debían ser llevados a los estados donde la agricultura primaba sobre la industria y el comercio<sup>651</sup>. Para los alemanes<sup>652</sup> reservó la misión de sustituir a los esclavos, cuando hubieran conseguido enviarlos a las colonias africanas<sup>653</sup>.

A la cuestión de la cohesión cultural de los inmigrantes se le añaden, con el paso de los años, los efectos políticos de la inmigración. Jefferson, en carta al explorador

<sup>648</sup> Carta a Joseph Fay, 24 de junio de 1792.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-24-02-0116>

<sup>649</sup> Carta a James Monroe, 11 de noviembre de 1784.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-07-02-0369>

<sup>650</sup> El *millet*, en plural *milletler*, era el régimen jurídico que el Imperio Otomano empleaba para las minorías religiosas dentro de sus fronteras. Las normas relativas al *estado personal*, tales como matrimonio, familia o sucesiones se regían según las normas propias de la comunidad religiosa (que solía ser coextensa a una comunidad étnica) y los casos eran juzgados por sus propios tribunales. Este sistema pervive en el Estado de Israel o para el estado personal de los ciudadanos judíos en Marruecos.

<sup>651</sup> Carta a Richard Henry Lee, 30 de agosto de 1778.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0078>

<sup>652</sup> Thomas Jefferson no muestra un gran aprecio, ni por los nórdicos en general, ni por los alemanes en especial, constituyéndolos en término de comparación con los pueblos considerados “salvajes” en aquellos tiempos. En un pasaje ya citado decía que el ingenio de los indios era comparable al de los blancos no cultivados y los del norte de Europa aportan prueba de esta igualdad Cf. *Carta al general Chastellux*, 7 de junio de 1785. Volumen V. Págs. 5-6.

<sup>653</sup> Carta a J. Phillipe Reibelt, 21 de diciembre de 1805.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-2859>

George Flower, reitera la necesidad de que las tierras sean vendidas abiertamente, sin normas especiales, salvo que el país pueda obtener un beneficio especial.

Consideró que los inmigrantes ingleses no tendrían especial problema, lo cual es obvio, y que los alemanes intentaban mantener una sociedad alemana (como veintitrés años antes advirtió con los franceses), pero con un elemento diferenciador: los alemanes llevaban consigo sus absolutistas “principios de gobierno”. Propuso para ellos la dispersión entre los indios y entre los ingleses para acabar con su amalgama<sup>654</sup>.

Aunque la inmigración era importante, no suponía el incremento principal de población de los Estados Unidos<sup>655</sup>. La inmigración proporcionaba a los Estados Unidos una ocasión moral: la de mostrarse como ejemplo de la posibilidad de otra forma de gobierno y de convivencia.

Sin embargo, sea como fuere, serán libremente para vuestra ventaja, no por el principio egoísta de incrementar nuestra propia población a costa de otras naciones, porque lo que añade la inmigración es una gota en un cubo respecto de la reproducción natural, sino que lo hacemos para consagrar un santuario para aquellos a los que el desgobierno de Europa puedan compeler a buscar la felicidad en otros climas. Este refugio una vez conocido producirá reacción en la felicidad incluso de aquellos que permanecen allí, advirtiendo a sus amos que cuando los males de la opresión egipcia se vuelven más pesados que los del abandono del país, otro Canaán está abierto donde sus súbditos serán recibidos como hermanos, y protegidos contra las opresiones como una participación en el derecho de autogobierno. Si pudieran necesitarse motivos adicionales para mantener este derecho, se encontrarían en la estimulante consideración de que un único buen gobierno se convierte así en una bendición para toda la tierra, su bienvenida a los oprimidos contiene dentro de ciertos límites la medida de sus opresiones.<sup>656</sup>

---

<sup>654</sup> *Carta a George Flower*, 12 de septiembre de 1807. Volumen XV. Págs. 139-140.

<sup>655</sup> En la última década de la vida de Jefferson (1820-1830) llegaron a los Estados Unidos 149636 inmigrantes y el incremento de población fue de 3227567 personas, esto es, Jefferson tenía razón al indicar que la inmigración era una anécdota dentro del crecimiento de la población en los Estados Unidos. Los datos los hemos tomado de William Lerner (dir.): *Op. Cit.*, Volumen I. Pág 8 para los datos de población y pág. 105 para los de inmigración.

<sup>656</sup> *Carta a George Flower*, 12 de septiembre de 1807. Volumen XV. Págs. 140-141. “Whatever they may be, however, they shall be freely exercised for your advantage, and that, not on the selfish principle of increasing our own population at the expense of other nations, for the additions to that from emigration are but as a drop in a bucket to those by natural procreation, but to consecrate a sanctuary for those whom the misrule of Europe may compel to seek happiness in other climes. This refuge once known will produce reaction on the happiness even of those who remain there, by warning their task-masters that when the evils of Egyptian oppression become heavier than those of the abandonment of country, another Canaan is open where their subjects will be received as brothers, and secured against like oppressions by a participation in the right of self-government. If additional motives could be wanting with us to the maintenance of this right, they would be found in the animating consideration that a single good government becomes thus a blessing to the whole earth, its welcome to the oppressed restraining within certain limits the measure of their oppressions.”

En definitiva, Thomas Jefferson da la bienvenida a la inmigración europea, aunque como dijo, era sólo una gota dentro de la población, pero plantea como problema la tendencia de muchos grupos de inmigrantes a formar “mayorías locales”<sup>657</sup>, en las que continuar viviendo conforme a su cultura y lengua, lo cual se agrava cuando importan principios monárquicos de gobierno. Para evitar que esto pudiera afectar al bien de la República, Jefferson consideró la dispersión de los inmigrantes, especialmente aquellos que importan una tradición más apartada del Republicanismo, y un sistema educativo público.

Aunque en ningún momento hizo referencia expresa a la necesidad de adoptar la base cultural anglosajona como obligación jurídica, Jefferson sí considerará que los inmigrantes debieran incorporarse a la cultura que ha creado la República, especialmente mediante la adquisición y uso de la lengua inglesa, la educación en lengua inglesa y el abandono de las lenguas de origen para las relaciones sociales<sup>658</sup>. No se puede decir que Jefferson tuviera una concepción romántica de la pertenencia al pueblo estadounidense, pero sí busca la cohesión social a partir del modelo inglés, que era el más extendido y practicable en su momento<sup>659</sup>.

Pese a que nuestro autor esperaba la incorporación de los inmigrantes a la principal corriente cultural, que era la inglesa o anglosajona, no defendió criterios “culturales” para establecer condiciones de acceso al voto, aunque sí sostuvo restricciones por el sexo o la raza.

## 9.2. El derecho al voto

Es paradójico que ni en la Constitución ni en el *Bill of Rights* haya un reconocimiento expreso del derecho al voto<sup>660</sup>, quizá porque era tan evidente para los

<sup>657</sup> La segregación lingüística sigue siendo un fenómeno destacado dentro de los Estados Unidos, especialmente en las grandes áreas de las dos costas. Véase Tiffany Julian: “Language segregation in U.S. Metro Areas”, 12 de abril de 2013. United States Census Bureau. Disponible en: [https://www.census.gov/library/working-papers/2013/demo/2013\\_Julian.html](https://www.census.gov/library/working-papers/2013/demo/2013_Julian.html)

<sup>658</sup> De acuerdo con la última edición disponible de *American Community Survey 2009-2013*, elaborado por la Oficina del Censo de los Estados Unidos, de los 291.484.482 habitantes mayores de cinco años, hay 60.361.574 (20,71%) personas que en sus casas no hablan solamente en inglés y dentro de estos hay además 25.148.900 (8,62%) personas que dicen hablar inglés menos que “muy bien”. Disponible en: <https://www.census.gov/topics/population/language-use/data.html>

<sup>659</sup> En ningún momento hemos de inferir que Jefferson mantuviera un ideario monolingüe, pues él mismo, de acuerdo con el catálogo de su biblioteca, era capaz de leer el inglés, el francés, el italiano, el español, el latín y el griego. En carta al que iba a ser su yerno, *Thomas Mann Randolph Jr.* (6 de julio de 1787. Volumen VI Pág. 167) le comentó que entre las lenguas modernas conviene saber francés y para un estadounidense es imprescindible el conocimiento del español, por razones de vecindad y de historia.

<sup>660</sup> Alexander Keyssar: *The Right to Vote. The Contested History of Democracy in the United States*. Basic Books. Nueva York, 2000. Pág. 20. Sí encontramos el derecho al voto en las constituciones estatales, salvo en la de Delaware.

delegados en la Convención que no tenía sentido manifestarlo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sí ha reconocido este derecho y se admite generalmente dentro de los “derechos no enumerados” de la IX Enmienda<sup>661</sup>.

Aunque no haya mención abstracta del derecho al voto, sí hay referencia en el texto constitucional a la hora de establecer los requisitos para poder ser elector de la Cámara de Representantes, que son los que, de conformidad con la normativa de cada estado, haya que reunir para ser elector de la cámara más numerosa de la legislatura estatal<sup>662</sup>. No es de extrañar que ésta sea la única disposición de 1787 referente al voto, porque la Cámara de Representantes era la única institución federal que la Constitución mantenía que debía ser elegida directamente por el pueblo de cada estado.

La Constitución estableció una remisión a la legislación electoral en la que cada uno de los estados podía establecer cuál habían de ser los requisitos para ser elector y ser elegido. De manera que queda constitucionalmente claro que la condición de ciudadano, no incluía necesariamente el *ius suffragii*.<sup>663</sup>

El número de personas con derecho a voto distaba de ser un sufragio universal. En las primeras décadas de existencia de los Estados Unidos se estima que entre el sesenta y setenta por ciento de los adultos blancos podían votar, una proporción importante en la época, pero que excluía al menos un tercio del grupo más privilegiado (hombres blancos)<sup>664</sup>. Vermont fue el primer estado en eliminar cualquier requisito de propiedad o impuestos e inició un proceso que se culminó a mitad de los años cincuenta del siglo XIX en Carolina del Sur<sup>665</sup>.

El estado natal de Jefferson, Virginia, fue uno de los últimos en abolir este tipo de requisitos. En la carta a John Taylor, 28 de mayo de 1816, puede contemplarse la queja relativa a la cantidad de personas que pagan impuestos que no tienen representación en la legislatura virginiana y la necesidad de que una nueva Constitución

---

<sup>661</sup> O. John Rogger: “Unenumerated rights” en *California Law Review*. Volumen 47 (1958). Págs. 804-806.

<sup>662</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 2. Cláusula 1.

<sup>663</sup> El derecho al voto se convirtió en uno de los temas centrales de las enmiendas constitucionales posteriores a la Guerra Civil (1861-1865), especialmente por la política, con todo tipo de argucias legales o no tan legales, que los estados del Sur crearon para impedir el voto de los antiguos esclavos. La Sección 2 de la Enmienda XIV (1868) establece la disminución de representación en la Cámara de Representantes cuando un estado impida a votar a ciudadanos que tengan derecho a hacerlo; la Enmienda XV (1870) prohíbe la discriminación en los derechos de ciudadanía basada en raza, color y situación previa de esclavitud; la Enmienda XIX (1920) reconoce el sufragio femenino; la Enmienda XXIV (1964) establece el derecho a votar en primarias en las elecciones federales independientemente del pago de impuestos; la Enmienda XXVI (1971) establece los dieciocho años como edad para votar.

<sup>664</sup> Alexander Keyssar: *Op. Cit.*, pág. 24

<sup>665</sup> *Ibidem*, págs. 17-18.

repare esa situación<sup>666</sup>. La segunda Constitución virginiana, la de 1830, que se aprobará después de la muerte de Jefferson, mantendrá los requisitos de propiedad, que no se eliminarán hasta la Constitución estatal de 1851.

Como indica Alexander Keyssar, en las primeras regulaciones electorales no se exigía ser ciudadano como requisito para tener derecho al voto, refiriéndose más a los habitantes, lo cual era explicable dada la cifra modesta de población e inmigración. Jefferson en 1793 se refería a que los estados concedían el derecho al sufragio activo pero no al pasivo a los inmigrantes, aunque reconocía que le era imposible establecer ni un criterio general, ni conocer la práctica en cada uno de los estados<sup>667</sup>.

En los territorios dependientes del Gobierno Federal<sup>668</sup>, que no eran estados, las leyes de organización de sus respectivos gobiernos permitieron el voto para elegir a la asamblea representativa, a los habitantes que cumplieran requisitos de propiedad o de pago de impuestos, sin exigirles la ciudadanía estadounidense, habida cuenta de que esos territorios eran el destino de la mayor parte de la inmigración, al poder adquirir generosos lotes de tierra a buen precio.

Efectivamente las normas de gobierno de los territorios de los Estados Unidos que no formaban parte de ningún estado, y por tanto estuvieron primero bajo la autoridad del Congreso (durante la vigencia de los artículos de la Confederación)<sup>669</sup> y luego bajo la del Gobierno Federal (desde 1789), establecieron cuerpos representativos que eran elegidos por los habitantes<sup>670</sup>.

Varias leyes a las que Thomas Jefferson prestó su firma reconocían el derecho al voto a los habitantes sin necesidad de ser ciudadanos<sup>671</sup>, de hecho Jefferson mantuvo

---

<sup>666</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 21.

<sup>667</sup> *Carta a Thomas Pinckney*, 16 de marzo de 1793. Volumen IX. Pág. 43.

<sup>668</sup> Alexander Keyssar: *Op. Cit.*, pág. 32.

<sup>669</sup> *Ordinance for the Government of the Territory of the United States north-west of the river Ohio* primera norma que reguló esta materia y que fue el modelo para los posteriores desarrollos fue aprobada por el Congreso el 13 de julio de 1787. Puede verse en 1 Stat. 51 (nota a).

<sup>670</sup> Las leyes que entraron en vigor durante los dos primeros presidentes en las que encontramos regulaciones del voto a favor de los habitantes sin distinción de ciudadanía en los territorios que no formaban parte de ningún estado son las siguientes: *An Act to divide the territory of the United States northwest of the Ohio, into two separate governments*, 2 Stat. 58 (1800) y *An Act to supplemental to the act intituled "An Act for an amicable settlement of limits with the State of Georgia; and authorizing the establishment of a Government in the Mississippi territory"*, 2 Stat. 69 (1800).

<sup>671</sup> Las leyes aprobadas durante la presidencia de Jefferson que otorgaban el derecho de voto en los territorios a no ciudadanos de los Estados Unidos son las siguientes: *An Act to incorporate the inhabitants of the City of Washington, in the District of Columbia*, 2 Stat. 1695 (1802), *An act to divide the Indiana Territory into two separate governments*, 2 Stat. 309 (1805), *An Act further providing for the government of the territory of Orleans*, 2 Stat. 322 (1805), *An Act extending the right of suffrage in the Mississippi territory; and for other purposes*, 2 Stat. 455 (1808) y *An Act for dividing the Indiana Territory into two separate*, 2 Stat. 514 (1809).

que la opción de vivir con autogobierno era uno de los atractivos de los Estados Unidos para quienes vivían bajo los despotismos europeos. En el segundo mandato de Jefferson la ciudadanía se convirtió en requisito en los territorios con autogobiernos más desarrollados<sup>672</sup> y, en cambio, en los nuevos territorios se seguía permitiendo el voto a los habitantes o a los “ciudadanos del territorio”<sup>673</sup>.

En Estados Unidos ha habido cierta tradición de conceder a los extranjeros el voto a los extranjeros (*alien suffrage*), en muchos casos tras manifestar su intención de ser ciudadanos, esto es, tras haber comenzado los trámites de nacionalización. Hubo veintidós estados que concedieron el derecho de voto a los extranjeros y se mantuvo en vigor hasta que en 1920 el estado de Arkansas lo derogó<sup>674</sup>. El voto para los extranjeros buscaba, de acuerdo con Raskin, reforzar la conciencia nacional y el principio democrático<sup>675</sup> y, como bien recuerda Akhil Reed Amar, en la Constitución no hay en ella ninguna prohibición expresa de participación política de los extranjeros y solamente establece requisitos de nacionalidad para ser Presidente y Vicepresidente<sup>676</sup>.

---

<sup>672</sup> Ejemplo de ello son las leyes de 9 de enero de 1808 (2 Stat. 455) y de 26 de febrero de 1808 (2 Stat. 469) de extensión del derecho de sufragio en Mississippi e Indiana exigen la ciudadanía para poder elegir las asambleas del territorio habida cuenta, entre otras cosas, que estos territorios enviaban delegados al Congreso (aunque no tuviera derecho de voto).

<sup>673</sup> La ley titulada *Act extending the right of suffrage in the Indiana territory; and for other purposes*, 27 de febrero de 1809 (2 Stat. 525) no utiliza la expresión *inhabitants* ni simplemente la de *citizens*, sino que la primera sección emplea la enigmática expresión de *citizens of the Indiana territory*, aunque en la tercera sección emplea solamente el término *citizen*. En una ley de dos días después, del 1 de marzo, relativa a la prohibición del comercio con Gran Bretaña y Francia (2 Stat. 528) en la sección segunda hace la siguiente clasificación de ciudadanos: “That it shall not be lawfull for any citizen or citizens of the United States or the territories thereof, nor for any person or persons residing or being in the same [...]”. Queda claro entonces que tener la ciudadanía de los territorios no implicaba tener la ciudadanía de los Estados Unidos, lo cual ha permanecido en el Derecho Federal al diferenciarse entre nacionales de los Estados Unidos y ciudadanos de los Estados Unidos, siendo todos los ciudadanos nacionales, pero no todos los nacionales ciudadanos, aunque podían poseer derechos como el del voto que no tenían los meros residentes. Actualmente los nacionales no ciudadanos son los procedentes de la Samoa americana y de las Islas Swains, aunque la categoría de nacional se aplicó a por ejemplo a puertorriqueños, procedentes de Guam o filipinos (8 U.S. Code §1101 y 8 U.S. Code §1408).

<sup>674</sup> Leon E. Aylsworth: “The Passing of Alien Suffrage” en *The American Political Science Review*. Vol. 25. Núm. 1 (1931). Págs. 114-116. William Lemer (dir): *Op. Cit.*, Volumen II. Pág. 1068.

<sup>675</sup> Jamin B. Raskin: “Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage” en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 141. Núm. 4 (1993). Pág. 1395.

<sup>676</sup> Akhil Reed Amar: *America’s Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We live by*. Basic Books. Nueva York, 2012. Pág. 454.

### 9.3. La representación del conjunto

El 3 de noviembre de 1774 Edmund Burke es elegido diputado en el Parlamento Británico por la ciudad de Bristol. Dirige a los electores un discurso que contienen una celeberrima reflexión sobre a quién representa un representante<sup>677</sup>:

El Parlamento no es un Congreso de Embajadores de intereses diferentes y contrapuestos [...]; sino que el Parlamento es una asamblea deliberativa de una sola Nación, con un solo interés, que es el de la totalidad, donde ni los objetivos locales ni los prejuicios locales deberían guiar, sino que debería hacerlo el Bien general, resultado de la Razón general del conjunto. Eligen efectivamente a un diputado, pero cuando lo han elegido no es un Diputado de Bristol, sino un Diputado del Parlamento.<sup>678</sup>

Thomas Jefferson nunca tuvo duda de que los representantes y los senadores lo eran de todo el país, aunque hubieran sido elegidos en sus respectivos estados. Al tiempo en el que debieran estar elegidos los miembros por el estado de Tennessee para el Undécimo Congreso por el adelanto del inicio de las sesiones, le pidió al gobernador de Tennessee que reuniese lo antes posible a la legislatura estatal<sup>679</sup> para efectuar la provisión de la representación del estado en el Congreso y lo motivó en:

Que cada estado deba estar representado en el gran consejo de la nación no es solamente en interés de cada uno de ellos, sino en interés del conjunto, quién tiene el derecho de ser ayudado por la sabiduría colectiva y el conocimiento de todos en cuestiones que decidirán su futuro bienestar.<sup>680</sup>

Especialmente en los asuntos relacionados con las relaciones exteriores, como fueron los que adelantaron la sesión del Undécimo Congreso (1809-1811), los Estados

---

<sup>677</sup> Gordon S. Wood interpreta las siguientes palabras de Edmund Burke como una forma de justificar la representación virtual. Véase Gordon S. Wood: *The American Revolution. A History*. Modern Library. Nueva York, 2003. Pág. 41.

<sup>678</sup> Edmund Burke: *Selected Works*, Volumen 4. Págs. 11-12. "Parliament is not a Congress of Ambassadors from different and hostile interests; [...]; but Parliament is a deliberative Assembly of one Nation, with one Interest, that of the whole; where, not local Purposes, not local Prejudices ought to guide, but the general Good, resulting from the general Reason of the whole. You chuse a Member indeed; but when you have chosen him, he is not Member of Bristol, but he is a Member of Parliament."

<sup>679</sup> Las legislaturas estatales no tenían periodos de sesiones largos y muchas de ellas solamente se reunían una vez cada dos años con una agenda limitada y centrada en la aprobación del presupuesto del estado, por lo que los presupuestos bienales eran característicos de los estados (diecinueve estados aún los mantienen). Todavía hay cuatro estados cuya legislatura solamente tiene sesiones una vez cada dos años: Montana, Nevada, Dakota del Norte y Texas. Véase: Ronald K. Snell: "State Experiences with Annual and Biennial Budgeting".

Disponible en [http://www.ncsl.org/documents/fiscal/BiennialBudgeting\\_May2011.pdf](http://www.ncsl.org/documents/fiscal/BiennialBudgeting_May2011.pdf)

<sup>680</sup> *Carta al gobernador John Sevier*, 31 de enero de 1809. Volumen XII. Pág. 243. "That every State should be represented in the great council of the nation, is not only the interest of each, but of the whole united, who have a right to be aided by the collective wisdom and information of the whole, in questions which are to decide on their future well-being."



Unidos eran un solo ente que encarnaba una sola soberanía<sup>681</sup>. Jefferson, en una carta dirigida a John Adams, le manifestó su agrado por el libro que éste acaba de publicar (*A Defence of the Constitutions and Government of the United States of America*), aunque le objetó que dijera que el Congreso de la Confederación no era un legislativo sino una asamblea diplomática<sup>682</sup>, al considerar que la dependencia de los delegados respecto de los estados les hacía meros transmisores.

#### 9.4. Representación y orden internacional

Hasta ahora hemos tratado la posición de Jefferson, dentro del contexto del naciente constitucionalismo estadounidense, acerca de la representación y de los mecanismos del voto dentro de los Estados o sus divisiones interiores. Nos planteamos ahora si los habitantes de un territorio deberían tener participación política en las decisiones que los incorporan a una soberanía, saliendo de otra soberanía. En definitiva: ¿tiene que ser respetada la voluntad de los ciudadanos en el orden internacional cuando un territorio y su población pasan de una soberanía a otra?

La doble vertiente de Thomas Jefferson, político práctico y teórico político, nos permite apreciar su posicionamiento en el plano de la adopción de decisiones políticas, como en las consideraciones sobre determinadas decisiones en las que no intervino y en la que su posición se tomó desde cierta distancia.

##### 9.4.1. Canadá

Los Congresos Continentales invitaron a los canadienses a unirse a ellos, una invitación que nunca fue aceptada<sup>683</sup>. De hecho hubiese sido la única incorporación a la Unión sin necesidad del asentimiento del Congreso, pues los Artículos de la Confederación preveían su unión a los Estados Unidos con la mera expresión de voluntad por los canadienses<sup>684</sup>. Para los estadounidenses, la incorporación de Canadá a los Estados Unidos tenía que ser consecuencia de un acto de voluntad de los canadienses a través, lógicamente, de sus representantes.

---

<sup>681</sup> *Heads for a letter to the Emperor of Morrocco*, s/f. Volumen V. Pág. 115.

<sup>682</sup> *Carta a John Adams*, 23 de febrero de 1787. Volumen VI. Pág. 98.

<sup>683</sup> *Carta a John Randolph*, 29 de noviembre de 1775. Volumen IV. Pág. 32.

<sup>684</sup> *Artículos de la Confederación*. Artículo XI: "Canada acceding to this confederation, and adjoining in the measures of the United States, shall be admitted into, and entitled to all the advantages of this Union; but no other colony shall be admitted into the same, unless such admission be agreed to by nine States."

Con el paso del tiempo no hubo dudas de que Canadá permanecería bajo el poder británico y que podría ser un peligro militar permanente para los Estados Unidos<sup>685</sup>, posibilidad que se confirmó durante la Guerra de 1812.

La Guerra de 1812 es celebrada en Canadá como una suerte de “guerra de independencia”, dado que los canadienses sabían que la derrota británica hubiera llevado aparejada que su territorio hubiera pasado a formar parte de los Estados Unidos. Jefferson lo afirmó claramente en la carta al general Thaddeus Kosciusko de 28 de junio de 1812:

Conozco tus sentimientos acerca el presente estado del mundo y espero que sean alentados por el exitoso curso de nuestro Guerra y la adición de Canadá a nuestra Confederación. Las infames intrigas de Gran Bretaña para destruir nuestro gobierno (de la que la de Henry es solamente un ejemplo) y las intrigas con los indios para matar con hacha a nuestra mujeres y niños prueban que la cesión de Canadá, su punto de apoyo para estas maquiavélicas palancas, debe ser una *condicio sine qua non* en un tratado de paz.<sup>686</sup>

El día siguiente a esta carta, Jefferson le pedía al Presidente Madison, sucesor y amigo, que ordenase a la milicia invadir y conquistar Canadá<sup>687</sup>.

No muestra Jefferson un interés únicamente expansionista, sino también una estrategia geopolítica consistente en dejar a los Estados Unidos sin vecinos problemáticos: los franceses al oeste habían vendido Louisiana, los españoles eran tentados una y otra vez a hacer lo propio con Florida y los ingleses al norte desaparecerían si conseguían unir Canadá a la Unión<sup>688</sup>. El asunto de Canadá se resume en una sentencia jeffersoniana respecto a las relaciones con Gran Bretaña en aquellos tempestuosos años: indemnización por el pasado (por la afrentas recibidas) y seguridad para el futuro (*indemnification for the past and security for the future*), siendo Canadá la indemnización a la que se refería<sup>689</sup>.

<sup>685</sup> *Carta al gobernador de Canadá*, 22 de julio de 1779. Volumen IV. Pág. 305.

<sup>686</sup> *Carta al General Thaddeus Kosciusko*, 28 de junio de 1812. Volumen XIII. Pág. 172. “I know your feelings on the present state of the world, and hope they will be cheered by the successful course of our war, and the addition of Canada to our confederacy. The infamous intrigues of Great Britain to destroy our government (of which Henry's is but one sample), and with the Indians to tomahawk our women and children, prove that the cession of Canada, their fulcrum for these Machiavelian levers, must be a sine qua non at a treaty of peace.”

<sup>687</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Madison)*, 29 de junio de 1812. Volumen XIII. Págs. 172-173.

<sup>688</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Madison)*, 6 de junio de 1812. Volumen XIII. Pág. 155. *Carta al coronel William Duane*, 4 de agosto de 1812. Volumen XIII. Pág. 180. *Carta a Dupont de Nemours*, 29 de noviembre de 1813. Volume XIX. Pág. 197.

<sup>689</sup> *Carta al honorable Robert Wright*, 8 de agosto de 1812. Volumen XIII. Pág. 184. Esta idea se repite en la *Carta al coronel James Monroe*, 18 de junio de 1812. Volumen XIII. Pág. 262. Es cierto que la primera formulación de que los británicos debían reparar los daños del pasado y garantizar la seguridad futura

El pensamiento de Jefferson pasó de expresar el deseo de la incorporación voluntaria de Canadá a la Unión, a transmutarse según las necesidades geopolíticas de los Estados Unidos en una incorporación en virtud de la conquista por las armas o en virtud de un tratado de paz tras una victoria bélica, careciendo de la menor relevancia la voluntad de los canadienses<sup>690</sup>.

#### 9.4.2. Luisiana

Por medio del Tratado de Fontainebleau de 1762 Francia entregó Luisiana a España. En 1803 España y Francia pactaron la retrocesión de Luisiana a Francia. Un importante territorio quedaba a las espaldas de los Estados Unidos, que tendrían frontera terrestre con la Francia de Napoleón Bonaparte y su ya mítico ejército. En una maniobra diplomática de gran habilidad los estadounidenses consiguieron que Francia cediese a los Estados Unidos el territorio, a cambio de una cuantiosa compensación económica, el día después de que los franceses recibieran el territorio de España.

En ningún momento Jefferson se preocupó por la voluntad de los habitantes españoles o franceses de Luisiana y, como hemos expuesto anteriormente, propuso un programa de colonización para conseguir la “americanización” del territorio modificando la proporción entre franceses, españoles y “americanos”.

#### 9.4.3. Florida

Florida fue posesión española hasta el Tratado de París, también de 1763, fecha en la que fue transferida a Gran Bretaña. Los británicos devolvieron Florida a España en 1783 como fruto de las acciones militares españolas durante la Guerra de Independencia de los Estados Unidos.

Dicho territorio estuvo entre los objetivos de la política internacional de Jefferson desde el nacimiento de la República. Al igual que Canadá, consideraba que Florida era una potencial amenaza militar<sup>691</sup> y, como en el caso de Luisiana, vió en el

---

aparece en sus escritos en 1807 con ocasión del incidente del USS Chesapeake con el HMS Leonard con la siguiente dicción literal: “Reparation for the past, and security for the future” en la *Carta a Monsieur Dupont de Nemours*, 14 de julio de 1807. Volumen XI. Pág. 274.

<sup>690</sup> Canadá nunca formó parte de los Estados Unidos y permaneció bajo el Imperio Británico, adquiriendo amplia autonomía política a partir de 1867 al constituirse una Confederación de provincias, y adquirir la condición de *Dominion*, por medio de *The British North America Act*, que allí es denominada *Constitution Act* de 1867. La independencia absoluta respecto del Reino Unido por medio de la *Constitution Act* de 1982 al detraerse al Parlamento Británico que conservaba para ratificar las enmiendas constitucionales canadienses.

<sup>691</sup> *Carta a James Madison*, 31 de julio de 1788. Volumen VII. Pág. 99.

establecimiento de colonos estadounidenses como una ocasión para tener relaciones más amistosas y hasta poder “seducir a los habitantes”, consiguiendo pacíficamente lo que habría costado normalmente una guerra, esto es, la incorporación de Florida<sup>692</sup>.

Doce años después, habitando la Casa Blanca, aboga por su incorporación a los Estados Unidos<sup>693</sup>, incluso como reparación a los daños producidos por España<sup>694</sup>. En 1807 le escribió a su secretario de Estado, James Madison, sobre la posibilidad de tomar militarmente Florida<sup>695</sup>.

El 12 de agosto de 1808 informó a los tres miembros competentes de su gabinete sobre la materia (los secretarios de Estado, de Guerra y de la Marina) de que entendía que era el momento de aprovechar la invasión napoleónica de España para delimitar la frontera de Luisiana y tomar Florida<sup>696</sup>. En 1810 planteó hipotéticamente la compra por una suma razonable<sup>697</sup>. Cuando quedó bloqueada en 1820 la ratificación del Tratado Onís-Adams, propuso apoyar una eventual declaración de independencia de Florida y de Cuba como forma de unirlos a los Estados Unidos<sup>698</sup>. Salvo ésta última mención nunca se ocupó de la voluntad de los habitantes de Florida y, en este caso, sería la independencia declarada por la minoría anglosajona, deseosa de ser independientes de España<sup>699</sup>.

#### 9.4.4. Cuba

Thomas Jefferson también pensó en que Cuba formara parte de los Estados Unidos. Hay que señalar que si bien Cuba es tratada dentro del marco de las relaciones internacionales y los intereses comerciales y de la defensa de los Estados Unidos, en general el tono empleado es más considerado que en el caso de Florida, dado que Cuba era un territorio realmente más avanzado. En 1807 sugirió la idea de su adición

---

<sup>692</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 2 de abril de 1791. Volumen VIII. Pág. 161.

<sup>693</sup> *Carta a James Madison*, 25 de agosto de 1803. Volumen X. Pág. 414.

<sup>694</sup> *Carta a James Madison*, 27 de agosto de 1805. Volumen XI. Pág. 87.

<sup>695</sup> *Carta a James Madison*, 16 de agosto de 1807. Volumen XI. Pág. 327.

<sup>696</sup> *Carta a Jacob Crowninshield*, 12 de agosto de 1808. Volumen XII. Pág. 124. *Carta a Henry Dearborn*, 12 de agosto de 1808. Volumen XII. Pág. 125. *Carta a James Madison*, 12 de agosto de 1808. Volumen XII. Pág. 127.

<sup>697</sup> *Carta a J. B. Colvin*, 20 de septiembre de 1810. Volumen XII. Pág. 419.

<sup>698</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Monroe)*, 11 de mayo de 1820. Volumen XV. Pág. 252.

<sup>699</sup> Hay que señalar que pasadas tres décadas la estrategia tuvo éxito y los antiguos colonos británicos y los estadounidense asentados en el norte de la Florida española se sublevaron, proclamaron una república y abrieron el paso a la intervención militar y ocupación del territorio por parte del ejército de los Estados Unidos. Esta situación de hecho se reconoció a través del Tratado Onís-Adams, en el que la principal preocupación del gobierno español no era mantener Florida, bajo dependencia nominal, sino la de establecer certeramente la frontera entre los Estados Unidos y Nueva España (México).

voluntaria a la Unión<sup>700</sup>. Durante la invasión napoleónica de España, junto a la idea antes señalada de aprovechar la debilidad de España para incorporar estos territorios, surge el temor de que esa misma debilidad fuera utilizada por Francia o por Inglaterra para tomar la isla, lo cual sería desastroso para los Estados Unidos<sup>701</sup>, de forma que se pensó en un nuevo acuerdo con Napoleón sobre la cesión de estos territorios<sup>702</sup>. Cuba debería incorporarse a los Estados Unidos y marcar el límite meridional de su extensión<sup>703</sup>, siendo un estado y no un territorio colonial, que sería la oferta jeffersoniana a sus habitantes, frente al status de colonia permanente que tendrían en caso de ser transferidos al Reino Unido<sup>704</sup>.

#### 9.4.5. El Congreso de Viena

Tras el fin de Napoleón, en el Congreso de Viena (1814-1815) se comenzaron a redefinir las relaciones internacionales y las fronteras entre los Estados de Europa. Numerosos territorios pasaron de un soberano a otro, se crearon y se disolvieron Estados, y el mapa del continente varió de acuerdo con las decisiones que se tomaron en las sucesivas reuniones.

Los acuerdos territoriales del Congreso de Viena sí despertaron su sentido republicano aplicado a las relaciones internacionales. Aunque admitiese el castigo a Francia, no encontraba justificado la partición o el sometimiento de otras naciones que no habían cometido ninguna de las afrentas por las que se le quería hacer pagar a Francia<sup>705</sup>. Jefferson decía que los Estados y sus poblaciones eran transferidos como si de granjas se tratase<sup>706</sup>.

Este contexto en el que unos diplomáticos congregados en Viena dividen países que no están presentes o que no están en el centro de las negociaciones despierta su conciencia. Los vencedores están haciendo lo que fue uno de los males de Bonaparte: decidir el futuro político de las naciones europeas<sup>707</sup>. Pasaron los vencedores a estar en el lugar erróneo y el segundo Bonaparte, el que vuelve de Elba, se encuentra de repente en el lado moral y correcto de la historia<sup>708</sup>:

---

<sup>700</sup> *Carta a James Madison*, 16 de agosto de 1807. Volumen XI. Pág. 327.

<sup>701</sup> *Carta al gobernador W. C. C. Claiborne*, 29 de octubre de 1808. Volumen XII. Pág. 186.

<sup>702</sup> *Carta al gobernador James Jay*, 7 de abril de 1809. Volumen XII. Pág. 273.

<sup>703</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Madison)*, 27 de abril de 1809. Volumen XII. Pág. 277.

<sup>704</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Monroe)*, 23 de junio de 1823. Volumen XV. Pág. 453.

<sup>705</sup> *Carta al Dr. George Logan*, 15 de octubre de 1815. Volumen XIV. Pág. 355.

<sup>706</sup> *Carta al Dr. George Logan*, 23 de julio de 1816. Volumen XV. Pág. 48.

<sup>707</sup> *Carta a William Bentley*, 28 de diciembre de 1815. Volumen XIV. Pág. 364-365.

<sup>708</sup> *Carta a Thomar Leiper*, 12 de junio de 1812. Volumen XIV. Pág. 310.

Al menos él [Napoleón Bonaparte] está defendiendo la causa de su nación, y de todas las de la humanidad, los derechos de cada pueblo a la independencia y al autogobierno. Él y sus aliados, intercambiando sus posiciones, se están repartiendo Polonia, Bélgica, Sajonia e Italia entre ellos, están nombrando un gobernante y un gobierno para Francia y miran con desconfianza a nuestra república, la espléndida denuncia de sus gobiernos, y él [Napoleón Bonaparte] está luchando por los principios de independencia nacional, que toda su vida ha estado violando.<sup>709</sup>

Los hechos acaecidos en Viena llevan a Thomas Jefferson a hablar del derecho a la independencia y al autogobierno. Hay un territorio que aparece en las enumeraciones jeffersonianas que ha de ser singularizado: Polonia. Las particiones de Polonia habían convertido a este Estado del este europeo en una moneda de cambio de los intereses y equilibrios de sus tres poderosos vecinos: Prusia, Rusia y Austria. La larguísima historia de presiones y de interferencias de estos monarcas en el gobierno polaco terminó con la desaparición del país y con la pérdida del derecho al autogobierno de los polacos, ante la mirada impasible de las otras potencias europeas, siendo este fenómeno uno de los puntos de deshonor del siglo XVIII<sup>710</sup>.

La difícil situación de Polonia no era nueva y a Jefferson además le era familiar desde su estancia en París, durante la cual remitió despachos a John Jay, secretario de asuntos extranjeros, y a sus otros corresponsales sobre las maniobras, tensiones y amenazas bélicas de Prusia y Rusia en torno al Reino de Polonia<sup>711</sup>.

#### 9.4.6. Recapitulación

La defensa del derecho de un pueblo a su independencia y autodeterminación no se encuentra en conflicto con el pensamiento republicano de Thomas Jefferson, es más, es congruente con él, ya que la voluntad del pueblo se expresa en la elección de todos los niveles y ramas del gobierno. Fue él quien redactó el texto por el que las Trece Colonias ejercieron el derecho a declararse independiente de Gran Bretaña y nunca dudó de que esta acción fuera la correcta.

---

<sup>709</sup> *Carta a John Adams*, 10 de agosto de 1815. Volumen XIV. Pág. 345. "At least, he is defending the cause of his nation, and that of all mankind, the rights of every people to independence and self-government. He and the allies have now changed sides. They are parceling out among themselves Poland, Belgium, Saxony, Italy, dictating a ruler and government to France, and looking askance at our republic, the splendid libel on their governments, and he is fighting for the principles of national independence, of which his whole life hitherto has been a continued violation."

<sup>710</sup> *Carta a John Adams*, 11 de enero de 1816. Volumen XIV. Pág. 393.

<sup>711</sup> *Carta a John Jay*, 29 de noviembre de 1788. Volumen VII. Pág. 222. *Carta a George Washington*, 4 de diciembre de 1788. Volumen VII. Págs. 224-225. *Carta a Thomas Paine*, 23 de diciembre de 1788. Volumen VII. Pág. 246. *Carta a John Jay*, 14 de enero de 1789. Volumen VII. Págs. 274-275. *Carta a John Jay*, 9 de mayo de 1789. Volumen VII. Pág. 341. *Carta a James Madison*, 11 de mayo de 1789. Volumen VII. Págs. 353-354.

¿Por qué entonces se fija en los derechos del pueblo polaco o del sajón y no en los derechos de los habitantes franceses de Louisiana, los canadienses o los españoles en Florida o Cuba? La diferencia puede estribar en que los territorios de Luisiana, Canadá, Florida o Cuba no eran territorios metropolitanos sino coloniales, de modo que los residentes franceses, ingleses o españoles no estaban en su propio país, sino en un territorio con una situación jurídica diferente, por lo que la relación entre población y territorio colonial no sería equiparable a la de pueblo y territorio nacional, cabiendo en las colonias la cesión territorial sin acuerdo de los habitantes.

Si recurrimos a Emmerich de Vattel, tan caro para Jefferson y sus contemporáneos estadounidenses<sup>712</sup>, el internacionalista suizo mantuvo que no había diferente consideración jurídica entre las colonias y los territorios metropolitanos, esto es, que una colonia forma parte de la nación en el mismo grado que las posesiones originarias, aunque abre la posibilidad a que por medio de tratados o de leyes se establezcan diferencias jurídicas<sup>713</sup>, de modo que el principio se convierte en excepción y la excepción se torna regla general.

Sostuvo Vattel que no es lícito ceder ni enajenar cualquier parte del Estado, como principio general, pero que sería admisible cuando lo requiera la salvación del Estado<sup>714</sup>, lo cual no quiere decir que los habitantes se hayan de someter al nuevo soberano, sino que recuperan su soberanía originaria<sup>715</sup>, insurrección que el propio Jefferson tuvo como segura tras los acuerdos de Viena<sup>716</sup>.

Sabemos que Francia y Gran Bretaña diferenciaban legalmente los territorios metropolitanos de los coloniales<sup>717</sup>. Los Estados Unidos, desde su primera configuración, distinguieron entre territorios y estados, uno sometidos al Gobierno Federal y con un autogobierno concedido, variable y controlado, los otros con un autogobierno originario y solamente limitado por la Constitución, pero con la diferencia frente a los demás sistemas coloniales de que los territorios estaban destinados a constituir estados de la Unión en pie de igualdad con los estados fundadores<sup>718</sup>.

---

<sup>712</sup> Como muestra de la importancia de este autor dentro del Constitucionalismo estadounidense, se ha de señalar que, desde 1789 a 2007, Emmerich de Vattel fue citado ciento cincuenta veces por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Faber: "The Supreme Court, Law of Nations and Citations of Foreign Law" en *California Law Review*. Vol. 95. (2007). Págs. 1345-1346.

<sup>713</sup> Emmerich de Vattel: *Op. Cit.*, Livre I § CCX. Volumen I. Pág. 196.

<sup>714</sup> *Ibidem*, Livre I § CCLXIII. Volumen I. Pág. 230.

<sup>715</sup> *Ibidem*, Livre I § CCLXIV. Volumen I. Págs. 230-231.

<sup>716</sup> *Carta a Benjamin Austin*, 9 de enero de 1816. Volumen XIV. Pág. 397.

<sup>717</sup> Tras el descubrimiento de América, España constituyó reinos en su territorio, pero esos reinos no tenían cortes y existía además un sistema jurídico especial diferenciado del de los reinos peninsulares: las leyes de Indias. La América Española, como los territorios de otras potencias, estaban sometidas al monopolio comercial de la metrópolis.

<sup>718</sup> Gordon S. Wood: *The American Revolution*. *Op. Cit.*, Págs. 64-65.

Jefferson asumió la diferencia entre territorio europeo y colonial, de modo que no dijo que hubiera nación y pueblo, sino sólo colonia y población. Manifestó que, en el caso de Luisiana, Francia y los Estados Unidos necesitaban garantizar su seguridad y que la transacción era legítima. Vio el peligro de que los habitantes reclamasen su soberanía originaria y por ello propuso el plan de “americanización” anteriormente mencionado. En el asunto de Canadá, si los canadienses no se avenían a la incorporación, se podía reclamar a Gran Bretaña como indemnización por los daños causados incluso conquistarla e incorporarla por derecho de guerra. Florida fue también reclamada como indemnización, pero Cuba no, aunque como hemos visto la consideración de Cuba fue diferente. La necesidad de quedarse sin vecinos problemáticos era el motivo de *salus publica* que habilita al Gobierno Federal a las adquisiciones.

Además tanto en el caso de Louisiana, como en los intentos de Canadá o Florida, la cesión o compra la hacía el Estado que ejercía la soberanía sobre el territorio y no un tercer Estado o un grupo de ellos, que era lo que estaba ocurriendo en el Congreso de Viena.

En el apartado 3.3.5 del Capítulo II “España y la América Española” exponíamos las reacciones de Thomas Jefferson a las revoluciones que se estaban dando en la América Española y el advenimiento de las nuevas naciones. Le escribió al embajador español, Luis de Onís, sosteniendo que su defensa de la independencia de las naciones americanas no se debía a intereses estadounidenses, a los que no le convenía, sino al derecho de todos los seres humano a buscar la felicidad y la prosperidad. Animó a los españoles a centrarse a ser un país poderoso en la Península y a convertir a sus antiguas colonias en sus aliados en calidad de *Madre Patria*<sup>719</sup>. Es lógico que un republicano empatizara antes con quiénes buscaban el autogobierno que con quiénes deseaban mantener el despotismo<sup>720</sup>, aunque dudó de la viabilidad republicana de estas nuevas naciones y pensaba que podían emerger como un nuevo problema para los Estados Unidos<sup>721</sup>. Propugnó que, con garantía internacional, se mantuvieran bajo la soberanía nominal española, que solamente tendría la función de mantener la paz entre ellos, en tanto se capacitasen para la completa independencia<sup>722</sup>.

---

<sup>719</sup> *Carta a Luis de Onís*, 28 de abril de 1814. Volumen XIV. Págs. 130-131.

<sup>720</sup> *Carta a Albert Gallatin*, 16 de junio de 1817. Volumen XV. Págs. 132-133.

<sup>721</sup> *Carta a John Adams*, 17 de mayo de 1818. Volumen XV. Pág. 170.

<sup>722</sup> *Carta al Marqués de la Fayette*, 14 de mayo de 1817. Volumen XV. Págs. 116-117.



En un tono sincero, junto a cuestiones de principios, le precisó a James Monroe, futuro Presidente, que la independencia de la América Española le abría a los Estados Unidos mercados que hasta ese momento les estaban vedados<sup>723</sup>.

## 10. Los partidos políticos

Los partidarios de un Gobierno Federal fuerte se agruparon en torno a Hamilton y comenzaron a organizarse territorialmente, se dotaron de una prensa proclive a ellos y prepararon cuidadosamente las campañas electorales. Los opuestos al fortalecimiento del Gobierno Federal se agruparon en torno a Madison y a Jefferson y se organizaron con la misma o mayor eficacia que los partidarios de Hamilton. En las Elecciones de 1800 federalistas y republicanos desarrollaron la primera campaña electoral contemporánea<sup>724</sup>.

Naturalmente los dos partidos, federalista y demócrata-republicano, eran realmente coaliciones de notables que convergían en determinados puntos, compartían determinados odios y diferían en muchos aspectos. Richard E. Ellis diferenciaba realmente cuatro partidos: los alto-federalistas, seguidores estrictos de Hamilton que abogaban por un fuerte gobierno nacional, unos intereses filobritánicos y poseían una visión poco democrática de la sociedad<sup>725</sup>; los federalistas moderados que se identificaron con John Adams, que insistían en la importancia del Gobierno Federal pero sin desarmar el federalismo<sup>726</sup>; los republicanos moderados de los estados atlánticos y medios, que querían garantizar el federalismo, pero sin anular al Gobierno Federal en la línea de la Constitución de 1787<sup>727</sup>; y finalmente los *Viejos Virginianos*, donde se encontraban muchos de los partidarios de Jefferson en su estado originario y que eran abiertos enemigos del poder federal y querían reducirlo al mínimo necesario (Jefferson evolucionó hacia esta postura)<sup>728</sup>. Es posible que los elementos moderados de

<sup>723</sup> *Carta a James Monroe*, 4 de febrero de 1816. Volumen XIV. Págs. 431-432.

<sup>724</sup> John Ferling: *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2004. Págs. 143-144 y 155-156.

<sup>725</sup> Richard E. Ellis: *The Jeffersonian Crisis. Courts and politics in the Young Republic*. Oxford University Press. Nueva York. 1971. Págs. 53.

<sup>726</sup> *Ibidem*, Págs. 54-55.

<sup>727</sup> *Ibidem*, Págs. 21-22.

<sup>728</sup> Daniel Mayer observa que el rechazo al Gobierno Federal ocultaba o disfracaba el temor a que el Gobierno Federal pudieran alterar la situación de los esclavos en los estados del Sur. Cf. David N. Mayer: *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 1994. Págs 289. Con ocasión del debate de la primera ley federal que se pudo hacer para prohibir el tráfico internacional de esclavos, tras finalizar la prohibición constitucional de veinte años, algunos congresistas advirtieron, por primera vez, que el asunto de la esclavitud podría ser la piedra en la que se rompiera la Unión. Cf. Henry James: *History of the United States during the Second Administration of Thomas Jefferson*. Volumen II. Charles Scribner's Sons. Nueva York. 1903. Págs. 364.

ambos partidos, compuestos por comerciantes, tuvieran más en común entre ellos que con las facciones radicales de sus respectivos partidos<sup>729</sup>.

Thomas Jefferson sostuvo que, el ideal de la aristocracia estadounidense que reflejaron los *framers* en la Constitución, de una república sin partidos no era posible<sup>730</sup>. Mantuvo que unificar todos los partidos en uno solo era innecesario y que la existencia de múltiples partidos y la discrepancia entre ellos solamente tiene el límite de que no se rompiera el intercambio social (*social intercourse*), esto es, los partidos no pueden fragmentar la sociedad e impedir las relaciones transversales fuera del ámbito político<sup>731</sup>.

Los *framers* vivían temerosos, con los antecedentes históricos desde Grecia y Roma hasta la reciente Inglaterra, de las consecuencias que la lucha entre diferentes facciones políticas había ocasionado, pero sobre todo les aterraba convertirse en una república medieval y renacentista italiana. De hecho Washington en su *Farewell address* condena el espíritu de partido<sup>732</sup>, una condena que Jefferson consideraría hipócrita en cuanto que el Presidente Washington, durante su segundo mandato, favoreció sin disimulo tanto al partido como al programa federalista y más, cuando hoy sabemos de la asesoría, o más bien autoría, de Alexander Hamilton en la redacción del *Farewell address*<sup>733</sup>.

Rechaza el oportunista pronunciamiento de Hamilton, a través de Washington, que sostiene que la disensión es contraria a los intereses del país, mientras que seguir su opinión es perseguir ciertamente los intereses de la Nación. Considera que el enfrentamiento político es propio no sólo de una sociedad libre, sino también en la propia naturaleza humana hay disenso con todos los grados de intensidad, incluso el violento. La existencia de partidos favorece la vigilancia del que no tiene el poder sobre el que lo tiene<sup>734</sup>.

Retirados ambos de la política activa, le comenta Jefferson a John Adams que puede verse en los estados republicanos, desde la Antigüedad hasta sus días, la existencia de dos facciones o partidos, uno de corte aristocrático y otro de corte popular

---

<sup>729</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 262-263.

<sup>730</sup> Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall and the Rise of the Presidential Democracy*. Harvard University Press. Cambridge (Ma), 2005. Pág. 5.

<sup>731</sup> *Carta a Henry Lee*, 10 de agosto de 1824. Volumen XV. Págs. 73-74.

<sup>732</sup> George Washington: "Farewell address", 19 de septiembre de 1796. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/99-01-02-00963>

<sup>733</sup> Borrador del *Discurso de despedida* de George Washington escrito por Alexander Hamilton. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-20-02-0181-0002>

<sup>734</sup> *Carta a John Taylor*, 1 de junio de 1798. Volumen X. Pág. 45.

que llegaba a evidenciar el diferente temperamento y constitución de los individuos<sup>735</sup>, lo cual, parece desprenderse, es una constante que merece la pena entender y aceptar de cara a no violentar la naturaleza social del ser humano.

Hacer desaparecer los partidos políticos, las facciones, los grupos, sería una vía hacia el despotismo en cuanto que priva a la sociedad de un debate legítimo y organizado y, también, priva al gobierno y al pueblo de la crítica necesaria. Además los partidos articulan la acción política en un país tan extenso y variado como los Estados Unidos. Una oposición organizada que es capaz de hacerse con el poder tras un proceso electoral es una forma de resistencia institucionalizada frente a un gobierno que se haya desviado.

## 11. Elección y Revolución

En anteriores epígrafes se han tratado cuestiones relativas tanto al concepto de representación, como a las formas concretas de representación, naturalmente dentro de la perspectiva y de la valoración jeffersoniana. Hemos tocado un aspecto de la Elección Presidencial que era la no limitación de mandatos, dentro del marco de la problemática jeffersoniana en torno a los mandatos indefinidos.

Ahora se verá el papel de la Elección Presidencial en el pensamiento de Thomas Jefferson en relación con la representación y como forma de resistencia frente a la desviación de los principios republicanos de la Constitución, los que inspiraron la Revolución. En las cartas de Thomas Jefferson nos encontramos la expresión “Revolución de 1800”. ¿Cuál fue esta Revolución? ¿Fue un ejercicio del derecho de resistencia? Con “Revolución de 1800” hacía referencia a la Elección del Presidente que se inició en 1800, pero que no terminó hasta marzo de 1801, quizá uno de los procesos electorales más tormentosos en la historia de los Estados Unidos, y que él consideró un movimiento de resistencia contra la deriva despótica de la Presidencia de John Adams, en concreto, y de todo el Partido Federalista, en general.

---

<sup>735</sup> *Carta a John Adams*, 27 de junio de 1813. Volumen XIII. Págs. 279-280.

### 11.1. Sistema de elección del Presidente según la Constitución de 1787

Alexander Hamilton, en *The Federalist Papers*, hizo una de las valoraciones menos afortunadas de la historia constitucional estadounidense al referirse a la forma de elección del Presidente:

Me arriesgo un poco más y no dudo en afirmar que si la manera de hacerlo no es perfecta, al menos es excelente. Unifica en un grado eminente todas las ventajas de la unión que son deseables.<sup>736</sup>

Hamilton describió el proceso de elección del Presidente insistiendo en lo adecuado de la elección indirecta, para que sean los miembros del Colegio Electoral los que encuentren a la persona más adecuada. Pero desde el principio la elección de los miembros del Colegio estuvo mediatizada por la tendencia política de los candidatos y el ideal, en el que probablemente ni el propio Hamilton creía, nunca pudo realizarse, pues los electores se identificaban previamente con un partido o con un candidato.

Hamilton justificaba la existencia de un Colegio Electoral en dos argumentos de naturaleza política diferente.

El primero era que impedía la injerencia de una potencia extranjera en la elección presidencial, porque el Colegio Electoral es un órgano extraordinario cuyos miembros no se conocen con antelación<sup>737</sup> y que votan de forma descentralizada, de modo que se dificulta la influencia extranjera sobre ellos, más que si la elección estuviera encomendada a una asamblea permanente como es el Congreso<sup>738</sup>. Jefferson, en cambio, sostuvo que la injerencia extranjera en las elecciones se evitaba por la frecuencia de las elecciones e implícitamente la prohibición de la reelección. En carta a James Madison hizo notar que:

---

<sup>736</sup> Alexander Hamilton: "The Federalist 68" en *The Federalist Papers*. Pág. 334. "I venture somewhat further, and hesitate not to affirm that if the manner of it be not perfect, it is at least excellent. It unites in an eminent degree all the advantages the union of which was to be desired."

<sup>737</sup> Existían cuerpos electorales "ad hoc" como los siete (luego nueve) electores del Sacro Imperio o el Colegio Cardenalicio. El coste de la elección imperial era de sobras conocido y las sospechas de sobornos en las elecciones papales llevaron a la promulgación de severas normas canónicas contra la simonía. Las injerencias extranjeras eran continuas como en la elección del rey de Polonia, el emperador germánico pese a mantenerse desde el siglo XVI dentro de la casa de los Habsburgo o en la elección papal, que vivió su último episodio de veto por parte de un soberano católico en 1903 cuando el cardenal polaco Puzyna vetó al cardenal Rampolla en nombre del emperador austriaco Francisco José.

Para evitar la corrupción de los electores o las injerencias la República de Venecia estableció un complicadísimo sistema electoral que mezclaba el sorteo y la elección a la hora de seleccionar a la persona que habría de ser el elector del Dux de la República.

<sup>738</sup> Alexander Hamilton: "The Federalist 68" en *The Federalist Papers*. Pág. 335.

La elección del Presidente de América, dentro de algunos años, será mucho más interesante para algunas naciones de Europa, incluso más que lo que la elección del Rey de Polonia fuera. Reflexiona sobre todos los casos en la historia, antigua y moderna, de monarquías electivas y di si estos no sirven de fundamento para mis miedos. Los emperadores romanos, los papas mientras tuvieron alguna importancia, los emperadores germanos hasta que llegaron a ser hereditarios, los reyes de Polonia, los gobernadores de los territorios otomanos. Se puede decir que si las elecciones son acompañadas con estos desórdenes, es mejor que sean repetidas menos frecuentemente. Pero la experiencia dicta que para librarlas del desorden, deben ser hechas menos interesantes por la necesidad de cambio. Ninguna potencia extranjera, ni partido doméstico, gastará su sangre y dinero para elegir a una persona que deberá irse al fin de un corto periodo.<sup>739</sup>

El segundo argumento hamiltoniano era de naturaleza aristocrática. Siendo el Colegio Electoral una asamblea intermedia entre el pueblo (y muchas veces sus representantes) y los electores, el Presidente no estaría pendiente de la aprobación de la masa, sino de unos electores que deberían representar a los mejores ciudadanos de cada estado<sup>740</sup>.

De acuerdo con la Constitución cada estado tenía que elegir tantos miembros del Colegio Electoral como resulten de la suma de los senadores que le correspondan (dos de acuerdo con la misma norma) y el número de representantes (dependiendo de la población, siendo uno el mínimo)<sup>741</sup>. Elegidos estos delegados del Colegio Electoral, cada uno de ellos tenía dos votos para otorgarlo a las dos personas que consideraran convenientes en el momento de emitir los votos, siempre que los dos no fueran ciudadanos del mismo estado.

La forma en la que cada estado elegía a los miembros del Colegio Electoral era dejada al arbitrio de cada uno de ellos, así como la fecha de la elección de estos, aunque se le reconocía al Congreso la potestad de homogeneizar la fecha de reunión y votación.

---

<sup>739</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Págs. 389-390. "The election of a President of America, some years hence, will be much more interesting to certain nations of Europe, than ever the election of a King of Poland was. Reflect on all the instances in history, ancient and modern, of elective monarchies, and say if they do not give foundation for my fears; the Roman Emperors, the Popes while they were of any importance, the German Emperors till they became hereditary in practice, the Kings of Poland, the Deys of the Ottoman dependencies. It may be said, that if elections are to be attended with these disorders, the less frequently they are repeated the better. But experience says, that to free them from disorder, they must be rendered less interesting by a necessity of change. No foreign power, nor domestic party, will waste their blood and money to elect a person, who must go out at the end of a short period."

<sup>740</sup> *Idem*.

<sup>741</sup> En la actualidad sigue estando en vigor esta misma regla, salvo lo dispuesto en la XXII Enmienda, según la cual el Distrito de Columbia, que no es un estado, elige tantos electores como si fuera estado pero nunca más que el estado que menos elija, lo cual hace que sean tres electores al haber varios estados que tienen la mínima representación en el Congreso (dos senadores y un representante).

Una vez elegidos, los miembros del Colegio Electoral emitían sus votos en sus estados el mismo día (primer miércoles de diciembre) y estos eran enviados al Senado, donde se efectuaba el recuento (segundo miércoles de febrero), y se proclamaba la elección en sesión conjunta del Senado con la Cámara, bajo la presidencia del Vicepresidente<sup>742</sup>. Resultaba elegido Presidente quien consiguiera el apoyo de la mayoría de los electores y Vicepresidente el que obtenía el segundo número mayor de votos.

En caso de que hubiera dos candidatos que alcanzasen la mayoría de electores empatando o que ninguno alcanzase la mayoría de los miembros del Colegio Electoral, la elección del Presidente y del Vicepresidente era transferida a la Cámara de Representantes. Ésta votaría por estados, contando cada delegación estatal con un voto, de modo que en primer lugar los representantes de cada estado tenían que decidir el sentido del voto del estado y luego emitirse los votos de todos los estados<sup>743</sup>.

En las Elecciones Presidenciales de 1800 se dieron una serie de circunstancias que produjeron un bloqueo institucional que generó una grave crisis constitucional. A este respecto Jefferson comentó: “Los defectos de nuestra Constitución bajo circunstancias como las presentes parecen muy grandes.”<sup>744</sup>

En el diseño de la Convención Federal es cierto que no tuvieron presente que el sistema de partidos se implantara con tamaña virulencia y es, por esta razón, la elección del Presidente, en el texto original de la Constitución, tiene un carácter de verdadera

---

<sup>742</sup> Secciones 2 y 5 de *An Act relative to the Election of a President and Vice President of the United States, and declaring the Officer who shall act as President in case of Vacancies in the offices both of President and Vice President*, 1 Stat. 239 (1792).

<sup>743</sup> El tenor literal del tercer párrafo de la Sección 1 del Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos no está vigente desde la ratificación de la XII Enmienda el día 15 de junio de 1804. Establecía lo siguiente: “The Electors shall meet in their respective States, and vote by Ballot for two Persons, of whom one at least shall not be an Inhabitant of the same State with themselves. And they shall make a List of all the Persons voted for, and of the Number of Votes for each; which List they shall sign and certify, and transmit sealed to the Seat of the Government of the United States, directed to the President of the Senate. The President of the Senate shall, in the Presence of the Senate and House of Representatives, open all the Certificates, and the Votes shall then be counted. The Person having the greatest Number of Votes shall be the President, if such Number be a Majority of the whole Number of Electors appointed; and if there be more than one who have such Majority, and have an equal Number of Votes, then the House of Representatives shall immediately chuse by Ballot one of them for President; and if no Person have a Majority, then from the five highest on the List the said House shall in like Manner chuse the President. But in chusing the President, the Votes shall be taken by States, the Representation from each State having one Vote; A quorum for this Purpose shall consist of a Member or Members from two thirds of the States, and a Majority of all the States shall be necessary to a Choice. In every Case, after the Choice of the President, the Person having the greatest Number of Votes of the Electors shall be the Vice President. But if there should remain two or more who have equal Votes, the Senate shall chuse from them by Ballot the Vice President.”

<sup>744</sup> *Carta a Tenche Coxe*, 11 de febrero de 1801. Volumen X. Pág. 199. “The defects of our Constitution under circumstances like the present, appear very great.”

elección por parte de los electores y no de transmisión de la voluntad de sus votantes. De hecho la elección del Presidente y del Vicepresidente ha sido uno de los asuntos que más enmiendas constitucionales ha merecido a lo largo de la historia<sup>745</sup>.

## 11.2. La Elección Presidencial de 1796

El sistema de elección del Presidente ya comenzó a dar muestras tempranas de disfuncionalidad en 1796, dado que se eligió un Presidente de un partido (federalista) y un Vicepresidente de otro (republicano-demócrata).

En la naciente República, el Vicepresidente no formaba parte del círculo más cercano al Presidente, sino que más bien solía estar muy alejado del proceso de toma de decisiones. Pese a que, en palabras del primer vicepresidente John Adams, la Vicepresidencia de los Estados Unidos fuera el más insignificante cargo que haya inventado el hombre<sup>746</sup> y que Jefferson, que también fue Vicepresidente, la considerara un puesto que requería escasa dedicación<sup>747</sup>, no dejaba de ser poco armónico que el potencial sustituto del Presidente representara otro ideario, que además había sido derrotado electoralmente.

¿Qué sucedió en 1796 para que el demócrata-republicano Jefferson fuera el Vicepresidente del federalista Adams? Adams obtuvo setenta y un votos de doscientos setenta y seis emitidos, de forma que había conseguido el apoyo de la mayoría de los electores<sup>748</sup>.

Los federalistas tenían que conseguir que el principal candidato a la Vicepresidencia, Thomas Pinckney, obtuviera al menos un voto menos que Adams, pero más que el candidato demócrata-republicano más votado que iba a ser Jefferson. En ese punto fallaron porque hubo una fragmentación indeseada y hasta siete federalistas recibieron votos, de modo que Pinckney solamente obtuvo cincuenta y nueve, nueve votos por detrás de Jefferson<sup>749</sup>.

---

<sup>745</sup> XII Enmienda (separación de la elección del Presidente y de la elección del Vicepresidente, así como el procedimiento de elección en el Congreso en el caso de que no haya elección mayoritaria del Presidente y/o Vicepresidente), Enmienda XX (inicio del mandato del Congreso en el 3 de enero y del Presidente en el 20 de enero abandonando ambos el 4 de marzo), Enmienda XXII (limitación de mandatos del Presidente), Enmienda XXIII (representación del Distrito de Columbia en el Colegio Electoral) y Enmienda XXV (incapacidad del Presidente y sustitución del Presidente incapacitado).

<sup>746</sup> *Carta de John Adams a Abigail Adams*, 19 de diciembre de 1793. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Adams/04-09-02-0278>

<sup>747</sup> *Carta al Gobernador Thomas McKean*, 9 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 221.

<sup>748</sup> Los electores eran ciento treinta y ocho, de modo que para conseguir el apoyo mayoritario era necesario alcanzar los setenta votos.

<sup>749</sup> Oliver Ellsworth recibió once votos, John Jay cinco, James Iredell tres, John Henry dos, Samuel Johnston dos y Charles Cotesworth Pinckney uno.

De hecho algunos republicanos plantearon la posibilidad de intentar conseguir arrebatarle la Presidencia a Adams, dado que la fragmentación estaba clara antes del voto del Colegio Electoral. Thomas Jefferson rechazó esta maniobra porque habría supuesto un cuestionamiento de la elección de los ciudadanos<sup>750</sup>. En una carta a James Madison, dos meses antes del escrutinio en el Congreso, le autorizaba a pedir el voto para John Adams, habida cuenta de que una Cámara incapaz de tener una mayoría tendría que haber conseguido elegir un Presidente, si el Colegio Electoral no hubiera alcanzado la mayoría. Hubiera habido una situación de bloqueo, por falta de previsión constitucional<sup>751</sup>, afectando a la credibilidad de la joven República<sup>752</sup>.

### 11.3. La Elección Presidencial de 1800

El mandato de Adams fue turbulento: la guerra no declarada con Francia (*Quasi-War*), las leyes de sedición y de extranjeros (*Aliens and Sedition Acts*) y el fortalecimiento del Gobierno Federal lo marcaron. A esto cabe añadir la reacción republicana con las célebres resoluciones de Virginia y de Kentucky, que pusieron el clima político en una permanente exacerbación.

Jefferson, desde su residencia virginiana de Monticello, tuvo el tiempo y la discreción suficiente para preparar la elección de 1800 y pudo conseguir los apoyos suficientes para que un feudo federalista importante, el estado de Nueva York, pasara a contar entre los estados republicanos<sup>753</sup>. Esto implicó conseguir previamente la mayoría en la legislatura estatal, la cual habría de elegir a los miembros del Colegio Electoral. El incentivo para los neoyorquinos fue la candidatura de Aaron Burr a la Vicepresidencia.

El largo proceso electoral de 1800 mostró todas las deficiencias que tenía el procedimiento de elección presidencial y que las diversas partes intentaron aprovechar en su beneficio, especialmente los federalistas al bloquear la elección de Jefferson como sucesor de John Adams.

---

Véase en: <https://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/scores.html#1796>

<sup>750</sup> Carta a James Sullivan, 9 de febrero de 1797. Volumen IX. Págs. 376-377.

<sup>751</sup> Carta a James Madison, 17 de diciembre de 1799. Volumen IX. Págs. 351-352. Los demócratas-republicanos, a pesar de todo, hubieran conseguido elegir a Jefferson a tener la mayoría de las delegaciones estatales en la Cámara de Representantes (5 para los federalistas, diez para los republicanos y uno empatado), si Adams no hubiera llegado a los votos necesarios. Jefferson rechaza una maniobra que los federalistas emplearán cuatro años después.

<sup>752</sup> Durante su periodo en París da cuenta de que los periódicos británicos insisten en dar una imagen anárquica de los Estados Unidos, lejana de la realidad a su entender. El "experimento americano" necesitaba de la credibilidad internacional entre otras cosas para poder establecer y mantener relaciones comerciales internacionales.

<sup>753</sup> Hamilton le pidió al gobernador John Jay que modificara las reglas de elección de los Electores para impedir la victoria republicana. Gordon S. Wood: *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815. Op. Cit.*, Pág. 282.



De los dieciséis estados de la Unión en 1800, diez elegían a sus electores a través del voto de la legislatura estatal, de modo que la batalla para la Presidencia se trasladaba a la elección de la propia legislatura estatal: Se unía a ello una estrategia para mantener fieles a los legisladores estatales propios e intentar captar a los que no eran propios en el momento de su elección.

Los seis estados donde los votantes elegían directamente a sus delegados en el Colegio Electoral tenían diferentes procedimientos. Kentucky, Maryland y Carolina del Norte dividían el territorio del estado en tantos distritos electorales como electores le correspondieran a cada uno de ellos (tres, diez y ocho) y era elegido el candidato con más voto en su distrito.

En Rhode Island y en Virginia todos los electores eran elegidos por todos los votantes del estado (*general ticket*), siendo elegidos los cuatro o los veintiún más votados, dependiendo si era Rhode Island o en Virginia, lo que en la práctica provocaba que habitualmente todos los electores de esos estados fueran del mismo partido<sup>754</sup>. Finalmente, en Tennessee, sus tres electores eran elegidos en tres distritos pero no directamente por los ciudadanos, sino por delegados elegidos por los votantes en cada uno de los dieciocho condados en los que se dividía el estado en 1800.

El 11 de febrero de 1801 el Congreso, reunido en sesión conjunta de las dos cámaras, realizó el recuento de los votos a partir de las certificaciones remitidas por los dieciséis estados, en una sesión presidida por el propio Jefferson en su condición de Vicepresidente y, por tanto, presidente del Senado<sup>755</sup>. Los federalistas habían conseguido disciplinar a sus electores y John Adams recibió sesenta y cinco votos, Thomas Cotesworth Pinckney sesenta y cuatro y un voto federalista fue para John Jay.

Jefferson le había indicado a Aaron Burr, candidato demócrata-republicano a la Vicepresidencia, que un miembro del Colegio Electoral por Tennessee, iba a votar por Albert Gallatin:

---

<sup>754</sup> Para conseguir que los ciudadanos votasen a todos los candidatos de un partido, estos editaban hojas volantes con la finalidad de que fueran copiadas por los electores con el nombre de los candidatos a electores que apoyaban a sus candidatos.

Véase: <http://www.loc.gov/exhibits/creating-the-united-states/election-of-1800.html#obj18>

<sup>755</sup> Sobre los problemas de validez de los votos de Georgia, Vid. Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Op. Cit.*, Págs. 59-70.

Se ha dicho también que un tal General Smith, de Tennessee, había anunciado que él daría su segundo voto a Mr. Gallatin, no por ninguna indisposición hacia usted, sino por una extrema reverencia al carácter de Mr. Gallatin.<sup>756</sup>

Esto era la encarnación del plan para romper el empate entre los dos principales candidatos del partido jeffersoniano. Pero cuando Jefferson realizó el recuento en el Senado, se confirmaron los datos que le habían llegado de los estados<sup>757</sup>. Tanto él como Aaron Burr recibieron el mismo número de votos, setenta y tres, dándose un empate al haber conseguido los dos la mayoría de electores (setenta), de forma que habría de ser la Cámara de Representantes la encargada de elegir al tercer Presidente de los Estados Unidos entre los dos candidatos demócratas-republicanos.

El mandato presidencial comenzaba en aquella época el 4 de marzo, por lo que desde la sesión conjunta del Congreso el 11 de febrero hasta el 4 de marzo era el plazo en el que se había que elegir al Presidente y al Vicepresidente. Junto a la Elección Presidencial, se había renovado la Cámara de Representantes y la porción correspondiente del Senado, pero hasta el 4 de marzo no comenzaban su mandato. Por tanto la Cámara de Representantes, que tenía que resolver el empate, era una cámara controlada por el derrotado Partido Federalista (cincuenta y seis representantes federalistas frente a cuarenta y nueve republicanos), aunque la mayoría federalista no podía elegir a un candidato propio ya que tendrían que votar entre los dos empatados.

Ya el 18 de diciembre de 1800 Jefferson expresó su temor a John Breckenridge de que los federalistas bloquearan la situación para llegar al 4 de marzo sin Presidente ni Vicepresidente, o que finalmente el Presidente fuera Burr y que él continuara como Vicepresidente:

Pero somos conducidos a un dilema por el probable empate entre los dos candidatos republicanos. Los federalistas en el Congreso quieren sacar ventaja de esto e impedir la elección de cualquier de los dos, o bien invertir lo que ha sido entendido como los deseos del pueblo, tanto para Presidente como para Vicepresidente.<sup>758</sup>

James Ross, representante federalista por Pennsylvania, había propuesto al Congreso que las disputas sobre la validez de los votos del Colegio Electoral, una vez escrutados, no fuera decidida por la sesión conjunta del Congreso, sino por un comité

---

<sup>756</sup> *Carta a Aaron Burr*, 15 de diciembre de 1800. Volumen X. Pág. 181. "It has also been said that a General Smith, of Tennessee, had declared that he would give his second vote to Mr. Gallatin, not from any indisposition towards you, but extreme reverence to the character of Mr. Gallatin."

<sup>757</sup> *Carta a John Breckenridge*, 18 de diciembre de 1800. Volumen X. Págs. 183-184. *Carta a James Madison*, 22 de diciembre de 1800. Volumen X. Págs. 186-187.

<sup>758</sup> *Ibidem*. Pág. 183.

(*Grand Committee*) compuesto paritariamente por miembros de las dos cámaras<sup>759</sup>. Esta propuesta no prosperó<sup>760</sup>, entre otros motivos por las dudas sobre su constitucionalidad expresadas por John Marshall, en ese momento secretario de Estado del Presidente Adams. Aunque Jefferson reconoció la argucia de Marshall al plantear que se presumiera en el pleno la validez del voto, salvo que lo rechazaran dos tercios de las cámaras<sup>761</sup>.

A eso se unía que la Ley que regulaba la elección del Presidente y del Vicepresidente y las vacantes simultáneas en ambos cargos establecía en su sección 9 que la Presidencia sería ejercida por el Presidente *pro tempore* del Senado y, si no pudiera éste, por el portavoz (*Speaker*) de la Cámara de Representantes<sup>762</sup>. Dado que la Presidencia *pro tempore* del Senado estaba vacante, el cargo le hubiera correspondido a Theodor Sedgwick. En todo caso, el Senado era y es un cuerpo permanente y fue convocado para el mismo 4 de marzo, pudiendo haber nombrado un presidente *pro tempore* en caso de necesidad.

Ocho días después Jefferson se hace una idea clara del plan de los federalistas. El plan consistiría en aprovechar el proyecto de ley de Julian Ross para modificar esa sección 9 y darle la Presidencia en funciones al Presidente del Tribunal Supremo o al Secretario de Estado<sup>763</sup>. En todo caso la sección 10 preveía que se llamara nuevamente a elecciones de los miembros del Colegio Electoral<sup>764</sup>.

---

<sup>759</sup> Edward B. Foley: *Ballot Battles. The History of the Disputed Elections in the United States*. Oxford University Press. Nueva York. 2016. Pág. 72.

<sup>760</sup> Jefferson redactó una enmienda a la propuesta de Ross que fue presentada en el Senado por el virginiano Wilson Cary Nicholas, la cual también fue derrotada. El borrador de Jefferson está disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-32-02-9001> y la enmienda de Nicholas en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-32-02-0269>

<sup>761</sup> *Carta a Edward Livingston*, 30 de abril de 1800. Volumen X. Pág. 165.

<sup>762</sup> Sección 9 de *An Act relative to the Election of a President and Vice President of the United States, and declaring the Officer who shall act as President in case of Vacancies in the offices both of President and Vice President*, 1 Stat. 239 (1792).

<sup>763</sup> *Carta a James Madison*, 26 de diciembre de 1800. Volumen X. Págs. 186-187.

<sup>764</sup> 1 Stat. 239 (1792). Sección 10: "That whenever the offices of President and Vice President shall both become vacant, the Secretary of State shall forthwith cause a notification thereof to be made to the executive of every state, and shall also cause the same to be published in at least one of the newspapers printed in each state, specifying that electors of the President of the United States shall be appointed or chosen in the several states within thirty-four days preceding the first Wednesday in December then next ensuing: Provided, There shall be the space of two months between the date of such notification and the said first Wednesday in December, but if there shall not be the two space of months between the date of such notification and the first Wednesday in December; and if the term for which the President and Vice President last in office were elected shall not expire on the third day of March next ensuing, then the Secretary of State shall specify in the notification that the electors shall be appointed or chosen within thirty-four days preceding the first Wednesday in December in the year next ensuing, within which time the electors shall accordingly be appointed or chosen, and the electors shall meet and give their votes on the said first Wednesday in December, and the proceedings and duties of the said electors and others shall be pursuant to the directions prescribed in this act."

¿Cómo se podría bloquear la elección? La Constitución, como se ha señalado, preveía que el desempate entre los dos candidatos se hiciera votando por estados y se requería el voto de la mayoría de los estados, nueve, para ser elegido Presidente. Los federalistas decidieron votar de tal forma que no se pudiera conseguir esa mayoría y que así el plazo fuera agotándose.

Del 11 al 17 de febrero hubo durante treinta y cinco votaciones. Las dos primeras decenas de votaciones se produjeron entre el 11 y el 12 de febrero, pues la Cámara de Representantes se mantuvo en sesiones toda la noche<sup>765</sup>. Thomas Jefferson consiguió el apoyo de ocho estados de los nueve necesarios para la elección, Aaron Burr de seis y dos estados votaron en blanco. Conforme se sucedían las votaciones estaba claro que los federalistas estaban intentando la elección de Burr, un republicano de menos peso y capacidad, para mantener a Jefferson cuatro años como Vicepresidente, gastando su talento en presidir el Senado. Se planteaba un problema de legitimidad:

Si hubiera terminado con la elevación de Mr. Burr, estoy seguro que hubiera tenido de inmediato la aquiescencia de cada republicano, aunque ello hubiera divergido de las intenciones de los votantes, porque sin embargo hubiera estado de acuerdo con la Constitución.<sup>766</sup>

En la trigésimo sexta votación, entre amenazas de convocar una convención constitucional por parte de los republicanos e incluso de tomar las armas por dos gobernadores (Monroe de Virginia y McKean de Pennsylvania), la Cámara de Representantes decidió por diez votos elegir Presidente a Thomas Jefferson. Al recibir Aaron Burr cuatro votos fue elegido Vicepresidente. Dos estados se abstuvieron<sup>767</sup>.

Antes de la última votación, el 15 de abril, John Adams le hizo saber a Jefferson que la elección dependía de que aceptase determinadas condiciones como mantener el sistema de deuda, no remover a los cargos nombrados por los federalistas y el sostenimiento de la Marina, lo que Jefferson consideró inaceptable<sup>768</sup>. Éste siempre mantuvo que no llegó a ningún acuerdo para conseguir la Presidencia, la cual consideraba que le correspondía por elección de los ciudadanos<sup>769</sup>. Los federalistas que

---

<sup>765</sup> Susan Dunn: *Jefferson's Second Revolution. The Election Crisis of 1800 and the Triumph of Republicanism*. Houghton Mifflin Company. Boston y Nueva York, 2004. Pág. 208-209.

<sup>766</sup> *Carta al gobernador Thomas McKean*, 9 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 221. "Had it terminated in the elevation of Mr. Burr, every republican, would, I am sure, have acquiesced in a moment; because, however it might have been variant from the intentions of the voters, yet it would have been agreeable to the Constitution."

<sup>767</sup> Maryland y Vermont pasaron de la abstención a apoyar a Jefferson y Delaware y Carolina del Sur de votar a Burr a la abstención.

<sup>768</sup> *Carta a Benjamin Rush*, 16 de enero de 1811. Volumen XIII. Págs. 6-7.

<sup>769</sup> *Carta a James Monroe*, 15 de febrero de 1801. Volumen X. Pág. 202.

rompieron con la disciplina de su partido siempre mantuvieron que no habían acordado nada con Jefferson.

Las amenazas de insurrección y de ruptura constitucional fueron instrumentos con los que Jefferson y los demócratas-republicanos intentaron terminar con la crisis constitucional de la no-elección:

La minoría de la Cámara de Representantes, después de ver la imposibilidad de elegir a Burr, con la certeza de que una usurpación legislativa sería resistida por las armas y el recurso a una convención para reorganizar y enmendar el gobierno, celebró consultas sobre este dilema: si sería mejor para ellos unirse al pueblo e ir con la corriente de los tiempos, o por no hacer nada padecer la elección hecha por una mayoría simple, conservando entero y sin ruptura su partido, para actuar como una falange sobre tal motivo para oponerse cuando las circunstancias lo ofrezcan. Y sé su respuesta a esta cuestión solamente por su voto de ayer.<sup>770</sup>

Pronto silencia Thomas Jefferson la posibilidad de que los estados centrales tomasen las armas y que dos gobernadores así lo hubieran manifestado. Consideró que fue la posibilidad de convocar la convención constitucional la clave del cambio en el voto de los representantes federalistas y que reemplazó y desplazó el recurso a la resistencia violenta. Así lo expresó en su discurso en ocasión de la toma de posesión (*Inauguration Address*):

[...] un celoso cuidado del **derecho de elección por parte del pueblo, un suave y seguro correctivo de los abusos que son cortados por la espada de la revolución donde los remedios pacíficos no están provistos**; la absoluta aquiescencia a la decisión de la mayoría, el principio vital de las repúblicas, el cual no admite apelación, si no es forzar este principio y es padre inmediato del despotismo.<sup>771</sup> [la negrilla es nuestra]

El 21 de marzo de 1801 escribió al pastor unitarista Dr. Joseph Priestley:

---

<sup>770</sup> *Carta a James Madison*, 18 de febrero de 1801. Volumen X. Págs. 202-203. "The minority in the House of Representatives, after seeing the impossibility of electing Burr, the certainty that a legislative usurpation would be resisted by arms, and a recourse to a convention to reorganize and amend the government, held a consultation on this dilemma, whether it would be better for them to come over in a body and go with the tide of the times, or by a negative conduct suffer the election to be made by a bare majority, keeping their body entire and unbroken, to act in phalanx on such ground of opposition as circumstances shall offer; and I know their determination on this question only by their vote of yesterday."

<sup>771</sup> *First Inauguration Address*, Volumen III. Págs. 321-322. "[...] a jealous care, of the right of election by the people—a mild and safe correctivo of abuses which are lopped by the sword of the revolution where peaceable remedies are unprovided; absolute acquiescence in the decisions of the majority—the vital principle of republics, from which there is no appeal but to force the vital principle and immediate parent of despotism."

He sido consolado, por encima de estas cosas, por la perspectiva que se nos abriría en el caso de no producirse la elección del Presidente; en tal caso el gobierno federal habría estado en la situación de un reloj desajustado. **No había idea de recurrir a la fuerza, ni ocasión para ello. Una convención, convocada por los miembros republicanos del Congreso, con el Presidente y el Vicepresidente virtuales, podría estar en marcha en ocho semanas y enmendar la Constitución donde fue defectuosa y comenzarse de nuevo.** Este recurso legítimo y pacífico, al que tenemos el hábito de obediencia implícita, reemplazando toda llamada a la fuerza y estando siempre a nuestro alcance, muestra un precioso principio de autoconservación en nuestra composición hasta que acaeciera un cambio de circunstancias, que no tenemos en perspectiva en un periodo determinado.<sup>772</sup> [la negrilla es nuestra]

Al día siguiente insiste en la misma idea:

Hubo una alarma general durante la elección pendiente en el Congreso por temor a que el Presidente no fuera elegido, a que el gobierno fuera disuelto y que resultase la anarquía. Pero la tranquila determinación de los realmente patrióticos de llamar a una convención en ese caso, que podría estar en marcha en ocho semanas, y poner en funcionamiento de nuevo la máquina, que solamente se había desajustado, apunta a mi mente **un recurso perpetuo y pacífico contra la fuerza en cualquier situación extrema que nos pueda suceder. Y estoy convencido de que la convención habría atraído obediencia inmediata y universal.**<sup>773</sup> [la negrilla es nuestra]

Ya el día 23 da un paso más y afirma lo siguiente:

Ese amor al orden y la obediencia a las leyes, que caracterizan tan notablemente a los ciudadanos de los Estados Unidos, son promesas de tranquilidad interna; y **el derecho a elegir, si es guardado como el acto de nuestra seguridad, disipará pacíficamente todas las combinaciones para subvertir una Constitución dictada por la sabiduría y descansando en la voluntad del pueblo.** Esa voluntad es la única base legítima de

---

<sup>772</sup> *Carta al Dr. Joseph Priestley*, 21 de marzo de 1801. Volumen X. Págs. 229-230. "I have been, above all things, solaced by the prospect which opened on us, in the event of a non-election of a President; in which case, the federal government would have been in the situation of a clock or watch run down. There was no idea of force, nor of any occasion for it. A convention, invited by the republican members of Congress, with the virtual President and Vice-President, would have been on the ground in eight weeks, would have repaired the Constitution where it was defective, and wound it up again. This peaceable and legitimate resource, to which we are in the habit of implicit obedience, superseding all appeal to force, and being always within our reach, shows a precious principle of self-preservation in our composition, till a change of circumstances shall take place, which is not within prospect at any definite period."

<sup>773</sup> *Carta al representante estatal Nathaniel Niles*, 22 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 234. "There was general alarm during the pending of the election in Congress, lest no President should be chosen, the government be dissolved and anarchy ensue. But the cool determination of the really patriotic to call a convention in that case, which might be on the ground in eight weeks, and wind up the machine again which had only run down, pointed out to my mind a perpetual and peaceable resource against force in whatever extremity might befall us; and I am certain a convention would have commanded immediate and universal obedience."

cualquier gobierno, y proteger su libre expresión debería ser nuestro primer objetivo.<sup>774</sup>  
[la negrilla es nuestra]

Recordemos que la usurpación tiene una clara consecuencia en el pensamiento de Locke, tan dilecto para Jefferson: la desaparición del vínculo de obediencia entre gobernantes y gobernados y la necesidad de un nuevo consentimiento para establecerlo o restablecerlo<sup>775</sup>. Ese nuevo acuerdo habría que darse en una Convención que podría redefinir la Constitución, de forma que la proclamación de la existencia de una usurpación abriría la puerta, dentro del esquema de Locke compartido ampliamente por Jefferson, a la necesidad de restablecer la comunidad política en el pacto que la hizo nacer.

¿Por qué este cambio en días? La forma en la que la elección había terminado, conforme a la voluntad de los votantes y de la mayoría de los miembros del Colegio Electoral, permitía releer los hechos desde quien ejerce el poder y desde la posición de quien aspira al poder. Naturalmente un Presidente en ejercicio tiene evidentes dificultades a la hora de reconocer que en medio de la crisis constitucional, cuyo fin fue su elección para el cargo, él o sus partidarios amenazaron con el uso de la fuerza, aunque tuviera la legitimidad para el cargo.

Los republicanos podían prever una fiera oposición por parte de los estados federalistas, los de Nueva Inglaterra, una oposición de la misma naturaleza que la que ellos habían ejercido sobre John Adams y su Presidencia y, desde luego, no iban a legitimar la adopción de medidas extremas que ellos mismos pudieron haber planteado.

La reinterpretación de los hechos de 1801 la realiza Jefferson de dos formas. La primera consiste en integrar dentro del sistema constitucional y político existente lo ocurrido, que no sería más que la lógica consecuencia del voto del pueblo estadounidense. La otra es conectar el proceso electoral y los hechos posteriores con la Revolución Americana, como si de una actualización o de una vuelta a los orígenes se tratara.

Tras finalizar su Presidencia, Thomas Jefferson volvió a reinterpretar los hechos de 1800-1801 y los denominó “revolución incruenta”, pero revolución si por ella entendemos una acción para terminar con el despotismo.

---

<sup>774</sup> *Carta a Benjamin Waring y a otros*, 23 de marzo de 1801. Volumen X. Págs. 235-236. “That love of order and obedience to the laws, which so remarkably characterize the citizens of the United States, are sure pledges of internal tranquillity; and the elective franchise, if guarded as the act of our safety, will peaceably dissipate all combinations to subvert a Constitution dictated by the wisdom, and resting on the will of the people. That will is the only legitimate foundation of any government, and to protect its free expression should be our first object.”

<sup>775</sup> Cf. John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §§ 197-198. Págs. 100-101.

En la famosa carta al juez Spencer Roane denomina al proceso de elección de 1800-1801 como “Revolución de 1800”:

Ellos<sup>776</sup> contienen los verdaderos principios de la Revolución de 1800, porque esa fue una revolución tan real en los principios de nuestro gobierno como la de 1776 en su forma, no llevada a cabo por la espada, como aquella, sino por medio del instrumento pacífico y racional de reforma, el sufragio del pueblo. La nación declaró su voluntad de despedir a los funcionarios de un principio y elegir a los de otro en las dos ramas, el ejecutivo y el legislativo, sometida a su elección.<sup>777</sup>

Tres años después se refirió como *Civil Revolution of 1801* para llamar a los mismos acontecimientos:

También lo es la revolución civil de 1801. Muchos y muy meritorios fueron los dignos patriotas que ayudaron a devolver a nuestro gobierno su rumbo republicano. Para preservarlo en eso, requerirá una vigilancia incesante.<sup>778</sup>

¿Por qué Jefferson adjetiva como “civil” a la denominada “revolución de 1801”? Entendemos que “civil” lo emplea como equivalente a pacífico, en el sentido que civil es antónimo de soldado o de militar, de modo que esta revolución podría ser entendida como sin armas, sin anarquía<sup>779</sup>, una revolución ciudadana contra un gobierno que había invertido los principios sobre los que se aposentaba constitucionalmente el gobierno. Desde las cartas de marzo de 1801 hasta una carta de diciembre de 1825<sup>780</sup>, Jefferson modifica su relato de la crisis constitucional: primero desaparece el recurso a las armas y en segundo lugar se desvanece la ruptura constitucional.

Como hemos indicado el diseño constitucional de la elección del Presidente de los Estados Unidos fue una de las partes de la Constitución de 1787 más problemáticas y tuvo que ser rápidamente reformada. Debido precisamente a ser un punto débil de la arquitectura institucional, un problema en la elección del Presidente se convirtió en una

---

<sup>776</sup> Se refiere a unos escritos publicados por el juez Roane Spencer bajo pseudónimo.

<sup>777</sup> *Carta al juez Roane Spencer*, 6 de septiembre de 1819. Volumen XV. Pág. 212. “They contain the true principles of the revolution of 1800, for that was as real a revolution in the principles of our government as that of 1776 was in its form ; not effected indeed by the sword, as that, but by the rational and peaceable instrument of reform, the suffrage of the people. The nation declared its will by dismissing functionaries of one principle, and electing those of another, in the two branches, executive and legislature, submitted to their election.”

<sup>778</sup> *Carta a William T. Barry*, 2 de Julio de 1822. Volumen XV. Pág. 388. “So also is the civil revolution of 1801. Very many and very meritorious were the worthy patriots who assisted in bringing back our government to its republican tack. To preserve it in that, will require unremitting vigilance.”

<sup>779</sup> En el *Dictionary of English Language* de Samuel Johnson, en la edición resumida de 1802, la segunda entrada de *Civil* es *Not in anarchy; not wild* y la sexta es *Not military*. Cf. Samuel Johnson: *Dictionary of English Language*, D. Buchanan. 1802.

<sup>780</sup> *Carta a William B. Giles*, 26 de diciembre de 1825. Volumen 15. Págs. 147-148.



crisis que parecía que iba a alterar el sentido de lo que había sido una clara victoria electoral. Ello se dio además en un ambiente político en el que podemos decir que se estaba jugando la definición final del texto constitucional para salvar las ambigüedades necesarias para su aprobación.

Thomas Jefferson intentó por todos los medios que la situación no llegase al punto en el que la elección pasara a manos de sus adversarios políticos. Cuando esto sucedió los resortes institucionales no eran suficientes, porque los federalistas controlaban la Presidencia y el Congreso y aún no había emergido el Tribunal Supremo como actor político. Los republicanos asistieron a como un Congreso y un Presidente que ya no contaban con el respaldo mayoritario de los ciudadanos, intentaban no elegir al Presidente y provocar una vacante o, en defecto de lo anterior, elegir a quien era su segunda opción.

Y aunque Jefferson, con el paso del tiempo, obviara sus opciones éstas fueron claras: conseguir que los federalistas consintieran en su elección por medio de la amenaza de la ruptura constitucional o por medio al temor de los gobernadores republicanos y sus milicias estatales (que podía degenerar en una guerra civil porque en Massachusetts los federalistas también estaban dispuestos a emplear la milicia<sup>781</sup>).

¿Era conforme a la Constitución y a las leyes lo llevado a cabo por los federalistas en aquellos siete largos días de febrero de 1801? En un sentido literal era una posibilidad a la que la Constitución no daba solución, y por ello la posibilidad de la crisis. Pero repetir un empate en treinta y seis ocasiones votando entre dos candidatos del partido opuesto, muestra mala fe y quizá el quebrantamiento constitucional del mandato a la Cámara de Representantes de elegir al Presidente.

Los defectos técnicos de la Constitución<sup>782</sup> posibilitaron una situación insostenible dentro del sistema, especialmente en el caso de que los federalistas hubieran optado por llegar al 4 de marzo sin haber realizado la elección. No dejaron muchas opciones a Jefferson y a los republicanos, de modo que se buscaron salidas extra constitucionales: convención y uso de las armas.

Da la impresión que hay una gradación y que Jefferson se desprenden de ellas comenzando por la más grave, ¿pero hubiera sido posible una convención sin armas que la protegieran? Aunque esa convención hubiera conseguido la rápida aquiescencia, bien sabía que no iba a ser generalizada y que una región importante, Nueva Inglaterra, no la iba a reconocer ¿Cómo se pensaba imponer la convención sobre quienes no la

---

<sup>781</sup> Susan Dunn: *Op. Cit.*, Págs. 209-210.

<sup>782</sup> Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Op. Cit.*, Págs. 14-15.

reconocieran? Es probable que la amenaza implícita de la fuerza fuese un buen motivo para que, con el paso del tiempo, desapareciera de los escritos de Jefferson y más cuando los demócratas-republicanos dominaron desde 1801 la Presidencia y el Congreso.

La crisis, el bloqueo constitucional y la toma de una salida dudosa desde un punto de vista democrático hubieran supuesto la ruptura de las normas que gobernaban a los Estados Unidos y la vuelta a los principios de la naturaleza, que son previos a los principios políticos.

¿Faltaba algún actor más en esta tragedia? No cabe duda de que Thomas Jefferson no imaginaba que una de las personas que más apoyó su candidatura, dentro de las filas federalistas, fuera su mayor adversario en el Gabinete de Washington: Alexander Hamilton.

El representante por Delaware, James Bayard, fue el hombre que movió los hilos suficientes para que el número justo de federalista cambiará su posición dentro de sus delegaciones y así conseguir romper el empate y la elección de Thomas Jefferson, habida cuenta de que la tensión aumentaba, la elección de Aaron Burr por retirada de Jefferson parecía imposible y la decisiva intervención del gran líder federalista, Alexander Hamilton que rompió la inercia.

En carta del 27 de diciembre de 1800, Hamilton comentó a Bayard que Aaron Burr le parece una persona indigna de confianza por su desmedida ambición y por su forma de vida:

Sé que el señor Burr no lo ve de esta forma y estoy seguro que no hay medios demasiados atroces como para no ser empleados por él. Endeudado de largo más allá de su capacidad de pago, con todos los hábitos de gasto excesivo, él no puede contentarse con el sueldo normal de ningún cargo de nuestro gobierno. Los expedientes corruptos serán para él un recurso necesario. ¿Algún hombre prudente le brindaría así a un presidente las tentaciones del oro extranjero? No puede hacerse ningún acuerdo que dependa de él. Mientras acuerda él se reirá para sus adentros de la credulidad de aquellos con los que lo hace y el primer momento que le convenga para romperlo, lo hará. Déjeme añadir que apenas podría un hombre prudente de cada partido en nuestro estado quien no piense que el señor Burr es la persona más inapropiada en los Estados Unidos para el cargo de Presidente.<sup>783</sup>

---

<sup>783</sup> *Carta de Alexander Hamilton a James A. Bayard, 27 de diciembre de 1800.* "I know that Mr Burr does not view it as such, & I am sure there are no means too atrocious to be employed by him. In debt vastly beyond his means of payment, with all the habits of excessive expence, he cannot be satisfied with the regular emoluments of any office of our Government. Corrupt expedients will be to him a necessary resource. Will any prudent man offer such a president to the temptations of foreign gold? No engagement that can be made with him can be depended upon. While making it he will laugh in his

El 7 de enero James A. Bayard manifestó a Hamilton que encuentra debilidades y fortalezas en los dos candidatos, pero que sea cual sea la decisión que adopten los representantes federalistas en su reunión [no duda que será apoyar a Burr], él no se sentirá vinculado por ella<sup>784</sup>.

El 16 de enero Hamilton le dio la enhorabuena por romper en este punto con el Partido Federalista, le autorizó a dar a conocer a quien considerara necesario su carta sobre la preferencia por Jefferson antes que por Burr y los motivos para ella. Añadió un argumento de estrategia política para convencer a los federalistas: Burr era un hombre no idóneo para ser presidente, que si fuera elegido gracias a los votos de los federalistas, sería considerado como federalista a pesar de haber sido elegido por los electores del otro partido y que los federalistas tendrían que asumir como propio a quien no había sido ninguno de sus candidatos<sup>785</sup>.

La recomendación de Hamilton y la determinación de Bayard no se materializarían hasta finales del mes siguientes, con un país al borde del colapso<sup>786</sup>. Hamilton adoptó la postura referida cuando el empate era una certeza y se sabía la posibilidad de bloqueo en la Cámara de Representantes que tenían los congresistas de su partido.

El 17 de febrero, día de la trigésimo sexta votación, Bayard escribió a Allen McLane, recaudador de impuestos en Delaware<sup>787</sup>, diciendo que tenía serias dudas incluso de la integridad democrática de Burr y, sobre todo, que estaba seguro de que Burr nombraría de nuevo a todos los cargos del Gobierno, haciendo cesar a los federalistas que lo ejercían. Bayard le dice a McLane que Jefferson planteaba el asunto de otra forma. Junto a ello reseñó la poca disposición que tienen los caballeros de Nueva Inglaterra (federalistas) de quedarse sin constitución (por la amenaza de convocar una

sleeve at the credulity of those with whom he makes it —and the first moment it suits his views to break it he will do so. Let me add that I could scarcely name a discreet man of either party in our State, who does not think Mr Burr the most unfit man in the U. S. for the office of President". Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-25-02-0146>

<sup>784</sup> Carta de James A. Bayard a Alexander Hamilton, 7 de enero de 1801. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-25-02-0158>

<sup>785</sup> Carta de Alexander Hamilton a James A. Bayard, 16 de enero de 1801.

<sup>786</sup> Hamilton desde mitad de diciembre de 1800 escribe cartas a Sedgwick, Harrison Gray Otis, Gouverneur Morris, James Ross, Wolcott y John Rutledge, además de las referenciadas a James A. Bayard para propiciar la elección de Thomas Jefferson. Cf. "Nota editorial" a la *Carta de Alexander Hamilton a Oliver Wolcott Jr*, 16 de diciembre de 1800, disponible en:

<https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-25-02-0131#ARHN-01-25-02-0131-fn-0001>

<sup>787</sup> El puesto de recaudador de impuestos en un puerto era económicamente muy ventajoso, porque no percibía un salario sino una comisión por los cobros percibidos. En bastante ocasiones estos recaudadores ganaban más dinero que el secretario del Tesoro. Leonard D. White: *The Federalists. A Study in Administrative History*. The MacMillan Company. Nueva York, 1948. Pág. 299.

Convención) y asumir el riesgo de una guerra civil. Terminó la carta diciéndole a su amigo que su puesto estaba seguro<sup>788</sup>.

El 8 de marzo Bayard escribe a Hamilton y le pone al día tanto del comienzo del mandato de Jefferson, su consideración sobre Burr, el proceso seguido para conseguir romper el bloqueo y volvió a mencionar la posibilidad de que Burr hubiese cesado a todos los puestos federales<sup>789</sup>. La cuestión de si hubo un acuerdo para respetar a una parte de los federalistas en la nueva Administración fue objeto de investigación por el Senado en 1806 y negado tanto por Jefferson como por Bayard. En todo caso, Jefferson inició una etapa de conciliación en su discurso de toma de posesión<sup>790</sup>, distinguiendo varios tipos federalistas a la hora de decidir quiénes habrían de dejar su puesto y quiénes habrían de permanecer<sup>791</sup>.

A pesar de la severa crisis, como indica Lipset, la derrota de los federalistas fue la primera vez en la política moderna en la que el poder se traspasó de un partido de acuerdo con las disposiciones constitucionales<sup>792</sup>. De no haber sido así los Estados Unidos se hubieran movido hacia lo que Ackerman denomina “Latin American direction”<sup>793</sup>.

---

<sup>788</sup> *Carta de James A. Bayard a Allen McLane*, 17 de febrero de 1801 en *Papers of James A. Bayard*. American Historical Association. Washington. 1913. Volumen II. Págs. 128-129 Por su interés reproducimos la carta en su integridad: “Mr. Jefferson is our President. Our opposition was continued till it was demonstrated that Burr could not be brought in, and even if he could he meant to come in as a Democrat. In such case of evidence his sincerity he must have swept every officer in the U. States. I have direct information that Mr. Jefferson will not pursue that plan. The New England Gentlemen came out and declared they meant to go without a constitution and take the risk of a Civil War. They agreed that those who could not agree to incur such extremity ought to secede without loss of time. We pressed them to go with us and preserve unity in our measures. After great agitation and much heat, they all agreed but one. But in consequence of his standing out the others refused to abandon their old ground. Mr. J. did not get a Federal vote. Vermont gave a vote by means of Morris withdrawing -the same thing happened with Maryland. The votes of S. Carolina and Delaware were blank. I have taken good care of you, and think if prudent, you are sure.”

<sup>789</sup> *Carta de James A. Bayard a Alexander Hamilton*, 8 de marzo de 1801.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-25-02-0190>

<sup>790</sup> *First Inaugural Address*, 4 de marzo de 1801. Volumen III. Pág. 319. “We have called by different names brethren of the same principle. We are all republicans—we are federalists. If there be any among us who would wish to dissolve this Union or to change its republican form, let them stand undisturbed as monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated where reason is left free to combat it.”

<sup>791</sup> Solamente a título de ejemplo: *Carta a William B. Gates*, 23 de marzo de 1801. Volumen X. Págs. 238-239. *Carta a Benjamin Rush*, 24 de marzo de 1801. Volumen X. Págs. 242-243. *Carta al General Henry Knox*, 27 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 246.

<sup>792</sup> Seymour Martin Lipset: *The First New Nation. The United States in Historical and Comparative Perspective*. Basic Books. Nueva York, 1963. Pág. 44.

<sup>793</sup> Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Op. Cit.*, Pág. 109.

## CAPÍTULO IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PODER EJECUTIVO COMO INSTITUCIONALIZACIONES DE LA RESISTENCIA

### 1. Un gobierno basado en la desconfianza

#### 1.1. Antecedentes clásicos y medievales de la separación de poderes

A lo largo de la historia podemos distinguir dos vías para conseguir un buen gobierno. La primera es confiar en la bondad del gobernante, que puede ser natural o aprendida, pero que es la garantía última de que el gobierno será bueno.

Esta visión, que podemos reconocer parcialmente en *La República* de Platón, en la prudencia aristotélica<sup>794</sup> o en los empeños instructivos de los príncipes de los autores renacentistas<sup>795</sup>, se funda en la idea de que una persona buena en el sentido moral, lo será también en el gobierno y no abusará de su poder. Parte de un presupuesto fundamental que consiste en que la voluntad del gobernante se convierte, de una forma u otra, en la voluntad del Estado, de modo que la voluntad ordenada rectamente en un individuo devendrá también ordenada rectamente en el Estado. Esto implica que en el contexto político no hay procesos morales diferentes a los de la vida del individuo, transformándose la bondad individual en bondad política o en justicia, al existir una continuidad entre el hacer privado y el hacer público.

La segunda vía para conseguir un buen gobierno, un gobierno justo, es el diseño institucional. La forma de organizar el ejercicio del poder garantizará que sea justo o, al menos, que no sea injusto. Desde la misma Antigüedad encontramos elaboraciones teóricas tendentes a conseguir que el gobierno no degenera gracias al empleo de un sistema institucional determinado.

Hubo una tímida propuesta platónica en *El Político* de ruptura de los grupos sociales y la extensión a toda la sociedad de las virtudes propias de cada uno de ellos o el esquema en *Las Leyes* de un gobierno aristocrático, pero con algún elemento popular<sup>796</sup>. La idea del gobierno mixto de Aristóteles, que se convirtió en modélica para el mundo grecorromano<sup>797</sup>, fue reelaborada por Dicearco de Messina y por Polibio, como expondremos al referirnos al Poder Legislativo.

<sup>794</sup> Pierre Aubenque: *La prudencia en Aristóteles*. Cátedra. Barcelona, 1999. Págs. 123-137.

<sup>795</sup> Un claro ejemplo de este tipo de obras es *La educación del Príncipe Cristiano* de Erasmo de Rotterdam.

<sup>796</sup> Véase William K. C. Guthrie: *A History of the Greek Philosophy*. Volume V: *The later Plato and the Academy*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1978. Págs. 190-191. 331-332. 339-334.

<sup>797</sup> En *Política* 1279a22-1279b7 se enuncia la célebre clasificación de las formas rectas de gobierno y sus correspondientes formas degeneradas. En el Capítulo 7 del Libro IV [VI en la edición del CEPC que es el texto fijado por Newman] (1293a35-1294a29) trata de la República como régimen intermedio entre la

El Republicanismo clásico se caracterizó por la colegialidad de los magistrados. Cualquier puesto, cualquier función, eran desempeñados por una pluralidad de personas. Estos magistrados tenían el poder de vetar a sus colegas e incluso a otros magistrados, de modo que el ejercicio de las funciones de los magistrados estaba sometido a controles permanentes<sup>798</sup>. Existía la convicción de que las leyes políticas jugaban un papel fundamental en la forma de desempeñar el poder.

La multiplicación de magistraturas, la cotidianeidad de las asambleas populares, la anualidad de los magistrados y el poder de veto de unos sobre otros eran mecanismos que ordinariamente habían de conseguir que no hubiera concentración excesiva de poder. El Republicanismo clásico creó una percepción social según la cual la libertad política, la libertad de los antiguos, se garantizaba si cada institución política hacía lo que le correspondía y estaba ejercida por personas diferentes<sup>799</sup>. Por ello Octavio se esforzó en no recibir ninguna magistratura extraordinaria, aunque sí *potestates* más abstractas, para mantener firme el imaginario republicano cuando la realidad política era otra bien distinta<sup>800</sup>.

En la Edad Media nos encontramos con numerosos Estados que se organizan a través de un pacto, que preserva derechos previos de cada grupo social y les otorga un papel propio y específico dentro de la dinámica política, constituyendo cada grupo un

aristocracia y la democracia, entre un régimen recto y otro degenerado. Capítulo 11 del Libro IV (1295a25-1296b12) Aristóteles se refiere a la importancia de que el gobierno esté en manos de una mayoría que no sea ni rica, ni pobre, para evitar que el Estado caiga en la oligarquía (que es el gobierno de los ricos) o en la democracia (que es el gobierno de los pobres). Puede consultarse sobre la construcción y concepción de la *politéia* en Aristóteles a Andrew Lintott: "Aristotle and the Mixed Constitution" en Roger Brock y Stephen Hodkinson (eds.): *Alternatives to Athens. Varieties of Political Organization and Community in Ancient Greece*. Págs. 152-166 y Richard Kraut: *Aristotle*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2002. Págs. 437-444.

<sup>798</sup> Vicente Arangio-Ruiz: *Op. Cit.*, Págs. 119.

<sup>799</sup> Dentro del sistema neo-tradicional con el que Silla reconstruyó la República Romana estableció por medio de la *Lex Cornelia de Magistratibus* un estricto *cursus honorum* en el que se preveía el periodo en el que una persona podía volver a desempeñar la misma magistratura, un intersticio que para el Consulado fue de diez años. Véase José Manuel Roldán: *Op. Cit.*, Volumen I. Págs. 500-501.

<sup>800</sup> En el año 29 a.C. recibe la *tribunicia potestas* que le permite ejercer las funciones de los tribunos de la plebe sin necesidad de serlo. Ésta se une a las *tribunicia sacrosanctitas*, la inmunidad propia de los tribunos, que ya gozaba. También le fue conferido, al abandonar voluntariamente el Consulado, el *imperium proconsulare maius*, que no cesaba dentro del *pomerium* de Roma y que le otorgaba superioridad sobre los magistrados que gozaran de esos poderes en las provincias senatoriales. A su cuñado Agripa también se le concedió el *imperium proconsulare*, aunque sin especificidades y al paso de los años se le otorgó también la *potestas tribunicia*. En el 19 a.C. se le otorgó el *imperium consulare* sin necesidad de ocupar el cargo, que le permitía dirigir tropas en Italia y poder ser el primero en intervenir en los debates del Senado para fijar su postura y que ésta sirviera de orientación al resto de los senadores. Todos los poderes que se concedían eran por periodos determinados de tiempos y eran sometidos a renovación. Véase Anthony Everytt: *Augusto. El primer emperador*. Ariel. Barcelona, 2008. Págs. 259-261, 270, 317, 331, 365.

poder autónomo con sus propias normas, sus propias instancias judiciales y autoridades ejecutivas y hasta particulares cuerpos representativos. Todos los grupos advenían al ejercicio conjunto del poder, cuando se requería tomar decisiones importantes como dictar una ley, recaudar tributos o certificar la sucesión regia. Pese a que Aristóteles no fue plenamente conocido en Europa Occidental hasta el siglo XIII, Tomás de Aquino lleva la organización política estamental a las categorías políticas aristotélicas y específicamente a la del gobierno mixto<sup>801</sup>.

Si aceptamos la idea aristotélica de que la degeneración de los gobiernos proviene de la superposición del interés propio al del estado, vemos cómo la división del poder se convirtió en la forma clave para evitar la degeneración y la tiranía, pues si no se tiene todo el poder, difícil es degenerar a todo el Estado. Es en la práctica institucional donde encontramos claramente que la separación del poder era concebida como la mejor forma de evitar los vicios del mal gobierno. La tradición medieval es especialmente relevante, porque fue la reclamada contra las tendencias absolutistas de los monarcas ingleses y la que finalmente triunfó al establecer la soberanía, el supremo poder, en la concurrencia del Rey, la nobleza y los comunes.

## 1.2. Antecedentes modernos de la separación de poderes

Pese a que teóricamente hayamos distinguido dos tendencias, la mixtura entre la bondad del gobernante y la conveniencia de determinadas instituciones se mantuvo hasta la modernidad representada en Nicolás Maquiavelo. Como es de general conocimiento Maquiavelo distinguió entre la esferas pública y privada y a cada una de ellas le otorgó autonomía tanto de fines como de normas, de modo que los fines perseguidos y las normas que rigen en el ámbito moral o ético no tienen que hacerlo en el de las relaciones públicas, siendo en muchas ocasiones contraproducente llevar los criterios morales a sustituir los criterios de lo público, la razón de Estado<sup>802</sup>.

Esta separación hizo patente que los criterios de organización política y de comportamiento político habrían de ser diferentes. Paralelamente se dio el proceso de concentración del poder en el monarca, un proceso que deshizo la idea de poder compartido de la Edad Media e hizo emerger una nueva idea de Estado, de soberanía y de ejercicio del poder.

Una sociedad con diversos centros de poder o con un poder compartido tendrá conflictos políticos. La sucesión de guerras civiles en Francia, Aragón, Castilla o Inglaterra durante la Edad Media y el inicio de la Edad Moderna lo prueba. Ello se

<sup>801</sup> Tomás de Aquino: *Summa Theologica*. I-II. q. 105 a.1 en Editio Leonina. Volumen VII. Pág. 265.

<sup>802</sup> Pablo Badillo O'Farrel: *Fundamentos de Filosofía Política*. Tecnos. Madrid, 1998. Pág. 62.

debía a que los conflictos políticos eran resueltos a través de medios violentos por cada una de las partes en las que el poder se hallaba dividido.

Juan Bodino fue el primer gran teórico de la concentración de poderes. En *Los Seis Libros sobre la República* requiere la concentración del poder en una sola persona para que podamos hablar propiamente de poder soberano, pues en caso contrario no lo habría. Bodino sintetiza los atributos del soberano en los siguientes: poder de dar leyes a todos en general y de conceder privilegios, la capacidad de declarar la guerra y firmar la paz, el nombramiento de los principales cargos, el derecho de ser la última instancia judicial y derivándose de ello el poder de conceder el perdón, el derecho a recibir homenaje perpetuo y los derechos a acuñar moneda, a marcar los pesos y medidas y a establecer tributos, todos ellos derivados del primer atributo. No podía existir soberanía dividida, porque entonces no era soberanía<sup>803</sup>.

En este contexto se comprende que Thomas Hobbes teorizara sobre la necesidad de eliminar la diversidad de centros de poder para impedir la guerra civil, el *Behemot*, evitando así que la poliarquía evolucione en conflictos civiles. En el Capítulo XXIX de la *Leviatán* señala hasta seis causas que hacen que el Estado pueda ser disuelto y todas tienen el nexo en común de la ruptura del monopolio del poder en manos del soberano y entre todas ellas destacan la primera (que el gobernante, para llegar a serlo, haya aceptado el poder sin tener el necesario para gobernar), la cuarta (el sometimiento del gobernante a las leyes) y la sexta causa (que el poder se encuentre dividido)<sup>804</sup>. La obsesión de los Padres Fundadores, a saber, que nadie pudiera concentrar todo el poder, y establecer un gobierno despótico era precisamente el medio eminente de Hobbes para alcanzar su fin: la paz.

El Absolutismo fue un movimiento político que hundió sus raíces en las luchas de los reyes medievales para conseguir desprenderse del control nobiliario. Hubo un periodo intermedio entre el Feudalismo y el Absolutismo que se denominada “Monarquía Autoritaria” y en la que se construyen los elementos fundamentales que hicieron posible la emergencia de los monarcas absolutos: las independencias financiera y militar que se requerían la una a la otra. Estas transformaciones no se dieron en un corto periodo de tiempo, ni el ideal concentrador pudo ser llevado a su plenitud en todas las esferas de la vida social, económica y política. Como veremos *infra*, hasta en el arquetipo absolutista que era Francia pervivían, como restos, elementos pactistas medievales como eran los tribunales regionales de Justicia, los parlamentos.

---

<sup>803</sup> Juan Bodino: *Op. Cit.*, Págs. 161-183. Libro I. Capítulo X.

<sup>804</sup> Thomas Hobbes: *Leviathan. Op. Cit.*, Págs. 168-169.



El Siglo XVII en Inglaterra fue un siglo de guerras civiles y revoluciones. Los sucesivos intentos, de la dinastía reinante de los Estuardos, de establecer un régimen absolutista terminaron con la ejecución de Carlos I y la deposición de Jacobo II. La Revolución de 1688 en Inglaterra, que derrocó a Jacobo II, tuvo como teórico a John Locke.

No se trataba ahora de organizar el poder al modo estamental, con un poder repartido y una legitimidad propia, sino que había que dividir un poder originario, un poder soberano, noción engendrada en la teoría absolutista. Y aunque la Monarquía Parlamentaria inglesa pudiera parecer una restitución de la situación medieval (rey limitado, asamblea estamental y concesiones en las capitulaciones regias), la teoría política sobre la que se fundaba esa “recuperación de la constitución medieval” era notablemente diferente.

El nuevo diseño constitucional inglés, se funda tanto en los derechos del *Bill of Rights* como en la estructura institucional que se deduce de éste, específicamente la separación de los poderes. Locke, como sabemos, distingue tres poderes: ejecutivo, legislativo y federal, y no incluye al judicial<sup>805</sup>. Al poder federal, es más extraño a nuestros oídos, le correspondería todo lo relativo a las relaciones externas y la defensa; el poder ejecutivo estaría en relación con la aplicación fáctica de las leyes y el ejercicio de sus prerrogativas<sup>806</sup>. El mismo Locke reconoce que siendo diferentes el poder ejecutivo del federal normalmente es ejercido por las mismas personas<sup>807</sup>.

El poder de legislar es el poder supremo que se puede tener, según Locke. No es un poder ilimitado, porque tiene como límites las finalidades del Estado (bien de los súbditos, proteger derechos y juzgar los conflictos) y los derechos comenzando por el derecho de propiedad (bienes, vida y libertad) y, por ello, los impuestos y los castigos deben ser autorizados por el legislativo. El poder legislativo no puede ser ejercido por las mismas personas que ejercen el ejecutivo, porque viviríamos el peligro que los legisladores y los ejecutores, al ser las mismas personas, vivieran sobre las leyes<sup>808</sup>.

---

<sup>805</sup> Locke considera que el poder judicial reside en el legislativo, ya que el Parlamento tenía funciones judiciales Cf. John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §89. Pág. 48. La constitución inglesa residenciaba la máxima instancia judicial en la Cámara de los Lores. Esta competencia judicial fue trasladada a la *Supreme Court of the United Kingdom* a partir del 1 de octubre de 2009 por medio de la *Constitutional Reformation Act* (2005 c. 4).

Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>

<sup>806</sup> Sobre la naturaleza de las prerrogativas en el pensamiento lockeano, tipos y funciones véase David Jenkins: “The Lockean Constitution. Separation of Powers and the Limits of Prerogative” en *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*. Volumen 56. Núm. 3 (2011). Págs. 554-563.

<sup>807</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, Págs. 76-77.

<sup>808</sup> Locke acepta la posibilidad de que la persona que ejerce el poder ejecutivo pueda pertenecer a su vez al poder al legislativo y que su consentimiento sea necesario para la aprobación de una ley, es decir, que tenga derecho de veto.

Locke señala dos aspectos formales que todas las leyes han de tener: deben ser anteriores y generales y la prohibición de la delegación legislativa<sup>809</sup>. El diseño cobrará complejidad cuando a las funciones ejecutivas y al derecho de veto se le unan las prerrogativas ejecutivas<sup>810</sup>.

La obra de Montesquieu ha sido trascendental tanto en el continente europeo como en los Estados Unidos. Montesquieu, en su célebre capítulo VI del libro XI de *Del Espíritu de las Leyes*, hace un retrato ideal del sistema de gobierno inglés y lo propone como modelo. Sostiene, como Locke, que la unión de legislativo y de ejecutivo es una forma de tener leyes tiránicas que se ejecuten tiránicamente. Igualmente afirma que tampoco hay libertad si no hay separación del poder judicial de los otros poderes, aunque el poder judicial no deba ser permanente, sino *ad hoc* y estamental<sup>811</sup>.

La asamblea legislativa ha de ser territorialmente representativa, con un mandato generalísimo de los representantes, y debe compartir el poder legislativo con una asamblea de nobles, con puestos hereditarios y derecho de veto sobre la asamblea del pueblo. El ejecutivo puede vetar al legislativo y el legislativo vigilar la ejecución de las leyes. Los tributos no deben ser aprobados indefinidamente por los legisladores, porque a partir de entonces el ejecutivo perderá su interés en ellos<sup>812</sup>.

Locke fue uno de los más claros referentes para la política de los Estados Unidos en la gestación de sus instituciones y a lo largo de su Historia, algo perfectamente explicable por la herencia inglesa tras la Revolución Gloriosa de 1668, y a él se le unió Montesquieu que fue argüido sistemáticamente en varios puntos: la separación de poderes (tanto por los partidarios de la ratificación como por los antifederalistas), la república federal o confederal, la adecuada extensión territorial de las repúblicas o la naturaleza del republicanismo y de la democracia. Montesquieu adquirió una influencia que llega hasta nuestros días<sup>813</sup>.

---

<sup>809</sup> John Locke: John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §§134-142. Págs. 69-75.

<sup>810</sup> *Ibidem*, §§158-168. Págs. 82-88.

<sup>811</sup> Montesquieu: *De L'Esprit des Lois* en Montesquieu: *Oeuvres complètes*. Volumen I. L. Hachette. París, 1859. Págs. 130-139. Libro XI. Capítulo VI.

<sup>812</sup> La aprobación de tributos indefinidos en Francia produjo que no se volvieran a convocar los Estados Generales, así como también explica la menor cadencia con la que se dieron Cortes en España tras la aprobación del impuesto de los millones que se prorrogaba automáticamente cada seis años. Véase la nota 1166.

<sup>813</sup> Sobre la influencia intelectual de Montesquieu sobre la Convención Federal, en las convenciones de ratificación y en las dos primeras décadas tras la Constitución puede consultarse en Paul Merrill Spurlin: *Montesquieu in America 1760-1801*. Louisiana State University. Louisiana, 1940. Págs. 181-262. Matthew P. Bergman: "Montesquieu's Theory of Government and the Framing of the American Constitution" en *Pepperdine Law Review*. Número 1. Volumen 18 (1990). Págs. 1-2.

Si bien Thomas Jefferson siempre recomendó *Second treatise* de John Locke<sup>814</sup> como una obra fundamental sobre política, nunca tuvo las mismas simpatías por Montesquieu<sup>815</sup>, pasando de tenerle cierta consideración a manifestar profundas diferencias y antipatía<sup>816</sup>. Cuando Jefferson se encontraba en Francia representando a la joven República tenía la impresión de que los franceses empleaban a Montesquieu para justificar controles inexistentes y solamente aparentes en el gobierno absolutista de Luis XVI<sup>817</sup>. De hecho la animadversión de Thomas Jefferson por Montesquieu le llevó a traducir y editar a su costa una revisión completa del pensamiento escrita por Destutt De Tracy, titulada *A commentary and review of Montesquieu's Spirit of Laws*, que se publicó de forma anónima en Filadelfia<sup>818</sup>. Las diferencias con Montesquieu se centraron en la relación entre república y extensión y en dos “errores” que Helvetius comunicó por carta a Montesquieu<sup>819</sup> y que Jefferson publicó anexas a la anterior obra<sup>820</sup>: Montesquieu no comprende la realidad del sistema inglés y crea un sistema abstracto que protege los intereses de su clase<sup>821</sup>.

### 1.3. Fundamento jeffersoniano de la estructura del gobierno

Thomas Jefferson mantiene que la Constitución no refleja la confianza que unos tenían en los otros en el momento de redactarla y ratificarla, antes bien lo contrario:

“[...] es el celo y no la confianza el que ha prescrito constituciones limitadas, para atar a estas a quienes estamos obligados a confiarles el poder: así nuestra Constitución en

<sup>814</sup> *Carta a Thomas Mann Randolph*, 30 de mayo de 1790. Volumen VIII. Págs. 31-32. *Carta a John Norvell*, 11 de junio de 1807. Volumen XI. Págs. 222-223. *Carta a Henry Lee*, 8 de mayo de 1825. Volumen XV. Págs. 118-119.

<sup>815</sup> Matthew P. Bergman: *Op. Cit.*, Págs. 21-22.

<sup>816</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Págs. 391-392. *Carta a Thomas Mann Randolph*, 30 de mayo de 1790. Volumen VIII. Pág. 32. *Carta a Monsieur D'Ivernois*, 6 de febrero de 1795. Volumen IX. Págs. 299-300. *Carta a Nathaniel Niles*, 22 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 232. *Carta a William Duane*, 12 de agosto de 1810. Volumen XII. Págs. 407-408. *Carta a Monsieur Barré de Marbois*, 14 de junio de 1817. Volumen XV. Págs. 130-131.

<sup>817</sup> *Carta a John Brown Cutting*, 24 de Julio de 1788. Volumen VII. Pág. 87.

<sup>818</sup> [Destutt de Tracy]: *A commentary and review of Montesquieu's Spirit of Laws*. Editado por Thomas Jefferson. Impreso por William Duane. Philadelphia, 1811.

<sup>819</sup> *Carta a Thomas Mann Randolph*, 30 de mayo de 1790. Volumen VIII. Págs. 32.

<sup>820</sup> *Carta de Helvetius a Montesquieu* en: [Destutt de Tracy]: *A commentary and review of Montesquieu's Spirit of Laws*. *Op. Cit.*, Págs. 285-288.

<sup>821</sup> En esta misma línea insiste el autor francés contemporáneo Louis Althusser al señalar que toda la construcción de la separación de poderes de Montesquieu no era propiamente una separación, sino una combinación que tenía como fin último impedir tanto al rey como a los burgueses afectar los intereses de la nobleza. Considera Althusser que el capítulo VI del Libro XI de *Del Espíritu de las Leyes* debe leerse en relación con el capítulo VIII del mismo Libro donde dice que el Gobierno Gótico, el estamental, ha sido el más moderado que haya habido nunca para tener una mejor intelección de la interpretación que Montesquieu hacía del sistema británico. Cf. Louis Althusser: *Montesquieu: la Política y la Historia*. Ariel. Barcelona, 1974. Págs. 117-129.

consecuencia ha fijado los límites en los que nuestra confianza puede moverse y no más allá”.<sup>822</sup>

En esta afirmación capital, en el borrador de las “Resoluciones de Kentucky”, nuestro autor manifiesta el fundamento político del gobierno limitado, del gobierno separado en ramas diferentes: el fundamento es el celo entendido como suspicacia, miedo o directamente como desconfianza. El gobierno limitado establece, como su nombre indica, las fronteras en las que el ejercicio del poder es válido y señala que más allá de ellas es ilegítimo.

Jefferson sostiene que un gobernante sin control terminará por convertirse en un gobernante despótico, en un tirano elegido<sup>823</sup>. Un gobierno limitado y dividido es la garantía de la libertad política y de los derechos individuales. No en vano la mayor crítica de Jefferson, y de otros muchos, al fruto de la Convención de Filadelfia fue la ausencia de una declaración de derechos que estableciese límites materiales de la acción del Gobierno Federal respecto de los ciudadanos<sup>824</sup>.

El gobierno limitado lo era en muchos sentidos. El Gobierno Federal se encontraba atado, en la concepción jeffersoniana, a la literalidad de los poderes delegados (*delegated powers*), a los límites en su acción de los derechos enumerados en el *Bill of Rights* (*enumerated rights*), a los derechos no enumerados (*unenumerated rights*) reconocidos por la IX Enmienda<sup>825</sup>, a la división del Gobierno Federal en tres ramas o poderes y, finalmente, a la división vertical del poder propia de un sistema federal.

---

<sup>822</sup> *Resolutions relative to the ‘Aliens and Sedition laws’*. Volumen XVII. Págs. 388-389. “[...] it is jealousy and not confidence which prescribes limited constitutions, to bind down those whom we are obliged to trust with power: that our Constitution has accordingly fixed the limits to which, and no further, our confidence may go;”

<sup>823</sup> Richard Hofstadter: *The American Political Tradition. And the Men who Made it*. RandomHouse. Nueva York, 1973. Pág. 57.

<sup>824</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Págs. 387-388.

<sup>825</sup> Los *unenumerated rights* reflejaban dos ideas fundamentales: el *Bill of Rights* no es exhaustivo y de acuerdo con la teoría iusnaturalista hay muchos más derechos que los constitucionalizados, que es un acuerdo de mínimos. A partir de ahí todo es problemático sobre todo a la hora de resolver los problemas que ocasionan: ¿son derechos pero son derechos constitucionales? ¿quién tiene poder para enunciar esos derechos? O. John Rogger sintetizó en los años cincuenta los derechos no enumerados que los tribunales habían reconocido: derecho a la intimidad, derecho a la participación política, libertad de movimientos, derecho a la transparencia del gobierno, derecho a la contradicción judicial, derecho a juicio con jurado en casos de desacato, derecho al uso del correo y el derecho a hacer piquetes pacíficos. Cf. O. John Rogger: “Unenumerated rights” *Op. Cit.*, Págs. 789-827. Una aproximación más teórica con cuatro posibles esquemas interpretativos la podemos encontrar en Laurence H. Tribe: “Reflections on the unenumerated rights” en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Volumen 9 (2014). Págs. 483-500. Para una lectura sumamente restrictiva véase Earl M. Maltz: “Unenumerated Rights and Originalist Methodology” en *Chicago-Kent Law Review*. Volumen 64. Número 3 (1988). Págs. 981-985. Para una concepción amplia véase Ronald Dworkin: *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*. Oxford University Press. Oxford, 2005. Págs. 76-81.

Es conocido por todos que la separación de poderes de la Constitución de 1787 no es una separación estricta. De acuerdo con la propuesta de Madison los *framers* establecieron en la Constitución un sistema de controles y de equilibrios (*checks and balances*), en el que cualquiera de los tres poderes está sometido de diferentes formas a los otros en el ejercicio de algunas de sus funciones de manera que se contrarrestan entre sí.

Esta forma de separación evita el aislamiento de los poderes, reforzando su colaboración. El sistema institucional funciona si los tres poderes deciden cooperar y se detiene en seco cuando los poderes deciden bloquearse. Un ejercicio inapropiado del poder, extraño a la propia Constitución, puede ser impedido institucional y jurídicamente, de modo que el quebrantamiento del orden republicano y constitucional por parte de un déspota o de varios no tiene como única respuesta el *ius resistentiae*, sino que la *resistentia* ha quedado institucionalizada jurídicamente para evitar precisamente tener que llegar al último recurso.

## 2. Poder ejecutivo

### 2.1. Origen del poder ejecutivo

La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 es un documento que refleja la enorme complejidad que tuvieron que afrontar los delegados reunidos en Filadelfia para la Convención. Querían un gobierno nacional más fuerte, después de la sumamente insatisfactoria experiencia de los Artículos de la Confederación, pero sin que los estados perdieran el papel predominante en la vida de los ciudadanos. Era inexcusable la creación de un verdadero ejecutivo y de un poder legislativo propiamente tal y no como el Congreso de los Artículos que, pese a la crítica de Jefferson a Adams, no dejaba de tener cierta apariencia de conferencia diplomática permanente<sup>826</sup>.

La Monarquía Parlamentaria nació en la Inglaterra de finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII, con funciones diferenciadas entre el Parlamento, el Rey y con una justicia inamovible (aunque no se tuviese inicialmente a los tribunales como un poder autónomo, sino como parte del poder ejecutivo). Pese a que Aristóteles y sus seguidores mantuvieron que todas las formas de gobierno podían caer en la tiranía, el gran número de monarquías en la Historia han hecho más probable una tiranía de origen ejecutivo, que una tiranía que procediera de otro sector social o político.

---

<sup>826</sup> John Adams: *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America*. Hall y Sellers y otros. Filadelfia, 1787. Págs. 362-363.

La teoría sobre la estructura constitucional del Imperio Británico que triunfó entre los miembros del Segundo Congreso Continental era que el vínculo de unión entre las colonias norteamericanas y Gran Bretaña era únicamente el Rey. Tanto el preámbulo de la Constitución de Virginia<sup>827</sup> (en el que Jefferson participó indirectamente<sup>828</sup>), como la Declaración de Independencia (cuya redacción es jeffersoniana) afirman la supresión de la relación política no con Gran Bretaña, sino con su Rey. El Rey es el tirano, es el que oprime a los colonos hasta el punto de hacer necesario el ejercicio del derecho de resistencia.

A la hora de configurar el poder ejecutivo, las antiguas colonias se vieron en una difícil tesitura, porque temían crear un tirano equivalente al Rey de Inglaterra en el seno de su territorio, pero no podían renunciar a tener un poder ejecutivo diferenciado. Veamos la evolución del ejecutivo en Virginia, no sólo por ser el estado natal de Thomas Jefferson, sino por ser el primer estado estadounidense en formular por escrito su Constitución<sup>829</sup>.

Los virginianos establecieron un poder ejecutivo liderado por un gobernador, elegido anualmente por el legislativo, y moderado por un consejo ejecutivo (Consejo Privado) de ocho miembros con un mandato trienal. La Constitución no le atribuía al gobernador ninguna facultad, ni siquiera militar en plena Revolución o el ejercicio del derecho de gracia, para la que no tuviera que contar con el consentimiento del Consejo Privado.

Para expresar la ruptura entre el ejecutivo virginiano y el ejecutivo británico, dentro de un marco donde necesariamente habría continuidad jurídica a través del *Common Law*, la Constitución de Virginia restringió las facultades del ejecutivo del estado a aquellas que se le confieran en sus leyes y le prohibía expresamente reclamar las prerrogativas o poderes que pudieran corresponderle al ejecutivo británico por ley o costumbre<sup>830</sup>. De esta forma expresaban su aversión al ejecutivo británico y a la vez intentaban conjurar el peligro de la instauración de un ejecutivo despótico a través de la aplicación supletoria de las normas jurídicas inglesas<sup>831</sup>.

---

<sup>827</sup> *Constitución de Virginia*, 29 de junio de 1776: "By which several acts of misrule, the government of this country, as formerly exercised under the crown of Great Britain, is TOTALLY DISSOLVED."

<sup>828</sup> *Carta a Augustus B. Woodward*, 3 de abril de 1825. Volumen XV. Págs. 116-117.

<sup>829</sup> *Carta a John Hambden Pleasants*, 19 de abril de 1824. Volumen XV. Pág. 26.

<sup>830</sup> Para una relación de las prerrogativas reales vigentes en tiempo de Jefferson, véase John Comyns: *A Digest of the Laws of England*. Volumen VII. Laval, Brasford, Collins y Hannay. Filadelfia y Nueva York, 1826. Págs. 41-93.

<sup>831</sup> *Constitución de Virginia*, 29 de junio de 1776: "[...] and he shall, with the advice of a Council of State, exercise the executive powers of government, according to the laws of this Commonwealth; and shall not, under any presence, exercise any power or prerogative, by virtue of any law, statute or custom of England."

En los tres borradores de Constitución<sup>832</sup>, Thomas Jefferson propone que el gobernador o administrador tenga los mismos poderes que el Rey inglés, salvo los límites que establezcan las leyes, y una serie de exclusiones expresas, que varían de uno a otro borrador. En todos ellos propone la elección indirecta, la existencia de un Consejo Privado y entre las exclusiones expresas del administrador, así llama al gobernador, se encuentra la facultad de vetar las leyes aprobadas por el legislativo.

La diferencia con la Constitución aprobada, que seguía básicamente la propuesta de George Mason, es que el proyecto de Jefferson no desecha el modelo regio británico para conferirle poderes al ejecutivo, aunque sean restringidos en determinados casos y, sobre todo el Consejo Privado únicamente tiene que aconsejarle cuando el gobernador o administrador se lo requiriese.

En los anexos a *Notas sobre Virginia*, años después, Jefferson propone un nuevo texto constitucional en el que el gobernador sigue siendo nombrado por el legislativo, se rechaza la referencia a los poderes del Rey de Inglaterra y se limita los poderes del gobernador a los que sean necesarios para ejecutar las leyes, e incluye nuevamente una serie de prohibiciones expresas a las que se les unen los poderes entregados a la Confederación, así como un poder subsidiario pues le correspondería al gobernador todo lo que no sea propio ni del legislativo ni del judicial<sup>833</sup>. En la milicia sí se le reconoce la primacía, pero el mando debe ser entregado a oficiales generales. El papel del Consejo de Estado o Consejo Privado quedaba tan minorado como en sus borradores de 1776<sup>834</sup>.

Como indicamos en el Capítulo III, la elección indirecta del gobernador virginiano se convirtió en un problema para Jefferson y cuando nuevamente se intensificaron los rumores tendentes a convocar una convención constitucional, propuso que fueran los virginianos directamente quienes eligieran al gobernador y que se eliminara el Consejo:

Deje que el ejecutivo sea elegido de la misma manera y por el mismo periodo que el legislativo por los que él va a ser su agente y no deje ninguna pantalla, como un consejo, detrás de la que esconderse de la responsabilidad.<sup>835</sup>

---

<sup>832</sup> Primer borrador, disponible en <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0161-0002> Segundo borrador, disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0161-0003> y tercer borrador, disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0161-0004>

<sup>833</sup> Jeremy D. Bailey: *Thomas Jefferson and Executive Power*. Cambridge University Press. Cambridge y otros. 2007. Págs. 56-60.

<sup>834</sup> *Notes on Virginia*. Volumen II. Págs. 288-290.

<sup>835</sup> *Carta a Samuel Kercheval*, 12 de julio de 1816. Volumen XV. Pág. 36. "Let the executive be chosen in the same way, and for the same term, by those whose agent he is to be; and leave no screen of a council behind which to skulk from responsibility."

Thomas Jefferson fue gobernador de Virginia en plena Guerra de Independencia. El desarrollo de la guerra hacía imposible un sistema colegiado de toma de decisiones, que era el que la Constitución de Mason establecía, ya que tanto la celeridad como la dispersión hacían imposible que las órdenes del gobernador fueran sometidas a la deliberación y decisión del Consejo de Estado, de modo que la legislatura tenía que reunirse para ratificar los actos de emergencia del gobernador. Sin duda esto reafirmó a Jefferson en la necesidad de un ejecutivo fuerte y autónomo.

En lo tocante a las instituciones de la Confederación, Jefferson consideró capital la creación de un ejecutivo que sustituyera los precarios secretariados del Congreso bajo los Artículos de la Confederación. Su única objeción al texto constitucional de 1787, en lo referente al poder ejecutivo, fue la posibilidad de reelección indefinida del Presidente que, como ya indicamos en el epígrafe 6 del Capítulo III, podía plantear problemas acerca de la conversión de la primera magistratura en una suerte de monarquía, como la Presidencia vitalicia propuesta por Alexander Hamilton en la Convención<sup>836</sup>.

## 2.2. Qué tipo de ejecutivo

El poder ejecutivo en el Gobierno Federal de los Estados Unidos se encuentra centralizado en la persona del Presidente, pese a la existencia de un gabinete es un ejecutivo personal y no plural<sup>837</sup>. El Presidente tiene el poder federal al que hacía referencia Locke, así como la capacidad o el poder propiamente ejecutivo, el de ejecutar las leyes.

Al comenzar la Convención Federal de Filadelfia los diferentes planes propuestos tenían visiones muy diferentes del poder ejecutivo. El Plan de Nueva Jersey apostaba por un ejecutivo débil, con un presidente elegido por un solo mandato, removible por el voto de la mayoría absoluta de los ejecutivos estatales y que no podía ser reelegido para un segundo mandato, con poder de ejecutar las leyes federales, nombrar cargos para los que no hubiera otro sistema de provisión y dirigir todas las operaciones militares<sup>838</sup>. El Plan de Pinckney<sup>839</sup>, que era realmente una reforma de los

---

<sup>836</sup> Alexander Hamilton, en el Plan de Gobierno que propuso a la Convención Federal de Filadelfia, establecía que el cargo de Presidente fuera ejercido *during good Behaviour*, lo que equivalía a proponer que la Presidencia fuera vitalicia. Véase en: <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-04-02-0099>

<sup>837</sup> Tres de los planes propuestos a la Convención Federal contemplaban un ejecutivo plural. Se aceptó tener como modelo al cargo gobernador de Nueva York, que era un ejecutivo personal. El Directorio francés era un gobierno plural y su fracaso llevó al convencimiento a Jefferson que la fórmula estadounidense era más conveniente. *Carta a Henry Innis*, 23 de enero de 1800. Volumen X. Págs. 145-146.

<sup>838</sup> James Madison: *The Debates in the Federal Convention of 1787, which Framed the Constitution of the United States of America*. Oxford University Press. Nueva York, 1920. Págs. 102-104.



Artículos de la Confederación, preveía un presidente elegido por las dos cámaras del Congreso o por el pueblo en su conjunto, con un mandato anual, únicamente con poderes de ejecución y con el derecho a pedir consejo a los jefes de los departamentos ejecutivos. El Plan de Virginia, propuesto por los delegados de este estado, que sugería un presidente nombrado por un solo mandato, con poderes de ejecución de las leyes y otros poderes ejecutivos que entonces tenía el Congreso de la Confederación (relaciones exteriores y guerra)<sup>840</sup>.

Finalmente el ejecutivo fuerte diseñado por el delegado neoyorquino Alexander Hamilton que, además del carácter cuasi-vitalicio, preveía una elección indirecta por delegados elegidos en distritos o elegidos por las legislaturas estatales, poder de ejecución de las leyes, derecho de veto sobre todas las leyes aprobadas, comandancia suprema de las fuerzas armadas, la capacidad para ejercer el *ius tractandi* con consejo y aprobación del Senado (vitalicio), el nombramiento de los jefes de los departamentos financiero y de relaciones exteriores, el derecho a nominar los restantes nombramientos a la confirmación del Senado y el poder de perdonar, salvo la traición para lo que necesitaría la concurrencia del Senado<sup>841</sup>. Hamilton dividía la sociedad entre “los muchos” y “los pocos”, con intereses excluyentes, y consideraba que el Gobierno debía representar estas dos clases de forma separada, de modo que la representación “aristocrática” no pudiera ser interferida por la democrática, y que ni el Senado ni la Presidencia estuvieran sometidos al juicio de los representantes populares<sup>842</sup>.

Los poderes del Presidente, de acuerdo con la Constitución, pueden dar la impresión de estar limitados, ya que en el Artículo II solamente se citan de forma expresa los relativos a la dirección de las fuerzas militares y a las relaciones exteriores, aunque el Congreso retiene la facultad de declarar la guerra y el Senado la de dar su consejo vinculante para ratificar tratados, que se incorporan al ordenamiento jurídico, y confirmar los nombramientos ejecutivos y diplomáticos.

Pero el propio Artículo II amplía los poderes presidenciales más allá de los expresamente mencionados. El Artículo II le confiere al Presidente la capacidad para ejecutar las leyes aprobadas por el Congreso con todo lo que ello implica en empleo de medios materiales, financieros y humanos, así como el margen de discrecionalidad que otorga, dota a la Presidencia de una capacidad mucho mayor que los poderes explícitos. A ello hay que indicar que una interpretación extensiva de los poderes del Congreso frente a los de los estados, conlleva también la ampliación de los poderes ejecutivos

---

<sup>839</sup> *Ibidem*. Págs. 596-598.

<sup>840</sup> *Ibidem*. Págs. 23-26.

<sup>841</sup> *Ibidem*. Págs. 118-120.

<sup>842</sup> Douglass G. Adair: *The Intellectual Origins of Jeffersonian Democracy. Republicanism, the Class Struggle, and the Virtuous Farmer*. Lexington Books. Oxford y Lanham (MD), 2000. Págs. 110-111.

federales. El Presidente también recibe poderes desde el Artículo I, que regula el poder legislativo, al serle concedida la facultad de vetar las leyes aprobadas por el Congreso.

El hecho de que la Constitución comience describiendo los poderes del Congreso no es una casualidad, sino que expresa una profunda convicción de que el Congreso es el centro del Gobierno Federal. Una serie de factores políticos como fueron la emergencia de un sistema de partidos, geográficos como la extensión del país, meramente constitucionales como los periodos de sesiones de Congreso o la creciente necesidad de especialización hicieron que progresivamente el centro de la organización gubernamental se trasladase al Ejecutivo. La propia Presidencia de Thomas Jefferson reinterpretaría la Constitución para modificarla sin necesidad de enmendarla formalmente.

El primer Presidente, George Washington, nos da una idea del modelo presidencial que tenían los redactores de la Constitución: alguien de prestigio incuestionable, elegido por personas con ascendente en sus respectivos estados, y que pudiera permanecer a cierta distancia de la batalla política del Congreso, ejerciendo los estrictos poderes constitucionales (especialmente defensa, relaciones exteriores y mera ejecución de las leyes federales) y manteniendo con su veto la Constitución a salvo: una especie de poder neutral, aristocrático y antimayoritario<sup>843</sup>.

El Presidente habría de mostrar un rostro majestuoso de los Estados Unidos al exterior y por ello se discutió qué título debería adoptar<sup>844</sup>. El propio Washington se rodeó de cierto boato<sup>845</sup>, que nunca convenció a Jefferson<sup>846</sup>.

Evidentemente esta ilusión no llegó al final del mandato de Washington. Los federalistas terminaron viéndolo como uno de los suyos y esto llevó a Jefferson a abandonar el gabinete al considerar que los federalistas se servían del prestigio del héroe de la Guerra Revolucionaria<sup>847</sup>.

---

<sup>843</sup> Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787*. W.W. Norton and Company. Nueva York y Londres. 1993. Págs. 514-515.

<sup>844</sup> *Carta a William Carmichael*, 9 de agosto de 1789. Volumen VII. Pág. 433.

<sup>845</sup> En Nueva Inglaterra la figura de Washington fue unida a la de Federico II, ideal local de monarca republicano. En la joven República el primer Presidente era tenido y tratado con el ceremonial propio de un rey europeo. Stephanie Kermes: *Creating an American Identity. New England, 1789-1825*. Palgrave McMillan. Nueva York, 2008. Págs. 77-85. Gordon S. Wood: *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2009. Pág. 54.

<sup>846</sup> *Carta a James Madison*, 9 de junio de 1793. Volumen IX. Págs. 120-121.

<sup>847</sup> *Carta a John Taylor*, 1 de junio de 1798. Volumen X. Pág. 44-45.

### 2.3. Privilegio ejecutivo e inmunidad ejecutiva

Aaron Burr fue el Vicepresidente durante el primer mandato de Thomas Jefferson (1801-1805). Su connivencia con los federalistas para arrebatar a Jefferson la Presidencia durante la decisión de la Cámara de Representantes y la muerte a Alexander Hamilton por su mano en un duelo,<sup>848</sup> hicieron que en las Elecciones de 1804 fuera sustituido en la Presidencia por el también neoyorquino George Clinton, pues el estado de Nueva York era fundamental a la hora de ganar los votos necesarios en el Colegio Electoral para la reelección. Después de dejar de ser vicepresidente, Burr dirigió una conspiración para separar el oeste del Mississippi de la Unión y emprender además una guerra de conquista contra México, aunque las intenciones últimas no están del todo claras<sup>849</sup>.

Esta conspiración fue descubierta y Burr y sus cómplices rápidamente detenidos. Aaron Burr fue acusado de traición y el juicio se sustanció ante el Tribunal de Circuito que correspondía al distrito de Virginia, presidido por el juez del distrito y por el Presidente del Tribunal Supremo<sup>850</sup>.

Jefferson envió una copia a George Hay, fiscal para el Distrito de Virginia, de la carta incriminatoria del General Wilkinson con partes omitidas para garantizar la confidencialidad de las operaciones ejecutivas<sup>851</sup>. Esta copia fue la que generó la moción para la emisión de un mandamiento, denominado *subpoena duces tecum*, con el fin de que el Presidente aportase personalmente esa documentación ante el tribunal en su versión original.

John Marshall admitió esta moción y libró la *subpoena duces tecum*. Marshall sostuvo que la ley no establece excepciones para no poder llamar al Presidente. Jefferson se negó, al considerar que dejar su trabajo como Presidente para permanecer en Richmond a disposición del tribunal interfería las obligaciones constitucionales que había asumido. Escribió Jefferson a George Hay, que ejercía la acusación contra Aaron Burr:

---

<sup>848</sup> Ron Chernow: *Op. Cit.*, Págs. 701-705.

<sup>849</sup> *Carta al gobernador Charles Pinckney*, 20 de enero de 1807. Volumen XI. Pág. 142.

<sup>850</sup> Sobre los elementos jurídicos y políticos de este juicio: Vid. Francisco Fernández Segado: "Marshall versus Jefferson. El caso United States v. Burr (1807)" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 17 (2013). Págs. 95-139. John Marshall era ya el Presidente del Tribunal Supremo y presidió el juicio a Aaron Burr como miembro del Tribunal de Circuito para el Distrito de Virginia. Todos los jueces del Tribunal Supremo tenían que recorrer su circuito judicial (*to ride the circuit*) para desempeñar sus funciones judiciales en estos tribunales intermedios.

<sup>851</sup> *Carta a George Hay*, 7 de septiembre de 1807. Volumen XI. Pág. 363. Esta postura es reiterada incluso ante la petición del propio general: *Carta a George Hay*, 7 de septiembre de 1807. Volumen XI. Pág. 374.

No vi hasta la pasada noche la opinión del juez sobre el *subpoena duces tecum* contra el Presidente. Considerando que la cuestión allí contenida está fuera de la jurisdicción del tribunal, no leí su argumento con mucha atención. Sin embargo, vi con bastante facilidad que, como es habitual cuando se debe apoyar una opinión, correcta o incorrecta, se detiene mucho en objeciones menores y pasa por alto las que son sólidas. Estableciendo la posición de que generalmente todas las personas deben obediencia a los *subpoena*, él no admite ninguna excepción a menos que pueda ser generada en sus libros jurídicos. Pero si la Constitución ordena a un oficial concreto estar siempre comprometido con un conjunto concreto de obligaciones impuestas a él, ¿no se impone a la ley general que lo sujeta a obligaciones menores inconsistentes con las obligaciones constitucionales? La Constitución ordena su constante ocupación en las preocupaciones de seis millones de personas. ¿La ley es superior a esto, la cual le llama como a un particular? Apliquemos la propia doctrina del juez a su propio caso y al de su hermandad.<sup>852</sup>

Jefferson funda esta excepción, este privilegio o inmunidad, en la concepción departamentalista de la separación de poderes, que veremos más adelante. Continúa Jefferson la carta al fiscal Hay:

El principio más destacado de nuestra Constitución es la independencia del legislativo, del ejecutivo y del judicial de cada uno de los otros, y ninguno es más celoso de este principio que la Judicatura. Pero ¿sería el ejecutivo independiente del judicial si estuviera sujeto a las órdenes del último y al encarcelamiento por desobediencia? ¿si cada uno de los tribunales pudiera hacerlo pasar de pilar a poste, manteniéndolo caminando trabajosamente de norte a sur y de este a oeste, haciéndole abandonar completamente sus obligaciones constitucionales? La intención de la Constitución de que cada una de las ramas hubiera de ser independiente de las otras se manifiesta sobre todo por los medios con los que ha provisto a cada rama para proteger por sí misma de los intentos de intrusión sobre ellas por las otras ramas, y ninguno ha recibido más medios efectivos y variados que el ejecutivo.<sup>853</sup>

---

<sup>852</sup> *Carta a George Hay*, 20 de junio de 1807. Volumen XI. Pág. 240. "I did not see till last night the opinion of the Judge on the *subpoena duces tecum* against the President. Considering the question there as *coram non jure*, I did not read his argument with much attention. Yet I saw readily enough, that, as is usual where an opinion is to be supported, right or wrong, he dwells much on smaller objections, and passes over those which are solid. Laying down the position generally, that all persons owe obedience to subpoenas, he admits no exception unless it can be produced in his law books. But if the Constitution enjoins on a particular officer to be always engaged in a particular set of duties imposed on him, does not this supersede the general law, subjecting him to minor duties inconsistent with these? The Constitution enjoins his constant agency in the concerns of six millions of people. Is the law paramount to this, which calls on him on behalf of a single one? Let us apply the judge's own doctrine to the case of himself and his brethren."

<sup>853</sup> *Ibidem*, Pág. 241. "The leading principle of our Constitution is the independence of the legislature, executive and judiciary of each other, and none are more jealous of this than the judiciary. But would the executive be independent of the judiciary, if he were subject to the commands of the latter, and to imprisonment for disobedience; if the several courts could bandy him from pillar to post, keep him constantly trudging from north to south and east to west, and withdraw him entirely from his constitutional duties? The intention of the Constitution, that each branch should be independent of the others, is further manifested by the means it has furnished to each, to protect itself from enterprises of

Mantuvo Jefferson que la separación de poderes lleva a que el poder ejecutivo tenga una esfera en la que no puede acceder el poder judicial para tenerlo sometido como si se tratara de un particular. Entiende que el Presidente, que encarna todo el poder ejecutivo, tiene que valerse de sus poderes para que no se vean comprometidas sus obligaciones constitucionales. De hecho, en caso de ruptura de esta forma de separación, el ejecutivo podría someter al poder judicial a un conjunto de molestias e intrusiones más graves, porque sus poderes son mayores tratando a los jueces como particulares<sup>854</sup>.

John Marshall tuvo que pronunciarse, por segunda vez, ante la negativa del Presidente a obedecer el *subpoena* de acuerdo con fundamentos constitucionales. Rechazó los argumentos de Jefferson al decir nuevamente que no había base jurídica para diferenciar al Presidente del resto de los ciudadanos y que no era admisible, en los Estados Unidos, la idea inglesa de inmunidad soberana del Presidente. Pese a esto, Marshall no hizo comparecer a Jefferson, ni para declarar, ni para entregar personalmente la carta original e íntegra del general Wilkinson, por no ser una prueba de defensa (que era la que había introducido la moción), sino una prueba de la acusación, y además porque los otros documentos solicitados podían ser entregados por el secretario de Marina o bien ya habían sido publicados<sup>855</sup>.

A pesar de que Marshall no ve impedimento legal ni constitucional para mantener la *subpoena duces tecum* finalmente, por las razones anteriormente expuestas, no mantiene la *subpoena*. John Marshall estableció grandes precedentes evitando el enfrentamiento directo con Jefferson, permitió establecer la teoría del privilegio ejecutivo y cuatro años antes, en 1803, había declarado inconstitucional una sección de una Ley del Congreso para no verse obligado a emitir un *writ of mandamus*<sup>856</sup>, en el que será uno de los casos judiciales más importantes de todos los tiempos: *Marbury contra Madison*<sup>857</sup>.

---

force attempted on them by the others, and to none has it given more effectual or diversified means than to the executive.”

<sup>854</sup> *Idem*.

<sup>855</sup> *Reports of the Trials of Colonel Aaron Burr for Treason and for a Misdemeanor*. Volumen I. James Cockcroft and Company. Nueva York, 1875. Págs. 177-188.

<sup>856</sup> Un *writ of mandamus* es “un mandamiento emitido por un tribunal superior para ordenar a un tribunal inferior o a cargo público ordenándole hacer algo o simplemente a actuar correctamente”. Vid. “Mandamus” en Bryan A. Garner (ed.): *Black’s Law Dictionary*. West Group. Saint Paul (Minn.), 2004. Págs. 3048-3049.

<sup>857</sup> Con todo hay que indicar que Jefferson no fue el primer presidente en negarse a entregar documentación a otro poder, pues el Presidente Washington ya se había negado la entrega de documentos a la Cámara de Representantes. Cf. Edward Samuel Corwin: *The President, Office and Powers, 1787-1957*. New York University Press. Nueva York, 1957. Pág. 182.

Otra dimensión del privilegio ejecutivo es la inmunidad del Presidente contra la imputación civil y penal que ya fuera afirmada por Alexander Hamilton. Oliver Ellsworth, John Adams, Thomas Jefferson y Joseph Story, en una poco habitual conjunción de federalistas y republicanos, mantenían todos ellos que el Presidente en ejercicio es inmune civil y penalmente<sup>858</sup>. A lo largo de la historia se ha afirmado que el Presidente, y solamente el Presidente, tiene inmunidad, aunque el Tribunal Supremo solamente la ha considerado plena en la responsabilidad civil por los actos de su Presidencia, pero no en los dominios de la responsabilidad penal.<sup>859</sup>

Los que mantienen que no es posible incriminar a un Presidente en ejercicio emplean como criterio dilucidador del silencio constitucional las palabras de Alexander Hamilton en *The Federalist Papers* en los que expone:

El Presidente de los Estados Unidos podría ser acusado, juzgado, condenado por traición, corrupción y otros crímenes graves delito y destituido de su cargo; y después podría ser sometido a incriminación penal y castigo de acuerdo con el Derecho ordinario.<sup>860</sup>

La sucesión de los enunciados invita a pensar en que solamente puede ser enjuiciado tras ser destituido y ésta es la interpretación más aceptada<sup>861</sup>, pues un procedimiento penal interferiría con sus obligaciones constitucionales como señaló Jefferson<sup>862</sup>.

Akhil Redd Amar mantiene que la responsabilidad de los presidentes solamente puede exigirse por medio de *impeachment* y, una vez juzgado por toda la Nación (acusación de la Cámara y enjuiciamiento ante el Senado presidido por el Presidente del Tribunal Supremo), declarado culpable y habiendo dejado de ser presidente, puede ser sometido a persecución penal. Amar propone la hipotética situación de que Lincoln hubiera sido imputado por un estado sureño en marzo de 1861 y hubiera tenido que

---

<sup>858</sup> Akhil Redd Amar: "On Impeaching Presidents" en *Hofstra Law Review*. Volumen 28. Núm. 2 (1999). Págs. 671-672.

<sup>859</sup> Sobre la base de Joseph Story el Tribunal Supremo ha defendido la posición singular del Presidente en cuanto inmune a los procesos civiles: *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982). Esto no quiere decir que el Presidente sea inatacable por la vía civil por actos que no tienen que ver con su cargo como afirmó el Tribunal Supremo en *Clinton v. Jones*, 520 US 681 (1997).

<sup>860</sup> Alexander Hamilton: "The Federalist 69" en *The Federalist Papers*. Pág. 338. "The President of the United States would be liable to be impeached, tried, and, upon conviction of treason, bribery, or other high crimes or misdemeanors, removed from office; and would afterwards be liable to prosecution and punishment in the ordinary course of law."

<sup>861</sup> El Departamento de Justicia en el año 2000 revalidó el Memorándum del *Office of Legal Counsel* (OLC) que consideraba inconstitucional un procedimiento penal contra un Presidente en ejercicio. El Memorándum del OLC puede encontrarse en: <https://www.justice.gov/file/19351/download>.

<sup>862</sup> *Carta a George Hay*, 7 de septiembre de 1807. Volumen XI. Pág. 365.

atender el juicio y la condena, perdiéndose la Unión mientras tanto.<sup>863</sup> Durante la investigación de la *Office of Independent Counsel*<sup>864</sup> acerca de la posibilidad de que el Presidente Clinton hubiera cometido delitos en el ejercicio de su cargo, el Profesor Ronald R. Rotunda entregó un dictamen *in iure* que sostiene que el Presidente puede ser acusado de un delito que no entre dentro del desempeño de sus obligaciones, pero no puede ser condenado y menos encarcelado antes de que termine su mandato y que, de acuerdo con la ley *ad hoc* que estableció la investigación independiente, debe transmitir su intención de acusar al Congreso para que decida si procede al *impeachment*, suspendiéndose el procedimiento penal hasta la finalización del mismo<sup>865</sup>.

El hecho de que el Presidente en ejercicio pudiera ser acusado criminalmente por un tribunal penal supone someter a todo un poder del Estado al juicio de una sola parte, o como dice Jefferson: “¿sería el ejecutivo independiente del judicial si estuviera sujeto a las órdenes del último y al encarcelamiento por desobediencia?”<sup>866</sup>

### 3. Poderes presidenciales

#### 3.1. Poderes presidenciales provenientes del Artículo I de la Constitución: el veto

El Presidente de los Estados Unidos participa en el proceso legislativo, de hecho sus facultades en este punto está reguladas en el Artículo I (Poder legislativo) y no en el Artículo II (Poder ejecutivo) de la Constitución. Jefferson en algunas ocasiones habla de las tres ramas legislativas para destacar el papel del Presidente en la formación de las leyes, que siendo puntual no deja de tener importancia<sup>867</sup>.

La Constitución (sección séptima del Artículo I) prevé que, tras la aprobación de un proyecto de Ley por parte del Congreso, éste le sea presentado al Presidente para que lo firme y se convierta en Derecho. El Presidente tiene el plazo de diez días para firmar el proyecto aprobado, pasados los cuales se convertirá igualmente en Ley sin necesidad de su firma. En ese periodo el Presidente puede pedir motivadamente la reconsideración al Congreso y no firmar el proyecto (veto) y el Congreso solamente puede conseguir

<sup>863</sup> Akhil Reed Amar: “On Impeaching Presidents” *Op. Cit.*, Pág. 293.

<sup>864</sup> *Office of Independent Counsel* puede ser traducida como la *Oficina del Letrado Independiente* (los medios de comunicación españoles, con ocasión del *affaire Clinton*, lo tradujeron como “fiscal especial”). Este cargo fue establecido en 1978 por la *Ethics in Government Act* (92 Stat. 1824) y ejercía la acusación penal con independencia respecto del Fiscal General. Actualmente esta figura es regulada no por ley, sino por medio de una norma emanada del poder ejecutivo, lo que en nuestra cultura jurídica es un reglamento: 28 CFR (título 28 –*Judicial Administration*- del *Code of Federal Regulations*).

<sup>865</sup> El dictamen del profesor Rotunda disponible en: <http://digitalcommons.unl.edu/usjusticematls/32/>

<sup>866</sup> *Carta a George Hay*, 20 de junio de 1807. Volumen XI. Pág. 241. “But would the executive be independent of the judiciary, if he were subject to the commands of the latter, and to imprisonment for disobedience [...]?”

<sup>867</sup> Véase *Carta a Phillip Mazzei*, 24 de abril de 1796. Volumen IX. Págs. 336.

que el proyecto aprobado se convierta en Derecho mediante el voto de dos tercios de cada una de las cámaras (superación del veto).

Si el Presidente no firma el proyecto aprobado, ni lo veta y, antes de que termine el plazo de diez días, el Congreso finaliza sus sesiones, se entiende que no tiene a quién devolverlo y se detiene el plazo de diez días (veto de bolsillo), de forma que el Congreso, en la siguiente sesión, tendrá que volver a ratificar el proyecto ya aprobado y remitirlo nuevamente al Presidente.

El veto hace que el Presidente tenga un papel clave en la configuración de la agenda legislativa, salvo que en una cuestión se cuente con el acuerdo de dos tercios de cada una de las cámaras

Nunca discutió Jefferson que el Presidente tuviera poder de veto sobre las leyes aprobadas por el Congreso. Siendo ministro ante el Reino de Francia, al hablar de las posibilidades de reforma política en Francia, siempre incluía entre los poderes de un Rey limitado la facultad de veto. Es perfectamente creíble que para Jefferson el veto sobre las leyes, que también era una facultad del Rey británico (ejercida por última vez en 1708)<sup>868</sup>, pudiera ser deseable que se convirtiera en un derecho propio del Rey francés tras la Revolución<sup>869</sup>, como una de las facultades necesarias para el poder ejecutivo.

La principal diferencia entre el veto inglés y el que fue conferido al Presidente de los Estados Unidos es que el veto estadounidense es un veto limitado, esto es, que puede ser superado (*overriden*) y, por tanto, dejado sin efecto por dos tercios de los votos en cada una de las cámaras del Congreso.

---

<sup>868</sup> Richard A. Watson: "Origins and Early Development of the Veto power" en *Presidential Studies Quarterly*. Volumen 17, Número 2. Págs. 402-403.

<sup>869</sup> En un inicio reporta Jefferson desde París que el veto se lo querían entregar a los Estados Generales convocados regularmente o a una asamblea en lugar de los Estados Generales para que pudiera supervisar y vetar los actos legislativos del Rey (*Carta a John Brown Cutting*, de 3 de noviembre de 1788, Volumen VII. Pág. 162; *Carta a John Jay*, 11 de enero de 1789. Volumen VII. Pág. 263; *Carta a William Carmichael*, 9 de agosto de 1789. Volumen VII. Págs 434-435). Posteriormente la idea evolucionó a que el Rey sería el que tendría la facultad de vetar los actos legislativos de la asamblea, ya que el Rey quedaría circunscrito a los actos ejecutivos (*Carta a John Jay*, 27 de agosto de 1789. Volumen VII. Pág. 441 y *Carta a James Madison*, 28 de agosto de 1789. Volumen VII. Págs. 445-446). En ese mar de planes, dudas y propuestas que fue el verano parisino de 1789 en septiembre se hablaba de un veto suspensivo, que pudiera ser levantado por el legislativo durante dos elecciones (*Carta a E. Rutledge*, 18 de septiembre de 1789. Volumen VII. Pág. 466 y *Carta a John Jay*, 19 de septiembre de 1789. Volumen VII. Págs. 471-472. Esta opción, la del veto suspensivo, sería finalmente la que se aprobarán en los Artículos de la Constitución de 5 de octubre de 1789, concretamente en los artículos X, XI y XII, véase *Articles of Constitution* en Stéphane Caporal, Jörg Luther y Olivier Bernier: *Constitutional documents of France, Corsica and Monaco 1789-1848*. Walter de Gruyter. Leipzig y Göttingen. 2009. Págs. 33 y 34. La regulación de la Constitución de 1791 (Título III, Capítulo III, Sección III) reflejaba igualmente el veto suspensivo ya establecido en 1789, véase en *Ibidem*, Pág. 49.



El veto fuerza al Congreso a contar con el Presidente antes de tener que volver a las urnas cada dos años. Los legisladores tienen interés en conseguir sus objetivos y el Presidente los suyos, que se enuncian anualmente en el mensaje que constitucionalmente tiene que remitir al Congreso. Solamente por medio del acuerdo entre las dos cámaras del Congreso y el Presidente pueden conseguir alcanzar los respectivos objetivos legislativos y presidenciales.

Thomas Jefferson, siendo secretario de Estado, al serle requerida su opinión por el Presidente George Washington sobre la constitucionalidad de la ley para establecer el “Banco de los Estados Unidos”, terminó su informe con una interesante reflexión sobre la función del veto dentro de la construcción constitucional de los Estados Unidos:

El veto del Presidente es el escudo provisto por la Constitución para proteger contra las invasiones de la legislatura en primer lugar a los derechos del Ejecutivo, en segundo lugar los derechos del Poder Judicial y en último lugar a los derechos de los estados y los de las legislaturas estatales. El presente es el caso de un derecho que permanece exclusivamente en la órbita de los estados y, en consecuencia, es uno de los derechos que la constitución pretende poner bajo la protección del veto.<sup>870</sup>

Lo sostenido por Jefferson nos indica que mantuvo que el veto es un mecanismo de control de la constitucionalidad contra las invasiones del legislativo. La experiencia de los estados había hecho pensar a los artífices del Gobierno Federal que era necesario establecer límites al legislativo, ya que en los estados estas asambleas ilimitadas se estaban convirtiendo en un problema para los derechos que habían de proteger (propiedad o juicio con jurado).

Y en esa línea Thomas Jefferson interpreta el veto: el veto es para la protección constitucional de la separación de poderes y del sistema federal y esa protección ha sido encomendada al Presidente. Éste es el garante de la Constitución para preservar los derechos del ejecutivo, del poder judicial y de los estados. Llama la atención que Jefferson no considere que la protección de los derechos individuales constitucionalizados en el *Bill of Rights* sea materia que haya de ser protegida por el veto, quizá porque pensara entonces que esta protección pertenecía a la esfera propia del poder judicial, como veremos más adelante.

---

<sup>870</sup> *Opinion against the constitutionality of a National Bank*, febrero de 1791. Volumen III. Pág. 152. “The Negative of the President is the shield provided by the constitution to protect against the invasions of the legislature 1. the rights of the Executive 2. of the Judiciary 3. of the states and state legislatures. The present is the case of a right remaining exclusively with the states and is consequently one of those intended by the constitution to be placed under his protection.”

Esta concepción del veto como barrera frente a un legislativo que se sale de sus cauces, un legislativo que usurpa el poder de todo el gobierno y/o el de los estados, sitúa al veto como principal remedio constitucional frente a la tiranía cuando sus actos tiránicos han sido plasmados en forma de ley y aprobados por las dos cámaras del Congreso. El veto es por tanto una forma de resistencia institucionalizada, jurídica, pero que evita que haya que recurrir a la espada frente a la tiranía legislativa, normalmente como usurpación.

¿El veto solamente puede ser empleado para detener leyes inconstitucionales que atenten contra la separación de poderes o los derechos de los estados? ¿Cabe un veto político en Jefferson, es decir, un juicio de oportunidad cuando no hay duda sobre la constitucionalidad de la norma aprobada por el Congreso?

En el siguiente párrafo, con el que Jefferson termina la citada opinión sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley para un Banco Nacional hace constar:

Debe añadirse, sin embargo, que a no ser que en la perspectiva global del Presidente sobre lo que está a favor y en contra del proyecto de ley sea meridianamente claro que el proyecto de ley no está autorizado por la Constitución, si los pros y los contra se equilibran, entonces por un justo respeto por la sabiduría de la legislatura habría de decidirse naturalmente a favor de su opinión. El veto está destinado principalmente para los casos donde los legisladores se han confundido claramente por error, ambición o interés, casos para los que la Constitución ha emplazado un control en el veto del Presidente.<sup>871</sup>

Nuestro autor indica varios asuntos sumamente relevantes. Para Thomas Jefferson el Presidente está constitucionalmente habilitado para ejercer el veto solamente cuando esté en peligro bienes constitucionales superiores, como la separación de poderes o el federalismo, o bien el legislativo haya actuado con consentimiento viciado (guiado por el error, por la ambición de los legisladores o por el interés de estos o de terceros).

Es consecuencia, el veto no es un recurso ordinario del poder ejecutivo que encarna el Presidente, sino un recurso extraordinario que solamente se justifica en la gravedad de las situaciones a las que se pretende enfrentar con él. Su extraordinariedad en la concepción jeffersoniana nos da un indicio de su similitud con la resistencia, recurso último por antonomasia.

---

<sup>871</sup> *Ibidem*. Pág. 153. "It must be added however, that unless the President's mind on a view of everything which is urged for and against this bill, is tolerably clear that it is unauthorised by the constitution, if the pro and the con hang so even as to balance his judgment, a just respect for the wisdom of the legislature would naturally decide the balance in favour of their opinion. It is chiefly for cases where they are clearly misled by error, ambition, or interest, that the constitution has placed a check in the negative of the President."

Pero además Thomas Jefferson establece un estándar exigente. No es suficiente con que quepa la posibilidad, con que pueda interpretarse en un texto ambiguo, sino que tiene que ser razonablemente clara la ruptura de los derechos antes citados o que ha habido vicios en el consentimiento

Esto excluye el veto por oportunidad, es decir, vetar un proyecto de ley aprobado por el Congreso y que el Presidente entiende que es constitucional, pero que veta por disparidad de criterios políticos.

El veto por oportunidad convertiría al veto en un arma política, en un escudo del Presidente, pero no en un escudo de la Constitución. El veto por oportunidad no sería extraordinario y antesala del último recurso, sino una injerencia del ejecutivo en las labores propias del legislativo. Emplear un mecanismo de salvaguarda constitucional para la política cotidiana supondría la pérdida de sentido de ese control y una invasión del Presidente en la esfera del Congreso.

Thomas Jefferson parte de la presunción de constitucionalidad de la ley, de manera que una norma será constitucional si no hay elementos racionalmente claros de que no lo es o está afectada por vicios; sostuvo que en caso de imposibilidad de discernimiento o de no tener la suficiente claridad hay que confiar en la sabiduría del legislador, esto es, un criterio hermenéutico que podríamos denominar *pro constitutionalitate* de los actos del legislador<sup>872</sup>, que es una consecuencia directa de la presunción de constitucionalidad.

No hemos de olvidar que el veto presidencial es un mecanismo contramayoritario, esto es, una sola persona paraliza lo decidido por la mayoría de los representantes de los ciudadanos. Si como Jefferson escribió el primer principio del Republicanismo es la *lex maioris partis*, entonces el veto no es republicano, excepto en el supuesto de ser empleado únicamente en casos en los que está en juego la integridad constitucional.

La historia del veto presidencial y el ejercicio de éste en los años de la vida de Jefferson confirman, en líneas generales, que la concepción antes expuesta era compartida de una forma general. Hagamos un breve repaso histórico del ejercicio del veto y de la intervención de Jefferson en esos vetos.

---

<sup>872</sup> Este criterio hermenéutico conlleva hacer la interpretación o interpretaciones de la ley que sean conforme con la Constitución para salvar su constitucionalidad.

El Presidente Washington solicitó de sus jefes de Departamento un informe por escrito sobre la constitucionalidad de algunas leyes y sobre si, consecuentemente, habría de vetarlas. Thomas Jefferson, como secretario de Estado, emitió tres informes dando su opinión. Con referencia al proyecto de ley para trasladar la sede del gobierno al Potomac mantuvo que el proyecto era constitucional, pese a que solamente se le preguntó por la conveniencia del veto<sup>873</sup>, y que por tanto no debía ser vetado y Washington no lo vetó. En su “Opinión contra la constitucionalidad del Banco Nacional”, en un detallado dictamen mantuvo la inconstitucionalidad por excederse de los poderes delegados al Congreso y, en consecuencia, se manifestó a favor del veto, aunque el Presidente decidió seguir el parecer del secretario del Tesoro, autor intelectual del proyecto de ley, y firmó la ley<sup>874</sup>. Finalmente, en otro preciso y estudiado informe, Jefferson consideró inconstitucional la ley para el reparto de los representantes entre los estados, también de factura hamiltoniana, y en este caso Washington sí la vetó<sup>875</sup>.

El veto en los años de vida de Jefferson fue ejercido únicamente en diez ocasiones. Washington lo ejerció dos veces, uno en el caso de la ley electoral mencionada anteriormente y que se fundó en la inconstitucionalidad de la ley; al final de su mandato vetó un proyecto de ley militar de poca importancia para señalar la necesidad de mantener activo el pequeño ejército de los Estados Unidos, pero éste fue, sin duda, un veto de oportunidad<sup>876</sup>.

Ni John Adams, ni Thomas Jefferson ejercieron el veto durante los doce años que ocuparon sus mandatos. También es cierto que, salvo dos años en el caso de Adams, ambos gozaron de un Congreso dominado en ambas cámaras, por el partido al que pertenecían.

El siguiente presidente en vetar un proyecto presentado a su firma fue James Madison, siendo los suyos siete vetos, cinco regulares y dos de bolsillo. Aunque el Presidente Madison se esforzó, como buen jeffersoniano, en dotar a todos los vetos de un fundamento constitucional, no todos se fundaban en cuestiones constitucionales y sí hubo apreciaciones de oportunidad<sup>877</sup>. Las enormes mayorías de los demócratas-republicanos en los dos mandatos de Madison y la práctica desaparición de los

---

<sup>873</sup> *Opinion upon the question whether the President should veto the Bill, declaring that the seat of government shall be transferred to the Potomac, in the year 1790*, 15 de Julio de 1790. Volumen III. Págs. 59-67.

<sup>874</sup> *Opinion against the constitutionality of a National Bank*, 15 de febrero de 1791. Volumen III. Págs. 145-153.

<sup>875</sup> *Opinion on the Bill apportioning Representation*, 4 de abril de 1792. Volumen III. Págs. 201-211.

<sup>876</sup> Washington pensó vetar la Ley de Tonelaje y la Ley de igualdad salarial entre las cámaras del Congreso, pero lo descartó por la escasa entidad de ambas leyes. Robert J. Spitzer: *Presidential Veto. Touchstone of the American Presidency*. State University of New York Press. Nueva York. 1988. Pág. 27.

<sup>877</sup> *Ibidem*. Pág. 31.

federalistas como partido nacional del Congreso no reforzaron la posición del Presidente Madison, sino que paradójicamente la debilitaron, porque se distendió la unión entre demócratas-republicanos ante la carencia de un verdadero adversario político.

James Monroe solamente vetó una ley, aprobada para la construcción de una carretera nacional y lo hizo sobre fundamento constitucional al considerar que el Congreso no tenía poder para hacer obra pública dentro de los estados, una cuestión que el propio Jefferson consideraba que requería una enmienda constitucional<sup>878</sup>, y que ya había sido objeto de uno de los vetos de Madison<sup>879</sup>. John Quincy Adams no ejerció el veto en su único mandato<sup>880</sup>.

## 3.2. Poderes presidenciales provenientes del Artículo II de la Constitución

### 3.2.1. Los tratados internacionales y los problemas de usurpación legislativa o ejecutiva

El Artículo II de la Constitución dispone que los asuntos exteriores y la defensa del país dependan del poder ejecutivo y que las decisiones dentro de esos ámbitos no tengan que estar sostenidas sobre una ley del Congreso. En el mítico caso *Marbury contra Madison* (1803), el juez Marshall sostiene que los actos dimanantes de estos dos poderes del ejecutivo no son controlables jurisdiccionalmente, ya que son actos de soberanía y no están subordinados a otro poder<sup>881</sup>.

Esto no quiere decir que los asuntos exteriores o la defensa estén excluidos absolutamente del control del Congreso, pues hay mecanismos que mantienen al Congreso al tanto de la Política Exterior y de la Defensa, gracias a que la Constitución le confiere capacidad reguladora en estas materias<sup>882</sup>.

---

<sup>878</sup> *Sixth Annual Message*, diciembre de 1806. Volumen III. Pág. 423.

<sup>879</sup> *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States*. 2ª Sesión del 14º Congreso. Gales y Seaton. Washington DC, 1854. Págs. 1060-1061.

<sup>880</sup> Para los datos de los vetos pueden consultarse en la web del Senado de los Estados Unidos: <https://www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoes/vetoCounts.htm> y también a la web de la Cámara de Representantes: <https://history.house.gov/Institution/Presidential-Vetoes/Presidential-Vetoes/>

<sup>881</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 165-166 (1803).

<sup>882</sup> Uno de los cambios que el Constitucionalismo estadounidense introdujo fue la concesión al legislativo de poderes relacionados con la guerra, la paz, los tratados y el nombramiento de personal diplomático. Estos poderes en Gran Bretaña pertenecían al rey y el Parlamento no tenía más intervención que autorizar un ejército o tributos para este ejército, algo rutinario cuando la guerra ya estaba en marcha. Jack N. Rakove: "The Political Presidency" en James Horn, Jan Ellen Lewis y Peter Onuf (eds.): *The Revolution of 1800. Democracy, Race and the New Republic*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 2002. Págs. 33-34.

Mantuvo James Madison que el poder del Congreso para declarar la guerra le hacía el centro de la política exterior<sup>883</sup>, pero esa interpretación nunca tuvo aceptación mayoritaria e incluso Thomas Jefferson, al que le unió una gran amistad, se expresó en su contra cuando hubo comunicaciones oficiales internacionales que no fueron entre ejecutivos como en ocasión del fallecimiento de Benjamin Franklin<sup>884</sup> o cuando el ministro francés Genet se dirigió al Congreso y no al Presidente al presentar las credenciales de un cónsul francés<sup>885</sup>.

Thomas Jefferson nunca negó públicamente al Gobierno Federal la capacidad exclusiva para mantener relaciones con las potencias extranjeras, de hecho al final de su vida consideraba que ésta era la verdadera causa de la creación del Gobierno Federal<sup>886</sup>. Jefferson fue el primer secretario de Estado y dirigió el discretísimo servicio diplomático heredado de la Confederación, centrado en establecer tratados comerciales para dar salida a los productos de los Estados Unidos, especialmente a sus productos agrícolas<sup>887</sup>.

### 3.2.2. Nombramiento del personal diplomático

La Constitución establece un sistema mixto para el nombramiento del personal diplomático. El Presidente propone a un candidato para un puesto y el Senado ha de dar su consejo y consentimiento, de manera que un poder fundamental en cualquier política, nombrar a las personas que la llevan a cabo, es un poder compartido. Muy pronto se planteó la cuestión acerca de si el Senado podía aprobar con modificaciones la nominación presidencial, por ejemplo cambiando el rango diplomático, lo cual fue rechazado por Jefferson manteniendo que:

La llevanza de los negocios con naciones extranjeras es en conjunto propia del Ejecutivo. Pertenece, entonces, al jefe de ese departamento [al Presidente], excepto en cuanto a las partes del mismo que se presentan especialmente al Senado. Las excepciones deben interpretarse estrictamente.<sup>888</sup>

Jefferson aplica una regla de hermenéutica jurídica clásica: las excepciones deben ser expresas y han de ser interpretadas restrictivamente. La consecuencia de lo

<sup>883</sup> Edward S. Corwin: *Op. Cit.*, Pág. 180.

<sup>884</sup> *Carta al gobernador Lee*, 13 de agosto de 1793. Volumen IX. Págs. 390-391.

<sup>885</sup> *Carta a Edmond C. Genet*, 22 de noviembre de 1793. Volumen IX. Pág. 256.

<sup>886</sup> *Carta a Edward Livingston*, 25 de marzo de 1825. Volumen XI. Pág. 313.

<sup>887</sup> *Autobiography*. Volumen I. Pág. 89.

<sup>888</sup> *Opinion on the question whether the Senate has the right to negative the grade of persons appointed by the Executive to fill Foreign Missions*, 24 de abril de 1790. Volumen III. Pág. 16. "The transaction of business with foreign nations is Executive altogether. It belongs, then, to the head of that department, except as to such portions of it as are specially submitted to the Senate. Exceptions are to be construed strictly."

anterior es que el Presidente retiene todo lo que pertenece a las facultades ejecutivas y solamente pierde a favor del Senado lo que expresamente prevé la Constitución, de modo que el Senado únicamente, en la opinión jeffersoniana que es la dominante en este punto, puede aceptar o rechazar la nominación de una persona a un puesto, sin poder hacer modificaciones en la nominación.

Si se aceptase que el Senado puede modificar una nominación haciendo que el “encargado de asuntos” sea nombrado como “ministro plenipotenciario”, esto supondría una modificación de las decisiones diplomáticas tomadas por el Presidente para con ese país para el que se nomina al candidato<sup>889</sup>.

Jefferson se había mostrado a favor del poder de remoción, aunque aún se plantaba la cuestión de si el Presidente necesitaba el consejo y el consentimiento del Senado para remover a un cargo cuando hubiera sido preciso para su nombramiento<sup>890</sup>. Hamilton entendió que el procedimiento de nominación y confirmación para el nombramiento, exigía paralelamente un procedimiento en el sentido contrario, con la participación del Senado, para la remoción<sup>891</sup>, mientras que Madison lo tenía por un poder propio del Presidente<sup>892</sup>. En carta a Charles W. F. Dumas, de 29 de febrero de 1788, Jefferson le indica la imposibilidad de cesar los cargos diplomáticos sin el Senado<sup>893</sup>.

Con ocasión del cambio de Constitución, esto es, la entrada en vigor de la Constitución de 1787 y la derogación de los Artículos de la Confederación, informa Jefferson, como secretario de Estado, al Presidente Washington que cuando un cargo existente ha sido eliminado por la Constitución, entonces el nuevo cargo debe ocuparse por nombramiento, pero si el cargo continúa no puede el Presidente remover al que lo desempeña hasta la expiración de su *comission*<sup>894</sup>.

Como veremos Thomas Jefferson intentó eliminar los elementos federalistas del Gobierno Federal cuando asumió la Presidencia. Las dificultades las encontró en los cargos que legalmente no dependían únicamente de la voluntad del Presidente y que tenían un nombramiento ilimitado, como fue el caso de los jueces federales, dado que existía la costumbre entre los jefes de los departamentos ejecutivos de dimitir al finalizar el mandato del Presidente.

---

<sup>889</sup> *Opinion on the question whether the Senate has the right to negative the grade of persons appointed by the Executive to fill Foreign Missions*, abril de 1790. Volumen III. Pág. 17.

<sup>890</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Págs. 79-80.

<sup>891</sup> Alexander Hamilton: “The Federalist 77” en *The Federalist Papers*. Págs. 374-375.

<sup>892</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Págs. 74-79.

<sup>893</sup> *Carta a Charles W. F. Dumas*, 29 de febrero de 1788. Volumen VI. Pág. 443.

<sup>894</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 4 de febrero de 1792. Volumen VIII. Pág. 302.

La duda sobre si el Presidente podía destituir a un cargo ejecutivo cuyo nombramiento no tenía límites y que había requerido el consejo y consentimiento del Senado tuvo dos fases en el Derecho Constitucional Estadounidense.

Una primera, en la que la posición dominante era que el Presidente no tenía ese poder salvo que una ley se lo otorgase<sup>895</sup>, postura que tuvo su apogeo en el *impeachment* fracasado al Presidente Andrew Johnson por cesar al secretario de Defensa, que se negaba a dimitir, sin atender a las disposiciones de la *Tenure of Office Act* (1867), que requerían el consejo y consentimiento del Presidente para el cese. Después de ese momento la conciencia jurídica cambió y se extendió el poder de remoción del Presidente, que fue confirmado por la derogación de la citada ley y por la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Myers contra los Estados Unidos*<sup>896</sup>, que considera que la participación del Senado es una excepción en el proceso de nombramientos ejecutivos y que, por tanto, debe ser interpretada restrictivamente. Nuevamente podemos observar el criterio jeffersoniano de interpretación constitucional en este punto, aunque él mismo no se tuvo que enfrentar a esta cuestión con el jefe de un departamento ejecutivo.

### 3.2.3. *Ius tractandi*

Siguiendo con los poderes del Ejecutivo en materia de relaciones exteriores, examinemos los tratados internacionales. El Presidente puede firmar tratados, pero para que los mismos sean ratificados y se conviertan en parte del *Law of the Land*, han de ser sometidos al consejo y consentimiento de dos tercios de los senadores. La autorización para la ratificación por parte del Senado se debe a que es la cámara del Congreso donde están representados los estados, que fueron los que cedieron todas sus facultades soberanas en materia de relaciones exteriores al Gobierno Federal<sup>897</sup>.

Como se estudiará en el Capítulo VII, Jefferson vio en los tratados una sutil forma de variar el reparto de poderes establecido en la Constitución. Un tratado siempre tendrá más rango que cualquier norma estatal, por ejemplo, un tratado sobre Derecho de

---

<sup>895</sup> James Madison, en el primer Congreso tras la entrada en vigor de la Constitución, propuso una ley para crear un departamento ejecutivo de asuntos extranjeros. Esta ley (*Act for establishing an executive department, to be denominated the Department of Foreign Affairs*, 1 Stat. 28 (1789)), que fue la cuarta del primer Congreso de los Estados Unidos, establece en su sección 2ª, de forma incidental, que el Presidente tiene la facultad para remover al secretario. En septiembre el Departamento de Asuntos Extranjeros recibió una nueva denominación, Departamento de Estado, y una serie de competencias en los asuntos relativos al proceso legislativo, registros y sello de los Estados Unidos: *An Act to provide for the safe-keeping of the Acts, Records and Seal of the United States, and for other purposes*, 1 Stat. 68 (1789).

<sup>896</sup> *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

<sup>897</sup> James Madison: "The Federalist Papers 65" en *The Federalist Papers*. Pág. 305.



Familia se impone si es ratificado a todo el Derecho de los estados en esta materia que es de su competencia. De esta forma el Gobierno Federal puede regular materias propias de los estados. Jefferson consideró, en *A Manual of Parliamentary Practice*, que hay una serie de materias que son propias de un tratado y otras que no, de forma que no sería admisible un tratado sobre materias que no fueran pertinentes para un tratado<sup>898</sup>.

Al referirse a los tratados, introduce un tercer actor, que es la Cámara de Representantes. En primer lugar, es la rama del legislativo donde tienen que originarse las normas financieras que hagan posible la ejecución del tratado; en segundo lugar, es copartícipe en el resto de la legislación necesaria para aplicar un tratado y, en tercer lugar, es la instancia más republicana del Gobierno Federal, ya que era la única elegida directamente por los ciudadanos y por un corto mandato dos años. La Cámara de Representantes encarna la posibilidad que se podría denominar “un veto democrático o republicano” en una materia tan aristocrática como son los tratados internacionales.

Tras el tratado que puso fin a la Guerra Revolucionaria o Guerra de Independencia, quedaron una serie de cuestiones pendientes. El Presidente Washington envió a John Jay, entonces Presidente del Tribunal Supremo, para negociar con Gran Bretaña un nuevo tratado más amplio y que estableciese entre los británicos y los estadounidenses relaciones amistosas y comerciales. Este tratado, conocido como *Jay's Treaty*<sup>899</sup>, fue aprobado condicionalmente por el Senado<sup>900</sup> y fue objeto de una dura campaña por parte de Jefferson y sus partidarios, porque lo consideraban una vuelta al redil británico, una rendición a los intereses comerciales de los antiguos gobernantes y una alianza contra el otro estado republicano existente: Francia<sup>901</sup>.

De hecho, Thomas Jefferson decidió que los demócratas-republicanos habrían de dar batalla al célebre *Jay Treaty* en la Cámara de Representantes, en torno a las leyes de aplicación de tratado. En noviembre de 1795 escribió a Edward Rutledge señalándole que:

Coincido con usted en pensar que el tratado es una cosa execrable. Pero los dos negociadores deben haber entendido que, como había artículos dentro del tratado que no podrían ser llevados a ejecución sin la ayuda de los dos lados de las Legislaturas, por lo que debían haberlos remitidos a ellas, y siendo estas Legislaturas agentes libres, no daría su apoyo si ellos lo desaprobaban. Confío en que la rama popular de nuestra

<sup>898</sup> *A Manual of Parliamentary Practice*, Volumen II. Pág. 442.

<sup>899</sup> *Treaty of amity, commerce, and navigation, between his Britannic Majesty and the United States of America, by their President, with the advice and consent of their Senate*, 8 Stat. 116 (1794).

<sup>900</sup> Fruto de la aprobación condicional se acordó añadir un artículo adicional sobre comercio con las Indias Occidentales y una interpretación al artículo 3 acerca de la interacción del tratado con los tratados suscritos con las naciones indias: *Additional article to the treaty with Great Britain*, 8 Stat. 130 (1796) y *Explanatory article, to be added to the treaty with Great Britain*, 8 Stat. 131 (1798).

<sup>901</sup> *Carta a Pierre Auguste Adir [Monsieur Odit]*, 14 de octubre de 1795. Volumen IX. Pág. 312.

Legislatura lo desaprobó y así nos libraré de este infame acto, que no es realmente más que un tratado alianza entre Inglaterra y los anglófilos de este país, contra la Legislatura y el pueblo de los Estados Unidos.<sup>902</sup>

El Derecho Federal sobre Tratados suele distinguir entre los tratados que son autoejecutivos, es decir, aquellos que no requieren ninguna norma interna para poderse aplicar, y los tratados que sí requieren una serie de normas internas para hacerlo efectivo<sup>903</sup>. Es fundamental la determinación, en el Derecho Federal, de si un tratado es autoejecutivo o no a la hora de establecer si los tribunales estatales y federales pueden aplicarlos directamente, pasando a ser parte del *Law of the Land* sin norma legislativa interna<sup>904</sup>.

Afirmó el juez Marshall en la sentencia del caso *Foster contra Neilson* que:

Un tratado es, en su naturaleza, un contrato entre dos naciones y no un acto legislativo. Generalmente el tratado no lleva a cabo por sí mismo el objeto para el que fue realizado, especialmente en punto tan lejano como cuando su funcionamiento es infraestatal<sup>905</sup>, pero es ejecutado por el poder soberano de las respectivas partes en el tratado.

En los Estados Unidos se establece un principio diferente. Nuestra Constitución declara que un tratado es Derecho del país. Consecuentemente puede ser opuesto en los tribunales de Justicia como si fuera una ley del legislativo cuando opera por sí mismo, sin ayuda de ninguna previsión legislativa. Pero cuando las estipulaciones expresen un contrato, cuando cada una de las partes se compromete a realizar un acto particular, el tratado se dirige al Departamento político, no al Judicial, y la Legislatura debe ejecutar el contrato antes de antes de que llegue a ser norma oponible ante un tribunal.<sup>906</sup>

---

<sup>902</sup> *Carta a Edward Rutledge*, 30 de noviembre de 1795. Volumen IX. Págs. 314. "I join with you in thinking the treaty an execrable thing. But both negotiators must have understood, that, as there were articles in it which could not be carried into execution without the aid of the Legislatures on both sides, therefore it must be referred to them, and that these Legislatures being free agents, would not give it their support if they disapproved of it. I trust the popular branch of our Legislature will disapprove of it, and thus rid us of this infamous act, which is really nothing more than a treaty of alliance between England and the Anglomen of this country, against the Legislature and people of the United States."

<sup>903</sup> Esta distinción se ha incorporado a la doctrina iusinternacionalista. Vid. Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de Derecho Internacional*. Tecnos. Madrid, 2007. Págs. 253-255. Thomas Buergenthal: "Self-executing and not self-executing Treaties in National and International Law" en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1992-IV. Martinus Nijhoff. Dordrecht y otros, 1993. Págs. 303-400.

<sup>904</sup> Sobre los criterios (intención, justiciabilidad, constitucionalidad y concesión del derecho privado a la acción) de los tribunales para apreciar si un tratado es *Self-executing* Vid. Carlos Manuel Vázquez: "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties" en *The American Journal of International Law*. Vol. 89. (1995). Págs. 695-723.

<sup>905</sup> Traducimos "infra-territorial" como "infraestatal" dándole el significado propio del Derecho Internacional, es decir, la organización política y administrativa que se encuentra en el interior del Estado soberano que es el sujeto de Derecho Internacional. Por ello hay que recalcar que en este contexto son tan infraestatales las instituciones municipales como los estados de los Estados Unidos.

<sup>906</sup> *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 314 (1829). "A treaty is, in its nature, a contract between two nations, not a legislative act. It does not generally effect, of itself, the object to be accomplished, especially so far as its

Así Marshall consagra un sistema monista para las disposiciones de los tratados que no requieran un desarrollo y, por tanto, puede ser aplicadas directamente por los tribunales al convertirse en Derecho interno (*Law of the Land*). Hay un sistema dualista para las normas que requieren desarrollo y mientras no lo tienen, no son oponibles ante los tribunales, implicando la responsabilidad internacional del Estado en caso de no haber llevado a cabo los actos internos necesarios para su ejecución.

Cuando Jefferson era secretario de Estado mantuvo que los tratados eran directamente *Law of the Land*, pues así lo disponía la Constitución y de esta forma respondió a la solicitud del representante del Rey de Prusia de poner en prácticas las disposiciones del tratado que acababan de ratificar<sup>907</sup>. Posteriormente consideró la existencia de los dos tipos de tratados, aunque no lo formulara teóricamente como lo hiciera Marshall más de treinta años después.

El *Jay's Treaty* no era un tratado autoejecutivo y requería una serie de actos legislativos para ser aplicado. Esto hacía necesaria, desde una perspectiva constitucional, la intervención de la Cámara de Representantes. Afirma Jefferson que hay un poder general para celebrar tratados (*general power for making treaties*<sup>908</sup>), pero que éste es sumamente estrecho y que está exclusivamente en manos del Presidente y del Senado. Si los tratados requieren normas de ejecución, entonces requerirá el consentimiento de la Cámara de Representantes<sup>909</sup>.

Rechazó Jefferson la pretensión de que la Cámara de Representantes está obligada a dar su asentimiento a la ley presupuestaria (ley de apropiación) necesaria para aplicar el tratado porque su rechazo lo haría inviable. Mantuvo que la Cámara podía rechazar la ley en virtud de su libertad y fundó ésta en la previsión constitucional que le confiere el inicio de las leyes de apropiación. Si la Cámara de Representantes no tuviera otra opción que aceptar los tratados y dotarles de ejecución, nuestro autor atisba la posibilidad de que los *anglomen* federalistas en colusión con Gran Bretaña sacrifiquen “el honor y la fe de la nación” con tal de conseguir la ratificación del Tratado<sup>910</sup>.

---

operation is infra-territorial, but is carried into execution by the sovereign power of the respective parties to the instrument. In the United States, a different principle is established. Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is consequently to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the Legislature whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the Judicial, Department, and the Legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court.”

<sup>907</sup> *Carta a Charles George Paleske*, 9 de agosto de 1792. Volumen VIII. Págs. 391-392.

<sup>908</sup> *A Manual of Parliamentary Practice*, Volumen II. Pág. 442.

<sup>909</sup> *Carta a James Monroe*, 21 de marzo de 1796. Volumen IX. Págs. 328-329.

<sup>910</sup> *Carta a James Madison*, 26 de marzo de 1796. Volumen IX. Págs. 330-331.

La introducción de la Cámara de Representante, como una tercera rama<sup>911</sup> en el proceso de ejecución de los tratados internacionales, supone lógicamente la entrada de un tercer jugador con veto, utilizando la terminología de George Tsebelis, es decir: “actores individuales o colectivos cuyo consenso es necesario para un cambio del *statu quo*. De ahí se deduce entonces que un cambio en el *statu quo* requiere una decisión unánime de todos los jugadores con veto”<sup>912</sup>.

¿Por qué este interés de Jefferson en convertir a la Cámara en un “jugador con veto” en las decisiones acerca de los tratados internacionales? La ratificación nació como un mecanismo en el que los monarcas controlaban los tratados negociados por sus agentes diplomáticos, de manera que el tratado no entraba en vigor hasta que los monarcas de cada una de las partes, generalmente dos, asentían a su contenido. La ratificación era un acto de soberanía plena<sup>913</sup>.

La exclusión de la Cámara de Representantes del proceso de los tratados suponía que la “cámara popular” o la más republicana de las ramas del Gobierno Federal, como Jefferson la calificaba, quedaba fuera del ejercicio de la soberanía en materia de tratados, mientras las instancias menos republicanas y más aristocráticas del Gobierno Federal poseían este poder.

En este contexto la Cámara de Representantes pudiera ser vista por Jefferson como una forma institucionalizada de resistencia del pueblo frente a la decisión de las aristocracias en materia de relaciones internacionales y específicamente de tratados internacionales. Hay un cambio en el pensamiento jeffersoniano, pues en la primera valoración que hizo de la Constitución a John Adams afirmaba que la Cámara de Representantes no será la adecuada para el manejo de asuntos, federales o extranjeros<sup>914</sup>.

Junto al argumento constitucional, hay una cuestión de táctica política, que no se debe olvidar, ya que la mayoría de la Cámara de Representantes del Cuarto Congreso,

---

<sup>911</sup> En el contexto del proceso de ratificación y de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento federal también habla Jefferson de *three branches of Legislative* como en la *Carta a William B. Giles*, 31 de diciembre de 1795. Volumen IX. Págs 314-315 y la *Carta a James Monroe*, 21 de marzo de 1796. Volumen IX. Págs. 328-329.

<sup>912</sup> Cf. George Tsebelis: *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*. Fondo de Cultura Económica. México, 2006. Pág. 27.

<sup>913</sup> Manuel Díez de Velasco: *Op. Cit.*, Pág. 164.

<sup>914</sup> *Carta a John Adams*, 13 de noviembre de 1787. Volumen VI. Pág. 370.

que tenía que dictar leyes de ejecución y de apropiación del *Jay's Treaty*, era republicana y podría bloquear la ejecución del tratado<sup>915</sup>.

La aprobación de la ley de apropiación necesaria para el Tratado con Gran Bretaña se convirtió en una cuestión política de primer orden y los federalistas, liderados por primera vez por el Presidente Washington, pusieron todo el empeño en conseguir los votos republicanos suficientes en la Cámara. La votación final en la Cámara de Representantes fue sumamente ajustada (51 votos a favor y 48 en contra). Al analizar el resultado Jefferson reconoció el papel decisivo del Presidente Washington, que empleó su indisputado prestigio para aprobar el proyecto de ley.<sup>916</sup>

Los tratados con Gran Bretaña no dejaban de ser problemáticos, especialmente porque eran una toma de posición de gran trascendencia con el antiguo poder político, con la primera potencia naval del mundo y con el único vecino realmente inquietante para el conjunto de los Estados Unidos, puesto que los británicos aún conservaban todo el Canadá bajo su gobierno.

Pese a que Jefferson movilizó todas sus fuerzas contra el *Jay's Treaty*, al llegar a la Presidencia no procedió a denunciarlo<sup>917</sup>, sino que esperó a que venciera su vigencia. Ello no quiere decir que no intentara cambiar el tratado por otro, y para conseguirlo envió a Londres a James Monroe y a William Pinkney para negociar un nuevo tratado. El 31 de diciembre de 1806 las partes firmaron el nuevo tratado y los diplomáticos estadounidenses lo remitieron al Presidente para que lo sometiera al Senado. El Presidente Jefferson decidió no someterlo al consejo y consentimiento del Senado, al estar él mismo en desacuerdo con varios aspectos del tratado, e insistió en que el Presidente no estaba obligado a llevar al Senado un tratado firmado<sup>918</sup>.

Junto a los tratados la Constitución admite la existencia de otros instrumentos internacionales de modo que el concepto de “tratado” en el Derecho Internacional y el concepto de “tratado” en el Derecho Federal no son coextensos. La Constitución reconoce otra categoría, los acuerdos (*agreements* y *compacts*) y se los confiere al Gobierno Federal de una forma indirecta en la sección 10 del Artículo I<sup>919</sup>.

---

<sup>915</sup> 59 representantes eran republicanos frente a 47 federalistas. Sobre el número de componentes de la Cámara del 4º Congreso de acuerdo con su partido, véase: “4th Congress (1795-1797). Congressional Profile”. Disponible en: <https://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/4th/>

<sup>916</sup> *Carta a James Monroe*, 10 de julio de 1796. Volumen IX. Pág. 348.

<sup>917</sup> La denuncia de un tratado consiste en la desvinculación de un Estado con dicho tratado con el que se había obligado hasta tal momento.

<sup>918</sup> *Carta a Levi Lincoln*, 25 de marzo de 1807. Volumen XI. Págs. 172-173.

<sup>919</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 10: “No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay.”

Los tratados no autoejecutivos y estos acuerdos (*agreements* y *compacts*) no forman parte del ordenamiento jurídico (*Law of the Land*) a no ser que sean incorporados por el Congreso mediante una ley. En el primer medio siglo de la República se ratificaron sesenta tratados y veintisiete acuerdos, que no fueron considerados tratados en el sentido constitucional, siendo la única mitad de siglo en las que los tratados superaron a los acuerdos ejecutivos<sup>920</sup>. Durante los dos mandatos de Jefferson se firmaron estos acuerdos y el Congreso intervino en los casos en los que era necesaria la apropiación o la modificación legislativa<sup>921</sup>.

### 3.3. El Presidente como comandante en jefe y el empleo de las fuerzas armadas

La sección segunda del Artículo II de la Constitución establece que el Presidente es el comandante en jefe del ejército, la marina de guerra y lo será también de la milicia de los diferentes estados cuando sea llamada al servicio de los Estados Unidos<sup>922</sup>. De la escasa consideración que Jefferson tiene de las fuerzas armadas haremos mención aparte, ahora nos centraremos en la relación de esta función militar con la resistencia institucionalizada y, también, con la “contrarresistencia” institucionalizada.

La Constitución establece que el Presidente es el “comandante en jefe” del ejército y de la marina de los Estados Unidos. “Comandante en jefe” significa que el Presidente es el más alto mando de las fuerzas armadas y puede dirigirlas personalmente. Es habitual que la dirección efectiva de las fuerzas armadas se encuentre encomendada a militares, pero en ocasiones los presidentes han liderado estas fuerzas o han tomado decisiones directas.

El caso más destacado fue el del Presidente Washington comandando personalmente las milicias de varios estados, llamadas al servicio de los Estados Unidos, para sofocar la Rebelión del Whiskey en 1794. Aunque el caso de Washington no se ha repetido sí fueron destacadas las decisiones militares de Lincoln a lo largo de la Guerra Civil o la de Harry S. Truman de emplear la bomba atómica sobre Hiroshima y Nagasaki.

---

<sup>920</sup> Daniel P. Mulhollan (dir.): *Treaties and other international agreements: the Role of the Senate of the United States*. Congressional Research Service - U.S. Government Printing Office. Washington DC, 2001. Pág. 39.

<sup>921</sup> *An Act making appropriation for defraying the expense of a negotiation with the British government, to ascertain the boundary line between the United States and Upper Canada* 2 Stat. 148 (1802); *An Act making an appropriation for defraying the expenses which may arise from carrying into effect the convention made between the United States and the French Republic* 2 Stat. 148 (1802); *An Act making an appropriation for carrying into effect the Convention between the United States of America and His Britannic Majesty* 2 Stat. 192 (1802).

<sup>922</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo II. Sección 2. Cláusula 1.

Ello no quiere decir que los poderes militares del Presidente sean absolutos, ya que algunos son compartidos con el Congreso, como sucede con las relaciones exteriores. La sección octava del Artículo I de la Constitución prevé que el Congreso pueda declarar la guerra, dar patentes de corso y normativa sobre ello, levantar y mantener ejércitos (pero por apropiaciones que no superen el bienio), proveer y mantener una Marina, crear normas para el gobierno y la reglamentación de las fuerzas de tierra y navales y finalmente organizar, regular y disciplinar la milicia al servicio de los Estados Unidos. A lo que habría que añadir el poder del Senado para confirmar el nombramiento de oficiales militares.

Nadie duda de que el Congreso no puede intervenir en el mando directo de las fuerzas armadas, ni mucho menos en las decisiones de mando en el seno de las mismas, especialmente en un conflicto donde intervengan, pero sí hay cuestiones en las que algunos de los poderes del Congreso que interactúan con los poderes del Presidente.

La declaración de guerra es delicada en cuanto que históricamente ha sido una cuestión conflictiva. De acuerdo con un esquema puro un Estado declara la guerra a otro con anterioridad al inicio de las hostilidades por algún *casus belli* aceptado internacionalmente, pero somos conscientes que normalmente las hostilidades se han roto antes de la declaración formal que termina siendo, como su nombre indica, una declaración de una situación de hecho preexistente.

### **3.3.1. Neutralidad de 1793**

El primer conflicto internacional que vivió la joven República fueron los ecos de las guerras europeas entre la revolucionaria Francia y el resto de las potencias continentales. Los Estados Unidos buscaban la forma de no verse involucrados en ninguno de los dos bandos contendientes y poder continuar, en calidad de neutral, con su tráfico comercial a través del Atlántico. Este asunto tenía también fuertes repercusiones internas pues lo que serían llamados federalistas se sentían más inclinados por Gran Bretaña y los que serían conocidos como republicanos se identificaban con Francia.

¿Podía el Presidente declarar la neutralidad de los Estados Unidos sin contar con el Congreso? Thomas Jefferson entiende que el Presidente no tiene poder constitucional para declarar la neutralidad del país, que es una situación jurídica determinada dentro del *Ius in bello* y que le correspondería al Congreso pues es quién debe declarar la

guerra. Una declaración presidencial de neutralidad ataría al Congreso en su libertad y violaría sus poderes constitucionales.<sup>923</sup>

Esta postura es asumida por el Ejecutivo y el Presidente Washington elude el término “neutralidad” en su Proclamación del 22 de abril de 1792. La idea principal es que no deseaban que ningún particular, ni los intereses de ningún colectivo a través de sus acciones forzaran al Congreso a tener que declarar la guerra. Jefferson consideró precipitada la Proclamación, porque de haberse retrasado podía haberse hecho lo mismo, pero habiendo sacado provecho de las potencias extranjeras interesadas en la neutralidad.<sup>924</sup>

La idea que mantienen Edmund Randolph, Fiscal General, y Thomas Jefferson, secretario de Estado, es que la Proclamación presidencial habría de advertir a los ciudadanos que había una guerra entre dos Estados amigos de los Estados Unidos que no había que caer en la tentación de apoyar a uno u a otro, sino que habría que esperar la decisión del Congreso<sup>925</sup>, pues no consideraba como Hamilton que en el receso del Congreso la Presidencia tuviera todo el poder<sup>926</sup>. La sensación de que había una multitud de cuestiones complejas y dudosas que caían sobre aquel mínimo ejecutivo de un Presidente y tres de los cuatro miembros del gabinete<sup>927</sup> les llevó a formular un conjunto de veintinueve cuestiones para solicitar una opinión consultiva del Tribunal Supremo<sup>928</sup>, dudas que nunca fueron resueltas por esa instancia al estimar que no tiene constitucionalmente el poder para emitir opiniones consultivas<sup>929</sup>.

La Proclamación advertía a los ciudadanos de los Estados Unidos que los incumplimientos a las normas del Derecho Internacional en relación con Estados no beligerantes serían perseguidas ante los tribunales federales. Washington había encomendado la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre el embargo al

<sup>923</sup> *Conferences at the Cabinet*, 8 de noviembre de 1793. Volumen I. Págs. 403-405.

<sup>924</sup> *Carta a James Madison*, 23 de junio de 1793. Volumen IX. Pág. 138.

<sup>925</sup> *Carta a James Madison*, 11 de agosto de 1793. Volumen IX. Pág. 178.

<sup>926</sup> Jack N. Rakove: “The Political Presidency” *Op. Cit.*, Pág. 42.

<sup>927</sup> El cuarto miembro del gabinete era el Fiscal General (*General Attorney*), que percibía una remuneración sustancialmente menor que los otros tres jefes de los departamentos ejecutivos, no tenía obligación de residencia en la capital y carecía de personal de apoyo para el desarrollo de sus funciones. Cf. Henry Adams: *History of the United States during the first administration of Thomas Jefferson*. Volumen I. Charles Scribner’s Sons. Nueva York, 1917. Pág. 218. Los tres secretarios ejecutivos quisieron esperar a que el Fiscal General estuviera presente, pero el Presidente les apremió para entregar la lista a los jueces del Tribunal Supremo pues ya había cuatro miembros del Tribunal en la capital, Disponibles en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0465-0001>

<sup>928</sup> Alexander Hamilton (Tesoro), Henry Knox (Guerra) y Thomas Jefferson (Estado) elaboraron cada uno de ellos una lista de cuestiones y reunido el gabinete sintetizaron todas ellas en la lista que fue remitida al Tribunal Supremo. El proceso de elaboración y los documentos de las cuestiones, tanto los particulares como el del gabinete. Disponible en <https://founders.archives.gov/ancestor/TSJN-01-26-02-0465>

<sup>929</sup> Véase epígrafe 4.1. del Capítulo VI.



Departamento de Tesoro, liderado por Hamilton, que había encomendado la persecución penal a los recaudadores de impuestos. Thomas Jefferson vio en esto un peligro para la separación de poderes y un quebrantamiento del derecho a ser acusado por un Gran Jurado de acuerdo con la V Enmienda.<sup>930</sup>

### 3.3.2. Uso de la fuerza que no dimana de una declaración de guerra y la prerrogativa ejecutiva

Las costas del norte de África eran ya problemáticas cuando Jefferson accedió al gabinete de Washington. Argel, Túnez y Trípoli eran dependencias del Imperio Otomano, aunque operaban con independencia y su sometimiento a la Sublime Puerta era puramente formal<sup>931</sup>. Junto a Marruecos se dedicaban a la captura de barcos mercantes europeos para luego pedir rescate por los prisioneros y un tributo para garantizar no atacar barcos de determinada nacionalidad, actividad que ya practicaban desde el siglo XVI<sup>932</sup>.

La incorporación de los Estados Unidos a la escena internacional hizo que el problema de la costa norteafricana fuera también suyo, porque sus buques mercantes eran atacados y los Estados de la Berbería (*Barbary States*) se convirtieron en una cuestión de política interna de primer orden en los Estados Unidos.

Jefferson en su periodo parisino se vio implicado en las acciones y negociaciones para liberar a los ciudadanos estadounidenses en manos de los Estados de la Berbería. Descubrió que la mejor forma de rescatarlos era la Orden de la Santísima Trinidad, los trinitarios<sup>933</sup>, que desde su fundación se dedicaban a esta actividad. También se esforzó también por establecer cónsules de los Estados Unidos en estos territorios<sup>934</sup>.

<sup>930</sup> *Carta a Edmund Randolph*, 8 de mayo de 1793. Volumen IX. Pág. 82. Págs. 82-83.

<sup>931</sup> Jefferson describe con todo detalle las relaciones entre Argel, Túnez y Trípoli con el Imperio Otomano en un informe escrito al Presidente George Washington.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-06-02-0027>

<sup>932</sup> Recordemos, a título de ejemplo, el grave problema que las costas españolas padecían a causa de las incursiones de los piratas berberiscos que fueron afrontadas de diversas formas desde la toma de Orán y Argel por parte de Carlos I o el establecimiento de fortines en la costa levantina en tiempo de Felipe II. Miguel de Cervantes fue apresado frente a las costas barcelonesas y llevado a Argel tras ser capturado. El problema no se solucionó y pervivió varios siglos. Sobre el origen y desarrollo en la Edad Moderna de la piratería berberisca pueden verse: Gonçal Artur López Nadal: "El corsarismo en el Mediterráneo (1516-1830)" en *Cuadernos Monográficos de Instituto de Historia y Cultura Naval*. Núm. 46 (2004). Págs. 17-36 y Miguel Ángel de Bunes Ibarra: "Bases y logística del corso berberisco" en *Cuadernos Monográficos de Instituto de Historia y Cultura Naval*. Núm. 61 (2010). Págs. 83-102.

<sup>933</sup> Llama *Mathurians* a los trinitarios ya que en Francia se le conocía así en relación con su fundador Juan de Mata (Jean de Matha).

<sup>934</sup> *Carta a John Adams*, 11 de enero de 1787. Volumen VI. Págs. 47-48.

Desde tiempos de Benjamin Franklin se firmaron tratados con los Estados de la Berbería<sup>935</sup>, que incluían el pago de una considerable suma de dinero para asegurar que los buques de su país no se vieran atacados y sus ciudadanos secuestrados. El monto del tremendo tributo de España a los Estados bárbaros hizo ver a Jefferson que estos pagos eran realmente un poderoso incentivo para que el sistema de extorsión siguiera funcionando<sup>936</sup> y que provocaba una tensión inflacionista en el precio que habían de pagar todos los demás países<sup>937</sup>. Los Estados Unidos llegaron a pagar el 10% de todos sus gastos nacionales en tributos a los Estados de la Berbería<sup>938</sup>.

En 1786 lanzaba la idea, en carta a John Adams, de que sería conveniente que las potencias medianas realizaran una acción diplomática y militar concertada, firmando la paz simultáneamente y creando una fuerza naval conjunta, para mantener esa paz<sup>939</sup>. En un anexo a su *Autobiografía* publicó sus propuestas para establecer un sistema institucionalizado de seguridad marítima en el Mediterráneo, una proto-organización internacional, que siendo ministro en París presentó su plan a los representantes diplomáticos de los otros Estados allí acreditados<sup>940</sup>.

Durante su Presidencia Jefferson se negó a pagar el tributo y mandó buques de guerra al Mediterráneo para bloquear el puerto de Trípoli y para realizar operaciones contra sus navíos y ciudad. Estas operaciones no contaron con el asentimiento previo del Congreso, pero una ley posterior autorizó las operaciones en curso, que fueron un éxito<sup>941</sup>.

La posibilidad de actuar militarmente sin esperar el asentimiento del Congreso como poder inherente del Presidente se enmarca en el debate sobre la existencia y alcance de la prerrogativa ejecutiva. Ésta implica la capacidad del Presidente para actuar en silencio de la Constitución e incluso contra la Constitución, lo que podría ser denominado respectivamente como actuaciones aconstitucionales (*praeter Constitutionem*) y actuaciones inconstitucionales (*contra Constitutionem*). Madison y Elbridge Gerry propusieron en la Convención de Filadelfia que la Constitución diese al Congreso el poder para declarar la guerra y no para hacerla, entendiendo que la

---

<sup>935</sup> *Carta a John Adams*, 23 de junio de 1785. Volumen V. Pág. 27.

<sup>936</sup> *Report relative to the Mediterranean trade*, 28 de diciembre de 1790. Volumen III. Pág. 100.

<sup>937</sup> *Report on the Algerine Prisoners*, 28 de diciembre de 1790. Volumen III. Pág. 116.

<sup>938</sup> G. Thomas Woodward: "The Costs of State-Sponsored Terrorism: The Example of the Barbary Pirates" en *National Tax Journal*. Volumen 57. Núm. 3 (2004). Págs. 601 y 611.

<sup>939</sup> *Carta a John Adams*, 11 de julio de 1786. Volumen V. Pág. 367.

<sup>940</sup> *Proposals for concerted operation among the powers at war with the piratical States of Barbary*. Volumen I. Págs. 97-110.

<sup>941</sup> *An Act for the protection of the Commerce and Seamen of the United States, against the Tripolitan Cruisers*, 2 Stat. 129 (1802).

declaración es la formalización de una situación ya existente<sup>942</sup>; una posición en coherencia con la tradición grociana<sup>943</sup>.

Jefferson considera diáfano que la defensa está antes del cumplimiento de los formalismos constitucionales:

En los asuntos del ejecutivo, donde la prontitud y la decisión tienen toda la importancia, seguir la ley al pie de la letra en contra de su probable finalidad (porque cada una de las leyes debe tener intención de ser efectiva) pudiera estar cargado de un peligro incalculable. Los jueces pueden aguardar a una explicación legislativa, pero un retraso en la acción ejecutiva podría producir una ruina irrecuperable. El Estado es invadido, la milicia es llamada, un ejército marcha, las armas y las provisiones se envían desde los arsenales, la legislatura reunida y dividida. ¿Se puede creer que ha sido la intención de los redactores de la Constitución que ésta y sus electores con ella pudieran ser destruidos por falta de voluntad de dirigir los recursos que han sido provistos para su preservación? Antes de llegar a tales posibles consecuencias, todos los escrúpulos verbales deben ser desterrados, la interpretación debe ser hecha según el juicio del buen hombre [*secundum arbitrium viri boni*] y la Constitución volver a ser una viable.<sup>944</sup>

Como afirma Bailey<sup>945</sup>, Jefferson ya hubo de dar órdenes manifiestamente inconstitucionales como gobernador de Virginia durante la Guerra Revolucionaria. Estas órdenes fueron ratificadas a posteriori por el Legislativo. Lo mismo ocurrió en 1807 con la crisis de la fragata USS Chesapeake y con la fragata HMS Leopard en la que Jefferson realizó actos, que hubiera requerido apropiación del Congreso durante el receso de éste, y esperó hasta su reunión ordinaria para que fueran confirmados<sup>946</sup>.

<sup>942</sup> Jack N. Rakove: "Taking the Prerogative out the Presidency. An Originalist perspective" en *Presidential Studies Quarterly*. Vol. 37. Núm.1 (2007). Págs. 93-94.

<sup>943</sup> Patrick O. Gudridge: "Ely, Black, Grotius & Vattel" en *University of Miami Law Review*. Vol. 50. Núm. 1 (1995). Pág. 99. Hugo Grocio distingue entre una declaración pura (*denuntiatio pura*) que es anterior al inicio de las hostilidades y la declaración condicionada (*denuntiatio conditionata*) que es posterior. Cf. Hugo Grocio: *Op. Cit.*, Págs. 402-403. Libro III. Capítulo III. IV. 1-2. Esta idea de Grocio la podemos encontrar en alguien tan influyente en los Estados Unidos como William Blackstone. Cf. William Blackstone: *Commentaries on the Laws of England. Book 1: Of the Rights of the Persons*. Oxford University Press. Oxford. 2016. Pág. 167. Págs. 250-251 de la primera edición, que es la empleada para citar en el medio académico.

<sup>944</sup> *Carta al gobernador James Barbour*, 22 de enero de 1822. Volumen XIII. Pág. 128. "In executive cases, where promptitude and decision are all-important, an adherence to the letter of a law against its probable intentions, (for every law must intend that itself shall be executed,) would be fraught with incalculable danger. Judges may await further legislative explanations, but a delay of executive action might produce irretrievable ruin. The State is invaded, militia to be called out, an army marched, arms and provisions to be issued from the public magazines, the legislature to be convened, and the council is divided. Can it be believed to have been the intention of the framers of the Constitution, that the Constitution itself and their constituents with it should be destroyed for want of a will to direct the resources they had provided for its preservation? Before such possible consequences all verbal scruples must vanish; construction must be made *secundum arbitrium boni viri*, and the Constitution be rendered a practicable thing."

<sup>945</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Pág. 20.

<sup>946</sup> *Carta a William Duane*, 20 de Julio de 1807. Volumen XI. Pág. 291.

En 1810 Jefferson emplea esta argumentación para salvar las dudas que le asaltaban sobre la legitimidad de la Compra de Luisiana, pero tiene una trascendencia mayor: hay obligaciones superiores a las que se someten los medios constitucionales, pues lo contrario sería poner los fines al servicio de los medios<sup>947</sup>.

Esas obligaciones no son poderes implícitos que emanan de la Constitución, como sostuvo Hamilton<sup>948</sup>, sino que pertenecen a la naturaleza misma de las comunidades políticas, en definitiva, según el pensamiento jeffersoniano son obligaciones, que dimanen del Derecho Natural (*unwritten laws of higher obligation*), para hacer frente a circunstancias no previstas o a circunstancias donde la observancia de la norma pervertiría el fin pretendido en esa misma norma<sup>949</sup>.

En síntesis, Thomas Jefferson refleja la sentencia ciceroniana de *salus populi, suprema lex* y asume la teoría de Locke sobre la prerrogativa ejecutiva. Locke defendió que:

La prerrogativa no es más que un poder, en las manos del príncipe, para facilitar el bien público en tales casos que, dependiendo de sucesos imprevistos e inciertos, las leyes ciertas e inalterables no podrían ordenar prudentemente; sea lo que sea será hecho abiertamente para el bien del pueblo y establecer el gobierno sobre sus verdaderos fundamentos es y será siempre una justa prerrogativa.<sup>950</sup>

Tras el citado párrafo 158 del *Segundo Tratado* de Locke, todo el capítulo XIV está dedicado a este asunto. Esta autor mantiene que las prerrogativas ejecutivas son en silencio de ley o porque el cumplimiento de la ley es indeseable, pero igualmente se enfrenta al problema de que la prerrogativa es una puerta para el uso arbitrario del poder y la imposibilidad de encontrar un mecanismo constitucional alguno para solventarlo, porque no hay juez que juzgue al ejecutivo. El único recurso es extraconstitucional, que es la “apelación a los Cielos”, esto es, el derecho de resistencia<sup>951</sup>.

De acuerdo con el planteamiento de Locke, Thomas Jefferson concibe estos poderes como excepcionales, esto es, como poderes para emplear a causa del silencio de

<sup>947</sup> *Carta a J. B. Colvin*, 20 de septiembre de 1810. Volumen XII. Págs. 418-419.

<sup>948</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Págs. 18-19.

<sup>949</sup> David N. Mayer: *Op. Cit.* 252-256.

<sup>950</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, Pág. 83. § 158. “[...] prerogative being nothing but a power, in the hands of the prince, to provide for the public good, in such cases, which depending upon unforeseen and uncertain occurrences, certain and unalterable laws could not safely direct; whatsoever shall be done manifestly for the good of the people, and the establishing the government upon its true foundations, is, and always will be, just prerogative.”

<sup>951</sup> *Ibidem*. Págs. 87-88. §168.

la Constitución, o porque seguir los preceptos constitucionales llevaría a la propia destrucción del orden constitucional y de bienes políticos de gran importancia. En este sentido hemos de entender, por ejemplo, las palabras de Jefferson en su primer discurso anual ante el Congreso al referirse a las acciones militares contra Trípoli como “saludables”:

Solamente hay una excepción a este estado de paz general con el que hemos sido bendecidos. Trípoli, el menos considerable de los Estados de la Berbería, se había dado a conocer con pretensiones sin fundamento tanto en un derecho como en un acuerdo, y se había permitido declarar la guerra sobre la base de nuestra falta de cumplimiento antes de un día señalado. El estilo de esta pretensión admite sólo una respuesta. Envié al Mediterráneo un pequeño escuadrón de fragatas con garantías para ese poder de nuestro deseo sincero de permanecer en paz, pero con órdenes de proteger nuestro comercio contra el ataque con el que hemos sido amenazados. La medida fue oportuna y saludable.<sup>952</sup>

Como ha sido señalado, a lo largo de la Presidencia de Jefferson, la prerrogativa ejecutiva fue empleada en varias ocasiones: la guerra con Trípoli, la Compra de Luisiana, los asuntos en torno a la conspiración de Aaron Burr o crisis de la fragata *Cheasepeak* en Norfolk.<sup>953</sup>

### 3.4. La ejecución de las leyes y la delegación legislativa

La función por antonomasia del poder ejecutivo es ejecutar las leyes aprobadas por el poder legislativo. Como sucede con los tratados, muchas leyes no se ejecutan por sí mismas y requieren de nuevas normas y decisiones por parte del poder ejecutivo. La ejecución de las leyes implica normalmente medios humanos, financieros y el ejercicio de una potestad normativa que organiza los medios para ejecutar las leyes y que, además, concreta los aspectos que la ley haya dejado abiertos.

Este asunto fue objeto de una gran polémica, pues se mantuvo que la separación de poderes implicaba la imposibilidad de que el legislativo delegara su poder en el ejecutivo. Decía John Locke que el legislativo no podía delegar su poder, porque lo había recibido del pueblo y no era propiamente suyo, ya que el pueblo le ha concedido

---

<sup>952</sup> *First Annual Message*, 8 de diciembre de 1801. Volumen III. Pág. 328. “To this state of general peace with which we have been blessed, one only exception exists. Tripoli, the least considerable of the Barbary States, had come forward with demands unfounded either in right or in compact, and had permitted itself to denounce war, on our failure to comply before a given day. The style of the demand admitted but one answer. I sent a small squadron of frigates into the Mediterranean, with assurances to that power of our sincere desire to remain in peace, but with orders to protect our commerce against the threatened attack. The measure was seasonable and salutary.”

<sup>953</sup> David N. Mayer: *Op. Cit.*, Págs 242-256.

el poder de hacer leyes y pero no el “de hacer legisladores”<sup>954</sup>. Subyace, a la prohibición lockeana de la delegación legislativa, el principio jurídico de que no se puede delegar lo que se ha recibido por delegación.

El ejercicio de la potestad normativa por parte del poder ejecutivo planteó dudas, porque el potencial conflicto con las normas legislativas necesita poco tiempo para hacerse realidad. La mayoría de los sistemas legales han solucionado los potenciales conflictos entre normas por medio de la jerarquía normativa, de forma que la norma de mayor rango (la ley) es preferible a la norma de menor rango (la norma del ejecutivo).

¿Qué normas puede el Presidente promulgar válidamente? La Constitución de los Estados Unidos prevé que el poder legislativo esté reservado al Congreso, de forma que solamente el mismo podría dictar actos legislativos. Pero el deber presidencial de ejecutar las leyes, que reconoce la propia Constitución, crea una tensión interpretativa entre estas dos cláusulas constitucionales (monopolio legislativo del Congreso y capacidad ejecutiva del Presidente) que ha producido una jurisprudencia oscilante del Tribunal Supremo.

Las órdenes ejecutivas, aunque inicialmente no tuvieron esta denominación, son la expresión de esta capacidad normativa del Presidente proveniente sólo de los poderes constitucionales con los que está expresamente investido<sup>955</sup>. Pero buena parte de los poderes presidenciales provienen de la autorización de las leyes al Ejecutivo a concretar o a actualizar disposiciones. Nacieron las normas que hoy se conocen como *regulations*, y se vieron estas *regulations* como un subterfugio para dar entrada a la legislación delegada (*delegated legislation*<sup>956</sup>).

---

<sup>954</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, Págs. 74-75. §141. “The power of the legislative, being derived from the people by a positive voluntary grant and institution, can be no other than what that positive grant conveyed, which being only to make laws, and not to make legislators, the legislative can have no power to transfer their authority of making laws, and place it in other hands.”

<sup>955</sup> Aunque Jefferson expresó serias dudas de que el Presidente tuviera poderes suficientes para declarar, por medio de una Proclamación, la neutralidad de los Estados Unidos en la guerra entre Gran Bretaña y Francia, sí participó en la elaboración y en la propuesta de una serie de normas que habían de regular la aplicación de la Proclamación de Neutralidad (*Normas sobre la neutralidad*, 3 de agosto de 1793. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0550> ). Fue el único de los cuatro miembros del gabinete de Washington que consideró que era necesario convocar una sesión extraordinaria del Congreso (*Notas del encuentro del gabinete sobre la neutralidad*, 3 de agosto de 1793. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0549> ).

<sup>956</sup> La denominada *delegated legislation* de los Estados Unidos, y del resto del mundo anglosajón, no es comparable con el concepto de legislación delegada propio de algunos sistemas constitucionales del sistema jurídico continental. La legislación delegada de estos últimos es una transferencia del poder legislativo en sentido estricto ya que la norma dictada puede modificar o derogar normas aprobadas por legislativo, algo impensable en los Estados Unidos. Además en numerosos Estados el ejecutivo tiene constitucionalmente reconocida una potestad legislativa de emergencia y necesidad cuyos actos tienen que ser ratificados por el poder legislativo dentro del plazo fijado a tales efectos.

En una sentencia, que comentaremos atentamente por otro motivo, *Marbury contra Madison* de 1803, el Tribunal Supremo señala que los actos del ejecutivo dictados en cumplimiento de las leyes del Congreso están sometidos a revisión judicial, mientras que los actos del ejecutivo que les corresponden constitucionalmente no están sometidos a la revisión judicial al ser actos políticos. Si un acto, por ejemplo, de nombramiento de un funcionario, está regulado por la ley, entonces los tribunales pueden examinar si el nombramiento es o no conforme a la ley según la cual se realiza el nombramiento; pero si es un acto político, por ejemplo, el inicio de unas negociaciones con un gobierno extranjero, no es revisable judicialmente.<sup>957</sup>

La posibilidad de la revisión judicial de una norma emanada del poder ejecutivo en virtud de una habilitación normativa es analógica a la de los actos administrativos<sup>958</sup>: los tribunales podrán revisar igualmente si las normas dictadas tienen o no respaldo normativo.

Esta cuestión fue suscitada tempranamente ante los tribunales federales. En el caso *Aurora contra los Estados Unidos*<sup>959</sup>, el Tribunal Supremo validó la constitucionalidad de la habilitación del Presidente, en tiempos de Jefferson, para prorrogar los efectos de sucesivas leyes de embargo e incluso para volver a aplicar la ley una vez expirada.

En carta a su secretario del Tesoro, Albert Gallatin, el 1 de septiembre de 1804, defendió la necesidad de aprobar una legislación de no-comercio que permita la graduación de las medidas aplicables, lo cual solamente puede implicar que es el Presidente quien tiene la capacidad decisoria sobre qué medida, concediéndole un amplio margen discrecional en la aplicación de la ley<sup>960</sup>. También a Albert Gallatin le alerta de que las autorizaciones del Congreso hacia ellos para crear excepciones al embargo están siendo de tal extensión, al no estar sometidas a ninguna limitación legislativa, pueden ser ocasión de abusos y quejas<sup>961</sup>. Un año después reconoce a Gallatin y a Madison la imposibilidad de encontrar reglas generales que impida que la ley de embargo no sea violada “legalmente”. De modo que había que elegir entre

---

<sup>957</sup> *Marbury v. Madison*, 5 US 137, 167 (1803).

<sup>958</sup> Subyace en la presente aplicación analógica la diferencia entre norma dictada por el poder ejecutivo (*regulation* o reglamento como se le denominaría en España) y el acto administrativo (*administrative acts* o *administrative decisions*). Una norma dictada por el ejecutivo se incorpora al ordenamiento jurídico de una forma indefinida, con destinatarios indeterminados y ha sido elaborada de acuerdo con un procedimiento específico y dictada por una autoridad que tiene otorgaba esa capacidad; por el contrario, el acto administrativo se agota en su aplicación, con destinatarios determinados y tiene un procedimiento específico de producción y unos órganos específicos de resolución.

<sup>959</sup> *Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S. 382 (1813).

<sup>960</sup> *Carta a Albert Gallatin*, 1 de septiembre de 1804.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-0306>

<sup>961</sup> *Carta a Albert Gallatin*, 10 de febrero de 1807. Volumen XI. Pág. 439.

regulaciones generales ineficaces y regulaciones concretas eficaces, concediéndole para ello un gran poder discrecional al Ejecutivo<sup>962</sup>.

Thomas Jefferson en carta a James Madison, siendo éste presidente, le hacía algunas precisiones sobre las dos Proclamaciones presidenciales que hizo en materia de embargo<sup>963</sup>. Le indicó que, por no haber leído la ley de 1809 y solamente conocer la de 1807<sup>964</sup>, había pensado que el Congreso debía ser convocado en sesión extraordinaria al no estar el Presidente facultado para revivir el embargo<sup>965</sup>. Consideró que la Proclamación del 19 de abril de 1809 que suspendía el embargo con Gran Bretaña no era el caso exacto previsto en la ley, pero más adelante concluyó que analógicamente sí era equivalente<sup>966</sup>. A propósito de la Proclamación del 9 de agosto del mismo año<sup>967</sup>, que revivía el embargo, ya que los británicos no habían cumplido con la prometida suspensión del suyo, sostiene que tiene un fundamento sólido<sup>968</sup>.

De las palabras de Jefferson podemos deducir algunas ideas interesantes de su pensamiento en materia de *delegated legislation*. En primer lugar que Jefferson la aceptaba y, en segundo lugar, admitía incluso la posibilidad de interpretación analógica en los supuestos de hecho habilitantes y no únicamente una interpretación estricta como sí defiende para la Constitución. La delegación puede ser tan amplia como suspender los efectos de una ley e incluso volver a poner en vigor sus medidas cuando la ley habilitante ha expirado<sup>969</sup>.

Un año antes de la muerte de Jefferson se retomó la cuestión de la *delegated legislation* y es ahora John Marshall quien expone con cierta amplitud la posición del Tribunal frente al laconismo, por ser generosos, de Johnson en *Aurora contra los Estados Unidos*.

---

<sup>962</sup> Carta a James Madison, 11 de marzo de 1808. Volumen XIII. Pág. 11.

<sup>963</sup> Presidential Proclamation, del 19 de abril de 1809.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/03-01-02-0144>

<sup>964</sup> An Act laying an Embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States (2 Stat. 451) es conocida como Embargo Act of 1807. An Act to interdict the commercial intercourse between the United States and Great Britain and France, and their dependencies; and for other purposes (2 Stat. 528) es conocida como Non-Intercourse Act.

<sup>965</sup> Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Madison), 17 de agosto de 1809. Volumen XII. Pág. 305.

<sup>966</sup> *Idem*.

<sup>967</sup> Presidential Proclamation, 9 de agosto de 1809.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/03-01-02-0353>

<sup>968</sup> Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Madison), 17 de agosto de 1809. Volumen XII. Pág. 305.

<sup>969</sup> De acuerdo con la sección 19, la ley estará en vigor hasta la finalización de la siguiente sesión del Congreso, que fue el 28 de junio de 1809 y la segunda Proclamación de 9 de agosto.



El caso que se resuelve en 1825, *Wayman contra Southard*<sup>970</sup>, Marshall se centró en cuál era el Derecho aplicable en una ejecución de la sentencia de un tribunal federal, el *Common Law* actualizado del estado de Kentucky o las reglas dictadas por los tribunales federales sobre la base habilitante de la sección 17 de la *Judiciary Act* de 1789. Lo realmente curioso del caso es que la delegación legislativa no es hacia el ejecutivo, sino hacia el judicial, pero la doctrina es igualmente valiosa.

La sentencia sostuvo que la separación de poderes no implicaba que el Congreso no pueda dejar las cuestiones de detalle o menos importantes a los otros dos poderes en sus respectivos ámbitos<sup>971</sup>. Establece lo que hoy llamaríamos una “reserva de ley” para las materias más importantes, aunque reconoce que es difícil trazar *a priori* la línea de separación<sup>972</sup>.

¿Tiene el Presidente un poder normativo autónomo más allá de lo dispuesto expresamente en la Constitución o en las leyes? De acuerdo con la teoría de Locke sobre la prerrogativa ejecutiva, el poder ejecutivo puede actuar en ausencia de norma del legislativo. En los inicios de la República los márgenes de acción autónoma del ejecutivo aún eran estrechos, pero la evolución de la política norteamericana, cada día más presidencialista, amplió la capacidad normativa del Presidente. Esta tendencia fue cortada en 1952 por la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Youngstown Sheet & Tube Co. contra Sawyer*<sup>973</sup> en el que se cerró casi toda posibilidad a normas que no estuvieran respaldadas por algún poder del Artículo II o por la ejecución de alguna ley del Congreso. Paradójicamente la opinión del Tribunal ha quedado eclipsada por la opinión expresada en un voto concurrente por el juez Jackson<sup>974</sup> en el que estableció tres niveles de autonomía normativa del ejecutivo y de control judicial dependiendo de los poderes que ejerciera<sup>975</sup>.

#### 4. La Administración

Con anterioridad nos hemos referido a las facultades o competencias del ejecutivo estadounidense en época de Jefferson. Ahora nos ocuparemos de la “Administración” en tanto que aparato donde descansa fundamentalmente las acciones del ejecutivo.

---

<sup>970</sup> *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1 (1825).

<sup>971</sup> *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1, 43 (1825).

<sup>972</sup> *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1, 46 (1825). Actualmente la ley reconoce al Tribunal Supremo la capacidad para dictar normas generales, por ejemplo, sobre la prueba para los tribunales de distritos y los de apelación: 28 U.S. Code §2072 (2019).

<sup>973</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579 (1952).

<sup>974</sup> Vanessa K. Burrows: *Executive orders: Issuance and Revocation*. Congressional Research Service. Washington DC, 2010. Pág. 3.

<sup>975</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 579, 635-638 (1952).

La descripción de los edificios y medios humanos de las primeras décadas del gobierno de los Estados Unidos dan una idea de lo reducido que era el andamiaje institucional y administrativo. Pese a que la estructura humana y material de las administraciones del siglo XVIII y principios del XIX no son comparables a las de nuestros días, hay que señalar que el Gobierno Federal y los gobiernos estatales estaban a gran distancia de los principales países europeos.

Pese a que los *framers* desecharon el modelo británico de “gobierno de gabinete”, sí se creó un gabinete alrededor del Presidente, aunque sin funciones propias y autónomas respecto del mismo. Este gabinete estaba formado por los jefes de los departamentos ejecutivos, que en tiempos de Thomas Jefferson ya eran cuatro (Estado, Tesoro, Guerra y Marina), junto al Fiscal General que no dirigía propiamente un Departamento ejecutivo, sino que hacía funciones de asesoramiento jurídico a tiempo parcial.

El Presidente no tiene libertad a la hora de crear los Departamento Ejecutivos, sino que estos son creados por el Congreso mediante leyes y algunas de ellas tenían especificidades que no poseían las otras, por ejemplo, la ley que crea el Departamento de Estado habilita al Presidente a la libre remoción del secretario de Estado<sup>976</sup> (también sucede en el Departamento del Tesoro), mientras que en otros casos fue *quaestio disputata*, como previamente se trató.<sup>977</sup>

Las disposiciones constitucionales sobre la Administración, a la que no se le da una denominación propia, se centran en la elección de los oficiales, en la posibilidad de que el Congreso dejara solamente en manos del Presidente la elección de los oficiales menores o la regulación de los departamentos ejecutivos. El hecho de que algunos mandatos, como los judiciales, no tuvieran término no dependía de una Teoría de la Administración, sino de la práctica inglesa que se incorporó.

---

<sup>976</sup> Se estableció un Departamento de Asuntos Extranjeros por medio de *An Act for establishing an Executive Department, to be denominated the Department of Foreign Affairs*, 1 Stat. 28 (1789), que fue renombrado como Departamento de Estado asumiendo algunas competencias internas por medio de *An Act to provide for the safe-keeping of the Acts, Records and Seal of the United States, and for other purposes*, 1 Stat. 68 (1789). La Sección 2ª de la primera ley establecía que el secretario de Estado podía ser removido directamente por el Presidente. El Departamento del Tesoro fue establecido por *An act to establish the Treasury Department*, 1 Stat. 65 (1789), y su sección 7ª posibilita la remoción directa por Presidente.

<sup>977</sup> El Departamento de Guerra fue creado por *An act to establish an executive department, to be denominated the Department of War*, 1 Stat. 48 (1789), mientras que el Fiscal General fue creado por la sección 35ª de la Judiciary Act, *An Act to establish the Judicial Courts of the United States*, 1 Stat. 73 (1789). El Departamento de la Marina fue creado por *An Act to establish an Executive department, to be denominated the Department of the Navy*, 1 Stat. 553 (1798).

La falta de profesionalización, de reclutamiento de acuerdo con los méritos, de un salario fijado conforme a criterios objetivos, la inexistencia de carrera administrativa, de inamovilidad o de un procedimiento administrativo solamente sometido a la Ley y la neutralidad política no eran carencias privativas de los Estados Unidos. En casi toda Europa la mayoría de los puestos administrativos eran dispuestos a través de un sistema de patrocinio y clientelismo, mezclado con equilibrios entre diversos grupos de la nobleza y la burguesía, o bien directamente como sucedía en Francia los puestos administrativos podían ser comprados e incluso heredados.

Si hubo un terreno en el que pronto aparecieron los primeros aspectos de la burocracia moderna éste fue la Administración Financiera. Desde finales de la Edad Media, la construcción del Estado moderno se cimentó sobre dos autonomías regias sucesivas, la financiera y la militar, pero si no se daba la primera difícilmente podía darse la segunda. Es por ello por lo que pronto se fue creando un sistema administrativo que rompía la organización tradicional, tanto en el reclutamiento de sus miembros como en su funcionamiento<sup>978</sup>.

Es evidente que la naciente República no iba a crear cargos hereditarios o que se pusieran a la venta. Washington intentó configurar un grupo de colaboradores basados en la capacidad, pero pronto su predilección política por Alexander Hamilton hizo que el apartidismo fuera abandonado. Hamilton fue construyendo una Administración a su imagen y semejanza para garantizar el liderazgo efectivo del Ejecutivo sobre el Legislativo<sup>979</sup>, con casi todos los puestos civiles dependientes del Departamento del Tesoro<sup>980</sup>, con invasiones cuestionables de las esferas de otros departamentos ejecutivos como Estado o Guerra<sup>981</sup>.

Cuando el 4 de marzo de 1801 Thomas Jefferson juró el cargo como Presidente, se topó una Administración copada de federalistas. Además se encontró con una administración que, aunque era pequeña, estaba en proceso de expansión, con un programa de deuda pública como apoyo, presupuestos para crear incentivos económicos y doce organismos ejecutivos civiles desplegados por todo el territorio<sup>982</sup>. Junto a ello

---

<sup>978</sup> La Administración racionalizada, profesional y sometida únicamente a la norma escrita es consecuencia del Absolutismo y del deseo de un rey absoluto, Federico II de Prusia, de ser obedecido por todos en toda la extensión de su Reino. El sistema prusiano fue modélico para posteriores desarrollos. Véase Walter L. Dorn: "The Prussian Bureaucracy in the Eighteenth Century" en *Political Science Quarterly*. Vol. 46. Núm. 3 (1931). Págs. 403-405.

<sup>979</sup> L. K. Caldwell: "Alexander Hamilton: Advocate of Executive Leadership" en *Administration Review*. Núm. 2 del volumen 4 (1944): Págs. 118-120.

<sup>980</sup> Leonard D. White: *Op. Cit.*, Págs. 120-122.

<sup>981</sup> *Ibidem*, Pág. 211.

<sup>982</sup> Servicio de aduanas, Faros, Fiscales de los Estados Unidos, *Marshals*, Oficinas de Correos, Servicio de guardacostas fiscales, Superintendentes de indios, Comisionados de deudas, Comisionados de ingresos

había un ejército reducido, pero capaz de desarrollarse<sup>983</sup>, y una marina que esperaba la incorporación de las unidades adquiridas.

Como veremos al tratar las relaciones de Jefferson con el poder judicial, especialmente tras su toma de posesión en 1801, los republicanos llegaron al poder con la clara intención de vaciar de federalistas todo el gobierno y sustituirlo por personas de su partido. La dimensión final de esta estrategia es discutida, pero, si nos atenemos a las palabras de Jefferson, solamente se centró en aquellos cuya posición política implicaba una transmutación del sistema constitucional y no en los federalistas que aceptaban los principios constitucionales.

Jeremy D. Bailey mantiene que hubo un despido amplio y sistemático de los federalistas, lo que le lleva a decir que el presidente que inauguró el *spoils system* no fue Andrew Jackson, sino Thomas Jefferson<sup>984</sup>. Henry James sostiene que hubo una guerra, especialmente en los estados en torno a los puestos federales, entre los que querían ver recompensada la victoria de su partido y los que se oponían a estas acciones<sup>985</sup>. David N. Mayer y Richard C. Ellis sostienen, por el contrario, que el alcance de la toma política de todos los puestos del poder fue limitado<sup>986</sup>, entre otros motivos por el contenido de los acuerdos con Bayard, y lejanamente con Hamilton, que posibilitaron la elección en la Cámara de Representantes.

En todo caso no debemos pensar que la naciente Administración estaba más cerca del sistema burocrático-racional que del tradicional, utilizando los tipos puros weberianos<sup>987</sup>. Muchos funcionarios complementaban sus retribuciones a través de cobrar tasas y comisiones sobre su actividad<sup>988</sup> y no había inamovilidad porque, especialmente los oficiales inferiores, podían ser removidos sin especial causa por quien los había nombrado.

A Jefferson le preocupó el tamaño de la Administración. Su política fiscal que puso fin a la tributación interior le permitió eliminar todos los servicios que el Departamento del Tesoro había creado para la recaudación de estos impuestos, de forma que el principal departamento ejecutivo sufrió una disminución importante. Esto no

---

internos, Topógrafo general del Territorio del Noroeste, Servicio de impuestos sobre la tierra y Oficinas de tierras. Véase en *Ibidem*, Pág. 201.

<sup>983</sup> Parte de la política de campaña de John Adams consistió en la disolución de Provisional Army. Cf. John Ferling: *Op. Cit.*, Pág. 128.

<sup>984</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Pág. 151.

<sup>985</sup> Henry James: *History of the United States during the First Administration of Thomas Jefferson*. Volumen I. Charles Scribner's Sons. Nueva York. 1917. Págs. 288.

<sup>986</sup> David N. Mayer: *Op. Cit.*, Pág. 216. Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 26-28.

<sup>987</sup> Max Weber: *Economía y Sociedad*. *Op. Cit.*, Págs. 173-180.

<sup>988</sup> Leonard D. White: *Op. Cit.*, Pág. 298-299.

quiere decir que terminara con toda la obra hamiltoniana, pues continuó con algunas de sus iniciativas como fueron los hospitales para marineros, entre otro motivo porque no eran gravosos para los Estados Unidos, ya que se pagaban a través de retenciones obligatorias<sup>989</sup>.

Pretendía que la Administración de las leyes federales la realizaran los estados de manera que el cuerpo administrativo del Gobierno Federal pudiera ser reducido a la mínima expresión. Se observa muy bien en la diferencia entre la forma de afrontar el contrabando en el caso del embargo dirigido por Hamilton, que puso a los recaudadores de los puertos como agentes de esta decisión, mientras que Jefferson ejecutó su embargo contra Gran Bretaña a través de las milicias estatales en sus fases iniciales, aunque luego recurrió a los recaudadores y a las fuerzas armadas<sup>990</sup>.

Thomas Jefferson era el más aristocrático de los demócratas-republicanos y tenía en muchos aspectos una intelección aristocrática, aunque no pomposa, de la política<sup>991</sup>. Reconoció al publicista Philip Frenau el sueldo muy bajo que tenía el puesto que le proponía ocupar en el Departamento de Estado<sup>992</sup>, así como lo que consideraba pequeñas remuneraciones para el gobernador del territorio de Nueva Orleans al proponerle el cargo a James Monroe<sup>993</sup>, pero no hizo nada por incrementarlas. Jefferson sí se ocupó con determinación de los diplomáticos, ya que estos, como el Presidente y el Vicepresidente, habían de mantener sus residencias con su salario, como él había hecho en sus años en Francia.

Aceptaba salir más pobre que se entró al servicio público, en su primera retirada tras abandonar el gabinete de Washington<sup>994</sup>, aunque ello fue una verdad a medias, ya que era un hombre rico gracias a un patrimonio heredado. También es cierto que la remuneración como Vicepresidente y como Presidente, que eran altísimas comparadas con las otras<sup>995</sup>, ayudaron a su economía personal que por otro lado estaba absolutamente endeudada.

---

<sup>989</sup> *Ibidem*. Pág. 121.

<sup>990</sup> Henry James: *History of the United States during the Second Administration of Thomas Jefferson*. *Op. Cit.*, Volumen II. Pág. 260.

<sup>991</sup> La ausencia de remuneraciones en los primeros tiempos hacía que muchos de los grandes líderes tuvieran que alternar sus funciones públicas con funciones privadas y hasta plantearse dejar las públicas. Esta situación no era la de Thomas Jefferson, pero no fue consciente de que sí era la de otros muchos. Vid. Gordon S. Wood: *The Radicalism of American Revolution*. Vintage Books. Nueva York, 1992. Pág. 322.

<sup>992</sup> *Carta a Philip Frenau*, 28 de febrero de 1791. Volumen VIII. Pág. 133.

<sup>993</sup> *Carta a James Monroe*, 21 de marzo de 1807. Volumen XI. Pág. 170.

<sup>994</sup> *Carta a Richar Henry Lee*, 17 de junio de 1779. Volumen IV. Pág. 297. *Carta a Edward Rutledge*, 27 de diciembre de 1796. Volumen IX. Pág. 353.

<sup>995</sup> Hay que indicar que el Presidente y el Vicepresidente habían de pagar todo su mantenimiento de la cuantía de su remuneración.

Thomas Jefferson redujo la Administración Federal a través de varias vías: la supresión de una parte de la Administración Financiera al ser eliminados los impuestos internos, la reducción de las fuerzas militares y el recorte generalizado de gastos. Para él la estructura del Gobierno y el funcionamiento administrativos no eran un asunto específico, salvo cuando excedían la frugalidad que quiso imprimir a sus dos mandatos.

Pese a que podamos constatar atisbos de una diferencia entre Gobierno y Administración<sup>996</sup>, en Jefferson no encontramos a la Administración como una barrera frente al poder y a su ejercicio arbitrario. Sí hay un fuerte compromiso con el sometimiento a la ley y los límites que ésta impone en cuanto al mandato de determinados oficiales, pero no podemos hallar la idea de una Administración independiente o autónoma del poder político, antes bien, sería una contradicción con la idea de responsabilidad por la gestión que está en el fundamento del pensamiento jeffersoniano y que le llevó a rechazar los mandatos largos o los cargos que no son ordinariamente sometidos al juicio de la Nación, como son los judiciales. Una Administración independiente no sería una Administración republicana.

Se esforzó en recobrar la práctica de Washington en las relaciones y consultas entre el Presidente y sus secretarios ejecutivos caracterizadas por el procedimiento escrito y cierta agilidad e informalidad, así como la preservación de la idea de que es el Presidente quien toma la última decisión y no depende de la opinión de los miembros del Gabinete<sup>997</sup>. Jefferson señala como excepcional el hecho de que en una ocasión el Vicepresidente Adams fuera invitado a esta ronda de opiniones durante el mandato de Washington<sup>998</sup>.

Aunque formalmente los gobernadores hubieran de relacionarse únicamente con el Presidente y éste trasladar la cuestión al departamento ejecutivo competente, Jefferson restableció la posibilidad de que los gobernadores de los estados se dirigieran directamente a los jefes de los Departamentos, buscando la agilización de los asuntos y que no se perdiera el tiempo en envíos internos de correspondencia.<sup>999</sup>

## 5. Relaciones entre el Presidente y el Congreso

El veto es la principal facultad presidencial que hace que el poder ejecutivo interactúe sobre la labor del poder legislativo, pero no cabe pensar que agota las

<sup>996</sup> Con ocasión de los procesos y la polémica en torno a las *Aliens and Sedition Acts*, Jefferson se plantea la pérdida de confianza que había tenido en el servicio postal. *Carta a Robert R. Livingstone*, 28 de febrero de 1799. Volumen X. Pág. 118. "A want of confidence in the post office deters me from writing to my friends on subjects of politics."

<sup>997</sup> *Carta circular a los Jefes de Departamentos*, 6 de noviembre de 1801. Volumen X. Págs. 289-290.

<sup>998</sup> *Carta a Benjamin Rush*, 16 de enero de 1811. Volumen XIII. Págs. 2-3.

<sup>999</sup> *Carta a James Monroe*, Gobernador de Virginia, 11 de junio de 1801. Volumen X. Pág. 268.

relaciones entre ambos poderes. La Constitución no reconoce al Presidente el derecho de iniciativa legislativa, es decir, el Presidente no puede presentar un proyecto de ley ante el Congreso, pero la Constitución sí le faculta para que indique las medidas que juzga necesarias y convenientes<sup>1000</sup>.

Thomas Jefferson, siendo Presidente, quiso eliminar determinados elementos externos en las relaciones entre el Presidente y el Congreso en los que él no veía la expresión exterior del Republicanismo, sino restos de la política monárquica. Uno de ellos fue no ir al Congreso a realizar la toma de posesión en coche, sino a lomos de su caballo, poder ser visitado sin invitación formal<sup>1001</sup> y dirigirse al Congreso a través de un mensaje escrito, que era leído en las cámaras, y no personalmente<sup>1002</sup>.

Pero la distancia formal respecto del Congreso no quería decir que el Presidente Jefferson viviera ajeno al decurso de la vida legislativa, antes bien lo contrario. Desde los tiempos en los que abandonó el gabinete de Washington era consciente de la importancia que tenía poseer una mayoría lo más disciplinada posible en el Congreso, específicamente en la Cámara de Representantes, y siguió de cerca las deliberaciones y las votaciones en el Congreso.

Como Vicepresidente era el Presidente del Senado y él siempre consideró que aquel cargo era legislativo y no tanto ejecutivo. Al poco tiempo de tomar posesión escribió a Elbridge Gerry:

Estos que se esfuerzan por separarnos están probablemente nerviosos por el miedo a que yo pueda tener autoridad sobre los órganos ejecutivos, pero sus miedos pueden que disminuyan y encuentren el objeto de estos no merecedores de una maquinación, cuando sepan que considero que mi puesto como constitucionalmente confinado a funciones legislativas y que no podría participar de ninguna manera en las consultas ejecutivas, incluso si me fuera propuesto.<sup>1003</sup>

Pese a sus afirmaciones cordiales de estar nuevamente como el segundo de John Adams, y tras el fracaso de conseguir que Madison fuera en misión diplomática a

---

<sup>1000</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo II. Sección 3.

<sup>1001</sup> Henry James: *History of the United States during the First Administration of Thomas Jefferson*. Volumen II. Charles Scribner's Sons. Nueva York. 1917. Págs. 363.

<sup>1002</sup> *Carta al Presidente del Senado (Vicepresidente Aaron Burr)*, 8 de diciembre de 1801. Volumen X. Pág. 300.

<sup>1003</sup> *Carta a Elbridge Gerry*, 13 de mayo de 1797. Volumen IX. Pág. 383. "Those who may endeavor to separate us, are probably excited by the fear that I might have influence on the executive councils; but when they shall know that I consider my office as constitutionally confined to legislative functions, and that I could not take any part whatever in executive consultations, even were it proposed, their fears may perhaps subside, and their object be found not worth a machination."

Francia tras descartarse a sí mismo, Jefferson se confinó en sus estrictas funciones constitucionales<sup>1004</sup>, con ocho meses de descanso al año<sup>1005</sup>.

No debemos ignorar que Thomas Jefferson fue ante todo un líder político. Creó un partido, el demócrata-republicano, que consiguió no sólo ganar sucesivas elecciones legislativas y presidenciales, sino que se convirtió en la fuerza política hegemónica que solamente dejó el poder cuando se disgregó en distintas facciones ante la imposibilidad de los residuos federalistas de hacerle frente y la necesidad social de tener referentes políticos diferentes y alternativas electorales, cuando las primarias no existían.

En ningún caso dejó Jefferson de liderar a los republicanos. No lo hizo siendo secretario de Estado, retirado a Monticello tras su dimisión, siendo Vicepresidente, ni siendo Presidente. A diferencia de Adams, Jefferson controlaba personalmente o a través de lugartenientes a los representantes y senadores republicanos en el Congreso y llevaba cuenta de cada una de las votaciones, así como de las circunstancias personales que podían hacer que un miembro del Congreso hubiera de ausentarse de una votación<sup>1006</sup>. El Presidente Jefferson cuidaba estar cerca de sus legisladores con largas comidas informales y mucha conversación<sup>1007</sup>, pero huía de acercarse al Capitolio, aprovechando que Washington más que una ciudad era una dispersión de edificios. Jefferson expresaba la separación de poderes estando separado físicamente de la sede del Congreso<sup>1008</sup>.

---

<sup>1004</sup> Mark O. Hatfield y otros: *Vice Presidents of the United States, 1789-1993*. US Government Publishing Office. Washington DC, 1997. Pág. 22.

<sup>1005</sup> *Carta al gobernador Thoman McKean*, 9 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 221.

<sup>1006</sup> A título de ejemplo podemos citar estas referencias que cubren un amplio periodo. *Carta a George Mason*, 12 de junio de 1790. Volumen VIII. Págs. 35-36. *Carta a T. M. Randolph Jr*, 16 de noviembre de 1792. Volumen VIII. Págs. 440-441. *Carta a Thomas Pinckney*, 3 de diciembre de 1792. Volumen VIII. Pág. 443. *Carta a James Madison*, 11 de junio de 1797. Volumen IX. Págs. 393-394. *Carta a James Madison*, 15 de junio de 1797. Volumen IX. Págs. 397-398. *Carta a James Monroe*, 7 de septiembre de 1797. Volumen IX. Pág. 422. *Carta a James Madison*, 3 de enero de 1798. Volumen IX. Págs. 431-432. *Carta a James Madison*, 5 de junio de 1798. Volumen X. Pág. 24. *Carta a James Madison*, 26 de abril de 1798. Volumen X. Págs. 31-32. *Carta a James Monroe*, 21 de mayo de 1798. Volumen X. Págs. 38-40. *Carta a James Monroe*, 31 de mayo de 1798. Volumen X. Págs. 40-43. *Carta a Nicholas Lewis*, 30 de enero de 1799. Volumen X. Págs. 89-91. *Carta a James Madison*, 12 de mayo de 1800. Volumen X. Págs. 165-166. *Carta al Dr. Benjamin Smith Barton*, 14 de febrero de 1801. Volumen X. Pág. 200. *Carta a Robert R. Livingstone*, 4 de noviembre de 1803. Volumen X. Pág. 425.

<sup>1007</sup> Henry James: *History of the United States during the First Administration of Thomas Jefferson*. Volumen II. *Op. Cit.* Pág. 364.

<sup>1008</sup> Dumas Malone: *Jefferson and Its Time*. University of Virginia Press. Charlottesville, 2005. Volumen IV. Págs. 92-93.



El núcleo republicano tomaba las decisiones y se transmitían a los miembros del Congreso. A propósito del embargo a Francia, le indicó a Gallatin: “[...] estas cosas deben ser consideradas y acordadas entre nosotros y sugeridas a nuestros amigos.”<sup>1009</sup>

Desde que dejó el Congreso de la Confederación para ir a Francia, Jefferson no volvió a pertenecer a un órgano legislativo ni participó en ningún proceso legislativo desde 1785, salvo su presencia como Presidente del Senado y las tres ocasiones en las que tuvo que romper el empate en una votación. Pero sabía que el éxito o fracaso de una Presidencia dependía de la sintonía entre el ejecutivo y el legislativo y él empleó toda la fuerza de la mayoría de su partido en las dos cámaras del Congreso para desarrollar una agenda legislativa coherente con los principios propugnados por su partido.

Durante la Presidencia de Washington, Thomas Jefferson se rebeló contra la previsión del proyecto de ley para crear el Departamento del Tesoro que establecía la obligación del Departamento de informar al Congreso, previsión que fue aprobada<sup>1010</sup>. Alexander Hamilton utilizó este deber como una vía abierta para orientar las decisiones financieras de la Cámara de Representantes, que es donde nacen las leyes fiscales, especialmente los planes para la deuda nacional. La naciente oposición republicana consideró que esta práctica, perfectamente legal, condicionaba políticamente al Legislativo<sup>1011</sup> y suponía un retroceso a una forma no republicana<sup>1012</sup>.

Históricamente la falta de disciplina de partido ha facilitado a muchos presidentes, además de no tener que recurrir al veto, como fue el caso de Jefferson, poder desarrollar un programa sustancialmente completo incluso con un Congreso de otra tendencia política<sup>1013</sup>.

---

<sup>1009</sup> *Carta a Albert Gallatin*, 1 de septiembre de 1804. “[...] these things should be considered and agreed on among ourselves and suggested to our friends.” [Transcripción no editada]

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-0306>

<sup>1010</sup> *An Act to establish the Treasury Department*, 1 Stat. 65 (1789). Sección 2 *in fine*: “to make report, and give information to either branch of the legislature, in person or in writing (as he may be required), respecting all matters referred to him by the Senate or House of Representatives, or which shall appertain to his office; and generally to perform all such services relative to the finances, as he shall be directed to perform.”

<sup>1011</sup> *Carta a T. M. Randolph Jr*, 16 de noviembre de 1792. Volumen VIII. Pág. 439.

<sup>1012</sup> *Memorandum on References by Congress to Heads of Departments*, 10 de marzo de 1790. Véase la nota editorial. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-23-02-0209>

<sup>1013</sup> Por sólo citar un ejemplo, Ronald Reagan desarrolló una amplísima agenda legislativa de corte liberal-conservador sin tener el control del Congreso, pues la Cámara de Representantes siempre tuvo mayoría demócratas durante sus dos mandatos. Richard S. Conley afirma que cuanto mayor es la unificación del partido más fácil es desarrollar estrategias exitosas con gobierno unificado y más difíciles es con gobierno dividido, ya que las coaliciones transversales son sumamente complicadas de tejer. Véase Richard S. Conley: *The Presidency, Congress and Divided Government*. Texas A&M University Press. s/l, 2003. Págs. 214-217.

Josep María Colomer y otros muchos teóricos han mantenido que el sistema estadounidense no ha caído en un bloqueo sistémico, con un Presidente ejerciendo continuos vetos y un Congreso incapaz de superar el veto presidencial, porque la agenda de los representantes y los senadores es primordialmente local y no nacional, de forma que, más allá de una adscripción partidista determinada, les guía conseguir un conjunto de logros con los que comparecer ante sus electores cada dos o seis años<sup>1014</sup>, junto con la posibilidad de ejercer cierto patrocinio sobre los legisladores<sup>1015</sup>. Esta situación, en general beneficiosa para los presidentes, no les evita sorpresas desagradables, especialmente cuando el presidente se encuentra al final de su mandato y no va ser reelegido, momento en el que su capital político está totalmente amortizado.

Hay que señalar que tantos federalistas como republicanos dieron los primeros pasos para establecer una disciplina de voto entre sus senadores y representantes (*party-line vote*) y, especialmente, en las votaciones de cuestiones sustanciales, como fue la sesión final del Sexto Congreso (1800-1801) y la crisis allí vivida.<sup>1016</sup>

No debemos olvidar que el Presidente, además de sus facultades constitucionales, es también el líder de uno de los partidos en el Congreso y además tiene recursos políticos para atraerse simpatías más allá de su partido, variando la fuerza de su convicción en virtud de la estima que el Presidente tenga entre los ciudadanos y el tiempo que le reste en el cargo.

Se ha hecho referencia a las facilidades que Jefferson tuvo como Presidente en sus relaciones con el Congreso, dado el dominio de su partido en la Cámara de Representantes y en el Senado, pero el final de su segundo mandato fue problemático porque, conocida su voluntad de no presentarse a la que hubiera sido su segunda reelección, comenzó a recibir reveses como la no confirmación del nombramiento en William Short como ministro ante Rusia<sup>1017</sup>, que había sido efectuada durante un receso del Senado<sup>1018</sup>.

---

<sup>1014</sup> Josep María Colomer: *Op. Cit.*, Págs. 198-199. Giovanni Sartori tiene una visión menos positiva del sistema presidencialista estadounidense al considerar que se paga un gran precio ya que no hay verdaderas coaliciones de gobierno, sino que las coaliciones se forman para cada una de las votaciones en el Congreso. Véase Giovanni Sartori: *Comparative Constitutional Engineering. An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. MacMillan. Londres, 1994. Págs. 86-91.

<sup>1015</sup> *Carta a John F. Mercer*, 9 de octubre de 1804. Volumen XI. Pág. 54.

<sup>1016</sup> Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall and the Rise of the Presidential Democracy*. *Op. Cit.*, Págs. 78, 127, 130, 159, 178, 179, 202.

<sup>1017</sup> *Carta a William Short*, 8 de marzo de 1809. Volumen XII. Págs. 264.

<sup>1018</sup> *Carta a James Madison*, 29 de julio de 1808. Volumen XII. Pág. 112.

## 6. Los Principios de la Presidencia jeffersoniana

En carta a John Wayles Eppes, refiriéndose al Congreso de los Estados Unidos, sostuvo Jefferson: “Pero ellos tienen un efecto peor en el disgusto que excitan entre el pueblo y en la disposición que están produciendo a transferir su confianza desde la legislatura a la rama ejecutiva, lo que pronto podría socavar nuestra Constitución.”<sup>1019</sup>

Es sin duda una defensa de la importancia constitucional del Congreso y de la necesidad de que el pueblo se considere primariamente representado por los legisladores. Esta defensa del Congreso no aminora la práctica jeffersoniana de que la Presidencia ejerza el liderazgo político y en especial en los asuntos que le son propios, aunque hay autores que consideran que la defensa del Congreso es únicamente un modo de mantener las formas<sup>1020</sup>.

La necesidad de que los Estados Unidos tuvieran un poder ejecutivo fue acuciante para Jefferson y su deseo de un ejecutivo fuerte, como el que describe Hamilton en *The Federalist Papers*, sin el matiz de la duración: “Los ingredientes que forman la energía en el ejecutivo son la unidad, la duración, medios adecuados para su financiación y los poderes suficientes.”<sup>1021</sup>

La única objeción que puso al diseño constitucional de la Presidencia fue la falta de limitación de mandatos, que colocaba al Presidente en una posición con la que podría hacerse preeminente sobre las otras instituciones, dadas las ventajas que se veían para que el Presidente en ejercicio fuera reelegido sin término, tal y como expusimos. La pronta introducción de la costumbre de los dos mandatos remedió, por la vía de la costumbre política que no constitucional, este punto que tanto incomodó a Thomas Jefferson.

La forma de entender la Presidencia de Jefferson era menos vistosa en cuanto a las ceremonias externas, dejando de ser el centro de una suerte de corte republicana<sup>1022</sup>, pero sí sumamente dinámica en el ejercicio de los poderes presidenciales<sup>1023</sup>. Salvo la

---

<sup>1019</sup> Carta a John Wayles Eppes, 17 de enero de 1810. Volumen XII. Pág. 343. “But they have a worse effect in the disgust they excite among the people, and the disposition they are producing to transfer their confidence from the legislature to the executive branch, which would soon sap our Constitution.”

<sup>1020</sup> Bruce Ackerman: *We, the People*. Volumen 1: *Foundations*. The Belknap Press of the Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 1991. Pág. 98. Henry James: *History of the United States during the Second Administration of Thomas Jefferson*. Op. Cit. Volumen II. Págs. 361-362.

<sup>1021</sup> Alexander Hamilton: “The Federalist Papers 70” en *The Federalist Papers*. Pág. 344. “The ingredients which constitute energy in the executive are unity; duration; an adequate provision for its support; and competent powers.”

<sup>1022</sup> Carta a Robert R. Livingstone, 14 de diciembre de 1800. Volumen X. págs. 179-180.

<sup>1023</sup> John Yoo: “Jefferson and Executive Power” en *Boston University Law Review*. Vol. 88 (2008). Pág. 453.

XII Enmienda, que modificó sustancialmente la forma de elegir al Presidente y al Vicepresidente en el Colegio Electoral, el régimen jurídico de la Presidencia no se modificó en los dos mandatos jeffersonianos, aunque sí se dio una transformación política radical.

Los *framers* idearon un sistema de controles y pesos en los que los tres poderes tuvieran que cooperar, especialmente el legislativo y el ejecutivo, y en el que ninguno pudiera arrogarse todo el poder de la Unión. Pervivía en el diseño de la Constitución de 1787 la idea de la centralidad del Congreso, que puede comprobarse en el hecho de como los poderes de la Unión se encuentran casi todos en el Artículo dedicado al legislativo. El miedo a una asamblea popular que se impusiera sobre todo y a todos hizo que el poder legislativo se repartiera entre una asamblea de representantes de los ciudadanos, otra de representantes de los estados elegidos por sus legislaturas y, además, un Presidente que podía vetar sus leyes. Si todo fallaba emergía un poder judicial capaz también de controlar el ejercicio del poder legislativo.

Hamilton, la persona más influyente en la “era federalista” y autor del programa de gobierno, nunca fue Presidente. Fue secretario del Tesoro y cuando dimitió no volvió a ocupar ningún cargo público hasta su absurda muerte. No se sabe si Hamilton tuvo ambiciones presidenciales, las cuales por lo demás no le hubiera dado más capacidad política que la que había podido disfrutar con Washington y con Adams<sup>1024</sup>.

Los presidentes eran elegidos más en reconocimiento a los servicios prestados al país que por la capacidad por el futuro del país, porque llevar una agenda política y un programa *pro futuro* era la misión del Congreso. La Presidencia era una instancia neutral y conservadora y sin más agenda que las medidas que cada año proponía al Congreso.

Para Jefferson el Presidente tenía como interlocutor al pueblo de los Estados Unidos y no a un conjunto de electores extraídos de la élite estatal o de sus legislaturas, una reflexión nacida ya en las elecciones de 1796<sup>1025</sup> y que se consolida en la crisis posterior a las elecciones de 1800, en la que la voluntad de los electores estuvo muy cerca de verse adulterada.

La XII Enmienda a la Constitución cambió radicalmente el sistema constitucional de elección del Presidente y se convirtió propiamente en una elección presidencial y en una elección vicepresidencial, donde desaparecía la idea de “Colegio Electoral” que busca un Presidente y elige a los dos mejores, para subrayar la relación

---

<sup>1024</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Págs. 153-154.

<sup>1025</sup> *Carta a James Madison*, 17 de diciembre de 1796. Volumen IX. Págs. 351-352.

entre los electores y los candidatos<sup>1026</sup>. Los federalistas señalaron la paradoja de que fueran los republicanos precisamente, defensores de los derechos de los estados, quienes nacionalizaran la Presidencia a través de esta enmienda. La XII Enmienda hace de la elección del Presidente un proceso donde el eje se sitúa en la preferencia del pueblo de los Estados Unidos entre los candidatos y los votos libres de cada uno de ellos, pese a que los electores siguen conservando la libertad de voto. Afirma Bruce Ackerman que esta enmienda hace al Presidente un hombre del pueblo<sup>1027</sup>.

Thomas Jefferson no concibió la Presidencia como moderadora de lo popular, sino como popular, esto es, el Presidente como representante del pueblo de los Estados Unidos. Ejerció enérgicamente todos los poderes de la Presidencia, no siendo políticamente neutral ni intentándolo parecer, sino exponiendo ya en su discurso inaugural lo que era el ideario político y las claves programáticas que pretendía llevar a cabo<sup>1028</sup>.

Transformó la Presidencia. Frente a los temores de los federalistas de que su ascenso a la primera magistratura iba a suponer un debilitamiento de la institución para favorecer a la Cámara de Representantes, como expresó John Marshall<sup>1029</sup>. Al contrario, le dio un sentido nuevo.

Todo ello cambió el 4 de marzo de 1801. Thomas Jefferson asumió la Presidencia no como un engranaje dentro de la estructura constitucional, sino como portador de un mandato popular de transformación de la política en los Estados Unidos. Las Elecciones de 1800 eran unas “elecciones constitucionales”, esto es, no se decidía sencillamente quién ejercería el cargo de presidente, sino cuáles serían los principios bajo los cuales habría de interpretarse la Constitución.

El discurso de toma de posesión de Jefferson es un discurso político, donde se expone un programa *pro futuro* con una determinada visión constitucional superadora de la constitución mixta de los *framers*, haciendo irrumpir al pueblo en la Presidencia. A estos efectos manifestó:

---

<sup>1026</sup> Tras la crisis constitucional de las elecciones de 1800, la XII Enmienda estableció que cada uno de los electores no tendría dos votos para elegir al Presidente, sino un voto para elegir al Presidente y otro al Vicepresidente, de forma que resultaría electo para cada uno de estos cargos el que se hiciera con la mayoría absoluta de los votos de los electores. En caso de que nadie consiguiera la mayoría de votos de los electores, entonces la elección pasaría a la Cámara de Representantes que votarían por estados entre los tres candidatos más votados, siendo necesaria la mayoría de los estados para conseguir la elección. Si no hubiera conseguido nadie la mayoría para ser Vicepresidente, el Senado votará por estados entre los dos candidatos que hayan recibido más votos de los electores.

<sup>1027</sup> Bruce Ackerman: “The Living Constitution” en *Harvard Law Review*. Vol. 120. Núm. 7 (2007). Págs. 1759.

<sup>1028</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Pág. 22.

<sup>1029</sup> Edward S. Corwin: *Op. Cit.*, Pág. 18.

Conciudadanos, a punto de comenzar el ejercicio de las obligaciones que comprenden cada cosa que es querible y con valor para ustedes, es apropiado que entiendan cuales considero que son los principios esenciales de nuestro gobierno y que, consecuentemente, habrán de dar forma a la Administración. Los condensaré dentro del más estrecho perimetro que puedan tener, estableciendo el principio general pero no todas sus limitaciones.<sup>1030</sup>

Anuncia los principios de su gobierno y marcará una clara diferencia con los federalistas más allá de su enunciado explícito, de modo que habremos de decodificarlos.<sup>1031</sup>

Primer principio: “Justicia igual y exacta para todos los hombres cualesquiera que sea su estado o creencia, religiosa o política;”<sup>1032</sup> Los republicanos acusaron a los federalistas de crear leyes y de instrumentar a los tribunales en contra de ellos, especialmente a través de las *Aliens and Sedition Acts*, que los jueces federalistas aplicaron con toda dedicación, y que se dirigieron claramente contra republicanos, representantes y publicistas. De acuerdo con Richard E. Ellis, tenemos que entender que aquí Jefferson no alude primariamente a la libertad religiosa sino al *cleavage*<sup>1033</sup> religioso que se había sumado al *cleavage* territorial y económico, dado que religiosamente los federalistas eran anglicanos o congregacionalistas y buscaban cierto establecimiento de las confesiones protestantes tradicionales<sup>1034</sup>, mientras que una

---

<sup>1030</sup> *First Inaugural Address*, 4 de marzo de 1801. Volumen III. Pág. 321. “About to enter, fellow-citizens, on the exercise of duties which comprehend everything dear and valuable to you, it is proper you should understand what I deem the essential principles of our Government, and consequently those which ought to shape its Administration. I will compress them within the narrowest compass they will bear, stating the general principle, but not all its limitations.”

<sup>1031</sup> Jeremy D. Bailey identifica catorce principios porque realiza una agrupación diferente del mismo texto, mientras que hemos preferido agrupar temáticamente algunos de los principios y por ello la cifra que presentamos es menor. Véase en Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Pág. 143.

<sup>1032</sup> Esta parte del discurso se encuentra en *First inaugural address*, 4 de marzo de 1801. Volumen III. Pág. 321-322.

<sup>1033</sup> El *cleavage* o clivaje, es un “rasgo social (o conjunto de rasgos sociales) que posee el individuo y que, vinculándolo ‘orgánicamente’ con su grupo social ‘natural’ de referencia y con los partidos políticos de su identidad, condiciona su comportamiento político global y le opone a los individuos, grupos o partidos cuyas actuaciones políticas se sustentan en rasgos distintivos y/o antagónicos”. Cf. Susana Aguilar Fernández y Elisa Chuliá Rodrigo: *Identidad y opción. Dos formas de entender la política*. Alianza. Madrid, 2007. Pág. 28. Es interesante el planteamiento inicial del estudio fundacional de los *cleavages* en Seymour M. Lipset y Stein Rokkan: “Cleavage Structures, Party Systems, and Voter Alignments: An Introduction” en Seymour M. Lipset y Stein Rokkan (eds.): *Party Systems and Voter Alignments*. Cross-National Perspectives. The Free Press / Collier-MacMillan. Nueva York y Londres, 1967. Págs. 1-56.

<sup>1034</sup> Una religión establecida, en la concepción de los Estados Unidos, es una religión oficial. No quiere decir que sea obligatoria, pero sí que tiene una protección estatal que otras confesiones no tiene, especialmente en lo tocante a su mantenimiento material. No hemos de olvidar que unos de los movimientos germinales de la Revolución estuvo ocasionado por la obligación de tributar en beneficio del clero anglicano de Virginia. Vid. Gordon S. Wood: *The American Revolution. Op. Cit.*, Págs. 23-24.

buena porción de los republicanos eran evangélicos, miembros de iglesias no establecidas<sup>1035</sup>.

Segundo principio: “paz, comercio y amistad sincera con todas las naciones, alianzas problemáticas con ninguna”. Desde sus tiempos en París, Jefferson se convenció de la importancia que para su país tenía la paz y las posibilidades comerciales que ésta conllevaba, aunque hemos de entender que el mensaje no es tan cándido como pudiera pensarse. Cuando mencionó “alianzas problemáticas”, se refiere a la política de acercamiento a Gran Bretaña de los federalistas y no a los acercamientos a Francia de los que él hubiera sido partidario, dado que lo que Jefferson sostiene que es una política exterior probritánica la que les llevó a la *Quasi-War*, el conflicto naval no declarado que enfrentó a los Estados Unidos con Francia. Tenemos en germen la teoría aislacionista de Jefferson, aunque insistió en tener buenas relaciones con las tribus indias y con los españoles, evitando siempre el surgimiento de un poder político que pudiera constituir un peligro para los Estados Unidos, como se comprobó en la Compra de Louisiana.

Tercer principio: “el apoyo al gobierno de los estados en todos sus derechos, como la más competente administración para nuestros asuntos domésticos y los más seguros baluartes con las tendencias antirrepublicanas”. Los derechos de los estados son uno de los elementos capitales del ideario de los jeffersonianos y la defensa de los poderes estatales, en una interpretación de la Constitución sumamente estricta, junto al ataque a las *Aliens and Sedition Acts*, fueron el centro de las resoluciones de Kentucky que Jefferson preparó. Los estados son baluartes contra un gobierno federal que quiera hacerse despótico, frente al poder cercano y más controlable de los estados y no solamente en un plano de división vertical de poderes, que no es poco, sino en su capacidad de oponerse y nulificar las transgresiones constitucionales del Gobierno Federal. Jefferson sostuvo que todos los asuntos domésticos, básicamente aquellos en los que se da relación entre gobierno y ciudadanos, debían estar en manos de los estados, y el Gobierno Federal tenía que dedicarse únicamente a aquello que sobrepasa lo doméstico, como eran las relaciones extranjeras o el comercio exterior.

Cuarto principio: “la preservación del Gobierno General en su completa vigencia constitucional, como el ancla de nuestra paz interna y nuestra seguridad exterior”. Como hemos indicado, la función del Gobierno Federal se centraba en el exterior, aunque en este punto recordó Jefferson el deber de intervenir en la vida de los estados en caso de

---

<sup>1035</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 253-254.

insurrección. De hecho durante su Presidencia se aprobará la *Insurrection Act* que aún hoy está parcialmente en vigor<sup>1036</sup>.

Quinto principio: “un celoso cuidado del derecho de elección por parte del pueblo, una corrección moderada y segura de los abusos que son cortados por la espada de la revolución donde los remedios pacíficos no son provistos”. La experiencia del proceso electoral de 1800-1801 proporcionó enseñanzas de cómo las lagunas de un sistema electoral podían pervertir la elección de los ciudadanos. Jefferson tiene la seguridad de que, como hemos señalado en el Capítulo II, las elecciones sustituyen a las revoluciones cuando son eficaces. Las siguientes elecciones se celebrarían al amparo de la XII Enmienda que salvó algunas de las dificultades que se presentaron en 1800-1801.

Sexto principio: “la absoluta aquiescencia a las decisiones de la mayoría es el principio vital de las repúblicas, del que no hay más apelación que forzar este principio, lo que es un pariente cercano del despotismo”. Actualmente nos parece evidente que el respeto de las decisiones mayoritarias es inherente a un sistema democrático, pero Jefferson todavía se tenía que enfrentar a las tendencias contramayoritarias de una parte de la sociedad política, que veía en clave clásica el régimen democrático-republicano. Las acciones federalistas para impedir su elección eran prueba de lo necesario que era reafirmar este principio.

Séptimo principio: “una milicia bien disciplinada, nuestro mejor asidero en tiempo de paz y para los primeros momentos de la guerra hasta que las tropas regulares puedan sustituirla; la supremacía de la autoridad civil sobre la militar”. Como trataremos más adelante Jefferson era un enemigo declarado de los ejércitos permanentes por motivos políticos de profundo calado institucional en conexión con cuestiones económico-financieras. No niega la necesidad de unidades militares de defensa, pero para él la primera línea de contención deben ser unas milicias estatales bien disciplinadas, armadas y entrenadas, milicias compuestas por jóvenes en servicio obligatorio. La autonomía de la autoridad militar respecto de la civil fue un peligro detectado en la *Provisional Army* que los federalistas crearon con ocasión de la *Quasi-War*, un ejército en manos de generales federalistas (un envejecido George Washington como comandante en jefe y Hamilton como inspector general y comandante *de facto*) que pudo haber sido utilizado para perpetuarlos en el poder.

Octavo principio: “la frugalidad en el gasto público, trabajo que debe ser ligeramente intensificado; el pago honrado de nuestras deudas y la sagrada preservación

---

<sup>1036</sup> *An Act authorizing the employment of the land and naval forces of the United States, in cases of insurrection*, 2 Stat. 443 (1807). Actualmente se encuentra, con las modificaciones añadidas en 2006 en 10 U.S.Code §§ 251–255.



de la fe pública”. Thomas Jefferson mantenía que el gobierno debía de ser lo más adecuado posible a sus poderes delegados y no extenderse en tamaño ni en atribuciones. La reducción del gasto público es una forma de contener al gobierno y de no entrar en acciones que puedan perturbar otros principios. Junto a ello el pago de la deuda que Jefferson consideraría una prioridad absoluta con el objetivo de dejar a los Estados Unidos sin deuda en un medio plazo, en vez de convertirla en un instrumento ordinario de financiación pública como era el plan de Hamilton. El pago de la deuda mantendría intacto el prestigio de los Estados Unidos en sus operaciones y alta su fiabilidad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Noveno principio: “el fomento de la agricultura y del comercio como su sirviente; la difusión de la información y la denuncia de todos los abusos en el tribunal de la razón pública”. Junto al pilar financiero, recortes y supresión de la deuda, el pilar económico es la agricultura, lo cual no es de extrañar en el siglo XVIII si no fuera porque mantiene que el comercio es secundario respecto de la agricultura, es decir, el comercio no tiene más finalidad que la de vender en los mercados exteriores las producciones agrícolas y no tiene importancia ni por sí ni como vehículo para la introducción de otras producciones. Frente a la importancia que los federalistas dieron al comercio y a las instituciones comerciales y bancarias, su fuerza electoral no en vano estaba en los estados de Nueva Inglaterra, Jefferson propone basar la economía únicamente en la agricultura y en las dinámicas inducidas por ella y no en procesos e instituciones de la actividad comercial, satisfaciendo de esta forma también a su base electoral sureña.

Décimo principio: “libertad de religión; libertad de prensa”. La libertad religiosa fue una de las obsesiones políticas de Jefferson desde sus tiempos como miembros de la legislatura estatal de Virginia y, de hecho, de su mano es la ley de libertad religiosa. En el siglo XVIII las creencias religiosas no eran fruto de opciones personales, sino de opciones sociales que condicionaban la vida de todos independientemente del uso de su libertad, de forma que la libertad religiosa no era únicamente una oportunidad para el individuo, sino también una apertura de espacio de decisión para la sociedad. Los federalistas persiguieron en sus estados la protección de determinadas confesiones religiosas y el establecimiento de éstas como oficiales con un status de protección privilegiada. La libertad de prensa es una condición necesaria para poder ejercer el voto porque un voto libre tiene que ser informado; rechazó Jefferson los intentos de federalizar el crimen de libelo al entender que pertenecía a los estados. Y prefería tener que hacer frente a una prensa adversaria sumamente hostil, aunque buscó estar respaldado por una fuerte prensa republicana<sup>1037</sup>.

---

<sup>1037</sup> John Ferling: *Op. Cit.*, Pág. 144.

Undécimo principio: “libertad de la persona bajo la protección del *habeas corpus*, y derecho a un juicio con jurados imparcialmente seleccionado”. El *habeas corpus* permite la interdicción del poder judicial en las decisiones privativas de libertad dictadas por el poder ejecutivo, algo sumamente normal en aquella época y era una garantía sumamente valiosa frente a un uso abusivo de los poderes ejecutivos.

Thomas Jefferson se presenta como portador de un mandato popular y aquí tenemos la gran novedad. No es un poder conservador, sino un poder transformador y que dirige la Nación con un programa concreto que el Séptimo Congreso (1801-1803) comenzó a desarrollar un ambicioso programa legislativo en consonancia con los principios enunciados por el líder del partido mayoritario. Entre las leyes más destacadas nos encontramos dos leyes judiciales de reversión de la *Judiciary Act* de 1801<sup>1038</sup>, otras dos leyes eliminando los impuestos internos y aprobando un plan de redención total de la deuda soberana de los Estados Unidos<sup>1039</sup>, tres leyes para garantizar el comercio y la paz con los indios<sup>1040</sup>, una ley de reducción del Ejército<sup>1041</sup>, dos leyes para regular la Milicia<sup>1042</sup>, seis leyes para establecer un Derecho Marítimo y la protección de la marina mercante de los Estados Unidos<sup>1043</sup> y tres acuerdos internacionales con Francia y Gran

<sup>1038</sup> *An Act to repeal certain acts respecting the organization of the Courts of the United States; and for other purposes* 2 Stat. 132 (1802) y *An Act to amend the Judicial System of the United States*, 2 Stat. 165 (1802).

<sup>1039</sup> *An Act to repeal the Internal Taxes*, 2 Stat. 148 (1802) y *An Act making provision for the redemption of the whole of the Public Debt of the United States*, 2 Stat. 167 (1802).

<sup>1040</sup> *An Act to regulate trade and intercourse with the Indian tribes, and to preserve peace on the frontiers*, 2 Stat. 139 (1802), *An Act to revive and continue in force, an act intituled "An act for establishing trading houses with the Indian tribes"*, 2 Stat. 173 (1802) y *An Act for continuing in force a law, intituled "An act for establishing trading houses with the Indian tribes"*, 2 Stat. 207 (1802).

<sup>1041</sup> *An Act fixing the military peace establishment of the United States* 2 Stat. 132 (1802). Días antes de la expiración del mandato del Sexto Congreso los federalistas aprobaron una reducción de la Marina que había quedado sobredimensionada con la incorporación de las unidades encargadas durante la *Quasi-War*. *An Act providing for a Naval peace establishment, and for other purposes* [2 Stat. 110 (1801)] estableció que el Presidente podía vender todos los buques que considerara oportuno salvo trece fragatas, de las cuales seis debían permanecer en servicio permanente y el resto podían constituir una reserva naval. El 28 de febrero de 1803 el Congreso aprobó la construcción o adquisición de seis buques ligeros para la protección del comercio en el Mediterráneo en *An Act to provide an additional armament for the protection of the seamen and commerce of the United States*, 2 Stat. 206 (1803).

<sup>1042</sup> *An Act supplementary to the act intituled "an act providing passports for the ships and vessels of the United States"*, 2 Stat. 208 (1803) y *An Act directing a detachment from the Militia of the United States, and for erecting certain Arsenals*, 2 Stat. 241 (1803).

<sup>1043</sup> *An Act authorizing the erection of certain Lighthouses; and for other purposes* 2 Stat. 150 (1802); *An Act to amend an act intituled "An act for the relief of sick and disabled Seamen" and for other purposes*, 2 Stat. 192 (1802); *An Act to provide an additional armament for the protection of the seamen and commerce of the United States*, 2 Stat. 206 (1803); *An Act for extending the external commerce of the United States*, 2 Stat. 206 (1803); *An Act supplementary to the act intituled "an act providing passports for the ships and vessels of the United States"*, 2 Stat. 208 (1803); *An Act in addition to the act, intituled "an act concerning the registering and recording of ships and vessels of the United States," and to the act, intituled "An act to regulate the collection of duties on imports and tonnage"*, 2 Stat. 209 (1803); *An Act to make Beaufort and Passamaquoddy, ports of entry and delivery; to make Easton and Tiverton, ports of delivery; and to authorize the establishment of a new collection district on Lake Ontario*, 2 Stat. 228 (1803).

Bretaña<sup>1044</sup> por sólo citar las repercusiones legislativas más importantes en los dos primeros años de mandato presidencial.

Hemos indicado que Jefferson tenía un control sustancial de los representantes y senadores republicanos que le permitió sacar la mayoría de su programa político adelante. Si Hamilton fue el inspirador de la política federalista en el Congreso, en la época abierta en 1801 es el Presidente quien define la política del Congreso y son los “lugartenientes” quienes consiguen la aprobación de las leyes.

El Presidente no responde ante el Congreso porque no ha sido elegido por éste. En la concepción jeffersoniana el Presidente solamente responde ante el pueblo<sup>1045</sup> que evalúa a los cuatro años si ha de seguir por un solo periodo de cuatro años más. El Presidente representa al pueblo y únicamente a partir de 1801 podemos hablar propiamente del nacimiento del sistema presidencialista en los Estados Unidos.

La Presidencia jeffersoniana no es una institución contramayoritaria, sino la institución mayoritaria por excelencia. El Presidente se convierte en el portador de la voluntad del pueblo primero frente al Congreso y luego, con el paso de los años, contra el Tribunal Supremo. A través del despliegue de sus poderes constitucionales, de los poderes delegados y protegido con el veto deja de ser la figura paterna que imaginaron los *framers* para convertirse en el principio de la acción política que muchas veces las otras instituciones buscan frenar.

Decía Tomás de Aquino que la monarquía, entendida como poder de uno, era preferible porque se adecuaba mejor a la unidad del Estado, donde se dan pluralidad de miembros<sup>1046</sup>. El razonamiento político de este autor, basado en cierto naturalismo, es difícil mantenerlo íntegramente, pero sí se puede transformar en una reflexión sobre el conocimiento y la percepción de la política.

Walter Bagehot señalaba respecto de la importancia de la monarquía en la Constitución Inglesa que es más fácil entender que todo depende de una sola voluntad y una única mente que de un complejo sistema de asambleas, partidos, comités y

---

<sup>1044</sup> *An Act making appropriation for defraying the expense of a negotiation with the British government, to ascertain the boundary line between the United States and Upper Canada*, 2 Stat. 148 (1802); *An Act making an appropriation for defraying the expenses which may arise from carrying into effect the convention made between the United States and the French Republic*, 2 Stat. 148 (1802); *An Act making an appropriation for carrying into effect the Convention between the United States of America and His Britannic Majesty*, 2 Stat. 192 (1802).

<sup>1045</sup> Conforme se avanza en la *Jeffersonian Democracy* más estados incorporan la elección directa por parte de los ciudadanos de los miembros del Colegio Electoral. En 1832 solamente Carolina del Sur elegía a sus electores a través de la legislatura estatal.

<sup>1046</sup> Tomás de Aquino: *De regno ad regem Cypri*. I.1.56-99 en Editio Leonina. Volumen XLII. Editori di Santo Tomasso. Roma, 1979. Pág. 450.

normas<sup>1047</sup>. El nacimiento de la Presidencia, como hoy se entiende, facilita la comprensión de la política y aunque el sistema institucional estadounidense, como mantiene Ackerman, en principio cuenta con pocos elementos (Presidente, Senado, Cámara y Tribunal Supremo<sup>1048</sup>), la dinámica era ya sumamente alambicada en 1801 para los no iniciados. Jefferson convirtió a la Presidencia en el sujeto de imputación de los éxitos y de los fracasos políticos durante su mandato.

Es tan seria y consistente esta imputación de la política al Presidente que muchos escaños en la Cámara y en el Senado son aprobados o suspensos en conexión a la gestión presidencial y no tanto una evaluación o una exigencia de responsabilidad de los legisladores.

No es raro que la elección de un Presidente conlleve mayorías de su partido en el Congreso y que en las siguientes elecciones, las *mid-term* o elecciones a mitad de mandatos, su partido suba o baje de acuerdo con la popularidad que retenga el Presidente. De hecho en el primer mandato de Thomas Jefferson las *mid-term* fueron interpretadas como un respaldo popular a Jefferson y a sus demócratas-republicanos de tal calibre que puede verse en esos resultados<sup>1049</sup> la razón por la que el Tribunal Supremo no concediera el *writ of mandamus* para que el juez de paz William Marbury consiguiera su *comission* en *Marbury contra Madison*<sup>1050</sup>, ni en *Stuart contra Laird*<sup>1051</sup> declarara inconstitucional el cese de los jueces nombrados al amparo de la *Judiciary Act* de 1801<sup>1052</sup>.

¿Qué aportó esta nueva Presidencia democrática a las capacidades de resistencia institucionalizada frente al poder despótico? Ante todo hemos de destacar que el primer miedo al nacimiento del despotismo estaba localizado en el Ejecutivo, tras la experiencia en la Guerra Revolucionaria, que había sido un conflicto sobre todo contra Jorge III.

Por ello los *framers* decidieron proponer un ejecutivo unipersonal, aunque en una posición políticamente secundaria y armado, eso sí, del poder conservador del veto. El Presidente es dotado de un poder coincidente con el Rey británico, el derecho de

<sup>1047</sup> Walter Bagehot: *The English Constitution*. Chapman and Hall. Londre, 1867. Págs. 57-58.

<sup>1048</sup> Bruce Ackerman: *We, the People*. Volumen 1: *Foundations*. *Op. Cit.*, Pág. 4.

<sup>1049</sup> Los demócratas-republicanos pasaron de terminar el 7º Congreso con sesenta y cuatro representantes, el 61% de la Cámara, a comenzar el 8º Congreso con ciento uno, lo que suponía el 71,6% del total. En el Senado terminaron en marzo de 1803 con dieciocho senadores (56,3% del Senado) y volvieron en diciembre de 1803 con veintiuno, el 70% de todos los senadores. Datos extraídos de: <https://history.house.gov/Institution/Party-Divisions/Party-Divisions/>

<sup>1050</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>1051</sup> *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 199 (1803).

<sup>1052</sup> Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall and the Rise of the Presidential Democracy*. *Op. Cit.*, Pág. 212.

veto, con la diferencia de que en el caso británico la denegación del *Royal Assent* era una reliquia histórica ya a finales del siglo XVIII mientras que los Presidentes de los Estados Unidos sí ejercieron el veto, aunque en sus inicios con suma gravedad.

El veto es para Jefferson un escudo de defensa de la Constitución frente a leyes que la rompen, que recoge los principios de gobierno aceptados por el pueblo. El Presidente puede evitar que se forme un gobierno tiránico de base legislativa precisamente impidiendo que las leyes se conviertan en Derecho. El veto presidencial sustituye la rebelión, el tumulto y la violencia en búsqueda del restablecimiento del orden constitucional violado.

Pero si el Presidente no cumple con su misión, es el pueblo el que tiene que intervenir y lo hace primariamente a través de las elecciones y las enmiendas. Y si ello no funciona a través de las convenciones y finalmente por medio de la fuerza. Por ello Jefferson llama “Revolución de 1800” a las elecciones de 1800-1801, pues hay una forma institucionalizada de cambio, incluso de principios, que funcionó, pero que tuvo que ser respaldada con la amenaza del uso de la fuerza.

El Presidente no solamente tiene la función conservadora, sino la de guía o liderazgo: propone al Congreso, coordina las acciones de los miembros de su partido en el Congreso, negocia con los adversarios y dirige la naciente administración. Un Presidente republicano, en la concepción de Jefferson, no es un reconocido político que dirige el gobierno y salvaguarda la Constitución con su veto, sino que es un representante de la voluntad del pueblo que tiene por misión hacer efectivos los principios republicanos.

Jefferson nunca consideró más comprometida la Presidencia durante la “era federalista” que el resto de las instituciones, ni creyó que Adams se hubiera convertido en un déspota. Jefferson mantuvo que todo el sistema institucional se había desviado de los principios fundacionales y que había que restituirlo, quizá porque sí tenía una visión real de que en ese momento las decisiones eran de partido y no de instituciones. Solamente las elecciones y en su fracaso la espada podían devolver a la Constitución a su ser original.

Si el poder ejecutivo era la rama más peligrosa y el gran déspota contra el que habían luchado los colonos era Jorge III, sorprende ver cómo Jefferson refuerza al ejecutivo al convertirlo en el centro de su concepción constitucional y política. Pero el fracaso del gobierno congresual en la Confederación y las dificultades que hubo en ese periodo para tomar decisiones en los nacientes órganos ejecutivos, justificaban la

necesidad de tener un ejecutivo fuerte y de explotar todas sus posibilidades cuando se ejerciera el cargo.

El pueblo puede ver en el Presidente no como la primera amenaza a su libertad, sino la primera gran barrera para protegerla haciendo verdad la fórmula del juramento: “Juro (o prometo) solemnemente que desempeñare fielmente el cargo de Presidente de los Estados Unidos de América y que con la mejor de mis capacidades preservaré, protegeré y defenderé la Constitución de los Estados Unidos”.<sup>1053</sup>

## 7. Jefferson en el otro lado del derecho de resistencia

### 7.1. Como gobernador de Virginia

En los dos años que Thomas Jefferson sirvió como gobernador de Virginia tuvo que hacer frente a numerosos actos de desobediencia, insubordinación y rebelión, especialmente por soldados o por personas que se resistían a ser reclutadas, así como los posibles lealistas y traidores existentes. Jefferson estableció una fuerza de infantería a caballo para poder sofocar a tiempo estas insurrecciones. Aplicó poderes extralegales del gobernador para detener a sospechosos de traición de forma sumaria y bajo la responsabilidad y supervisión del gobernador<sup>1054</sup> con la finalidad de no enfrentarles directamente y provocando un baño de sangre, sino detener a los cabecillas cuando se hubieran dispersado, incluso “sacándolos de sus camas”<sup>1055</sup>.

### 7.2. Embargo de 1807

Una de las decisiones más nefastas de la Presidencia de Jefferson fue la aprobación del Embargo de 1807 que suspendía todo el comercio a través de barcos extranjeros. Los republicanos continuaron con esta medida y la reforzaron con una nueva ley en 1807<sup>1056</sup>, tres en 1808<sup>1057</sup> y una en 1809<sup>1058</sup>, hasta llegar a la cierta

---

<sup>1053</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Sección 1 *in fine* del Artículo II de la: “I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States”.

<sup>1054</sup> Jeremy D. Bailey: *Op. Cit.*, Págs. 53-55.

<sup>1055</sup> *Carta a Garred van Merter*, 27 de abril de 1781. Disponible en <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-05-02-0695>

<sup>1056</sup> *An Act laying an Embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States*, 2 Stat. 451 (1807).

<sup>1057</sup> *An Act supplementary to the act, intituled "An act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United State"*, 2 Stat. 453 (1808); *An Act in addition to the act, intituled "An act supplementary to the act, intituled in act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States."*, 2 Stat. 473 (1808); *An Act in addition to the act intituled "An act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States," and the several acts supplementary thereto, and for other purposes*, 2 Stat. 499 (1808).

relajación con la *Non-Intercourse Act* de 1809, que restringía el embargo sólo a Gran Bretaña y Francia. La ley de 1810 daba la oportunidad para acabar con el embargo si se respetaba la neutralidad de los barcos estadounidenses<sup>1059</sup>.

El embargo no inquietó a las potencias en guerra en Europa para quienes el comercio con los Estados Unidos era una anécdota y perjudicó a los comerciantes estadounidenses, donde causó un enorme perjuicio en Nueva Inglaterra, que era la región más volcada al comercio especialmente con Gran Bretaña. A ello se unía que los ciudadanos de Nueva Inglaterra eran los estados más federalistas de la Unión. Las legislaturas estatales tomaron nota de las Resoluciones de Virginia y Kentucky y “nulificaron” las leyes de embargo, así como el poco interés que se tomaron las autoridades estatales en el cumplimiento de las leyes federales<sup>1060</sup>.

Los estados de Nueva Inglaterra se levantaron y el Gobierno Federal tuvo que actuar<sup>1061</sup>. Utilizaban la misma retórica que se había empleado en la Revolución e hicieron suyos los argumentos de los Viejos Virginianos en cuanto a los derechos de los estados, de modo que Jefferson se vio en el otro lado del tablero, como opresor y como nacionalizador.

El 3 de marzo de 1807 el Congreso aprueba la *Insurrection Act*<sup>1062</sup> habilitando al Presidente a llamar a la Milicia, al Ejército y a la Marina para terminar con una insurrección o con la obstrucción a la aplicación de las leyes de los Estados Unidos

El embargo fue confiado en su segunda fase, como la Neutralidad en tiempos de Hamilton, al Departamento del Tesoro dirigido por Albert Gallatin, con el apoyo de la Marina para realizar inspecciones de los buques. Thomas Jefferson, como Presidente, llamó a las milicias estatales y a las fuerzas armadas por medio de la Proclamación Presidencial de 19 de abril de 1808 para hacer frente a los grupos armados de contrabandistas en la región del lago Champlain, que se encontraban en un estado insurreccional con cierto apoyo popular gracias al rechazo que producía el Gobierno Federal<sup>1063</sup>.

---

<sup>1058</sup> *An Act to enforce and make more effectual an act intituled "An Act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States," and the several acts supplementary thereto, 2 Stat. 506 (1809).*

<sup>1059</sup> *An Act concerning the commercial intercourse between the United States and Great Britain and France, and their dependencies, and for other purposes, 2 Stat. 605 (1810).*

<sup>1060</sup> Dumas Malone: *Jefferson the President. Second Term, 1805-1809*. Little, Brown and Company. Boston, 1974. Págs. 651-655.

<sup>1061</sup> Henry James: *History of the United States during the Second Administration of Thomas Jefferson*. Volumen II. Charles Scribner's Sons. Nueva York. 1903. Págs. 249-262.

<sup>1062</sup> *An Act authorizing the employment of the land and naval forces of the United States, in cases of insurrections, 2 Stat. 443 (1807).*

<sup>1063</sup> *Proclamation on the Embargo, 19 de abril de 1808.*

Esta decisión y otras de menor escala no consiguieron detener el contrabando en la frontera entre Nueva Inglaterra y Canadá y conllevaron problemas de disciplina en algunas milicias estatales, que continuaron bajo el mando de los estados quizá por preservar los “derechos de los estados” según la visión de Jefferson<sup>1064</sup>. Hay que señalar que la Proclamación se concentró sobre todo en la represión del contrabando, más que en la represión de posibles insurrecciones civiles<sup>1065</sup>.

Jefferson en ningún momento considera justificada la posición de los estados de Nueva Inglaterra, en primer lugar porque rechaza el principal argumento constitucional de los federalistas contra el embargo que no era otro que el Congreso está capacitado para regular el comercio exterior pero no para destruirlo. Los republicanos mantuvieron que la suspensión del comercio era regulación y no destrucción y los tribunales (federalistas) que avalaron el embargo a través de una interpretación amplia y no a través de la *strict construction* (interpretación estricta) que en otras circunstancias habrían reclamado los jeffersonianos<sup>1066</sup>. No tenía ninguna duda de la competencia federal a través de dos poderes, el comercio exterior y las relaciones con naciones extranjeras, y la acción de los neoingleses no era más que mera obstrucción a las leyes legítimas de los Estados Unidos.

¿Cuál sería la diferencia entre la oposición a las *Aliens and Sedition Acts* y los hechos que siguieron al establecimiento del Embargo?

La diferencia respecto a la oposición de los estados de Nueva Inglaterra al embargo con la que mantuvieron Jefferson y Madison respecto a la *Aliens and Sedition Acts* es que obviamente para Jefferson no había causa habilitante, es decir, no se había hecho nada contrario a la Constitución o al Derecho Natural, sino que únicamente se había tomado una decisión política de la que se podía disentir, pero que no socavaba ninguno de los fundamentos de la República.

Es por ello por lo que Jefferson toma las medidas de la *Insurrection Act*, especialmente dirigidas a forzar el cumplimiento de las leyes federales y las toma como último recurso después del fracaso de los medios administrativos (funcionarios de

---

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-7861>

<sup>1064</sup> Carta circular del secretario de Guerra a los gobernadores (preparada por Jefferson), 17 de enero de 1809. Volumen XII. Pág. 233. Véase también Robert W. Coakley: *The Role of the Federal Military Forces in Domestic Disorders, 1798-1878*. Center of Military History of the United States Army. Washington DC, 2011. Págs. 84-90.

<sup>1065</sup> Carta a Albert Gallatin, 19 de abril de 1801. Volumen XII. Pág. 30-31.

<sup>1066</sup> Henry James: *History of the United States during the Second Administration of Thomas Jefferson*. Op. Cit., Volumen II. Págs. 265-269.



Tesoro) y judiciales ordinarios (tribunales, *marshals* o alguaciles). En la Proclamación hay un último plazo antes de hacer efectivas las medidas coercitivas.

El embargo llevó a los estados de Nueva Inglaterra a una situación desesperada, aunque es cierto que el coste anual del embargo fue menor que el anual coste de la Guerra de 1812<sup>1067</sup>. A las causas económicas se le unieron las políticas y ciertas tendencias centrífugas que se daban en los estados de Nueva Inglaterra haciéndose más proclives a volver bajo el amparo británico que a continuar en una Unión que consideraban controlaba por los estados del Sur. Las fuertes exigencias de esta región perdieron toda credibilidad cuando emplearon una estrategia entre la traición y el chantaje al resto de los Estados Unidos durante la Guerra de 1812 al plantear su secesión y potencial alianza con Gran Bretaña<sup>1068</sup>.

---

<sup>1067</sup> *Ibidem*. Págs. 276.

<sup>1068</sup> El punto culminante de las tendencias centrífugas y chantajistas de los estados de Nueva Inglaterra se dio en la Convención de Hatford que, si bien no llegó a plantear abiertamente la secesión, sí constituían una amenaza implícita a las condiciones que se establecieron para gobernar con el Presidente Madison. Cuando los delegados de Nueva Inglaterra arribaron a Washington, recibieron la noticia de la firma del Tratado de Gante, que puso fin a la guerra, y sobre todo tras la gran victoria de Andrew Jackson sobre los británicos en Nueva Orleans. Vid. Maldwyn A. Jones: *Historia de los Estados Unidos, 1607-1992*. Cátedra. Madrid, 1995. Págs. 101-102.

## CAPÍTULO V: LEGISLATIVO Y RESISTENCIA

### 1. La potestad legislativa en el Republicanismo Clásico

El Republicanismo estadounidense, como todos los modernos, bebe del Republicanismo Clásico que le proporciona un imaginario histórico sumamente sugestivo. El estudio de los clásicos seguía siendo un elemento sustancial en las *Grammar Schools* y en consecuencia la familiaridad tanto con la lengua latina como con la historia de Grecia y de Roma era una característica de las élites sociales de los Estados Unidos.

Las fuentes republicanas clásicas adoptadas por los fundadores de los Estados Unidos se articulan sobre la consideración de dos sistemas políticos que se consideran ideales y que son el de Esparta<sup>1069</sup> y el de Roma<sup>1070</sup>. El mundo político romano fue un imaginario recurrente a través de la propia idea de *Res Publica*, de los precedentes históricos en la constitución y fracaso de la República Romana, en los pseudónimos utilizados y en la incorporación de vocabulario político. Y de estas dos ciudades las reflexiones sobre Roma ocupan un lugar prominente<sup>1071</sup>.

En la Roma republicana la capacidad para elaborar y aprobar normas se hallaba dispersa entre diferentes asambleas, aunque había cierta especialización entre ellas. Nos encontramos con los *comitia curiata*, los *comitia centuriata* y los *comitia tributa* (comicios por curias, por centurias o por tribus respectivamente), que eran las asambleas del Pueblo Romano y que elegían magistrados y aprobaban las *leges*<sup>1072</sup>. En el Senado, sede del poder aristocrático, donde se producía el verdadero debate político, se dirigían las relaciones exteriores y se dictaban normas a través de los *senatusconsulta*<sup>1073</sup> y finalmente las asambleas de la plebe (*concilia plebis* que votaban también por tribus) que elegían magistrados plebeyos y dictaban los *plebiscita* que a partir del año 286 a.C. se transformaron también en *leges*<sup>1074</sup>. La existencia de la *prohibitio e intercessio* (derecho de veto) de los magistrados y de la *auctoritas patrum* del Senado hacía más complejo, abigarrado y atractivo el sistema constitucional de la República Romana.

<sup>1069</sup> Thomas L. Pangle: "The Classical Challenge to the American Constitution" en *Chicago-Kent Law Review*. Volumen 66. Núm. 145 (1990). Pág. 161.

<sup>1070</sup> Steven G. Calabresi, Mark E. Berghausen y Skylar Albertson: "The Rise and Fall of the Separation of Powers" en *Northwestern University Law Review*. Volumen 106. Número 2. (2012). Págs. 531-532.

<sup>1071</sup> M. N. S. Sellers: *American Republicanism. Roman ideology in the United States Constitution*. MacMillan. Londres, 1995. Págs. 27-29.

<sup>1072</sup> Vicente Arangio-Ruiz: *Op. Cit.*, Págs. 102-117.

<sup>1073</sup> *Ibidem*. Págs. 129-134 y 285-291.

<sup>1074</sup> *Ibidem*. Págs. 53-66.

La *auctoritas patrum* ya en tiempos republicanos se convirtió en un dictamen previo a las leyes y a las decisiones importantes (como los tratados) que normalmente era seguido por el magistrado en cuestión. También las leyes aprobadas por las asambleas plebeyas requerían el refrendo del Senado para su entrada en vigor, aunque esta exigencia desapareció cuando se igualaron los plebiscitos a las leyes y los *concordia plebis tributa* se solaparon con los *comitia tributa*<sup>1075</sup>. El Senado asentaba su prestigio sobre dos pilares: el poder económico de sus miembros y su estabilidad dentro de un sistema donde la anualidad era la característica imperante. Desarrollaba una función moderadora y conservadora.

Este sistema de gobierno mixto de la República Romana recibe su formulación sintética y filosófica en Polibio. Sostuvo que los cónsules expresan el elemento monárquico, el Senado el aristocrático y los comicios el democrático reuniendo así Roma en sí misma los tres sistemas clásicos de gobierno y explicándose de este modo su estabilidad y gloria<sup>1076</sup>. La descripción de Polibio no deja de ser una idealización del sistema republicano romano que retoca sustancialmente para acomodarlo a su finalidad, obviando los elementos más populares, al no incluir en su presentación un cargo tan relevante como era el de tribuno de la plebe<sup>1077</sup>. Los fundadores de los Estados Unidos tomaron de Roma y de los autores el Republicanismo de carácter más aristocrático a través de Tácito, Polibio, Cicerón o Livio y no el Republicanismo de carácter popular de Salustio<sup>1078</sup>.

El Republicanismo aristocrático será la inspiración de John Adams en su *Defense of the Constitutions of Government of the United States*<sup>1079</sup> para proponer el establecimiento de un Senado como moderador del poder legislativo de carácter popular<sup>1080</sup>. La introducción del Senado fue considerada por los antifederalistas, también lectores de Adams y de los clásicos, como el modo de hacer más aristocrática la forma de gobierno y se constituyó en uno de los centros de discusión. Al *Senatus* y a la

<sup>1075</sup> Véase Antonio Viñas: *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*. UAM/Dysinson. Madrid, 2007. Págs. 196-198 y 204-208.

<sup>1076</sup> Polibio: *Historias V-XV*, Gredos. Madrid, 1981. Págs. 167-174. La relación entre el sistema republicano romano del siglo III a.C. con las formas aristotélicas de gobierno se encuentra en el capítulo 11 del libro VI.

<sup>1077</sup> David Bederman: *The Classical Foundations of the American Constitution. Revailing Wisdom*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008. Págs. 67-69. Hay que precisar que a partir del Libro VI las *Historias* las conservamos en un estado fragmentario.

<sup>1078</sup> M. N. S. Sellers: *Op. Cit.*, Págs. 224-225. María José Hidalgo de la Vega: "Algunos aspectos del pensamiento político de Salustio" en *Studia Historica. Historia Antigua*. Números 2-3. (1984-1985). Págs. 103-118.

<sup>1079</sup> Wood considera que los principios mantenidos por John Adams se encuentran en contradicción con la Constitución de 1787, mientras que Sellers mantiene que ello solamente es verdadero tras la reinterpretación constitucional que supuso la Presidencia de Thomas Jefferson. Cf. Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787. Op. Cit.*, Pág. 580 y M. N. S. Sellers: *Op. Cit.*, Pág. 35.

<sup>1080</sup> M. N. S. Sellers: *Op. Cit.*, Págs. 33-35. David Bederman: *Op. Cit.*, Pág. 74.

República Romana los antifederalistas opusieron el sistema de gobierno de la *Commonwealth of England*<sup>1081</sup>.

En el debate en torno a cómo conseguir controlar al poder popular<sup>1082</sup>, al que todos veían necesario pero peligroso, el ejemplo del Republicanismo romano fue esencial a la hora de decantarse por establecer un Senado y reducir a lo mínimo posible la representación directa del pueblo<sup>1083</sup>. La experiencia americana tras 1776 y sobre todo el arquetipo de la descomposición de la República Romana (los populares se hacen con el poder y con el apoyo del pueblo establecen el Principado), les hizo obsesionarse con las vías de corrupción del sistema republicano<sup>1084</sup>.

Thomas Jefferson era un amplio conocedor de todos estos autores clásicos, de acuerdo con el catálogo de su biblioteca personal<sup>1085</sup>, y recomendaba tanto a los que representaban concepciones más aristocráticas como a los que eran más populares<sup>1086</sup>.

No obstante era escéptico respecto de la validez del pensamiento político clásico, porque consideraba que la novedad que supuso el experimento de los Estados Unidos trascendía toda la categorización de la ciencia política anterior y abría una nueva etapa:

Ellos no conocieron un punto medio entre una democracia (la única república pura pero impracticable más allá de los límites de una ciudad) y el abandono de s mismos a una aristocracia o a una tiranía independiente del pueblo. [...] El experimento completo de un gobierno democrático, pero representativo, estuvo y está todavía reservado a nosotros. La idea (tomada en efecto de un pequeño ejemplo antiguamente existente de la Constitución inglesa, pero ahora perdido) ha sido llevada por nosotros, más o menos, a todos los departamentos, ejecutivo y legislativo [...] La introducción de este nuevo principio de democracia representativa ha dejado sin utilidad casi cada una de las cosas escritas antes sobre la estructura del gobierno; y en gran medida mitiga nuestro pesar acerca de si los escritos políticos o de otro autor antiguo se han perdido o se nos ha hecho llegar o se nos ha interpretado de modo incorrecto. Mi más sincero deseo es ver

---

<sup>1081</sup> *Ibidem*. Págs. 151-152.

<sup>1082</sup> *Ibidem*. Pág. 58. Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787*. *Op. Cit.*, Págs. 197-236.

<sup>1083</sup> David Bederman: *Op. Cit.*, Pág. 212.

<sup>1084</sup> M. N. S. Sellers: *Op. Cit.*, Págs. 25 y 219.

<sup>1085</sup> James Gilreath y Douglas L. Wilson (eds.): *Thomas Jefferson's Library: A Catalog with the Entries in His Own Order*. Library of Congress. Washington DC, 1989.

Disponible en: <http://catdir.loc.gov/catdir/toc/becites/main/jefferson/88607928.toc.html>

<sup>1086</sup> *Curso de lectura para William G. Munford*, 5 de diciembre de 1798 y *Curso de lectura para Joseph C. Cabell*, septiembre de 1800. Disponibles en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-30-02-0405> y <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-32-02-0110> respectivamente.

al elemento republicano que es el control popular empujado a lo máximo como sea factible. Entonces creeré que nuestro gobierno puede ser puro y perpetuo.<sup>1087</sup>

Junto a la cuestión del gobierno mixto, equilibrado o la existencia del Senado, se planteó el debate en torno al *Imperium Legum* o al *Rule of Law*. Adams tomó la idea de las fuentes griegas para formular la necesidad de un gobierno de leyes y no de hombres, colocando lo jurídico en un plano superior y disponible con dificultad para el gobernante<sup>1088</sup>. De las fuentes sobre esta cuestión destacan Marco Tulio Cicerón y la célebre sentencia de Tito Livio: *imperia legum potentiora fuerunt quam hominum* (“el poder de las leyes fue más poderoso que el de los seres humanos”)<sup>1089</sup>. Estas consideraciones nos llevarán a dos asuntos que trataremos más adelante: la Constitución como norma suprema y el papel de los tribunales en la puesta en práctica del gobierno de leyes.

## 2. Principios lockeanos y post-lockeanos del poder legislativo.

Como en tantos aspectos el pensamiento político de las colonias y de los nacientes Estados Unidos proviene de la tradición política inglesa que pone en práctica su ideario con la Revolución Gloriosa de 1688. Destaca de todos ellos John Locke, como ya hemos indicado en otras ocasiones, y su posición sobre la configuración y función del papel del legislativo dentro del Estado<sup>1090</sup>.

Locke describe el poder legislativo como supremo, sagrado e inalterable<sup>1091</sup>. El legislativo es la diferencia entre un gobierno tiránico y un gobierno de hombres libres, porque solamente el legislativo, siendo diferente al menos parcialmente del

---

<sup>1087</sup> *Carta a Isaac H. Tiffany*, 26 de agosto de 1816. Volumen XV. Págs. 65-66. “They knew no medium between a democracy (the only pure republic, but impracticable beyond the limits of a town) and an abandonment of themselves to an aristocracy, or a tyranny independent of the people. [...] The full experiment of a government democratical, but representative, was and is still reserved for us. The idea (taken, indeed, from the little specimen formerly existing in the English constitution, but now lost) has been carried by us, more or less, into all our legislative and executive departments; [...] The introduction of this new principle of representative democracy has rendered useless almost everything written before on the structure of government; and, in a great measure, relieves our regret, if the political writings of Aristotle, or of any other ancient, have been lost, or are unfaithfully rendered or explained to us. My most earnest wish is to see the republican element of popular control pushed to the maximum of its practicable exercise. I shall then believe that our government may be pure and perpetual.”

<sup>1088</sup> Thomas L. Pangle: *Op. Cit.*, Págs. 162-163.

<sup>1089</sup> *Ibidem*, Pág. 70.

<sup>1090</sup> John Locke: *Second Treatise of Government. Op. Cit.*, §§ 134-142. Págs. 69-75.

<sup>1091</sup> *Ibidem*, § 134. Págs. 69-70.

ejecutivo<sup>1092</sup>, puede imponer las normas a todos sacando al conjunto de la comunidad del estado de naturaleza<sup>1093</sup>.

Las normas deben ser generales y no descender a los casos concretos, lo cual es propio de la ejecución de las mismas que es una facultad del ejecutivo o del judicial<sup>1094</sup>. Si el legislativo asumiera poderes ejecutivos o judiciales entonces estaría acaparando todo el poder sin someterse él mismo a las leyes.

Las leyes no son ilimitadas ya que no pueden afectar a la propiedad (y a los otros derechos que de ella se desprenden en el pensamiento lockeano) sin el consentimiento del titular de este derecho. Igualmente los tributos deben ser aprobados por quienes van a estar obligados a su pago<sup>1095</sup>. Locke asume que al menos una parte del legislativo ha de ser elegida directamente por el pueblo y la necesidad de hacer elecciones y de facilitar tanto la renovación como la convocatoria regular del legislativo cuando esto le compete al ejecutivo<sup>1096</sup>.

De hecho mantiene Locke que si por la fuerza el ejecutivo impide la reunión del legislativo, con fuerza tiene que ser respondido<sup>1097</sup>. Ésta es la teorización de lo acaecido en Inglaterra durante el siglo XVII, donde el conflicto entre Rey y Parlamento, que llevó a Carlos I a no convocar las sesiones parlamentarias por once años fue una de las causas habilitantes para el ejercicio de la resistencia frente al Rey.

Algernon Sidney, autor recomendado y encomiando por Thomas Jefferson junto a John Locke<sup>1098</sup>, al indicar que las proclamaciones regias son inferiores en rango al Derecho, sintetiza la postura que inspirará a Jefferson y a los whigs norteamericanos:

Sabemos que no hay leyes sino nuestras propias normas escritas y las normas inmemoriales aprobadas por el consentimiento de la nación, las cuales pueden ser cambiadas por nosotros y a menudo son cambiadas. El poder legislativo por lo tanto es ejercido por el Parlamento y no puede ser conferido por una orden de emplazamiento,

---

<sup>1092</sup> Locke contempla la posibilidad de que la persona que ejerce el poder ejecutivo sea también miembro del legislativo, como en Gran Bretaña donde el Parlamento no es tal sin el Rey: *King-in-Parliament*. *Ibidem*, § 151. Págs. 78-79.

<sup>1093</sup> *Ibidem*, § 88. Pág. 47.

<sup>1094</sup> *Ibidem*, § 136. Págs. 71-72.

<sup>1095</sup> *Ibidem*, §§ 137-141. Págs. 72-75.

<sup>1096</sup> *Ibidem*, § 154. Págs. 80.

<sup>1097</sup> *Ibidem*, § 155. Págs. 80-81.

<sup>1098</sup> *Carta a John Norvell*, 11 de junio de 1807. Volumen XI. Págs. 222-223. *Carta a Benjamin Galloway*, 2 de febrero de 1812. Volumen XIII. Pág. 130. *Carta a Henry Lee*, 8 de mayo de 1825. Volumen XV. Págs. 118-119.

sino que debe estar esencial y radicalmente en el pueblo, de quien sus delegados y representantes obtienen todo lo que tienen.<sup>1099</sup>

De acuerdo con las palabras de Sidney, la única rama del Parlamento que se atiene a su descripción es la Cámara de los Comunes, de forma que el poder legislativo únicamente ha de estar en manos de los representantes y delegados del pueblo, no de los nobles o del Rey.

Pese a que Thomas Jefferson no tuvo gran aprecio por William Blackstone y siempre prefirió a Edward Coke<sup>1100</sup>, es innegable que el pensamiento jurídico de ambos fue decisivo en la construcción de la mentalidad política y jurídica de los colonos que devendrían en estadounidenses<sup>1101</sup>.

Sobre la obra de Blackstone y su recepción de Coke se fundó la idea de la soberanía parlamentaria, en acertada formulación de Dicey<sup>1102</sup>, que se transfirió a las colonias norteamericanas. Blackstone mantuvo en sus *Commentaries on the Laws of England* que:

el poder y la jurisdicción del Parlamento, dice Sir Edward Coke, es tan trascendente y absoluto que no puede ser confinado, ni por las materias ni por las personas, dentro de ningún límite. [...] Tiene soberanía y una autoridad no susceptible de control para hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, derogar, volver a dar vigencia e interpretar las leyes de todas las materias de todas las denominaciones posibles: siendo el Parlamento el sitio donde el poder despótico absoluto, que en todos los gobiernos debe residir en algún lugar, fue confiado por la constitución de estos reinos. [...] Es verdad que lo que el Parlamento hace, ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacer.<sup>1103</sup>

---

<sup>1099</sup> Algernon Sidney: *Discourses concerning the Government*. Volumen II. G. Hamilton y J. Balfour. Edimburgo, 1710. Pág. 368. "We know no laws but our own statutes, and those immemorial customs established by the consent of the nation; which may be, and often are changed by us. The legislative power therefore that is exercised by the parliament, cannot be conferred by the writ of summons, but must be essentially and radically in the people, from whom their delegates and representatives have all that they have."

<sup>1100</sup> Merrill D. Peterson: *Thomas Jefferson and the New Nation. A biography*. Oxford University Press. Oxford y otros, 1975. Págs. 16.

<sup>1101</sup> *Carta al gobernador John Tyler*, 26 de mayo de 1810. Volumen XII. Pág. 392.

<sup>1102</sup> A. V. Dicey titula "The nature of the Parliamentary Sovereignty" al primer capítulo de la primera parte de su obra *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. MacMillan Press. Londres y otros, 1979.

<sup>1103</sup> William Blackstone: *Commentaries on the Laws of England. Book 1: Of the Rights of the Persons*. Op. Cit. Pág. 107. En la primera edición pág. 156. "The power and jurisdiction of parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. [...] It hath sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is intrusted by

Previamente Blackstone había señalado los componentes del Parlamento: el Rey, los lores espirituales y temporales en su Cámara y los comunes en la suya. La primacía parlamentaria solamente puede reclamarse cuando las tres ramas actúan conjuntamente y entonces el Rey presta el *Royal Assent* a los proyectos de Ley aprobados por las dos cámaras (*King-in-Parliament*)<sup>1104</sup>.

### 3. Las legislaturas. De las colonias a los estados

Las trece colonias tenían instituciones representativas consolidadas antes de la Revolución y de la Guerra. Frente a ejecutivos nombrados y controlados por la Corona y a una judicatura dependiente de estos ejecutivos, las asambleas legislativas eran las únicas instituciones donde los colonos tenían voz y participación en los asuntos de sus territorios.

No podemos pensar que estas asambleas legislativas operaban con un amplio margen de libertad ya que se encontraban sometidas a un conjunto de vetos sucesivos entre los que se encontraban los del gobernador colonial, el del Consejo Privado y el del propio Rey. Unos vetos que no eran meros recursos ornamentales sino que eran ejercidos frecuentemente. De hecho en la Declaración de Independencia uno de los agravios imputados al rey Jorge III fue el uso del veto para paralizar leyes de reforma aprobadas por las legislaturas de las colonias.

No es de extrañar entonces que las asambleas legislativas se convirtieran en la expresión privilegiada de la naciente libertad política y que en la configuración de los estados en el proceso de independencia primara sobre todo la institución legislativa sobre las demás como expresión de un gobierno libre y republicano. Las asambleas no solamente tenían el poder legislativo, también tenían las prerrogativas que la tradición inglesa había atribuido al poder ejecutivo<sup>1105</sup>.

---

the constitution of these kingdoms. [...] True it is, that what the parliament doth, no authority upon earth can undo.”

<sup>1104</sup> Sobre la evolución del concepto de la soberanía parlamentaria puede verse: Joaquín Varela-Suanzes: “La Soberanía en la Doctrina Británica” en *Fundamentos*. Volumen 1 (1998). Disponible en: <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/primer/index.html>

<sup>1105</sup> Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787*. *Op. Cit.*, Págs. 162-163. Ni siquiera en el periodo de la *Commonwealth* el Parlamento entendido como la Cámara de los Comunes tuvo un poder omnímodo, ya que el *Instrument of Government* limitó tanto sus funciones que fueron puestas por debajo incluso de las funciones nominales que le correspondían al Parlamento durante la Monarquía. Cf. Ricardo Cueva Fernández: “Una Constitución Republicana Inglesa. El *Instrument of Government* de la *Commonwealth* (1653-1657)” en *Derecho y Libertades*. Núm. 26. Época II (2012). Págs. 277-279.



La principal consecuencia de esa concepción es que el poder legislativo, al representar al pueblo y ser delegado directo de éste, es el poder supremo. Hicieron propia la idea de la supremacía parlamentaria aunque con una asamblea legislativa que no era reflejo de un gobierno mixto del constitucionalismo británico tales como la intervención de la Cámara de los Lores o la posibilidad de no contar con el *Royal Assent*.

Solamente tres de las primeras constituciones de los estados previeron el veto sobre los actos legislativos: Carolina del Sur mantuvo el veto absoluto en la constitución provisional de 1776, pero desapareció dos años después en la constitución de 1778; Nueva York en 1777 lo encomendó a un Consejo de Revisión compuesto por el gobernador, el canciller y los jueces del Tribunal Supremo; Massachussets en 1780 restableció el veto, aunque limitado. Todos los vetos que perduraron eran superables por el legislativo<sup>1106</sup>, lo cual manifiesta que en caso de conflicto entre el ejecutivo y el legislativo, éste se resuelve a favor del legislativo si la decisión hubiera sido tomada con mayorías consistentes y tenderá al ejecutivo si lo ha sido con mayoría más débiles.

Las asambleas legislativas comenzaron una labor de incesante legislación, animados por un espíritu entusiasta, pero sin un plan legislativo ni con los requerimientos técnicos necesarios como para dar sentido y eficacia a la frenética actividad legislativa.

Se produjeron varios efectos indeseados: una inflación normativa que afectaba a la propia eficacia de la ley y también a su *auctoritas*, la incapacidad para determinar en muchas ocasiones la norma aplicable a los diferentes casos tras numerosas modificaciones<sup>1107</sup> y, sobre todo, la afeción de derechos individuales que se consideraban dignos de protección e inmunes de la interferencia legislativa, tales como el derecho de propiedad o el derecho a un juicio por medio de un jurado<sup>1108</sup>.

El propio Thomas Jefferson, al referirse a la Constitución de Virginia en *Notes on Virginia* indicó que:

Todos los poderes del gobierno, legislativo, ejecutivo y judicial recaen en el cuerpo legislativo. La concentración de estos poderes en las mismas manos es precisamente la definición de despotismo. No rebajará el despotismo que estos poderes sean ejercidos

---

<sup>1106</sup> John A. Fairle: "The Veto Power of the State Governor" en *The American Political Science Review*. Vol. 11. Num. 3 (1917). Pág. 475.

<sup>1107</sup> James Madison: "The Federalist Papers 62" en *The Federalist Papers*. Pág. 306.

<sup>1108</sup> James Madison: "The Federalist Papers 49" en *The Federalist Papers*. Pág. 248.

por una pluralidad de manos y no por una sola. Ciento setenta y tres déspotas. Ciento setenta y tres déspotas serían con seguridad tan opresivos como uno solo.<sup>1109</sup>

Como hemos señalado al tratar el poder ejecutivo, la experiencia de Jefferson al frente del poder ejecutivo de Virginia le disuadió de la necesidad de que dicho poder fuera independiente del legislativo y de terminar con el modelo de la omnipotencia legislativa.

James Madison, en su magistral escrito “Vices of the political system of the United States”, se refiere a determinados vicios que se dan en la política de los estados que deben ser sanados. Se refiere a la inadecuada garantía que hay contra la violencia interna que puede hacer que un grupo minoritario se haga con el poder, la multiplicidad de las leyes estatales y el cambio continuo de éstas, la injusticia que se contiene en estas leyes de la que pueden ser tan culpables los representantes como el pueblo mismo<sup>1110</sup>.

Gordon S. Wood insiste en que en las críticas a la actividad de las legislaturas hay un componente social muy importante que no se debe olvidar. Las asambleas legislativas fueron conscientes desde el principio que la Independencia no había sido el único objetivo de la Revolución, sino que también se pretendía un cambio social que aliviase las desigualdades existentes, que en algunas partes eran abismales<sup>1111</sup>.

Cabe en consecuencia hacer una contralectura de las tradicionales acusaciones de que las asambleas legislativas de los estados asumieron un papel tiránico al entender que esas acusaciones, en muchos casos, eran hechas desde estratos de población que se encontraban en una posición de ventaja jurídica que se alteró con las decisiones de las asambleas.

Solamente las clases más altas podían verse afectadas por la confiscación de propiedades (de lealistas al Rey) o por la suspensión de los procedimientos de ejecución de deudas, mientras que las clases populares se veían apoyadas. Muchas de estas asambleas aprobaron leyes privadas para aliviar a deudores concretos (*acts for relief*) de modo que se entendía que el legislativo asumía una función del judicial al decidir un caso particular en lugar de los jueces, pues se podía conseguir una resolución a medida

---

<sup>1109</sup> *Notas sobre Virginia*. Volumen II. Págs. 162-163. “All the powers of government, legislative, executive, and judiciary, result to the legislative body. The concentrating these in the same hands is precisely the definition of despotic government. It will be no alleviation that these powers will be exercised by a plurality of hands, and not by a single one. One hundred and seventy-three despots would surely be as oppressive as one.”

<sup>1110</sup> James Madison: “Vices of the political system of the United States”, abril de 1787. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0187>

<sup>1111</sup> Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787*. Op. Cit., Págs 402-403. Sobre este conflicto véase: Terry Bounton: *Taming Democracy. “The People”, the Founders, and the Troubled Ending of the American Revolution*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2007.

de los intereses del peticionario (normalmente más justa), con más celeridad y sin las costas del procedimiento judicial<sup>1112</sup>. Estamos ante el enfrentamiento entre la igualdad y hasta la justicia material frente a la seguridad jurídica y la justicia formal.

Hubo un fuerte movimiento para reconducir la situación, que culminó en la Convención de Filadelfia, donde se instituyó al Legislativo Federal con medios para frenar las leyes de los estados y al pueblo y además donde se estudiaron algunos mecanismos para prevenir la extensión del Legislativo Federal. De hecho buena parte de las prohibiciones a las legislaturas estatales contenidas en la sección 10 del Artículo I de la Constitución Federal pretenden limitar la primacía de estas asambleas que les otorgaban sus constituciones estatales. Algunas de las prohibiciones son emitir billetes de crédito, pagar sus deudas con otro medio que no sea el oro o la plata, aprobar leyes de conscripción, aprobar leyes con efectos retroactivos y aprobar leyes para alterar las obligaciones y las cláusulas contractuales<sup>1113</sup>, es decir, la Constitución Federal prohíbe aprobar leyes (dirigido a los legislativos) que afecten esas materias o implica injerencias no autorizadas. Estas prohibiciones constituyen un catálogo que resume las actuaciones más preocupantes, desde la perspectiva de los *framers*, de entre las llevadas a cabo por las legislaturas estatales.

Los sectores de la sociedad más asustados por los legislativos democráticos intentaron acentuar la división en dos cámaras de las legislaturas estatales, con una segunda cámara que pudiera representar al sector aristocrático de la sociedad y estuviera dotada de poderes eficaces, pero sus intentos quedaban encallados porque no encontraron una fórmula para justificar una composición alternativa sin violentar los principios revolucionarios<sup>1114</sup>.

Jefferson, a propósito del Senado de Virginia, escribió a Edmund Pendleton comunicándole que era partidario de un Senado que represente la sabiduría, y no la renta o la propiedad, y que a su vez fuera independiente. Para conseguir esa independencia hay que garantizar en primer lugar que la elección la hagan electores elegidos por el pueblo pero no el pueblo directamente y que los elegidos estén en el cargo durante un mandato de nueve años, renovándose los senadores un tercio cada tres años, no pudiendo ser nunca reelegidos para volver a la masa del pueblo y así padecer lo acertado o desacertado de sus decisiones y no tener tentaciones en el ejercicio del cargo

---

<sup>1112</sup> *Ibidem.*, Pág. 408.

<sup>1113</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 10: "No State shall [...] emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, [...]."

<sup>1114</sup> Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787*. *Op. Cit.*, Pág. 370.

de cara a una eventual reelección como sería decidir en virtud de lo que le serviría para ser reelegido<sup>1115</sup>.

Reconoce Jefferson que el gran problema político y constitucional de los años ochenta es la tiranía legislativa, pues la experiencia británica inmunizó a los estadounidenses contra el ejecutivo y sus tendencias tiránicas. Jefferson que vaticinó que el problema se extendería muchos años, se mostró conforme con el diseño de la Convención de 1787, salvo en lo relativo a la reelección sin límite de los senadores, la posibilidad de reelección y la ausencia de un *Bill of Rights*<sup>1116</sup>.

A pesar de todos los problemas que se derivaban de las primeras constituciones estatales, Thomas Jefferson considera que

[...] podemos decir con confianza que la peor de las constituciones americanas es mejor que la mejor que haya existido nunca, en cualquier otro país, que ellas son maravillosamente perfectas para ser un primer ensayo, pues cada ensayo humano debe tener defectos.<sup>1117</sup>

#### 4. Un Legislativo Federal

Es difícil categorizar qué era el Congreso bajo los Artículos de la Confederación, pues tenía poderes ejecutivos (pese a poder delegar ese poder en órganos creados con ese fin), poderes naturalmente legislativos y monopolizaba o intentaba monopolizar las relaciones internacionales y la adopción de tratados con otras potencias y sobre todo con los indios e incluso poseía un residual poder judicial al ser competente de juzgar las disputas interestatales<sup>1118</sup>.

El Artículo IX establecía la regla general de la mayoría absoluta (siete estados) para cualquier decisión<sup>1119</sup>, pero una serie de materias quedaron reservadas a una mayoría cualificada (nueve estados<sup>1120</sup>). El Artículo X contemplaba la mayoría de nueve

<sup>1115</sup> *Carta a Edmund Pendleton*, 26 de agosto de 1776.

<sup>1116</sup> *Carta a James Madison*, 15 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 312.

<sup>1117</sup> *Carta a Thoman Mann Randolph Jr*, 6 de julio de 1787. Volumen VI. Pág. 165. “[...] we may say with confidence, that the worst of the American constitutions is better than the best which ever existed before, in any other country, and that they are wonderfully perfect for a first essay, yet every human essay must have defects.”

<sup>1118</sup> *Carta a James Madison*, 20 de junio de 1787. Volumen VI. Págs. 131-132.

<sup>1119</sup> *Artículos de la Confederación*. Artículo IX §7: “nor shall a question on any other point, except for adjourning from day to day, be determined, unless by the votes of a majority of the united states in congress assembled”.

<sup>1120</sup> *Artículos de la Confederación*. Artículo IX §6: “The united States, in congress assembled, shall never engage in a war, nor grant letters of marque and reprisal in time of peace, nor enter into any treaties or alliances, nor coin money, nor regulate the value thereof nor ascertain the sums and expenses necessary for the defence and welfare of the united states, or any of them, nor emit bills, nor borrow money on

para el Comité de los Estados y el Artículo IX para la admisión de otras colonias en la Unión. Finalmente el Artículo XIII exigía la unanimidad de todos los estados para la enmienda de los Artículos de la Confederación.

El Congreso representaba a los estados, cada uno de ellos tenía un voto, y por ello podía dar más la sensación de ser una conferencia diplomática permanente que el órgano de gobierno de un Estado como pensó John Adams y le criticó Jefferson<sup>1121</sup>.

Sostuvo Adams que:

El pueblo de América y sus delegados reunidos en Congreso fueron de la opinión de que una sola asamblea era la vía adecuada para la dirección de todos sus asuntos federales, y por una buena razón porque el Congreso no es una asamblea legislativa, ni una asamblea representativa, sino que es solamente una asamblea diplomática. Se ha encontrado que un único consejo responde muy bien a las finalidades de las confederaciones. Pero en todos los casos los representantes son responsables durante su nombramiento; su autoridad está claramente establecida y los estados, con sus poderes separados, son los que ejercen el control.<sup>1122</sup>

El proceso de toma de decisiones en el Congreso de la Confederación tenía graves problemas porque era sumamente fácil conseguir una minoría de bloqueo en cualquier asunto de relevancia, que eran todos para los que se exigía la mayoría de nueve estados.

La Confederación colapsó precisamente por una revuelta, la Rebelión de Shays, a la que no fue capaz de responder por la imposibilidad de encontrar el dinero y los medios adecuados para organizar una fuerza militar a fin de sofocar la insurrección. Esta rebelión marcó decisivamente a la Convención de 1787.

A pesar de todas las cautelas que se habían generado en torno a las asambleas legislativas de elección popular, el principio de que el legislativo es el primer poder en un sistema republicano es enunciado hasta en *The Federalist Papers*<sup>1123</sup> y, tras la

---

the credit of the united states, nor appropriate money, nor agree upon the number of vessels of war to be built or purchased, or the number of land or sea forces to be raised, nor appoint a commander in chief of the army or navy, unless nine states assent to the same".

<sup>1121</sup> Carta a John Adams, 23 de febrero de 1787. Volumen VI. Pág. 98.

<sup>1122</sup> John Adams: *Defence of the Constitutions of Government of the United States of America*. Op. Cit., Págs. 362-363. "The people of America, and their delegates in congress, were of opinion, that a single assembly was every way adequate to the management of all their foederal concerns; and with very good reason, because congress is not a legislative assembly, nor a representative assembly, but only a diplomatic assembly. A single council has been found to answer the purposes of confederacies very well. But in all-such cases the deputies are responsible to the dates; their authority is clearly ascertained; and the states, in their separate capacities, are the checks."

<sup>1123</sup> James Madison: "The Federalist Papers 51" en *The Federalist Papers*. Pág. 257.

Constitución, cuando el Congreso decide con el asentimiento de dos tercios de cada una de sus dos cámaras solamente tiene por encima la Constitución. De hecho Jefferson, como ya se ha hecho notar, consideró una perversión del sistema que el centro se desplace del Congreso a la Presidencia<sup>1124</sup> y los republicanos, al menos en sus discursos, siempre mantuvieron esta posición<sup>1125</sup>.

No en vano hay que señalar que casi todos los poderes del Gobierno Federal se encuentran en el Artículo I de la Constitución, que es el dedicado al Congreso. Con la excepción de los poderes propios y estrictos del ejecutivo y del judicial, todo lo que puede hacer el Gobierno Federal ha de devenir de un poder del Congreso.

Los *framers* consideraron necesario que el Legislativo Federal, el Congreso, fuera al menos parcialmente expresión de la ciudadanía de los Estados Unidos y para ello constituyeron la Cámara de Representantes. Los únicos cargos públicos federales elegidos directamente por los ciudadanos eran los representantes, pues el Presidente es elegido a través del Colegio Electoral (cuyos miembros podían ser elegidos por las legislaturas estatales o directamente por los ciudadanos), el Senado por elección de las legislaturas estatales y la Judicatura fruto del acuerdo (nominación y ratificación) entre el Presidente y el Senado.

Pese a los intentos por “refinar” la Cámara de Representantes respecto de lo que eran las asambleas legislativas de los estados, el federalista Fisher Ames se quejaba amargamente de lo que era la Cámara en los Primeros Congresos:

Me sentí mortificado por la abatida decadencia de muchos aquí, con respecto a los grandes objetos del gobierno; su responsabilidad ante la impresión de *argumentum ad populum*; sus prejuicios estatales; su espíritu excesivamente delicado en relación con pequeñeces; el apego a algunas formalidades angustiantes en los asuntos, y que será una maldición para toda celeridad y para todo el espíritu de negociación.<sup>1126</sup>

La Cámara de Representantes tiene un mandato muy reducido, dos años, pasados los cuales se renueva en su totalidad. Debe haber un representante por, al menos, treinta mil habitantes, sin establecer un máximo de representantes y al menos un representante

<sup>1124</sup> Carta a John Wayles Eppes, 17 de enero de 1810. Volumen XII. Pág. 343.

<sup>1125</sup> Henry James: *History of the United States during the Second Administration of Thomas Jefferson*. Op. Cit. Volumen II. Págs. 361-362.

<sup>1126</sup> “I felt chagrined at the yawning listlessness of many here, in regard to the great objects of the government; their liableness to the impression of argument *ad populum*; their state prejudices; their overrefining spirit in relation to trifles; the attachment to some distressing formalities in business, and which evil be a curse to all despatch and spirit of transacting it” citado en Ralph Volney Harlow: *The History of Legislation Methods in the period before 1825*. Yale University Press y otros. New Haven (Co.) y otros. 1917. Pág. 125. En el mismo sentido y ya en la época jacksoniana, Alex de Tocqueville indicaba grandes diferencias en la composición de la Cámara de Representantes y del Senado: Cf. Alexis de Tocqueville: *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. Pág. 217.

en cada estado. Durante la vida de Jefferson la Cámara pasó de ciento cinco representantes con el Censo de 1790 a doscientos trece con el Censo de 1820, una posibilidad ya anunciada por Madison<sup>1127</sup> en respuesta a críticas antifederalistas de Brutus que objetó lo reducido del número de miembros de la Cámara de Representantes (y por tanto potencialmente menos representativa), cuando el Parlamento Británico en aquella época tenía 558 miembros<sup>1128</sup>. Pese a que la Constitución dispuso una Cámara reducida para el Primer Congreso (1789-1791), la tendencia era que la Cámara fuera grande y reflejase la pluralidad y diversidad de cada estado.

El acuerdo para calcular la representación en la Cámara fue polémico ya que contaba a tres quintos de la población esclava, la cual no tenía derecho a voto, de modo que los estados del Sur tenían una representación mayor a la que les hubiera correspondido teniendo en cuenta únicamente a la población libre que era la única que podía acceder al voto. Es cierto que la representación estaba vinculada a la tributación del estado, de forma que si bien era cierto que los estados sureños estaban sobrerrepresentados, también era que tenían mayores obligaciones fiscales para con el Gobierno Federal en caso de una imposición general.

Jefferson fue escéptico al principio acerca de la capacidad de la Cámara de Representantes para gestionar los asuntos de la Federación, tanto los relativos a los asuntos exteriores, que para él eran el principal objetivo del Gobierno Federal, como a los asuntos relativos a los poderes delegados<sup>1129</sup>. De acuerdo a la marcha de los acontecimientos y al ser la Cámara la única institución federal que podía frenar el poder federalista, Jefferson se reencontró con esta Cámara para tenerla como el elemento más republicano de todo el Gobierno Federal<sup>1130</sup>, al ser elegida directamente por los ciudadanos.

El gran cambio del Congreso de la Constitución respecto del Congreso de la Confederación fue el sistema de voto. En 1787 se estableció que el voto fuera por representantes y no por estados (salvo en la elección del Presidente), de modo que se rompía la dinámica de decisiones interestatales por una más nacional donde los representantes de un estado podían tomar posturas diferentes. Jefferson encuentra positivo este cambio<sup>1131</sup>.

---

<sup>1127</sup> James Madison: "The Federalist Papers 55" en *The Federalist Papers*. Pág. 236-237.

<sup>1128</sup> M. N. S. Sellers: *Op. Cit.*, Pág. 157.

<sup>1129</sup> *Carta a John Adams*, 13 de noviembre de 1787. Volumen VI. Pág. 370.

<sup>1130</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 21. *Carta a Samuel Kercheval*, 12 de julio de 1816. Volumen XV. Págs. 33-34.

<sup>1131</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 387.

La cuestión de cuántos representantes le correspondía a cada estado en la Cámara se trasladó al Senado, que quedó configurada como una cámara donde estarían representados los estados. Entre los estados pequeños existía el temor a que una coalición de estados de más tamaño terminara con arrebatarles cualquier capacidad de decisión, un temor mucho más teórico que real porque las diferencias de intereses entre los grandes estados (Massachusetts, Virginia o Nueva York) y los pequeños eran tales que difícilmente iban a converger en un interés común del que quedarán excluidos los estados pequeños.

Ya en el Segundo Congreso Continental (1775-1781) este problema era de máximo interés dado que una decisión por estados no implicaba que fuera una decisión mayoritaria del pueblo de los Estados Unidos y a la inversa, una decisión mayoritaria de los estados no conllevaba que fuera mayoritaria de los representantes de la población.

Jefferson propuso una doble mayoría dentro del Congreso de la Confederación:

El punto de representación es lo que más me alarma, ya que me temo que las grandes y pequeñas colonias están vehementemente decididas a no ceder. ¿Sería tan amable como para recordar la proposición que antes le hice en privado e intentar si puede convertirla en algo bueno para salvar a nuestra unión? Era que cualquier proposición podría ser rechazada por los representantes de la mayoría de los pueblos de América o de la mayoría de las colonias de América. El primero salvaguarda a las colonias primeras y el segundo a las más pequeñas.<sup>1132</sup>

Es cierto que nuestro autor no propuso el desdoblamiento del Congreso en dos cámaras, pero sí que buscó una forma para conciliar ambas posturas que es precursora del bicameralismo estadounidense al tener en cuenta una doble representación, aunque ello no suponía desdoblar la cámara.

El conflicto federal fue uno de los puntos de más desencuentro en la Convención de 1787, hasta estar a punto de ocasionar el fracaso de la misma, aunque finalmente se llegó a un acuerdo. El Gran Compromiso o Compromiso de Connecticut otorgaba a cada estado la misma representación en el Senado, esto es, cada estado tendría dos senadores independientemente de su población<sup>1133</sup>, lo que le compensaba la desventaja

---

<sup>1132</sup> *Carta a John Adams*, 16 de mayo de 1777. Volumen IV. Pág. 287. "The point of representation is what most alarms me, as I fear the great and small colonies are bitterly determined not to cede. Will you be so good as to collect the proposition I formerly made you in private, and try if you can work it into some good to save our union? It was, that any proposition might be negated by the representatives of a majority of the people of America, or of a majority of the colonies of America. The former secures the larger, the latter, the smaller colonies."

<sup>1133</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 3: "The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, [chosen by the Legislature] thereof, for six Years; and each Senator shall have one Vote."



de los estados pequeños en la Cámara de Representantes. Además se establecía que esa representación no puede ser alterada sin consentimiento de los estados afectados<sup>1134</sup>.

Los senadores eran elegidos por las legislaturas de los estados, por un mandato de seis años, sin limitación de reelecciones y renovándose un tercio del Senado cada dos años. La elección indirecta y la posibilidad de reelección ilimitada hacen que Jefferson considere que el Senado es, con la excepción de la Judicatura, la parte menos republicana del Gobierno Federal, como hemos indicado anteriormente<sup>1135</sup>.

El bicameralismo de los Estados Unidos no es simétrico, ya que hay decisiones que el Senado puede tomar sin contar con la Cámara de Representantes, tales como la confirmación de los cargos federales más importantes y la autorización para ratificar un tratado internacional. Lo único que tiene vedado el Senado es la fase de acusación en el procedimiento de *impeachment* y el comienzo de la tramitación de las leyes tributarias que sí corresponden en exclusiva a los representantes.

Los federalistas habían alentado la formación de senados donde las clases más pudientes pudieran tener la mayoría y ser un freno contra las decisiones de la cámara de extracción popular. La gran dificultad que encontraban era justificar su manifiesta intención aristocrática dentro de un esquema republicano con un fuerte sentido democrático y esa dificultad, dentro de la Constitución Federal, se allanó con la idea de que el Senado representa a los estados de los Estados Unidos y no al pueblo de los Estados Unidos<sup>1136</sup>.

#### 4.1. Legislativo limitado

La Constitución de 1787 configuró un poder legislativo sometido a controles en su labor legislativa. Un primer control es el interno, pues es necesario que dos cámaras elegidas por criterios diferentes converjan en una sola voluntad, sin que la una prime sobre la otra. El segundo control es externo y lo representa el veto presidencial, que Jefferson defendió. En el diseño primitivo del proceso legislativo<sup>1137</sup> hay tres actores con capacidad de veto (cada cámara y el Rey), pues todos han de converger para que un

---

<sup>1134</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo V *in fine*: “and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.”

<sup>1135</sup> Jefferson refiere a James Madison las palabras que John Adams le dirigió sobre la función del Senado. *Carta a James Madison*, 22 de febrero de 1798. Volumen IX. Págs. 445-446.

<sup>1136</sup> Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787*. *Op. Cit.*, Pág. 558.

<sup>1137</sup> El sistema de comités no se estableció hasta 1816 siendo Speaker Henry Clay en 1816, lo que por una parte dio un interlocutor en la Cámara en cada asunto a los representantes del Ejecutivo, pero por otro creó un complejo procedimiento que multiplicó el número de jugadores con veto. Sobre el proceso de instauración de los comités en los legislativos estadounidenses puede verse: James Sterling Young: *The Washington Community 1800-1828*. HBJ Book. Nueva York y Londres, 1966. Pág. 132.

proyecto de Ley se transforme en Ley. Específicamente los constituyentes entendieron que ponían un doble veto sobre los vaivenes democráticos de la Cámara de Representantes, haciendo que ésta tuviera que atemperarse si deseaba poder aprobar una parte de su agenda legislativa.

La otra gran limitación que tendrá el poder legislativo federal será el establecimiento de la *Revisión Judicial de las Leyes* por parte de los tribunales federales, que trataremos más adelante y donde Jefferson tendrá un especial protagonismo.

El legislativo, aunque es el depositario de los poderes delegados del Gobierno Federal, tiene límites en su actividad legislativa. Antes de 1808 no podía prohibir la importación de esclavos, aunque sí gravarla con un impuesto no superior a diez dólares, no puede suspender el privilegio de *habeas corpus* salvo en caso de invasión o rebelión y que lo requiera la seguridad pública, aspecto que encontró la oposición de Thomas Jefferson desde el periodo de la ratificación<sup>1138</sup>. El Congreso no podía aprobar leyes de proscripción (*Bill of Attainder*)<sup>1139</sup> o leyes con efectos retroactivos, establecer impuestos directos salvo en la proporción a la representación del estado<sup>1140</sup>, no puede establecer impuestos a la exportación, privilegiar puertos, ni conceder títulos de nobleza.

---

<sup>1138</sup> *Carta a Alexander Donald*, 7 de febrero de 1788. Volumen VI. Pág. 425. También en *Carta a James Madison*, 31 de Julio de 1788. Volumen VII. Pág. 97-98. *Carta a James Madison*, 28 de agosto de 1789. Volumen VII. Pág. 451. *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 9 de septiembre de 1792. Volumen VIII. Pág. 400. *Carta a Archibald Hamilton Rowan*, 26 de septiembre de 1798. Volumen X. Págs. 60-61.

<sup>1139</sup> *Bill of Attainder* o ley de proscripción es un acto legislativo que declara culpable de un delito a una persona o conjunto de personas y les impone una pena. La Constitución la prohibió tanto al Gobierno Federal como a los gobiernos estatales por violar la separación de poderes y no garantizar las mínimas garantías procesales al no haber procedimiento judicial. La prohibición de la sección 9 del Artículo I es una extensión al Gobierno Federal de la verdadera prohibición que era la de la sección 10 referida a los estados, que especialmente en el periodo revolucionario y postrevolucionario habían empleado los *Bills of Attainder* como forma de ajuste de cuentas y de incautación de bienes. Cf. Duane L. Ostler: "Bills of Attainder and the formation of the American taking clause at the Founding of the Republic" en *Campbell Law Review*. Volumen 32 (2010). Págs. 260-263.

En 1777 Thomas Jefferson redactó un proyecto de Ley de proscripción contra Josiah Philips y otros en el que se fijaba una fecha límite para su entrega y si ésta no se daba eran automáticamente declarados culpables de traición y condenados a muerte (<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-0064>). Treinta y siete años después Jefferson mantiene que al ser apresado se comprobó que era súbdito británico y podía estar bajo el amparo del Derecho Internacional por lo que el Fiscal General de Virginia decidió procesarlo como delincuente común (*Carta a William Wirt*, 14 de agosto de 1814. Volumen XIV. Pág. 170). En 1815 retoma el argumento del juez Tucker para quien el *Bill of Attainder* es el medio jurídico extraordinario para hacer justicia con el criminal que no se puede someter con los medios ordinarios, empleando incluso la fuerza militar (*Carta a Louis H. Girardin*, 12 de marzo de 1815. Volumen XIV. Págs. 272-278).

En el pensamiento romano las leyes de proscripción habían sido valoradas negativamente como fue el caso de las leyes silanas (*Lex Cornelia de proscriptione*) o la que hizo aprobar Octavio (*Lex Pedia de interfectoribus Caesaris*). Véase José Manuel Roldán: Op. Cit., Vol. I. Pág. 496 y Vol. II. Pág. 15.

<sup>1140</sup> Limitación abolida por la XVI Enmienda, aprobada por el Congreso el 2 de julio de 1909 y ratificada por los estados el 3 de febrero de 1913.

A las limitaciones de la Constitución de 1787 le hemos de añadir las que se añadieron en el *Bill of Rights*. Sin ánimo de ser exhaustivo en cuanto a los desarrollos jurisprudenciales, los derechos contenidos en la Declaración de Derechos, y por tanto limitativos, son: imposibilidad de declarar oficial una religión y de regular el ejercicio de la religión; imposibilidad de limitar la libertad de expresión o de prensa, el derecho de reunión pacífica o el derecho de petición; el derecho a tener y portar armas; el derecho a no alojar tropas en tiempos de paz o de hacerlo según estipule la ley en tiempos de guerra; el derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio, documentos o efectos salvo orden judicial basada en una causa probable; el derecho al juicio penal con un jurado imparcial compuesto por personas del lugar; derecho a conocer la acusación; derecho de contradicción con los testigos; el derecho a obligar a comparecer a los testigos propios; el derecho de asistencia letrada; la prohibición de la doble incriminación; el derecho al debido proceso legal para privar de vida, libertad o propiedad; el derecho al justiprecio en caso de expropiación; el derecho al jurado en procedimientos de *Common Law* de cuantía superior a veinte dólares; el derecho a un juicio público y rápido; el derecho a no ser castigado con penas o multas excesivas, crueles o inusuales.

Pero las limitaciones constitucionales al ejercicio de las potestades no se agotan en las disposiciones constitucionales, sino que la propia organización del Congreso limitaría sus trabajos. Las condiciones de vida de los representantes y senadores, que se hacinaban en barracones a los que se les llamaba pensiones hacia muy dura la tarea legislativa. El tiempo de servicio de los congresistas eran muy escasos y había una mixtura muy amplia de edades, procedencia, intereses e ideas que, unida a la volatilidad de los miembros, imposibilitaban la necesaria calma<sup>1141</sup>.

El Congreso tenía ordinariamente dos periodos de sesiones y cuando se disolvía la actividad legislativa y política se detenía absolutamente, diluyéndose los senadores y los representantes en la extensión de los Estados Unidos. El Congreso no disponía casi de personal propio<sup>1142</sup>, los congresistas no tenían despachos y se instalaron pupitres en las cámaras para que pudieran trabajar.

Quizá la carencia más importante del Congreso era la de los recursos auxiliares para asesorar a los congresistas, especialmente en materia financiera y tributaria. Esta falta de medios hizo que el Congreso dependiera del Departamento del Tesoro, tanto en tiempos de Hamilton como en los de Gallatin, para poderse orientar en la redacción de

---

<sup>1141</sup> James Sterling Young: *Op. Cit.*, Págs. 90-97.

<sup>1142</sup> *Ibidem*. Pág. 31. En 1802 la plantilla del Congreso era de trece personas entre administrativos, oficiales y bibliotecarios para atender a ciento treinta y nueve miembros del Congreso.

las leyes y tener datos y previsiones con fundamentos reales. La carencia de medios técnicos tuvo como consecuencia la limitación de la capacidad del Congreso y cierto sometimiento al Ejecutivo, habiéndose dado el extremo de haber afirmado Hamilton que el Congreso no podía modificar ninguna ley financiera, solamente aprobarla o rechazarla como un todo<sup>1143</sup>.

Los asuntos exteriores eran la otra materia que ocupaba la mayor parte del trabajo de los representantes y los senadores ya que era uno de los poderes de la Unión que no admitía discusión ni duda. Al ser una de las competencias más propias del poder ejecutivo, le otorgaban a éste preeminencia fáctica sobre el Congreso, pues era el secretario de Estado quien recibía la información de los diplomáticos estadounidenses y de los extranjeros acreditados en Washington y tenía una información imposible de adquirir por el Congreso, que no era raro que tuviera que realizar sesiones secretas para algunos temas<sup>1144</sup>.

Al referirnos a las relaciones informales del poder ejecutivo con el poder legislativo indicábamos la transformación que éstas vivieron en los tiempos de la presidencia de Jefferson hacia la preponderancia del Presidente como líder político y director de la agenda legislativa, así como la conformación de una organización interna. Esto es cierto durante los ocho años de Jefferson que mantuvo un cierto liderazgo carismático sobre los demócratas-republicanos, pero Madison y los restante presidentes jeffersonianos perdieron el control del Congreso<sup>1145</sup>.

Jefferson, al no querer designar directamente a Madison como su candidato a la Presidencia, creó un sistema que otorgaba nominalmente a los congresistas de su partido el poder de ser quiénes elegían al candidato demócrata-republicano a la Presidencia, lo que equivalía en la práctica a elegir al presidente<sup>1146</sup>. Ese sistema no era otro que la nominación a través del *caucus*, es decir, la reunión de los congresistas del partido que terminaba la propuesta de un candidato. Hemos señalado que era un sistema nominal, porque el candidato era el secretario de Estado del presidente saliente y la ruptura de esta tradición provocó que el partido se quebrase en las elecciones de 1824.

---

<sup>1143</sup> Ralph Volney Harlow: *Op. Cit.*, Págs. 132-144, 163, 182-183. Esta carencia del Congreso no se solucionó hasta que en 1974 por medio de la *Congressional Budget and Impoundment Control Act* (88 Stat. 297 (1974)) se estableció el *Congressional Budget Office* que proporciona evaluación presupuestaria y económica sobre los proyectos de Ley que los congresistas presentan y depende únicamente del poder legislativo.

<sup>1144</sup> James Sterling Young: *Op. Cit.*, Págs. 160-161. Mildred Amer: "Secret sessions of the House and the Senate". Congressional Research Service – Library of Congress. Washington DC, 2008. Pág. 2.

<sup>1145</sup> Ralph Volney Harlow: *Op. Cit.*, Pág. 192.

<sup>1146</sup> James Sterling Young: *Op. Cit.*, Págs. 115-116.

El *caucus* no era solamente una reunión para decidir el candidato presidencial, sino que era un modo de decidir previamente el posicionamiento de los congresistas del partido en cada uno de los asuntos, donde los líderes del partido explicaban las posiciones y se intentaba llegar a un acuerdo que permitiera que la iniciativa fuera aprobada. Los republicanos acusaron a los federalistas de decidir previamente el voto en sus reuniones internas y después ir al pleno simplemente a formalizar su decisión previa, independientemente de los argumentos del debate y aprovechando su mayoría. Los republicanos repitieron este comportamiento a partir del Séptimo Congreso (1801-1803)<sup>1147</sup>.

#### 4.2. Privilegios e inmunidades legislativos

Thomas Jefferson inició la segunda sección del *Manual de Práctica Parlamentaria* afirmando que “los privilegios de los miembros del Parlamento han ido progresando durante siglos desde unos inicios pequeños y oscuros con ritmo seguro y sin ceder nunca”<sup>1148</sup>.

Chambers sitúa el nacimiento del privilegio de no ser arrestado en la época del rey Ethelberto de Kent e indica que ya antes de su reconocimiento como ley escrita (*statutory recognition*) se excluía las causas penales<sup>1149</sup>. El mismo autor fecha en 1397 el origen del privilegio de libertad de discurso en la Cámara<sup>1150</sup>, aunque curiosamente en 1771 hubo un escándalo por la publicación de los debates parlamentarios en la prensa, como contrario al privilegio<sup>1151</sup>. En los Estados Unidos, en 1787 la nueva Constitución ordenaba la publicación de los debates y las votaciones, aunque cabía la posibilidad de declarar secreta una sesión<sup>1152</sup>.

Las inmunidades y privilegios del Congreso son limitados. Los *framers* se ocuparon poco de las inmunidades y privilegios del Congreso y establecieron sin demasiado detenimiento<sup>1153</sup> en la sección 6 del Artículo I la prohibición de que los

<sup>1147</sup> Ralph Volney Harlow: *Op. Cit.*, Págs. 175-181.

<sup>1148</sup> *A Manual of Parliamentary Practice*. Volumen. II Pág. 338. “The privileges of the members of Parliament, from small and obscure beginnings, have been advancing for centuries, with a firm and never-yielding pace.”

<sup>1149</sup> A. M. Chambers: *A Constitutional History of England*. Methuen. Londres, 1911. Pág. 233.

<sup>1150</sup> *Ibidem*. Pág. 238.

<sup>1151</sup> *Ibidem*. Pág. 238-239. El Parlamento dejó de ejercer este privilegio en 1835 cuando facilitó a los periodistas una galería y comenzó a publicar los trabajos parlamentarios.

<sup>1152</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Sección 5 del Artículo I: “Each House shall keep a Journal of its Proceedings, and from time to time publish the same, excepting such Parts as may in their Judgment require Secrecy; and the Yeas and Nays of the Members of either House on any question shall, at the Desire of one fifth of those Present, be entered on the Journal.”

<sup>1153</sup> Josh Chafetz: *Democracy's privileged few. Legislative privilege and democratic norms in the British and American Constitution*. Yale University Press. New Haven y Londres, 2007. Págs. 87-88.

representantes y senadores pudieran ser arrestados por pleitos civiles<sup>1154</sup>, cuando atiendan las sesiones o cuando estén de camino al Congreso para ejercer sus funciones representativas, así como su inviolabilidad por las opiniones dadas en el curso de los debates en el Congreso<sup>1155</sup>. Estos privilegios no le sirvieron al representante virginiano Samuel Jordan Cabell para evitar la acusación por libelo sedicioso de acuerdo con la *Sedition Act* debido al contenido de su correspondencia con sus electores.

Sobre la cuestión de si la correspondencia de los representantes tiene o no una protección constitucional mayor que la de cualquier ciudadano, Jefferson interpreta que la conexión entre el representante y los representados forman parte del núcleo esencial de la propia representación y que por tanto esta intervención judicial de la correspondencia afecta a lo más propiamente legislativo que es la representación<sup>1156</sup>, haciendo equivalente por analogía el discurso en la Cámara con la correspondencia con los electores sobre cuestiones políticas<sup>1157</sup>.

Pese a que cita precedentes ingleses, revolucionarios y virginianos, Jefferson es consciente que no hay norma expresa en la Constitución Federal que incluya entre las inmunidades del legislativo la correspondiente a la inviolabilidad de la correspondencia y se le presentan dos posibilidades: o bien considerar que no existe un régimen jurídico diferente para los representantes en esta materia o bien mantener que existe una laguna constitucional y que hay que recurrir a alguna forma de integración para salvarla.

Como hemos visto anteriormente al tratar del derecho de resistencia, Jefferson concibe el Derecho Natural como una instancia jurídica y superior a las normas positivas. Es por ello por lo que integra la laguna de la Constitución a partir del Derecho Natural considerando que la libre correspondencia y su inviolabilidad constituye un

---

<sup>1154</sup> La Constitución no menciona la detención por pleito civil, pero dado que excepciona del privilegio todos los casos penales, se entiende que únicamente se aplica a la jurisdicción civil (en este contexto todo lo que no es penal es civil). Actualmente la detención por un pleito civil es inexistente, pero en el periodo de redacción de la Constitución sí era una práctica frecuente. Cf. Josh Chafetz: *Op. Cit.*, Pág. 134.

<sup>1155</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Sección 6 del Artículo I: “[...] They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place.”

<sup>1156</sup> *To the Speaker and House of Delegates of Commonwealth of Virginia, being a Protest against Interference of Judiciary between Representative and Constituent*, 1797. Volumen XVII. Pág. 359.

<sup>1157</sup> Los periódicos de la época estaban muy lejos de parecerse a medios de información y comunicación actuales. La mayoría de ellos cubrían cuestiones locales y llenaban sus páginas con toneladas de opinión y/o propaganda. Una parte de la correspondencia de los representantes públicos y los líderes políticos tenía como finalidad suplir esta carencia y mantener informados a las personas con las que mantenían correspondencia. Parte de las cartas de Jefferson eran escritas para que circularan con mayor o menor amplitud entre el círculo del receptor. Véase: Henry James: *History of the United States during the First Administration of Thomas Jefferson*. *Op. Cit.* Volumen I. Págs. 120-121.

derecho subjetivo natural y que el Derecho positivo no lo crea, sino que únicamente puede protegerlo. También mantuvo que la inviolabilidad de la correspondencia entre ciudadanos es parte de los derechos naturales que asisten a toda persona<sup>1158</sup>, sea física o jurídica<sup>1159</sup>.

Por ello la correspondencia del representante Jordan Cabell estaba protegida por la propia naturaleza de la representación que desempeñaba, esto es, por el Derecho Natural más allá de la representación política y el silencio de la Constitución en esta materia. La inviolabilidad de la correspondencia, junto a la capacidad que tiene cada una de las ramas del gobierno para mantener su margen propio y la propiedad esencial del gobierno representativo, edifican un constructo jurídico superior al derecho de los ciudadanos y que por tanto, a diferencia de los ciudadanos, el poder judicial no puede violentar ni siquiera dentro de un procedimiento judicial.

Señaló, en el mismo escrito, que el Gobierno Federal no es un gobierno natural y por ello no debe poder beneficiarse de las inmunidades y privilegios que el Derecho Natural o el *Common Law* conceden a los Estados<sup>1160</sup>. El Gobierno Federal solamente tiene el estricto poder concedido por los estados, y sólo posee los privilegios que constan literalmente en la Constitución, que únicamente podrían ser ampliados por medio de una ley expresa en virtud de la *proper and necessary clause*<sup>1161</sup>, que sería una aplicación jeffersoniana de los poderes implícitos. En consecuencia, defendió una lectura restrictiva del privilegio<sup>1162</sup> en el caso de establecerse<sup>1163</sup> (algo propio de la mayor parte de las interpretaciones jurídicas), mientras hizo una interpretación amplia no ya en términos de privilegio, sino considerando la inviolabilidad de la correspondencia un derecho natural indisponible de todas las personas, tanto en *Manual of Parliamentary Practice* como en *Protest against Interference of Judiciary between Representative and Constituent*.

Otros privilegios que enuncia Chambers como propios del Parlamento Británico son la regulación de la constitución de la Cámara (capacidad y adecuación de los electos), la capacidad disciplinaria respecto de los miembros de la Cámara, la determinación de las disputas electorales, monopolio penal dentro de su sede y en la violación de sus privilegios. De estos encontramos reconocidos en la Constitución todos

<sup>1158</sup> *A Manual of Parliamentary Practice*. Volume II. Págs. 360-361.

<sup>1159</sup> Sobre la titularidad de derechos naturales por parte de las personas jurídicas ya nos referidos en el apartado dedicado al concepto del derecho de resistencia.

<sup>1160</sup> *A Manual of Parliamentary Practice*. Volume II. Pág. 342.

<sup>1161</sup> *To the Speaker and House of Delegates of Commonwealth of Virginia, being a Protest against Interference of Judiciary between Representative and Constituent*, 1797. Volumen XVII. Pág. 342.

<sup>1162</sup> *A Manual of Parliamentary Practice*. Volumen. II Pág. 340.

<sup>1163</sup> Josh Chafetz: *Op. Cit.*, Pág. 135.

ellos menos los dos últimos pues hubiera supuesto asumir la jurisdicción penal<sup>1164</sup>, rompiendo la separación de poderes al convertir a las cámaras en tribunales penales.

### 4.3. Sesiones del Congreso

Los periodos de sesiones era una de las cuestiones candentes en torno a los legislativos. Tradicionalmente correspondía a los reyes llamar a sesiones a las asambleas estamentales. Esta convocatoria en muchas ocasiones no se daba con la suficiente cadencia, especialmente cuando los reyes se encontraban en una posición hegemónica y su poder parecía suficiente para gobernar sin el concurso de las asambleas estamentales. En el siglo XVII comenzaron a escasear las convocatorias en Francia<sup>1165</sup>, en España<sup>1166</sup> o en Inglaterra<sup>1167</sup>, que fue una de las causas de la caída de Carlos I<sup>1168</sup>.

---

<sup>1164</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 5: "Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members, and a Majority of each shall constitute a Quorum to do Business; but a smaller Number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the Attendance of absent Members, in such Manner, and under such Penalties as each House may provide. / Each House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour, and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member."

<sup>1165</sup> *Carta a Thomas Lee Shippen*, 29 de septiembre de 1788. Volumen VII. Págs. 152-153. "The États Généraux are to meet in the course of January the court keeping the day of the month still in reserve; the parliament has returned to its functions by permission. Their first arrete has been to demand the États Généraux in the form of 1614."

<sup>1166</sup> Desde 1664 a 1789 solamente hubo cuatro convocatorias de las Cortes. La de 1664 era de Cortes de Castilla y las posteriores de Cortes de los Reinos, incluso hubo dos asambleas generales con similar composición a las Cortes con la finalidad de jurar a Felipe V y al príncipe de heredero Luis, en 1701 y 1709, pero que no pueden ser denominadas Cortes, porque no fueron convocadas como tales, ni se observaron las formalidades normalmente en el nombramiento de los procuradores de las ciudades, ni los poderes de los procuradores eran los propios de las Cortes con una serie de asuntos que se le encomendaban a los procuradores. Una asamblea que tenía como única finalidad el reconocimiento del sucesor no era formalmente Cortes. Hubo convocatoria de Cortes que se desarrollaron en 1712 y 1713 con una amplia agenda. En 1724 hay una nueva convocatoria que incluye el juramento al Príncipe Fernando, nuevo heredero después de que Felipe V reasumiera el trono por el fallecimiento de Luis I, y en donde se llama a tratar otros asuntos que finalmente no se trataron ya que las Cortes se mantuvieron dos meses sin actividad hasta su disolución, de forma que cabe dudar que no terminaran siendo realmente unas Cortes, sino otra asamblea para hacer juramentación. La convocatoria de 1760 es considerada Cortes porque, además de la jura del nuevo rey Carlos III y su hijo Carlos, trataron otros dos asuntos. Las Cortes de 1789 se vivieron con el temor de los sucesos vividos meses antes en Francia a propósito de la reunión de los Estados Generales; pese a ello las Cortes se reunieron para juramentar al Príncipe Fernando, tratar la supresión de la Ley Sálica y, por tanto, el regreso a la regulación de la sucesión a la Corona contenido en la Siete Partidas, así como a la regulación de los mayorazgos. Vid. Felipe Lorenza de la Puente: *La representación política en el Antiguo Régimen. Las Cortes de Castilla 1655-1834*. Tesis doctoral en el Departamento de Historia de la Universidad de Extremadura, defendida el 14 de diciembre de 2010. Volumen II. Cáceres, 2010. Págs. 97-130 161-166. 180-184. 199-220. Existían dos órganos emanados de las Cortes para vigilar el cumplimiento de sus acuerdos, la Diputación y la Comisión de los Millones, pero la irregular convocatoria de Cortes les hizo perder su papel dependiente hasta llegar el punto de que la Diputación reclamase la representación del Reino sobre las propias Cortes. *Ibidem*, Volumen I, Págs. 538-573 y Volumen II, Págs. 323-352.

<sup>1167</sup> Desde tiempos de Enrique VIII la posición del Parlamento se fue fortaleciendo progresivamente y hubo cierta oposición parlamentaria, que se movió a principios del siglo XVII por cauces más privados



John Locke dedicó varios párrafos tanto a la necesidad de que el legislativo no esté en sesión permanente, como a la necesidad de que el Ejecutivo convoque al legislativo de una forma razonable, proveyendo también elecciones. De hecho ya indicamos que la no convocatoria o el uso de la fuerza para disolver el legislativo era para Locke causa suficiente para ejercer la resistencia violenta<sup>1169</sup>, hasta el punto de ser la principal garantía de los derechos contenidos en el *Bill of Rights* de 1689<sup>1170</sup>.

La sección 4 del Artículo I de la Constitución estableció en su redacción primitiva<sup>1171</sup> que “el Congreso habrá de reunirse al menos una vez al año y la convocatoria habría de ser el primer lunes de diciembre, a menos que el Congreso señale por Ley un día diferente”<sup>1172</sup>. De esta forma la Constitución pone fuera del alcance de cualquiera de los poderes la convocatoria del Congreso, aunque deja un cierto margen de flexibilidad para el que hace falta la anuencia de las dos Cámaras y del Presidente. La sección 5 establece exigencias menores para levantar la sesión de un día para otro o cuando no es necesaria la concurrencia de las dos cámaras<sup>1173</sup>.

La sección 3 del Artículo II otorga poderes al Presidente para realizar convocatorias extraordinarias de una cámara o de las dos y esta misma sección le reconoce como árbitro en caso de desacuerdo entre las cámaras a la hora de establecer el

que formales. Cuando Carlos I comienza sus disoluciones, aplazamientos y cierres del Parlamento la oposición parlamentaria se hizo explícita y el enfrentamiento entre el monarca y el Parlamento derivó en una guerra civil. Desde la Restauración hasta nuestros días el funcionamiento del Parlamento inglés y luego británico ha celebrado regularmente sus sesiones. Cf. Perez Zagorin: *The Court and the Country. The beginning of the English Revolution*. Routledge and Kegan Paul. Londres, 1969. Págs. 74-90.

<sup>1168</sup> De las doscientas cuatro quejas planteadas por el Parlamento al rey Carlos I, un amplio número (1, 5, 7, 8, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 73, 76, 79, 80, 82, 92, 120, 125, 153, 157, 158, 166, 171, 172, 173, 181, 200,) se refieren directamente a cuestiones de convocatoria y disolución del Parlamento, así como la usurpación de los poderes del Parlamento. Véase Samuel Rawson Gardiner: *Op Cit.*, Págs. 205-232.

<sup>1169</sup> *Ibidem*, § 155. Págs. 80-81.

<sup>1170</sup> “And that for redress of all grievances, and for the amending, strengthening and preserving of the laws, Parliaments ought to be held frequently.” 1 William & Mary Sess. 2 Cap. 2 Cf. *The Statutes at Large*. Volumen IX. *Op.Cit.*, Págs. 67.

<sup>1171</sup> La Sección 2 de la XX Enmienda, propuesta en 1932 y ratificada en 1933 establece el adelanto al 3 de enero de la fecha de reunión del Congreso (“The Congress shall assemble at least once in every year, and such meeting shall begin at noon on the 3d day of January, unless they shall by law appoint a different day.”) y Sección 3 fija la expiración del mandato de los representantes y senados a los que les termine en el 3 de enero (“[...]the terms of Senators and Representatives at noon on the 3d day of January, of the years in which such terms would have ended if this article had not been ratified; and the terms of their successors shall then begin.”).

<sup>1172</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 4: “The Congress shall assemble at least once in every Year, and such Meeting shall be on the first Monday in December, unless they shall by Law appoint a different Day.”

<sup>1173</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 5: “[...] a smaller Number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the Attendance of absent Members, in such Manner, and under such Penalties as each House may provide. [...] Neither House, during the Session of Congress, shall, without the Consent of the other, adjourn for more than three days, nor to any other Place than that in which the two Houses shall be sitting.”

fin de la sesión<sup>1174</sup>. La sección 7 del mismo Artículo exceptúa de la firma del Presidente las resoluciones conjuntas de receso<sup>1175</sup>.

Sobre esta cuestión tenemos una interesante opinión que solicitó el Presidente George Washington<sup>1176</sup> a Thomas Jefferson, como secretario de Estado, para que le informase sobre la constitucionalidad, a efectos de un eventual veto, de la Ley que transfería desde Nueva York la sede del Gobierno a lo que será el Distrito de Columbia y establecía Filadelfia como sede provisional<sup>1177</sup>.

Hemos comprobado como en *A Manual of Parliamentary Practice*, publicado en 1801, negó que el Gobierno Federal sea un “gobierno natural”, es decir, que al Gobierno Federal le sean de aplicación los principios y normas del Derecho Natural en defecto de normas explícitas, de manera que el Gobierno Federal solamente puede disfrutar de lo explícitamente contenido en la Constitución o de lo que guarde una relación de necesidad lógica para hacer efectivos los poderes enumerados explícitamente.

Jefferson sostiene, en el informe sobre el traslado de la sede del Gobierno, que todas las personas, físicas y jurídicas, tienen el derecho a autogobernarse y si bien este derecho puede ser regulado por las leyes en caso de interferencia con otros derechos, pero si el derecho no ha sido regulado, es retenido en su plenitud<sup>1178</sup>. ¿Si el Gobierno Federal no es “natural” como sus cámaras legislativas sí pueden tener derechos naturales en tanto que personas jurídicas? Una respuesta posible es que Jefferson piensa que la no naturalidad solamente limita el poder que se tiene, no los derechos naturales, de modo que cualquier entidad tiene derecho natural a su propia organización, aunque no tenga los poderes que las entidades equivalentes de los Estados constituidos a partir del estado de naturaleza sí tienen.

---

<sup>1174</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo II. Sección 3:: “[...] he may, on extraordinary Occasions, convene both Houses, or either of them, and in Case of Disagreement between them, with Respect to the Time of Adjournment, he may adjourn them to such Time as he shall think proper; he shall receive Ambassadors and other public Ministers; he shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States.”

<sup>1175</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 7:: “Every Order, Resolution, or Vote to which the Concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of Adjournment) shall be presented to the President of the United States; and before the Same shall take Effect, shall be approved by him, or being disapproved by him.”

<sup>1176</sup> *Carta de George Washington a Thomas Jefferson*, 15 de Julio de 1790. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-17-02-0018-0004>

<sup>1177</sup> *An Act for establishing the temporary and permanent seat of the Government of the United States*, 1 Stat. 130 (1790).

<sup>1178</sup> *Opinion upon the question whether the President should veto the Bill, declaring that the seat of government shall be transferred to the Potomac, in the year 1790*, 15 de julio de 1790. Volumen III. Pág. 60-61.

La consecuencia primaria de esta afirmación es que ambas cámaras tienen ese derecho natural al autogobierno<sup>1179</sup>, así como el Ejecutivo y el Poder Judicial<sup>1180</sup>. Jefferson le indicó a Washington que si bien un veto de la ley puede evitar que Ejecutivo y Judicial tuvieran que trasladarse desde Nueva York a Filadelfia, ya que al no haber ley retendría el derecho pleno al autogobierno, la ley vetada sí podría ser considerada como “Resolución Conjunta de las dos cámaras” que facultaría a las mismas a trasladar sus sedes a Filadelfia, ya que esta decisión no precisa la firma del Presidente, de modo que Washington no podría evitar ese traslado del Legislativo en ninguna de las tres opciones que tenía: firmar, vetar o no firmar ni vetar<sup>1181</sup>.

De acuerdo con esta interpretación jeffersoniana el lugar de desarrollo de las sesiones y el inicio del receso, cuando hay acuerdo entre las cámaras, escaparía al control del Poder Ejecutivo, ya que ni la Constitución ni ninguna ley hasta entonces regulaban estos extremos.

No deja de ser interesante que Jefferson mantenga que el inicio y el final de las sesiones y el lugar de su celebración sean materias vedadas a la acción unilateral del Presidente. Se rompe así la posibilidad de que el Presidente interfiriera en el Congreso mediante la no convocatoria de sus sesiones, evitándose de esta forma una de las causas del ejercicio del derecho de resistencia de acuerdo con John Locke.

#### **4.4. Legislativo limitante**

El legislativo de los Estados Unidos tiene una serie de facultades que refuerza su papel constitucional de controlar a los otros poderes. Los más destacados los hemos tratados en capítulos anteriores al examinar las relaciones entre el Presidente y el Congreso y donde hemos hecho referencia a la visión de Jefferson respecto de la formación del presupuesto y del gasto, así como los límites de la confirmación por el Senado de los nominados y las posibilidades de su remoción. En el Capítulo VI se verán las reglas de interpretación de Jefferson para las leyes ejecutivas, categoría donde incluye las leyes de apropiación, y el grado de vinculación que nuestro autor le atribuye.

En este epígrafe se presentará el pensamiento jeffersoniano sobre otras facultades limitantes del Congreso como son el impeachment, las denominadas leyes privadas y la eventual existencia y uso del veto legislativo.

---

<sup>1179</sup> *Idem.*

<sup>1180</sup> *Ibidem.* Pág. 65.

<sup>1181</sup> *Ibidem.* Págs. 66-67.

#### 4.4.1. *Impeachment*

El Congreso también tiene funciones de control sobre los otros poderes. Ya nos hemos referido a la capacidad del Senado para confirmar o no los nombramientos del Presidente, pero la Constitución otorga al Congreso el poder de destitución: el *impeachment*. Éste no es un procedimiento de justicia penal, sino que un procedimiento constitucional de destitución basado en conductas que sean subsumibles en la traición, el cohecho y otros delitos graves o faltas atribuibles al Presidente, al Vicepresidente o cualquier funcionario civil<sup>1182</sup>. La práctica ha restringido su ámbito de aplicación a quienes no sean removibles de otro modo dejando únicamente a los jueces federales dentro de la categoría de funcionario civil, junto al Vicepresidente y al Presidente. Al no ser el *impeachment* un procedimiento judicial penal no produce la doble incriminación (prohibida por la V Enmienda<sup>1183</sup>) de modo que cabe una acusación penal diferente al *impeachment* que sí establezca las penas que correspondieren. La Cámara de Representantes debe proceder a acusar por mayoría y establecer los cargos para que sea el Senado quien juzgue el caso, excluyendo expresamente la Constitución el empleo de jurado en este procedimiento.

La primera vez que se planteó un *impeachment* fue en 1797 y se concitaron importantes dudas que afectaban a Jefferson, pues en aquellos momentos como Vicepresidente le correspondía la Presidencia del Senado y por tanto la dirección de la fase de enjuiciamiento del *impeachment*.

William Blount fue, entre otros cargos, miembro del Congreso Continental y delegado de Carolina del Norte en la Convención de 1787. En 1790 fue nombrado por el Presidente Washington gobernador del Territorio al sur del río Ohio y superintendente de asuntos indios. En 1796 fue elegido senador por el estado de Tennessee que acababa de ser admitido en la Unión<sup>1184</sup>. Fue acusado por la Cámara de Representante de conspirar con los británicos para obtener la ayuda de los creeks y los cherokees en la conquista de Florida Occidental y el día 7 de julio de 1797 se aprobó el dictamen del Comité de la Totalidad de la Cámara de Representantes y se remitió la acusación al Senado<sup>1185</sup>.

---

<sup>1182</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo II. Sección 4: "The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors."

<sup>1183</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Quinta Enmienda: "[...] nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb;"

<sup>1184</sup> Andrew R. Dodge y Betty K. Koed (eds): *Op. Cit.*, Pág. 671.

<sup>1185</sup> *Journal of the House of Representatives of the United States*. Volumen III. Gales and Seaton. Washington, 1826. Págs. 72-73.

Cuando le hubo llegado al Senado los cargos aprobados por la Cámara, Jefferson expresó dudas sobre la capacidad del Congreso para someter a *impeachment* a un senador, pues difícilmente podía encontrar acomodo en la expresión constitucional “all civil officials of the United States”<sup>1186</sup> (todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos), además de surgir numerosas cuestiones legales de todo tipo<sup>1187</sup>. En lugar de proceder a la votación del *impeachment* el Senado decidió ejercer su potestad disciplinaria<sup>1188</sup> y expulsar el 8 de julio de 1798 al senador Blount por 25 votos a favor y uno en contra<sup>1189</sup>, una diferencia más formal que material ya que la expulsión y el *impeachment* requieren la misma mayoría de dos tercios de la cámara a la que pertenezca, aunque no la acusación de la Cámara ante el Senado.

Siendo Presidente Thomas Jefferson tendrá un profundo y grave enfrentamiento con el Poder Judicial que intentará resolver mediante el ejercicio del *impeachment* por parte de un Congreso controlado por demócratas-republicanos contra los jueces del Tribunal Supremo.

Como veremos, esta vía fracasará al no alcanzarse la mayoría de dos tercios del Senado exigida por la Constitución para la declaración de culpabilidad<sup>1190</sup>. Jefferson, tras la absolución de Samuel Chase en su *impeachment* y la de Aaron Burr en su juicio por traición<sup>1191</sup>, protestará en sus cartas sobre la inutilidad de este procedimiento como medio de control por parte de la Nación de la actividad judicial e incluso a su instancia se propuso una enmienda constitucional para que los jueces federales pudieran ser removidos de sus cargos por resolución conjunta del Congreso y con asentimiento del Presidente<sup>1192</sup>.

La ratificación del *Bill of Right* modificó la perspectiva jeffersoniana. Interpretó que la VIII Enmienda modificaba la sección 2 del Artículo III de la Constitución de forma que la excepción del jurado en el *impeachment* debía entenderse según la formulación sin excepciones para los procedimientos criminales de la VII Enmienda<sup>1193</sup>.

---

<sup>1186</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo II. Sección 4: “The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”

<sup>1187</sup> *Carta a James Madison*, 8 de febrero de 1797. Volumen IX. Pág. 438.

<sup>1188</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 5: “Each House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour, and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member.”

<sup>1189</sup> *Journal of the Senate of the United States*. Volumen II. Gales and Seaton. Washington, 1820. Págs. 390-392.

<sup>1190</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 3.

<sup>1191</sup> *Carta a William B. Giles*, 20 de abril de 1807. Volumen X. Págs. 190-191.

<sup>1192</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Pág. 107.

<sup>1193</sup> *Carta a James Madison*, 8 de febrero de 1797. Volumen IX. Págs. 435-436.

Con ocasión del *impeachment* contra William Blount surgieron propuestas y ocasiones de poder introducir el jurado en este procedimiento pero no prosperaron<sup>1194</sup>.

#### 4.4.2. Las leyes privadas

Una de las acusaciones que se hicieron a las asambleas legislativas de los estados en los primeros tiempos de la República fue que asumían funciones judiciales al resolver problemas relativos al pago de las deudas contraídas normalmente a favor de los deudores y en contra de los acreedores.

Estas leyes privadas responden a una tradición parlamentaria inglesa y provenían de la época en la que las funciones del Parlamento eran principalmente judiciales, de forma que dar solución jurídica a los casos concretos formaba parte de su actividad. Cuando el Parlamento va cediendo a los tribunales y a una parte de él (Cámara de los Lores) las funciones judiciales<sup>1195</sup>, comienza a recogerse el espíritu romano y clásico<sup>1196</sup> de que la ley ha de ser general<sup>1197</sup>.

La limitación a la supremacía de las cámaras populares de los estados llevó a la necesidad de potenciar la otra cámara, buscando una elección menos popular, como hemos visto en el Capítulo III, y al establecimiento de unos tribunales que podían detener al legislativo en caso de infracción de la respectiva constitución como señalaremos al tratar la *Judicial Review of Laws*.

Si bien la práctica británica incluye actualmente entre las leyes privadas leyes que tienen un ámbito de aplicación inferior a la generalidad, como son las leyes especiales o de caso (para una localidad, para la creación de un establecimiento público o la construcción de carreteras)<sup>1198</sup>, en la tradición federal estadounidense la categoría de ley privada fue restringida a leyes con beneficiarios concretos o fácilmente delimitables.

<sup>1194</sup> Carta a James Madison, 22 de febrero de 1798. Volumen IX. Pág. 445.

<sup>1195</sup> Gordon S. Wood: *The creation of the American Republic 1776-1787*. Op. Cit., Págs 346-347.

<sup>1196</sup> “La ley es el precepto común, resolución de hombres prudentes, que es la coerción de los delitos que son hechos por voluntad o ignorancia y compromiso de toda la República”. *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio* (Digesto 1.3.1).

<sup>1197</sup> Tomás de Aquino recoge la tradición procedente de Isidoro de Sevilla al citarlo expresamente para exigir a la ley que esté destinada a la común utilidad. Cf. Tomás de Aquino: *Summa Theologiae*. I-II. q. 95. a. 3. Volumen VI. Op. Cit., Pág. 177.

<sup>1198</sup> Todavía hoy en el Reino Unido las leyes privadas son un tipo dentro de las leyes especiales. Cf. “Act of Parliament” en *Oxford Dictionary of Law*. Oxford University Press. Oxford, 2003. Pág. 9.

La primera compilación oficial de estos actos legislativos privados (*Private Acts*) no fue otra que el sexto volumen de la compilación legislativa clásica titulada *Statutes at Large*. De hecho este volumen incluyó leyes que cuatro años después, al publicar las leyes públicas del Congreso durante la Presidencia de Jefferson en el volumen segundo, los editores consideraron leyes públicas<sup>1199</sup>.

Hubo y hay leyes privadas en el Congreso de los Estados Unidos, aunque como mantienen James E. Pfander y Jonathan L. Hunt la posición constitucional del Congreso Federal, es decir, el límite de los poderes enumerados y la misma separación de poderes, consiguieron mantener sus leyes privadas en un número inferior a las legislaturas estatales, a causa de las numerosas materias que le estaban vedadas al Congreso Federal<sup>1200</sup>.

Pfander y Hunt estudian la forma en la que el Congreso empleó en sus primeros cincuenta años las leyes privadas para construir un sistema de responsabilidad patrimonial del Gobierno Federal que no se encontraba en las leyes y que tenía inconvenientes dentro de la tradición del *Common Law* que consagraban la inmunidad soberana<sup>1201</sup>. De acuerdo con la postura de estos autores cabe plantear la posibilidad de que algunas de estas leyes privadas del Congreso, junto a las muchísimas relativas a obras públicas concretas, se debieran más a la ausencia de una capacidad y de una técnica legislativa suficiente para tener leyes generales en cada una de las áreas<sup>1202</sup>, junto a la ausencia de una administración realmente capaz de gestionar y decidir los expedientes administrativos<sup>1203</sup>. El Congreso estableció un procedimiento legislativo sencillo y transparente para la aprobación de las leyes privadas<sup>1204</sup>, que se empleó hasta que en 1855 se estableció la *Court of Claims*<sup>1205</sup>.

Durante el mandato de Thomas Jefferson como Presidente de los Estados Unidos setenta y tres leyes privadas fueron aprobadas por el Congreso y firmadas por el

---

<sup>1199</sup> *An act for the relief of the captors of the Moorish armed ships Meshouda and Mirboha* [no se llegó a publicar]. *An Act to repeal in part, the fourth section of an act, intituled "An act to authorize a grant of lands to the French inhabitants of Gallipolis, andf or other purposes therein mentioned."*: 2 Stat. 350 (1806). *An Act making provision for the compensation of witnesses who attended the trial of the impeachment of Samuel Chase*: 2 Stat. 389 (1806).

<sup>1200</sup> James E. Pfander y Jonathan L. Hunt: "Public Wrongs and Private Bills: Indemnification and Government accountability in the early Republic" en *New York University Law Review*. Vol. 85. Núm. De diciembre (2019). Págs. 1889-1890.

<sup>1201</sup> *Ibidem*. Págs. 1872-1873.

<sup>1202</sup> El 21 de abril de 1808 se aprobó una ley de contratos públicos (2 Stat. 484) que contenía regulaciones generales, pero muy escasas en número como en alcance.

<sup>1203</sup> Hasta 1946 el Gobierno Federal no contó con una ley de procedimiento administrativo (66 Stat. 237) que, aunque somera, vinculase a todos los entes administrativos y estableciese normas generales.

<sup>1204</sup> James E. Pfander y Jonathan L. Hunt: *Op. Cit.*, Pag. 1893.

<sup>1205</sup> *An Act to establish a Court for the Investigation of Claims against the United States*, 10. Stat. 612 (1855).

Presidente de acuerdo con el sexto volumen de *Statutes at Large*. A este número se le podría añadir cuatro leyes más que aparecen publicadas como leyes públicas<sup>1206</sup>.

La mayoría de las leyes contienen alguna forma de apropiación, de forma que es difícil que afecten a derechos de terceros e incluso algunas de ellas, como las relativas a las capturas, posibilitan el cumplimiento de las sentencias. El descargo de la prisión pudiera entrar en conflicto con el poder presidencial de perdón, pero teniendo en cuenta que la ley no fue vetada por el Presidente se elude el conflicto, al menos en el plano práctico<sup>1207</sup>. Algunas leyes conceden diversas formas de privilegio, que motivan, como es la ampliación de plazos y las únicas leyes privadas de los cuatro congresos jeffersonianos que podrían incidir en derechos privados son las de extensión de las patentes<sup>1208</sup>. No podemos considerar que el Congreso, durante la Presidencia de Jefferson (1801-1809) abusara de las leyes privadas para violentar las situaciones jurídicas y romper la separación de poderes, aunque algunas planteen dudas a una mentalidad contemporánea.

Sí prueba, en primer lugar, la inexistencia de una técnica presupuestaria que previera los gastos extraordinarios, las exenciones en el pago de impuestos por desastres o circunstancias especiales o sencillamente que regulasen lo que en España actualmente se denomina la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se confirma que el recurso a la ley privada no era para crear situaciones jurídicas excepcionales contrarias a las previsiones de las leyes públicas, sino precisamente la ausencia de regulación en las leyes públicas hacía necesarias estas leyes privadas para suplir la laguna<sup>1209</sup>.

---

<sup>1206</sup> *An Act for the relief of Insolvent Debtors within the Distric of Columbia*, 2 Stat. 237 (1803). *An Act confirming claims to land in the district of Vincennes; and for other purposes*, 2 Stat. 447 (1807). *An Act freeing from postage all letters and packets to Thomas Jefferson*: 2 Stat. 527 (1809). *An Act for the relief of certain Alibama and Wyandott Indians*: 2 Stat. 527 (1809).

<sup>1207</sup> La totalidad de leyes privadas aprobadas durante la Presidencia de Jefferson puede ser consultada en *Statutes at Large*. Volumen VI. Charles C. Little y James Brown. Boston, 1846. Págs. 45-85. Catorce de estas leyes vienen a satisfacer las cuentas presentadas por funcionarios públicos por sus servicios, ocho versan sobre los problemas derivados de la captura de barcos extranjeros como presa y el pago de las comisiones correspondientes, siete ordenan reintegros tributarios, cinco resuelven reclamaciones de tierras, otros cinco descargan de la prisión a algunas personas, cuatro leyes privadas contienen relaciones de veteranos de guerra y prisioneros de guerra a los que se les concede una pensión, tres conceden pensiones a viudas y huérfanos, otras tres conceden ampliación en el plazo de pago de impuestos en determinadas localidades que han padecido los efectos del fuego, dos afrontan los gastos ocasionados por el *impeachment* a Samuel Chase, dos incorporan dos compañías, dos compensan servicios prestados en persecución y defensa, dos extienden la vigencia de patentes y después un conjunto de casos que van desde la autorización de un recargo a un recaudador, la extensión de un plazo del pago de impuestos o el abono de una cantidad de dinero al antiguo gobernante de Trípoli.

<sup>1208</sup> Podríamos inferir, en analogía, con los casos sobre responsabilidad patrimonial que las leyes privadas vienen a suplir determinados defectos de la ley general sobre patentes.

<sup>1209</sup> El éxito fue relativo, pues el sistema de reconocimiento de pensiones para ex combatientes siguió siendo deficitario durante décadas de forma que muchos se procuraban una vía más ágil para conseguir la pensión a la que tenían derecho. Tras la Guerra Civil volvieron los mismos problemas con las pensiones de los veteranos y hubo una auténtica avalancha de leyes privadas que el Presidente Grover



Y también prueba, en segundo lugar, el correcto funcionamiento de los controles y equilibrios entre los poderes que evitaron que los congresistas cayeran en la tentación de volver a la legislación privada de las primeras legislaturas estatales singularmente sobre la insolvencia, al no disponer el Congreso de poderes constitucionales para la regulación de las relaciones jurídico-privadas, salvo en el caso del Distrito de Columbia<sup>1210</sup>.

#### **4.4.3. El consentimiento del Congreso a algunas leyes estatales y el veto del Congreso a las leyes del Territorio del Noroeste**

James Madison propuso en la Convención de 1787 que se concediese al Congreso el poder de vetar las leyes de los estados, aunque su propuesta fue rechazada, se abrió la posibilidad a la actuación los tribunales para examinar la constitucionalidad de las leyes estatales a través de la “Cláusula de Supremacía”<sup>1211</sup>. Lo que sí tuvo que hacer el Congreso en sus primeros años fue otorgar el consentimiento a determinadas leyes de los estados que eran susceptibles de traspasar ámbitos propios del Gobierno Federal como se hizo en el caso de la temprana ley de 11 de agosto de 1790 que mantenía la vigencia como legislación federal hasta el 10 de enero de 1791 de determinadas leyes fiscales aplicables a los buques de los estados de Maryland, Georgia y Rhode Island<sup>1212</sup>.

En algunos de los casos mencionados las peticiones realizadas para que el Congreso otorgase su consentimiento a leyes estatales eran tan poco conocidas que el propio Jefferson, siendo secretario de Estado, pidió información a un senador sobre el contenido de las leyes para las que se había pedido el consentimiento<sup>1213</sup>. La Ordenanza

Cleveland vetó sistemáticamente, llegando a imponer más de doscientos vetos a estas leyes. Véase Henry F. Graff: *Grover Cleveland. Henry Holt and Company*. Nueva York, 2002. Págs. 83-85.

<sup>1210</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 8: “To exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District (not exceeding ten Miles square) as may, by Cession of particular States, and the Acceptance of Congress, become the Seat of the Government of the United States, and to exercise like Authority over all Places purchased by the Consent of the Legislature of the State in which the Same shall be, for the Erection of Forts, Magazines, Arsenals, dock-Yards, and other needful Buildings;”. Por ejemplo el Congreso aprobó una ley concursal para el Distrito de Columbia: *An Act for the relief of Insolvent Debtors within the District of Columbia*. 2 Stat. 237 (1803).

<sup>1211</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo V: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

<sup>1212</sup> *An Act declaring the assent of Congress to certain acts of the states of Maryland, Georgia, and Rhode Island and Providence Plantations*, 1 Stat. 184 (1790). Su vigencia fue prolongada gracias a varias leyes hasta 1792.

<sup>1213</sup> *Carta a Benjamin Franklin*, 22 de diciembre de 1790.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-18-02-0123>

del Noroeste<sup>1214</sup> preveía que el Congreso pudiera vetar las leyes del legislativo del Territorio (que era la unión del gobernador con los jueces) y así lo hizo cuando aprobaron establecer un banco en el Territorio<sup>1215</sup>.

---

<sup>1214</sup> La Ordenanza del Noroeste fue obra del Congreso de la Confederación y esta legislación fue mantenida por el Congreso una vez que la Constitución de 1787 entró en vigor. *An Act to provide for the Government of the Territory Northwest of the river Ohio* 1 Stat. 50 (1789).

<sup>1215</sup> *An Act disapproving of an act passed by the governor and judges of the territory of Michigan, intituled "An act concerning the Bank of Detroit."* 2 Stat. 444 (1807).

## CAPÍTULO VI: EL PODER JUDICIAL Y LA RESISTENCIA

### 1. El poder judicial

Hasta el siglo XIX, y más propiamente hasta el siglo XX, los únicos tribunales que tuvieron incidencia en la vida política fueron los tribunales penales, ya que debieron de dirimir casos por delitos contra el Estado, por traición u otros cargos relacionados con la vida pública. Que los tribunales penales pudieran ser un instrumento más del poder se vislumbró desde la época clásica, pero la trascendencia política de sus actuaciones era consecuencia de coyunturas que ponían ante los jueces determinadas cuestiones. Prueba de ello es que casi todos los procesos judiciales que han sido célebres a lo largo de la Historia han sido procesos penales.

El protagonismo de los tribunales en la vida social y política es un fenómeno relativamente reciente. En primer lugar porque el acceso a los tribunales, como otros muchos derechos, se ha generalizado y en segundo lugar porque la conciencia sobre la importancia de determinadas decisiones en la vida social y política de una comunidad ha cambiado. En los años en los que Thomas Jefferson fue Vicepresidente y luego Presidente de los Estados Unidos se produjo este cambio. La llamada justicia ordinaria, penal y civil, dejó de ser el único papel de los tribunales de Justicia para convertirse en la interpretación constitucional, al menos en los tribunales superiores, en una de sus funciones más relevantes y demandadas.

John Locke no consideraba que los tribunales fueran un poder del Estado, pero esto no aminora la importancia que tiene administrar Justicia en el pensamiento de Locke. Es más, la necesidad de que haya un juez que no sea parte en los conflictos surgidos en el estado de naturaleza es el presupuesto fundamental cuya satisfacción requiere la constitución de una comunidad política<sup>1216</sup>. Produce cierta perplejidad a un contemporáneo cuando, al leer en el Capítulo XII de *Second Treatise on Government* la enumeración de los poderes del Estado, no está presente el poder judicial. En la Inglaterra lockeana las funciones judiciales se encuentra repartidas entre los poderes ejecutivo y legislativo, porque el rey nombra jueces y tiene establecidos destacados tribunales reales, mientras que el Parlamento continuaba siendo la última instancia de apelación en determinadas materias.

Los reyes ingleses de la primera mitad del siglo XVII llevaron a cabo inusitada sustituciones de jueces y en proceso de consolidación constitucional posterior a la Revolución Gloriosa el Parlamento aprobó en 1701 la *Act of Settlement*, una ley que reguló aspectos constitucionales fundamentales como la sucesión protestante al trono

---

<sup>1216</sup> John Locke: *Second Treatise on Government. Op. Cit.*, Págs. 12-13 §13.

inglés y, en lo relativo a los tribunales, se estableció que la duración del mandato (*tenure*) de los jueces sería “quamdiu se bene gesserint” (“mientras administrasen bien”), percibirían unos salarios no variables por el Rey y solamente podría ser removidos por el voto conjunto de las dos cámaras del Parlamento<sup>1217</sup>.

Esta ley no se aplicaba a las colonias de América del Norte. La situación pasó de cierta autonomía al intento de que el nombramiento y mandato de los jueces fuera una facultad del Rey que era ejercida por los gobernadores, sin escuchar siquiera las peticiones de que el mandato judicial fuera como el inglés<sup>1218</sup>. De hecho, dos de los agravios contra el Rey que se recogen en la *Declaration of Independence* hacen referencia a la Administración de Justicia y a los jueces y al fracaso que tuvieron las colonias en equiparar su sistema judicial al inglés:

Él ha obstruido la Administración de Justicia por el rechazo a prestar su Asentimiento a las Leyes que establecían poderes judiciales. [...] Él ha creado jueces dependientes sólo de su voluntad para el ejercicio de sus cargos y para la suma y pago de sus salarios.<sup>1219</sup>

Una de las teorizaciones de la separación de poderes más influyente, que incluye al poder judicial, es la que hace Montesquieu en *Del Espíritu de las Leyes*. Montesquieu, capítulo VI del Libro XI, identifica tres funciones del gobierno a las que llama poderes. De hecho estas funciones o poderes son los criterios que emplea el citado autor francés para tratar de comprender los diferentes sistemas de gobierno, pero aún en Montesquieu no se llega a identificar un poder o función como monopolio de un órgano concreto, pese a que ésta es su propuesta.

Montesquieu considera que el poder judicial es una parte del poder ejecutivo que conviene que esté separada de las otras funciones ejecutivas: el poder o la función judicial es castigar delitos y juzgar las diferencias entre particulares. Montesquieu es partidario de que los tribunales sean instituidos *ad hoc*<sup>1220</sup>, de forma que así se garantizaría mejor su imparcialidad y su “neutralidad” o “nulidad”, Mantiene que los jueces han de ser de la misma condición que el enjuiciado, es decir, el noble ha de ser juzgados por nobles, el campesino por campesinos y el burgués por burgueses.

<sup>1217</sup> “That after the said Limitation shall take Effect as aforesaid Judges Commissions be made ‘Quam diu se bene Gesserint’ and their Salaries ascertained and established but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawfull to remove them” 12 and 13 Will 3 c. 2. Cf. *The Statutes at Large*. Volumen X. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, 1764. Pág. 360.

<sup>1218</sup> Véase Sam J. Ervin: “Separation of Powers: Judicial Independence” en *Law and Contemporary Problems*, Volumen 35 (Invierno 1970). Págs. 108-121.

<sup>1219</sup> *Declaration of Independence*: “He has obstructed the Administration of Justice by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary Powers. [...] He has made Judges dependent on his Will alone for the tenure of their offices, and the amount and payment of their salaries.”

<sup>1220</sup> Montesquieu piensa que el establecimiento *a priori* de quiénes eran los jueces en un periodo de la República Romana les dio a estos, que era los miembros del Orden Equestre, un poder social que desordenó al Estado (Libro XI, Capítulo XVIII). Cf. Montesquieu: *Op. Cit.*, Págs. 149-154.

La función o poder judicial es nulo, esto es, políticamente no tiene ninguna carga y que el único motivo para que los ejerzan órganos diferentes a los legislativos o ejecutivos es que estos no se aprovechen políticamente de la facultad de juzgar, la cual unida a los otros poderes deja de ser nula o neutra. Piensa Montesquieu (Libro V, Capítulos X-XI) que la diferencia entre una monarquía y un despotismo reside en los cuerpos intermedios, en su capacidad para oponerse, quejarse o paralizar lo que perjudique a la totalidad, entre estos cuerpos intermedios estaba sin duda la aristocracia de los parlamentos de la que hablaremos más adelante<sup>1221</sup>.

## 2. El poder judicial en la temprana República

Tras la Independencia los tribunales pasaron a ser dirigidos por cada uno de los estados sin que se pudiera hablar de la existencia de una organización judicial homogénea, ni que se poseyera un sistema de nombramientos y revocaciones común a toda la Unión y muchos menos una judicatura federal como después se desarrollará. Había incluso estados donde los jueces eran elegidos popularmente como en (Connecticut, Rhode Island, Nueva Jersey o Vermont)<sup>1222</sup>.

El Artículo IX de los Artículos de la Confederación consideró la existencia de tribunales de almirantazgo y de apelación para las capturas de navíos<sup>1223</sup> y en consonancia con ese precepto se creó el Tribunal de apelaciones en casos de capturas<sup>1224</sup>. Siete años después el Congreso estableció el Tribunal para el Territorio del Noroeste para asuntos litigiosos en aquel territorio que no pertenecía a ningún estado y a cuyos jueces se les otorgaban también funciones legislativas en unión con el gobernador del Territorio<sup>1225</sup>. Pese a la existencia de estos dos órganos judiciales en tiempos de la Confederación, no puede hablarse propiamente de un poder judicial de la

<sup>1221</sup> *Ibidem*. Págs. 49-50.

<sup>1222</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Pág. 7.

<sup>1223</sup> *Artículos de la Confederación*. Artículo IX. "The United States in Congress assembled, shall have the sole and exclusive right and power of [...] appointing courts for the trial of piracies and felonies committed on the high seas and establishing courts for receiving and determining finally appeals in all cases of captures, provided that no member of Congress shall be appointed a judge of any of the said courts."

<sup>1224</sup> El 15 de enero de 1780 el Congreso estableció un tribunal "for the trial of all appeals from the courts of admiralty in these United States, in cases of capture". Véase *Journals of the Continental Congress*, Volumen 16. Pág. 61. Hay que hacer notar que era una jurisdicción en apelación puesto que los tribunales de almirantazgo de los estados mantenían su jurisdicción. La sección 2 del Artículo III de la Constitución de 1787 retiraría esa jurisdicción a los estados y la entregaría a la Judicatura Federal al otorgar a ésta la jurisdicción "to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction".

<sup>1225</sup> El Congreso aprobó el 13 de Julio de 1787 *An ordinance for the government of the territory of the United States, North-west of the river Ohio* que establecía "a court of three judges any two of whom to form a court, who shall have a common law jurisdiction". Estos jueces, junto al gobernador, formaban el legislativo del Territorio del noroeste hasta que se eligiera y reuniera la Asamblea General. Véase *Journals of the Continental Congress*, Volumen 32. Pág. 336.

Confederación al ser tribunales especiales que ni siquiera tenían jurisdicción sobre los poderes que *Los Artículos de la Confederación* conferían al Congreso.

Thomas Jefferson se mostró a favor de un poder judicial federal ordinario sobre la base de un argumento jurídico de carácter formal<sup>1226</sup>: dado que los estados no pueden modificar las leyes de la Confederación, la ley de ésta es superior y debe ser juzgada por sus tribunales y no por los tribunales de los estados<sup>1227</sup>. La existencia de un poder judicial federal es una consecuencia directa de que la aplicación del Derecho Federal como *Law of the Land* teniendo que ser la rama judicial del Gobierno que crea ese Derecho la encargada de los casos que de él dimanen.

Hasta que la Constitución de 1787 no entró en vigor en 1789, no se establecieron tribunales y jueces de la Unión. Una de las primeras leyes aprobadas por el primer Congreso (1789-1791) fue la celeberrima *Judiciary Act* de 1789<sup>1228</sup>. Se estableció una estructura de tres niveles (tribunales de distritos correspondientes a cada uno de los estados y algunos territorios), tres tribunales de circuito<sup>1229</sup> para los distritos con funciones de jurisdicción ordinaria y de apelación y, finalmente, el Tribunal Supremo establecido por la propia Constitución, así como un sucinto Derecho Procesal. Era un poder judicial pequeño en el que los miembros del propio Tribunal Supremo desempeñaban también funciones en los tribunales de circuito y los jueces se desplazaban por sus jurisdicciones territoriales para atender los casos de acuerdo con un calendario de sesiones (*to ride the circuit*) y todavía estaba muy lejos la idea de que el Tribunal Supremo no tuviera apelación ordinaria y pudiera elegir sus casos<sup>1230</sup>. Todo el poder judicial federal de la joven República estaba compuesto por diecinueve jueces<sup>1231</sup>.

<sup>1226</sup> Empleamos el término “formal” en el sentido kelseniano, donde la capacidad para llevar a cabo el procedimiento adecuado de modificación, aprobación o derogación de una norma marca la jerarquía.

<sup>1227</sup> *Carta a John Adams*, 23 de febrero de 1787. Volumen VI. Pág. 98. *Carta a James Madison*, 20 de junio de 1787. Volumen VI. Pág. 131.

<sup>1228</sup> *An Act to establish the Judicial Courts of the United States*, 1 Stat. 73 (1789).

<sup>1229</sup> Estos tribunales de circuito, tres al inicio, estaban compuestos por dos jueces del Tribunal Supremo y un juez de distrito. Los jueces del Supremo dedicaban dos periodos al año *to ride the circuit* ya que eran los jueces los que se desplazaban hacia los justiciables. Hace el circuito era la obligación más penosa de los jueces del Tribunal Supremo, algo comprensible teniendo en cuenta las carreteras y los medios de comunicación de la época, y pronto pidieron ser exonerados de esa obligación. Lo consiguieron en la efímera *Judiciary Act* de 1801 que fue derogada al año siguiente, pero en vez de haber dos jueces del Supremo por circuito solamente habría de haber uno. Los jueces del tribunal Supremo no fueron dedicados exclusivamente a su tribunal hasta 1911 por el *Judicial Code* de ese año, aunque hay que señalar que en 1891 los circuitos habían sido reforzados.

<sup>1230</sup> María Ángeles Ahumada Ruiz: “El *Certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14. Núm. 41 (1994). Págs. 89-136.

<sup>1231</sup> En 1789 fueron diecinueve, en 1790 subió a veintiuno y en 1791 a veintidós y un siglo después de la entrada en vigor de la Constitución el número de jueces federales era de ochenta y siete, lo que da una idea de lo reducido de este poder. En 2018 el número de jueces federales (Artículo III de la Constitución) de todas las instancias era de ochocientos sesenta. Cf. “Authorized judges”. Disponible en: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/allauth.pdf>

No solamente era un poder judicial pequeño, sino que la amplitud de su jurisdicción, de acuerdo con el Artículo III, era sumamente limitada en aquel momento. La Constitución establece que el poder judicial de los Estados Unidos tiene una jurisdicción que se atiende únicamente a los casos que dimanen de la propia Constitución o de la legislación federal, a los que afecten al personal diplomático y consular acreditado en los Estados Unidos, a los casos de jurisdicción marítima (almirantazgo), en los casos en los que una parte sean los Estados Unidos, en los casos entre los estados, entre ciudadanos de estados diferentes, sobre concesiones de tierras cuando la concesión sea de un estado diferente al de los litigantes, casos en los que una parte es extranjera o en los que el demandante es un Estado ante ciudadanos de otros estados.

Aunque el Congreso de los Estados Unidos ha sido eficaz cuerpo legislador, en las primeras décadas el cuerpo legal sobre el que los tribunales federales podían ver casos era reducido y pronto verían su jurisdicción recortada constitucionalmente. En el caso *Chisholm contra Georgia* de 1793 el Tribunal Supremo afirmó que los estados no tienen inmunidades soberanas y pueden ser llevados ante un tribunal federal por un ciudadano de otro estado o un súbdito o ciudadano extranjero en virtud del propio texto de la Constitución.

Los defensores de la soberanía de los estados propusieron una enmienda reconociendo la “inmunidad soberana” de los estados de forma que ningún estado podía ser demandado ante los tribunales federales por un ciudadano de otro estado o por un súbdito o ciudadano extranjero<sup>1232</sup>. La Undécima Enmienda<sup>1233</sup>, propuesta en 1794 y ratificada por el número necesario de estados en 1795, prohibió a los tribunales federales conocer casos en los que fuera demandado un estado por un ciudadano de otro estado o un ciudadano o súbdito extranjero.

Es un error pensar que las instituciones nacientes de la República Americana se parecían a las actuales con la sola divergencia en el tamaño: había otras. La Judicatura, estatal y federal, eran diferentes a la actual: había jueces que tenían una buena preparación jurídica, pero no siempre era así y el hecho de pertenecer a la abogacía era en ocasiones requisito suficiente. Tampoco podemos pensar que eran puestos especialmente prestigiosos y más cuando los jueces, durante los últimos tiempos de la Era Colonial, habían sido cooperadores necesarios en la represión de los gobernadores

---

<sup>1232</sup> *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).

<sup>1233</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Undécima enmienda: “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.”

ingleses<sup>1234</sup>. Desde la Independencia, Jefferson insistió en la necesidad de profesionalizar a los jueces con salarios dignos y buenas condiciones de vida para que no tengan otros intereses que la Justicia<sup>1235</sup>. La situación de precariedad era tal en los inicios de la administración federal que se permitió al Fiscal General, Edmund Randolph, desempeñar la abogacía con clientes particulares para complementar su exiguo salario<sup>1236</sup>.

Ser juez era visto como uno de los posibles cargos dentro de una carrera política y, desde luego, no tenía a priori un carácter terminal, ya que era admisible dejar la toga y volver a la política o incluso marcharse a otro tribunal. Un caso llamativo fue el de John Rutledge que renunció a su puesto en el Tribunal Supremo para ser el presidente del Tribunal de la *Court of Common Pleas* de Carolina del Sur, algo inimaginable actualmente donde, en palabras del juez Frankfurter, se juzgaría una locura dejar el Tribunal Supremo incluso para ser gobernador<sup>1237</sup>.

El caso más célebre de esta consideración de la Judicatura como de un puesto más dentro de una carrera política lo tenemos en John Jay, quien tras haber sido Presidente del Segundo Congreso Continental, secretario de Relaciones Extranjeras (luego secretario de Estado en funciones), pasó a ser el primer Presidente del Tribunal Supremo (1789-1795), puesto al que renunció para presentarse y ser Gobernador de Nueva York. Durante su mandato como Presidente del Tribunal Supremo fue el encargado de la negociación de un tratado comercial y de buenas relaciones con Gran Bretaña, marchando a Europa para negociarlo. En 1801 renunció a su segunda nominación como Presidente del Tribunal Supremo, dando paso a John Marshall. Oliver Ellsworth, tercer Presidente, durante su mandato fue enviado especial a Francia durante un año para negociar el fin de la *Quasi-War*<sup>1238</sup>.

Asimismo los jueces desempeñaban muchas funciones no estrictamente judiciales, algo que heredaron de los jueces coloniales<sup>1239</sup>. En los Estados Unidos de finales del siglo XVIII y de principios del siglo XIX no existía un sistema administrativo desarrollado por los estados y mucho menos por el Gobierno Federal. No había oficinas, dependencias, agentes y organismos de los diversos gobiernos a lo largo

---

<sup>1234</sup> Gordon S. Wood: "The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less" en *Washington and Lee Law Review*, Volumen 59 (1999). Pág. 789-790.

<sup>1235</sup> *Carta a George Whyte*, de julio de 1776. Volumen IV. Pág. 258-259.

<sup>1236</sup> Bernard Schwartz: *A History of the Supreme Court*. Oxford University Press. Oxford y Nueva York. 1993. Pág. 20.

<sup>1237</sup> *Ibidem*. Pág. 16.

<sup>1238</sup> *Ibidem*. Pág. 29.

<sup>1239</sup> Gordon S. Wood: "The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less" *Op. Cit.*, Págs. 789-790 y 803-804. En España, por ejemplo, los jueces actualmente siguen ejerciendo funciones no jurisdiccionales como es el Registro Civil.



y ancho del territorio. El pequeño ejército regular, el incipiente servicio de correos y un puñado de recaudadores de impuestos (*collectors*) eran la excepción.

De hecho la única administración estatal o federal expandida por el territorio era la Administración de Justicia y en consecuencia sus recursos personales (*marshals* y *clerks*) y sus recursos materiales (los edificios judiciales) eran utilizados para la puesta en marcha de las disposiciones legales y ejecutivas del Gobierno Federal. La atribución de funciones no judiciales a los tribunales llegó, como expondremos, a su final cuando los jueces de los tres tribunales de circuito se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad de una ley que preveía que los solicitantes de una pensión de invalidez, a causa de la *Revolutionary War*, presentaran ante los jueces su solicitud por escrito, estos examinaran el cumplimiento de los requisitos y realizaran la remisión al Departamento de Guerra.

### 3. Thomas Jefferson y el papel de los jurados

Aunque en otros puntos de esta tesis se ha tratado la cuestión de los jurados, en el presente epígrafe nos queremos centrar en la división jeffersoniana de esta institución en cuanto forma privilegiada de participación de la ciudadanía en la Justicia y como vacuna contra los vicios que Jefferson atribuye a la judicatura permanente y profesional.

Mientras Thomas Jefferson era ministro de los Estados Unidos ante el Rey de Francia, no se centró en su correspondencia en el poder judicial, aunque sí hizo observaciones. Su principal preocupación, en referencia a la Justicia, era la plena constitucionalización del *habeas corpus* y el papel de los jurados en los procesos judiciales.

A James Madison, que había participado en la Convención Constitucional como delegado de Virginia y había tenido un papel muy relevante en ella le presenta la siguiente objeción al texto propuesto a la ratificación de los estados:

Ahora te diré lo que no me gusta. Lo primero es la omisión de una carta de derecho, proveyendo claramente y sin la ayuda de sofisma la libertad de religión, la libertad de prensa, la protección contra los ejércitos permanentes, la restricción de los monopolios, la fuerza eterna e incesante de las leyes de *habeas corpus* y los juicios de los hechos por jurados en todas las materias enjuiciables según el Derecho del país y no en las que sean enjuiciables según el Derecho de las Naciones [Derecho Internacional].<sup>1240</sup>

<sup>1240</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág 386. "I will now tell you what I do not like. First, the omission of a bill of rights, providing clearly, and without the aid of sophism, for freedom of religion, freedom of the press, protection against standing armies, restriction of monopolies, the eternal and unremitting force of the habeas corpus laws, and trials by jury in all matters of fact triable by the laws of the land, and not by the laws of nations."

En marzo de 1789 hace una diferencia entre los logros constitucionales en lo relativo al poder ejecutivo y legislativo y la desconexión del poder judicial con el pueblo, que para Thomas Jefferson en ese momento tiene que conectarse con el pueblo a través del juicio por jurado incluso en los procesos de destitución de cargos federales (*impeachment*)<sup>1241</sup>:

Hay instrumentos para administrar al gobierno, tan peculiarmente dignos de confianza, que nunca deberíamos dejar la legislatura la libertad para cambiarlos. La nueva Constitución los ha asegurado en el departamento ejecutivo y legislativo, pero no en el judicial. Debería haber establecido juicios por las mismas personas, es decir, por medio de jurado.<sup>1242</sup>

La exigencia de refrendo popular solamente se satisface si el pueblo es introducido en el departamento judicial como jurado. Jefferson explica al Abbé Arnoux la naturaleza y las funciones de los jurados:

Respecto del valor de la institución, debo hacer una observación general. En América pensamos que es necesario introducir al pueblo en cada departamento del gobierno, tanto como sean capaces de ejercerlo y que ésta es el único camino para asegurar una administración honesta por mucho tiempo de sus poderes. [...] 3. Ellos no están cualificados para juzgar cuestiones jurídicas, pero son sobradamente capaces de juzgar cuestiones de hecho. En la forma de jurados, por lo tanto, determinan todas las cuestiones de hecho, dejando a los jueces permanente decidir la ley resultante de esos hechos.<sup>1243</sup>

Los jueces permanentes tienen tendencias corporativas, pueden estar tentados por sobornos o movidos por devoción a los otros poderes, opina Jefferson. Los jurados, jueces no permanentes, no tienen estos problemas y pueden asumir incluso el enjuiciamiento jurídico si piensan que el juez no es imparcial. Llega a concluir que si

---

<sup>1241</sup> Antes de la ratificación de la Constitución objetó a James Madison la excepción que se hacía del uso del jurado de los juicios en los que fuera aplicable el Derecho Internacional: *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen III. Págs. 387-388. *Carta a Charles W. F. Dumas*, 12 de febrero de 1788. Volumen VI. Pág. 430. Más tarde hará una excepción para los casos en el que una de las partes sea extranjera. *Carta a James Madison*, 31 de Julio de 1788. Volumen VII. Pág. 97.

<sup>1242</sup> *Carta al coronel Humphreys*, 18 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 322-323. "There are instruments for administering the government, so peculiarly trust-worthy, that we should never leave the legislature at liberty to change them. The new Constitution has secured these in the executive and legislative department; but not in the judiciary. It should have established trials by the people themselves, that is to say, by jury."

<sup>1243</sup> *Carta al Abbé Arnoux*, 19 de julio de 1789. Volumen VII. Págs. 422-423. "With respect to the value of this institution, I must make a general observation. We think, in America, that it is necessary to introduce the people into every department of government, as far as they are capable of exercising it ; and that this is the only way to insure a long-continued and honest administration of its powers. [...] 3. They are not qualified to judge questions of law, but they are very capable of judging questions of fact. In the form of juries, therefore, they determine all matters of fact, leaving to the permanent judges, to decide the law resulting from those facts."

los ciudadanos han de quedar fuera de un poder es mejor que sea del legislativo que del judicial, porque es más importante la ejecución de las leyes que su elaboración<sup>1244</sup>, incluso la no ejecución decidida por un jurado.

En una carta que remitió a James Madison le adjuntó un borrador de la declaración de derechos que consideraba que debiera unirse a la Constitución que acaba de entrar en vigor. Uno de los artículos está reservado a los jurados y a las excepciones en su empleo:

Artículo 7. Todos los hechos remitidos ante cualquier tribunal, serán juzgados por un jurado, salvo 1, en los casos de jurisdicción de almirantazgo en los que un extranjero pueda estar interesado; 2, en los casos cognoscibles por un tribunal militar, en lo concerniente a los oficiales y soldados de los Estados Unidos, o a los miembros de la milicia en servicio activo en tiempo de guerra o en una insurrección; y 3, en los procesos de destitución [*impeachment*] permitidos por la Constitución.<sup>1245</sup>

Con ocasión de la aprobación y entrada en vigor de la Sexta Enmienda<sup>1246</sup>, que considera un derecho ser juzgado por un jurado en cualquier causa penal, considera Jefferson que los procesos de destitución (*impeachments*) sí pueden ser resueltos por un jurado al entender que son un procedimiento penal y que la enmienda rectifica la prohibición contenida en la redacción original de la Constitución<sup>1247</sup>. Le recomienda a Madison la máxima extensión posible de los jurados, incluso a los tribunales de equidad<sup>1248</sup>, prefiriendo que fueran seleccionados por medio de elección, antes que por sorteo<sup>1249</sup>, como era el proyecto federalista para todos los jurados en los tribunales federales<sup>1250</sup>.

---

<sup>1244</sup> *Ibidem*. Pág. 423.

<sup>1245</sup> *Carta a James Madison*, 28 de agosto de 1789. Volumen VII. Págs. 450-451. *Article 7*. "All facts put in issue before any judicature, shall be tried by jury, except, 1, in cases of admiralty jurisdiction, wherein a foreigner shall be interested; 2, in cases cognizable before a court martial, concerning only the regular officers and soldiers of the United States, or members of the militia in actual service in time of war or insurrection; and 3, in impeachments allowed by the constitution."

<sup>1246</sup> Thomas Jefferson habla de "eighth amendment" porque fue efectivamente la octava enmienda propuesta en la formulación del *Bill of Rights*. A ésta se le conoce ahora como la *Sexta Enmienda*, porque las dos primeras enmiendas propuestas no fueron ratificadas por los estados de modo que se alteró la numeración de la primera propuesta del Congreso. Como dato curioso, la no ratificada segunda enmienda de entonces es hoy día la Vigésimo Séptima Enmienda al reunir en 1992 el número de ratificaciones necesarias.

<sup>1247</sup> *Carta a James Madison*, 25 de enero de 1798. Volumen IX. Págs. 435-436.

<sup>1248</sup> *Carta a James Madison*, 22 de noviembre de 1799. Volumen X. Págs. 133-134.

<sup>1249</sup> Jefferson mantuvo en un borrador de una petición de ciudadanos virginianos que los jurados siempre debían ser elegidos empleando la estructura de distritos de la Ley Educativa en vez de ser sorteados. Vid. *Documento adjunto a la Carta a James Madison*, de 26 de octubre de 1798. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0117>

<sup>1250</sup> Los federalistas presentaron en el Senado un proyecto de Ley, que no prosperó que extendía el procedimiento por sorteo a todos los jurados que actuasen en los tribunales federales. El senador Pinckney mantuvo que este sistema garantizaba, mejor que la elección por el *marshal*, la imparcialidad

## 4. Thomas Jefferson y el poder judicial

### 4.1. Separación e independencia del poder judicial

En su misión como ministro de los Estados Unidos ante la Corte de Luis XVI, Thomas Jefferson tuvo serias dificultades para explicarle al ministro de Exteriores de Francia la nula influencia que Adams, entonces ministro en Gran Bretaña, y él mismo tenían sobre los jueces del estado de Georgia en un caso de testamentaría por el que el ministro de Asuntos Exteriores se interesó:

El caso del caballero de Mezieres fue pensado para proporcionar una muestra de nuestra desconsideración hacia los tratados y el centro del caso fue inferido a partir de las supuestas opiniones que el Sr. Adams y yo habíamos hecho llegar. Se atribuye un peso a nuestras opiniones que estas no tienen. Nosotros no tenemos influencia en la decisión del caso. Los jueces en nuestros tribunales no les permitirían leerlas. Su guía es el Derecho del país, del cual los tratados forman parte.<sup>1251</sup>

Seis años después, ya como secretario de Estado, le explica a Charles Hellstedt, cónsul sueco, la posición de los tribunales en la estructura del Gobierno de los Estados Unidos:

Además, debo observarle, señor, que esta cuestión recae totalmente en los tribunales de justicia; que la Constitución de los Estados Unidos, habiendo dividido los poderes del gobierno en tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial) y puesta cada una con un cuerpo separado de magistratura, prohibiendo a unos interferir en el departamento de otro, el ejecutivo no tiene la libertad de intermediar en el presente asunto. Debe ser decidido en última instancia por el Tribunal Supremo. Si usted piensa que es apropiado llevarlo hasta allí, ha de estar seguro de la más estricta justicia de parte de los jueces. Ellos no tienen libertad para mostrar parcialidad.<sup>1252</sup>

Nuevamente ha de insistir en la misma idea en este caso al embajador británico, George Hammond y en la necesidad de agotar los recursos judiciales internos sin interferencia del Ejecutivo antes de ejercer lo que hoy se denomina protección

de los jurados. *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States*. Volumen X. Gales y Seaton. Washington DC. 1831. Págs. 35-42.

<sup>1251</sup> *Amplification of Subjects Discussed with Vergennes*, circa 20 de diciembre de 1785. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-09-02-0101>

<sup>1252</sup> *Carta al cónsul sueco Charles Hellstedt*, 14 de febrero de 1791. Volumen VIII. Págs. 126-127. "I have further to observe to you, Sir, that this question lies altogether with the courts of justice; that the Constitution of the United States having divided the powers of government into three branches, legislative, executive, and judiciary, and deposited each with a separate body of magistracy, forbidding either to interfere in the department of the other, the executive are not at liberty to intermeddle in the present question. It must be ultimately decided by the Supreme Court. If you think proper to carry it into that, you may be secure of the strictest justice from them. Partialities they are not at liberty to show."

diplomática<sup>1253</sup> o en La imposibilidad del Ejecutivo para intervenir en las relaciones jurídico-privadas como las relativas a la propiedad que corresponden a los tribunales<sup>1254</sup>. En otra ocasión le expone al embajador neerlandés las posibilidades judiciales existentes a la hora de solventar la situación de un empleado de la Legación entre la que no se encuentra una intervención extrajudicial del Ejecutivo, sino únicamente el ejercicio de acciones judiciales<sup>1255</sup>.

Las Guerras Napoleónicas y la declaración de neutralidad de los Estados Unidos crearon numerosos problemas jurídicos relacionados con la aplicación de las leyes internas, los tratados internacionales y la propia neutralidad que ponían la mínima estructura del Departamento de Estado al límite de sus capacidades iusinternacionales, de modo que en nombre de George Washington, Thomas Jefferson preguntó al John Jay, Presidente del Tribunal Supremo, y a los jueces miembros sobre la posibilidad de que se solicitaran al Tribunal Supremo opiniones consultivas<sup>1256</sup>.

El Presidente del Tribunal Supremo respondió directamente al Presidente Washington indicándole que lo propuesto rompería la separación de poderes y los controles y equilibrios entre los diferentes departamentos del gobierno y que el Ejecutivo ha de recurrir a los medios constitucionales para solventar sus dudas jurídicas y no emplear al Judicial en decisiones no estrictamente judiciales<sup>1257</sup>.

#### **4.2. Los jueces de medianoche, John Marshall y el poder judicial federalista**

La elección del titular de la Presidencia en el cuarto mandato, las Elecciones de 1800-1801, que ya ha sido objeto de exposición y reflexión<sup>1258</sup>, tuvo consecuencias se extendieron a lo largo del tiempo.

Tal y como expusimos en el epígrafe 4 del Capítulo IV, el sistema administrativo estadounidense en aquellos primeros tiempos se caracterizaba por la movilidad absoluta de los trabajadores federales, de modo que un cambio en la orientación del gobierno podía ocasionar la pérdida del empleo de casi todos los

<sup>1253</sup> *Carta al ministro británico George Hammond*, 25 de febrero de 1795. Volumen VIII. Pág. 306.

<sup>1254</sup> *Carta a Edmundo C. Genet, ministro de Francia*, 17 de junio de 1793. Volumen IX. Pág. 131.

<sup>1255</sup> *Carta a Franco Petrus van Berckel*, 2 de julio de 1792. Volumen VIII. Págs. 385-386.

<sup>1256</sup> *Carta al Presidente y a los jueces del Tribunal Supremo*, 18 de julio de 1793. Volumen VIII. Págs. 167-168.

<sup>1257</sup> *Carta del Presidente del Tribunal Supremo (John Jay) al Presidente George Washington*, 8 de agosto de 1793. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-13-02-0263>

<sup>1258</sup> Tanto sobre el sistema electoral para elegir al Presidente de los Estados Unidos como a los problemas derivados de las Elecciones de 1796 y, sobre todo, de 1800 nos hemos referido en el epígrafe 3.3.4 del Capítulo II y en el epígrafe 11.3 del Capítulo III.

trabajadores del Ejecutivo, una clase de “cesantes” como se les denominó en la España decimonónica.

Jefferson diferenció tres categorías de federalistas<sup>1259</sup> y la diversa intensidad de su depuración para cada una de ellas<sup>1260</sup>. Pero los federalistas tenían dos consecuencias de la elección y ascenso de Thomas Jefferson a la Presidencia: el cambio de todos los trabajadores federales y las grandes mayorías de los demócratas-republicanos en el Congreso y en casi todos los estados.

Los federalistas buscaron un punto donde poder resistir y tener la cuota de poder suficiente para bloquear, al menos puntualmente, a los jeffersonianos. La estrategia federalista consistió en hacerse con el poder judicial para desde allí poder detener el programa demócrata-republicano.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos no era una institución con prestigio ni tenía un papel relevante en la naciente República. Ello tiene singular reflejo, como ya relatamos al inicio del presente capítulo, en la renuncia de su Presidente, John Jay, buscando una actividad de mayor peso como era ser gobernador de Nueva York.

Tras la renuncia del tercer *Chief of Justice*, Ellsworth, el Presidente John Adams consiguió volver a nominar a John Jay como Presidente del Tribunal Supremo por segunda vez, pero tras ser declinada esta nominación, el Presidente nominó a uno de los mayores baluartes políticos y jurídicos del Partido Federalista, el virginiano John Marshall, entonces secretario de Estado<sup>1261</sup>. En aquel momento nadie era capaz de vislumbrar la trascendencia de esa nominación que fue ratificada *viva voce*<sup>1262</sup> por el Senado el 27 de enero de 1800<sup>1263</sup> tras un periodo de incertidumbre entre los propios federalistas para quienes John Marshall era federalista sólo en apariencia<sup>1264</sup>.

<sup>1259</sup> *Carta a Henry Knox*, 27 de marzo de 1801. Volumen X. pág. 246.

<sup>1260</sup> *Carta a William B. Gates*, 23 de marzo de 1801. Volumen X. Págs. 238-239.

<sup>1261</sup> El texto de la nominación dice así: “I nominate John Marshall, secretary of State, to be a Chief of Justice of the United States, in the place of John Jay, who has declined his appointment. John Adams.” Cf. *Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States of America*, Senate of the United States. Washington DC. 1828. Volume 1. Págs. 370-371.

<sup>1262</sup> El Presidente del Senado pregunta a los senadores sobre su decisión y se pronuncian simultáneamente en voz alta, de modo que si la decisión es clara quien presida el Senado anuncia el resultado. Si un quinto pide votación nominal, se realizará ésta. *A Manual of Parliamentary Practice*. Volumen II. Pág. 419. *Riddick's Senate Procedure. Precedents and Practices*. U.S. Government Publishing Office. Washington DC. 1992. Pág. 1397.

<sup>1263</sup> “The Senate proceeded to consider the message of the President of the United States, of the 20th instant, and the nomination contained therein, of John Marshall, to office. Whereupon, Resolved, That they do advise and consent to the appointment, agreeably to the nomination. Ordered, That the Secretary lay this resolution before the President of the United States”. Cf. *Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States of America*, Volume 1. Pág. 374.

<sup>1264</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 56-57.

El plan de los federalistas pasaba por una importante modificación legislativa. Un año antes de las elecciones, se presentó un proyecto de ley para modificar la *Judiciary Act* de 1789. Al principio no dieron impulso a su trámite<sup>1265</sup>, pero éste fue retomado a finales del mandato de Sexto Congreso y aprobado el día 13 de febrero de 1801, cuando la victoria republicana era un hecho. El número de puestos judiciales, con la nueva ley, pasaba de veintitrés a cuarenta y uno, de manera que comenzó una sucesión de nominaciones y conformaciones judiciales, todas de candidatos federalistas, antes de que expirasen los mandatos del Sexto Congreso y del Presidente Adams el día 4 de marzo de 1801 al mediodía; el Senado permaneció en sesión hasta las nueve de la noche del día 3 para confirmar a los nominados<sup>1266</sup>.

La reforma de la *Judiciary Act* de 1789, aprobada el 13 de febrero de 1801<sup>1267</sup> creó nuevos órganos jurisdiccionales y sus correspondientes puestos judiciales y redujo en uno de los miembros del Tribunal Supremo quedando en cinco cuando se produjera una vacante, imposibilitando así a los jeffersonianos hacer un nombramiento judicial importante<sup>1268</sup>. Otro elemento capital de la Ley de 1801 era el reconocimiento de la jurisdicción a los tribunales federales de la capacidad en entender de casos civiles cuando los Estados Unidos fuera la parte actora<sup>1269</sup>. El 27 de febrero una nueva ley<sup>1270</sup> creaba numerosos órganos judiciales federales (jueces de paz) en el Distrito de Columbia y que generó una buena cantidad de puestos judiciales a proveer.

La publicación *Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States of America* recoge la actividad nominadora del Presidente Adams desde que la Cámara de Representantes eligió a Thomas Jefferson hasta el final de su mandato al mediodía del 4 de marzo de 1801. Todos estos nombramientos para los nuevos cargos judiciales eran reconocidos partidistas, algo habitual desde el segundo mandato de Washington<sup>1271</sup>. El frenesí en torno a la toma del poder judicial por parte de los federalistas no se detuvo ni en las últimas horas del mandato de Adams y por ello es por lo que a estos jueces se les conoce con el apelativo de los “jueces de medianoche”<sup>1272</sup>.

El Presidente Jefferson consideró que estos nombramientos constituían un uso fraudulento de la Constitución: “Mediante un uso fraudulento de la Constitución, la cual

<sup>1265</sup> *Carta a Edward Livingston*, 30 de abril de 1800. Volumen X. Págs. 164.

<sup>1266</sup> Susan Dunn: *Op. Cit.*, Pág. 220.

<sup>1267</sup> *An act to provide for the more convenient organization of the Courts of the United State*, 2 Stat. 89 (1801).

<sup>1268</sup> 2 Stat. 89 (1801). Sección 3.

<sup>1269</sup> 2 Stat. 89, 92 (1801). Sección 11.

<sup>1270</sup> *Act concerning the District of Columbia*, 2 Stat. 103 (1801).

<sup>1271</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Pág. 15.

<sup>1272</sup> *Carta a Benjamin Rush*, 24 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 242.

ha hecho que los jueces sean inamovibles, han multiplicado los jueces sin utilidad simplemente para fortalecer su falange.”<sup>1273</sup>

Thomas Jefferson comienza un proceso de depuración en la Administración y en la Judicatura. Un proceso que tenía dos límites, uno político y otro constitucional. El límite político era dejar en sus puestos a aquellos federalistas que acepten los principios republicanos de la Constitución, quizá fruto del acuerdo con algunos de los representantes federalistas y también de la necesidad de superar cuatro años de antagonismo y divisiones. El límite jurídico consistió en la no limitación del mandato de los jueces salvo mala conducta, de acuerdo con la Constitución, o la posibilidad de suprimir el puesto judicial para el que habían sido nombrados.

El día 2 de marzo, John Adams propuso numerosos nombramientos al Senado que éste los confirmó el día siguiente. Al mediodía del 4 de marzo terminó el mandato de Adams y comenzó el de Jefferson y buena parte de los jueces nombrados no habían recibido su *comission*, es decir, el documento de nombramiento. Jefferson siempre entendió que el nombramiento no se producía hasta la entrega de la *comission*, aunque hubiera sido confirmado por el Senado.

Levi Lincoln, Fiscal General que hacía las funciones de secretario de Estado<sup>1274</sup>, se negó a expedirles y entregarles la *comission* a los “jueces de medianoche” que aún no la tenían. Entre ellos estaba William Marbury<sup>1275</sup>, nominado por el Presidente y confirmado por el Senado como juez de paz en el Distrito de Columbia. Marbury solicitó al Tribunal Supremo, presidido por el federalista Marshall, que librara un *writ of mandamus*, al amparo de la sección 13 de la Ley de 1789<sup>1276</sup>.

El Presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, redactó la sentencia de caso *Marbury contra Madison* en el que se establecería un precedente clave en la historia del Constitucionalismo, primero en los Estados Unidos y luego en el resto del mundo.

---

<sup>1273</sup> *Carta a Jonh Dickinson*, 19 de diciembre de 1801. Volumen X. Pág. 302.

<sup>1274</sup> James Madison no se había incorporado al Departamento de Estado por el fallecimiento de su padre y Levi Lincoln asumió el cargo en funciones para que John Marshall no lo siguiera ejerciendo también en funciones. Es llamativo que en este caso John Marshall esté parcialmente enjuiciando sus propias acciones ya que fue él quien preparó en mitad de la noche, según la leyenda, esas *comissions*. Dumas Malone: *Op. Cit.*, Vol. IV. Pág. 34.

<sup>1275</sup> En *Journal of Executive Proceedings* (volume I, pág. 388), que recoge su nominación por parte de Adams, se le llama William *Marberry* y no Marbury. Realmente no fue solamente William Marbury quien acudió al Tribunal Supremo, también lo hicieron Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper.

<sup>1276</sup> *An Act to establish the Judicial Courts of the United States*, 2 Stat. 73, 80 (1789). Esta sección establece la facultad del Tribunal Supremo para ordenar una conducta a alguien que desempeñe un cargo público: “*writ of mandamus*, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.”



### 4.3. Marbury contra Madison

#### 4.3.1. Antecedentes de la *Judicial Review of Laws*

El célebre catedrático español de Derecho Político Adolfo González Posada dedicaba, en su obra sobre Derecho Constitucional Comparado a finales del siglo XIX, un capítulo especial a una peculiaridad del sistema constitucional de los Estados Unidos que era la existencia de *Judicial Review of Laws*, inexistente en los sistemas constitucionales, y consistente en el examen judicial de la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el poder legislativo, pudiendo declarar la nulidad de las leyes que encontrara no conformes a la Constitución.

Los argumentos con los que Posada expone su extrañeza y rechazo sintetizan las dificultades que la doctrina jurídica había puesto. En primer lugar la diferencia entre norma constitucional y ley ordinaria que en su opinión no se distinguían o lo hacían de una forma poco consistente, teniendo esta objeción como presupuesto la idea de que la constitución no es una norma estrictamente jurídica de aplicabilidad directa. Y en segundo lugar la posibilidad de que los tribunales pudieran anular un acto del poder legislativo, que representa directamente al pueblo, puede ser visto como una ruptura de la separación de poderes<sup>1277</sup>.

¿Fue el procedimiento de *Judicial Review of Laws* una creación de John Marshall en *Marbury contra Madison* como en muchas ocasiones se afirma o se insinúa?<sup>1278</sup> Los juristas y los historiadores estadounidenses, como veremos, han discutido esta cuestión a fondo ya que en la Constitución no hay ninguna disposición expresa que autorice al poder judicial a declarar inconstitucionales e inválidas las leyes del Congreso.

Como antecedente más remoto de la *Judicial Review of Laws* suele citarse la sentencia del juez Coke en el *Bonham's case* al considerar que una ley del Parlamento se encuentra bajo el control del *Common Law* y, por tanto, ha de ser considerada nula si va contra el sentido común, la razón, era repugnante o de imposible cumplimiento<sup>1279</sup>.

<sup>1277</sup> Adolfo González Posada: *Tratado de Derecho Político*. Tomo Segundo: *Derecho constitucional comparado de los principales estados de Europa y América*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid. 1894. Págs. 607-608. Hay que señalar que en 1930 en su obra *El régimen constitucional* apuesta por la creación de una sala de asuntos constitucionales en el seno del Tribunal Supremo, algo en lo que insistiría en 1931, con ocasión del proceso constituyente de la II República. Rafael de Mendizábal: "Control de constitucionalidad y poder judicial" en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Núm. 45 (2001). Pág. 107. Nota 43.

<sup>1278</sup> Maeva Marcus: "John Marshall Was Not the First Chief Justice" en *Proceedings of the American Philosophical Society*. Vol. 153. Núm. 1 (2009) Págs. 48-55.

<sup>1279</sup> Edward Coke: *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Volumen I. Indianapolis. Liberty Fund. 2003. Pág. 275.

Estos argumentos se encuentran en el primer volumen de los *Commentaries* de William Blackstone, pero restringiendo esta facultad judicial a los efectos no razonables que a su vez no fueron previstos por el Parlamento<sup>1280</sup>.

#### 4.3.1.1. El control judicial de las asambleas legislativas de los estados

Las asambleas legislativas, desde la independencia, habían vivido un frenesí legislativo tal que la cantidad de leyes aprobadas por los estados era incomparable con cualquier periodo anterior. Esta inundación legislativa, de leyes de una calidad técnica mediocre, puso en riesgo la seguridad jurídica y los derechos y libertades individuales, de forma que se vio en los tribunales una instancia reguladora y protectora<sup>1281</sup>.

La inflación y dispersión normativa impuso que se sintiera la necesidad de “codificar”<sup>1282</sup> las leyes estatales, y el propio Jefferson formó parte de una comisión para codificar las leyes virginianas que terminó abandonando sus trabajos por los problemas que planteaba, de tiempo y prácticos, esa tarea solamente en un estado<sup>1283</sup>, aunque él redactó un Código de Virginia para su uso privado<sup>1284</sup>. El problema de la dispersión legislativa hizo que, durante toda su vida, estuviera preocupado por la recopilación<sup>1285</sup> y publicación de los textos legales aprobados por los diferentes legislativos<sup>1286</sup>. Wood pone de manifiesto que los estados fracasaron en sus codificaciones en los primeros tiempos de la República<sup>1287</sup>.

<sup>1280</sup> William Blackstone: *Commentaries on the Laws of England. Book 1: Of the Rights of the Persons. Op. Cit.*, Pág. 66.

<sup>1281</sup> Gordon S. Wood: “The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less” *Op. Cit.*, Págs. 790-792.

<sup>1282</sup> Cuando hablamos en este contexto de “codificar” no nos referimos a la codificación que se inició con el Código Napoleón de 1804 donde se pretendió establecer todas las normas legales aplicables a un ámbito como era el Derecho Civil. Cuando se habla de codificación de las leyes de los estados el significado es más cercano al de recopilación y cierta armonización, pero no una ley cerrada, lo cual sería imposible siquiera como pretensión en el mundo jurídico del *Common Law*. El gran modelo de “codificación” en el siglo XVIII es el *Allgemeines Landsrecht für die Preußischen Staaten* de 1794, aunque históricamente el arquetipo es la obra de Justiniano en el Imperio Bizantino. El tránsito de la recopilación al método sistemático se da en la Ilustración y como se va desarrollando: véase Bartolomé Clavero Salvador: “La idea de código en la ilustración jurídica” en *Historia. Instituciones. Documentos* Núm. 6 (1979). Págs. 49-88.

<sup>1283</sup> *Carta a Skelton Jones*, 28 de julio de 1809. Volumen XII. Págs. 298-299.

<sup>1284</sup> *Carta al doctor John Manners*, 12 de junio de 1817. Volumen XV. Pág. 124.

<sup>1285</sup> *Carta a Ebenezer Hazard*, 18 de febrero de 1791. Volumen VIII. Pág. 127. *Carta a William Lewis*, 31 de marzo de 1791. Volumen VIII. Págs. 156-157. *Carta a George Wythe*, 16 de enero de 1796. Volumen IX. Págs. 319-321. *Carta a William W. Hening*, 24 de enero de 1807. Volumen XI. Pág. 138.

<sup>1286</sup> Siendo secretario de Estado encargó a los fiscales la recopilación de las leyes estatales y su remisión al Ejecutivo. *Carta a los Fiscales de los Estados Unidos para diversos distritos, salvo los de Maine y Kentucky*, 12 de agosto de 1790. Volumen VIII. Págs. 87-88. *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 2 de abril de 1791. Volumen VIII. Pág. 157. Remitía a los cónsules estadounidenses las leyes aprobadas por el Congreso. *Carta a los cónsules americanos*, 31 de mayo de 1793. Volumen VIII. Pág. 350.

<sup>1287</sup> Gordon S. Wood: *The Creation of the American Republic, 1776-1787. Op. Cit.*, Pág. 302.

Casi al final de su vida Jefferson, en una carta a Edward Livingston, vio que la codificación podía reportar otros beneficios diferentes a la seguridad jurídica de los ciudadanos, pues señaló que uno de los objetos de su obra era restringir a los jueces las opciones de usurpación legislativa, esto es, que unas leyes claras y determinadas disminuían la capacidad de los tribunales para crear normas por ellos mismos en sus sentencias.<sup>1288</sup>

#### 4.3.1.2. La *Judicial Review* en el Gobierno Federal antes de *Marbury*

¿Existió *Judicial Review of Laws* antes de que el juez Marshall dictara sentencia en el caso *Marbury contra Madison*? A pesar de las conclusiones que se puedan extraer de numerosas publicaciones sobre esta materia que presentan esta sentencia como momento originario de esta facultad judicial, existen no sólo numerosos antecedentes, sino también una amplia discusión político-jurídica en torno a la *Judicial Review* como veremos a continuación.

Hubo casos en los estados en los que se ejerció la Revisión Judicial antes de *Marbury contra Madison*. Tantos casos que no pueden ser calificados de anécdota, sino de expresión de una opinión jurídica generalizada<sup>1289</sup>.

<sup>1288</sup> Carta a Edward Livingston, 25 de marzo de 1825. Volumen XVI. Pág. 113.

<sup>1289</sup> Saikrishna B. Prakash y John C. Yoo: "The Origins of Judicial Review" en *The University of Chicago Law Review*. Vol. 70. Núm. 887 (2003). Págs. 887-982. Gordon S. Wood: "The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less" *Op. Cit.*, Págs. 787-809. William Michael Treanor: "Judicial Review before Marbury" en *Stanford Law Review*. Vol. 55. Núm. 2. Págs. 455-562. Los más destacados y en los que hay acceso al texto de la sentencia o a una fuente secundaria digna de credibilidad se pueden dividir en dos bloques. El primer bloque son los que Treanor agrupa como casos en los que se discute el derecho a juicio con jurado y son *Holmes v. Watson* (1780) en Nueva Jersey, *Trevett v. Weeden* (1786) en Rhode Island, los números casos relativos a la cuantía mínima de un procedimiento para reunir un jurado en New Hampshire (1787) y *Bayard v. Singleton* (1787) en Carolina del Norte. El otro bloque tiene como casos destacados al caso de los Prisioneros (1782) en Virginia donde se establece la inconstitucionalidad de una ley que requiere más requisitos para otorgar el indulto que la constitución virginiana, a *Rutgers v. Waddington* (1784) en Nueva York en el que Alexander Hamilton fue quien presentó el alegato en contra de la constitucionalidad de la ley del estado por la que a un lealista le habían sido confiscadas sus propiedades, *Symsbury Case* (1785) en Connecticut en el que se declara inconstitucional una ley que retroactivamente altera concesiones de tierras y *Kemper v. Hawkins* (1793) y otros casos similares en Virginia sobre la alteración de los nombramientos judiciales por medio de una ley. Anecdóticamente podemos indicar que en el caso *Winthrop v. Lechmere* (1728) se declaró inválida una ley de Carolina del Sur por no adecuarse a la carta colonial, aunque solamente debe ser visto como una cuestión jerárquica pues las cartas coloniales, en aquel momento, no se consideraban documentos constitucionales sino municipales. Muy interesantes son también: William E. Nelson: "Changing conception of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860" en *Pennsylvania Law Review*. Vol. 120 (1973). Pág. 1166. Matthew P. Harrington: "Judicial Review before John Marshall" en *George Washington Law Review*. Vol. 72. Núm. 1/2 (2003-2004). Pág. 51-71. William Michael Treanor: The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143. Núm. 2 (1994). Págs. 491-570.

La posibilidad de la *Judicial Review of Laws* estaba presente en la mentalidad tanto de los *framers* de la Constitución, como en los ámbitos políticos y sociales que participaban en el debate político en aquellos tiempos. La *Judicial Review of the Laws* se funda en la *Supremacy clause*<sup>1290</sup> y en el inicio de la sección 2 del Artículo III: “El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución”<sup>1291</sup>. De hecho durante el larguísimo proceso de ratificación de la Constitución se discutió en muchos estados la conveniencia o no de establecer la *Judicial Review of Laws*, pero no había dudas de que existiera y fuera una más de las relaciones entre los poderes<sup>1292</sup>.

Alexander Hamilton en el número 78 de *The Federalist Papers* se refiere en términos similares a los que años después Marshall empleará en *Marbury contra Madison* al referirse a la necesidad de que los tribunales de Justicia prefieran la norma constitucional a la norma legal:

Este ejercicio de discreción judicial para determinar entre dos leyes contradictorias es ejemplificado en un caso familiar. No es raro que suceda que haya dos leyes al mismo tiempo que choquen en todo o en parte la una con la otra no conteniendo ninguna cláusula o expresión derogatoria. En tal caso, es competencia de los tribunales establecer y corregir su significado y funcionamiento. Hasta donde se pueda llegar, por medio de una buena interpretación, reconciliar una con la otra, razón y ley conspiran para dictar que es lo que tiene que ser hecho; donde esto es impracticable, llegar a ser necesario llevar a efecto una con la exclusión de la otra. La regla que se ha obtenido en los tribunales para determinar la validez relativa es que la última en el orden temporal será preferida a la primera. Pero es una simple regla de interpretación, no derivada de ninguna norma positiva sino de la naturaleza y de la razón de la cosa. Es una regla no impuesta a los tribunales por una norma legislativa, sino adoptada por ellos mismos, en consonancia con la verdad y la corrección para dirigir su conducta como intérpretes del Derecho. Ellos pensaron que es razonable que entre las leyes de igual autoridad, que se interfieren, aquella que fuera la última indicación de su voluntad tendría preferencia.

Pero en relación a leyes que se interfieren de una autoridad superior y de una subordinada, de un poder originario y de un poder derivado, la naturaleza y la razón de la cosa indican lo contrario a esa regla como lo apropiado para ser seguido. Ellos nos enseñan que la primera ley de un superior tiene que ser preferida a la ley consecuente de una autoridad inferior y subordinada, y de acuerdo con eso, si una ley concreta

---

<sup>1290</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo VI. Cláusula 3: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

<sup>1291</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo III. Sección 2: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution [...]”

<sup>1292</sup> Saikrishna B. Prakash y John C. Yoo: *Op. Cit.*, Págs. 970-971. Los autores del artículo han encontrado ciento nueve casos de debates, artículos, informes y discursos en los que se habló de la *Judicial Review* en el periodo de la ratificación (Pág. 975).

contraviene la Constitución, será obligación de los tribunales adherirse a ésta última y desconocer la primera.<sup>1293</sup>

Hay que aclarar un concepto implícito tanto al razonamiento jurisprudencial de Hamilton que luego adoptará Marshall. Ambos consideraban que los tribunales eran competentes y tenían la obligación de enjuiciar la constitucionalidad de una ley únicamente en el caso de que esa ley fuera la *ratio decidendi* de un caso, esto es, los tribunales no estudian si una ley es constitucional de una forma general o abstracta, sino solamente en el marco de un caso sometido a su jurisdicción.

La constitucionalidad de una ley del Congreso estuvo sometida antes de *Marbury* ante los tribunales federales e incluso ante el Tribunal Supremo. La diferencia de estos casos respecto de *Marbury* consistió en el que no se declaró la inconstitucionalidad, bien porque no se apreció o bien porque la ley fue modificada antes del pronunciamiento, pero sí hubo *Judicial Review*.

El caso *Hayburn*<sup>1294</sup> estuvo muy cerca de ser la primera declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso. La *Invalid Pension Act 1792*<sup>1295</sup>, de 23 de marzo de 1792, reguló el procedimiento para que se les reconociera una pensión a los veteranos de la Guerra Revolucionaria. Este procedimiento se iniciaba, según la sección 3, con una solicitud de la persona que pretendía tener derecho a la pensión ante el Tribunal de Circuito o ante el Tribunal de Distrito (donde no haya de Circuito) y que estos habían de transmitir al Departamento de Guerra. Seguramente el Congreso decidió emplear este procedimiento porque el Gobierno Federal carecía de “administración

---

<sup>1293</sup> Alexander Hamilton: “The Federalist 78” en *The Federalist Papers*. Pág. 382. “This exercise of judicial discretion in determining between two contradictory laws is exemplified in a familiar instance. It not uncommonly happens that there are two statutes existing at one time, clashing in whole or in part with each other and neither of them containing any repealing clause or expression. In such a case, it is the province of the courts to liquidate and fix their meaning and operation. So far as they can, by fair construction, be reconciled to each other, reason and law conspire to dictate that this should be done; where this is impracticable, it becomes a matter of necessity to give effect to one in exclusion of the other. The rule which has obtained in the courts for determining their relative validity is that the last in order of time shall be preferred to the first. But this is a mere rule of construction, not derived from any positive law but from the nature and reason of the thing. It is a rule not enjoined upon the courts by legislative provision but adopted by themselves, as consonant to truth and propriety, for the direction of their conduct as interpreters of the law. They thought it reasonable that between the interfering acts of an equal authority that which was the last indication of its will should have the preference.”

“But in regard to the interfering acts of a superior and subordinate authority of an original and derivative power, the nature and reason of the thing indicate the converse of that rule as proper to be followed. They teach us that the prior act of a superior ought to be preferred to the subsequent act of an inferior and subordinate authority; and that accordingly, whenever a particular statute contravenes the Constitution, it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former.”

<sup>1294</sup> *Hayburn's Case*, 2 US 409 (1792).

<sup>1295</sup> *An Act providing fir the settlement of the Claims of Persons under particular circumstances barred by the limitations heretofore established*, 1 Stat. 245 (1792).

periférica” en los estados, los jueces eran los únicos funcionarios federales que se expandían por todo el territorio y existía una amplia tradición de encomendar a los jueces funciones administrativas no estrictamente judiciales. Tres Tribunales de Circuito (el del distrito de Nueva York, el del distrito de Pennsylvania y el del Distrito de Carolina del Norte) pusieron de manifiesto que estas funciones que la Ley confería a los jueces no tenían acomodo con las funciones judiciales de acuerdo con el Artículo III de la Constitución y que no iban a dar cumplimiento a lo estipulado por la ley al ser inconstitucionalidad<sup>1296</sup>.

Edmund Randolph, Fiscal General, solicitó al Tribunal Supremo un *writ of mandamus* en el que se ordenara a los tribunales de circuito a realizar los trámites de la Sección 3 de la *Invalid Pension Act 1792*. Al haberse pronunciado previamente cinco de los seis jueces del Tribunal Supremo el resultado del pronunciamiento parecía claro y los jueces se aferraron a una cuestión de procedimiento (ausencia de autorización del Presidente al Fiscal General para proceder) para aplazar la decisión al siguiente periodo de sesiones. Al año siguiente una ley autorizó al Fiscal General a presentar la moción del *mandamus*, pero dos de los cinco jueces, en la vista, dudaron que aquello fuera un verdadero caso al no haber controversia entre dos partes. Randolph, el Fiscal General, desistió y se evitó la declaración de inconstitucionalidad<sup>1297</sup>.

En 1796 la sentencia en el *caso Hylton contra los Estados Unidos*<sup>1298</sup> enjuició la constitucionalidad de una ley, concretamente la sección que establecía un impuesto anual a los carruajes, realizando una revisión judicial cuyo resultado fue la declaración de la ley como conforme a la Constitución<sup>1299</sup>.

Otro caso federal en el que hubo revisión de constitucionalidad y que no llegó al Tribunal Supremo fue *Estados Unidos contra Ravara*<sup>1300</sup> en el que el acusado, un

---

<sup>1296</sup> El Tribunal de circuito para Pennsylvania (con los jueces del Supremo Wilson y Blair) y el tribunal de circuito para Carolina del Norte (con el juez del Supremo Iredell) presentaron sendas representaciones al Presidente de los estados Unidos indicándole que la ley era inconstitucional y que, en consecuencia, no iban a proceder a su ejecución. El tribunal de circuito de Nueva York (con el juez del Supremo Cushing y el Presidente del Supremo Jay) hizo pública una consideración en la que consideraba inconstitucional la misión dada a los jueces, pero entendía que podía interpretarse la ley como el nombramiento de comisionados, que son puestos renunciables pero no obligatorios, y que como tales y no como jueces podrían ejercer las funciones que la sección 3 de la *Invalid Pension Act 1792* les atribuía y además dejaba abierta la posibilidad de revisión de las resoluciones de los jueces al Secretario de Guerra ya que éstas no serían resoluciones jurisdiccionales, sino administrativas.

<sup>1297</sup> Maeva Marcus y Robert Tier: “Hayburn’s case: a Misinterpretation of Precedent” en *Wisconsin Law Review*. Núm. 4 (1988). Págs. 527-541.

<sup>1298</sup> *Hylton v. United States*, 3 U.S. 171 (1796).

<sup>1299</sup> Robert P. Frankel: “Before Marbury: Hylton v. United States and the Origins of Judicial Review” en *Journal of Supreme Court History*. Vol. 28. Núm. 1 (2203). Págs. 1-13.

<sup>1300</sup> *United States v. Ravara*, 2 U.S. 297 (1793).

cónsul genovés, alegó que debía ser juzgado por el Tribunal Supremo, ya que la Constitución le atribuía la jurisdicción ordinaria y no por un tribunal inferior como determinaba la ley. El Tribunal de Circuito para el Distrito de Pennsylvania estableció la constitucionalidad de la ley, dado que no había prohibición expresa de que el legislativo encomendara el enjuiciamiento a un tribunal inferior.

Al ratificarse y entrar en vigor la Undécima Enmienda (7 de febrero de 1795) el Tribunal Supremo sobreseyó tres casos pendientes y similares a *Chisholm contra Georgia* (eran los casos *Brailsford contra Georgia*, *Hollingsworth contra Virginia* y *Moultrie contra Georgia*) al entender que la nueva enmienda retiraba la jurisdicción que la Judicatura Federal había tenido en virtud de la *Judiciary Act* de 1789 de acuerdo con la redacción original de la Constitución. William Treanor considera que podían verse como tres declaraciones de inconstitucionalidad de la *Judiciary Act*, aunque tiene sus dudas<sup>1301</sup>, estando las mismas justificadas a nuestro juicio, pues al ser la enmienda constitucional posterior a la *Judiciary Act*, puede ser entendida como una derogación implícita (*lex posterior derogat legi priori*) o como una inconstitucionalidad sobrevenida (*lex superior derogat legi inferiori*)<sup>1302</sup>.

El 2 de marzo 1803, una semana después de que se dictara sentencia en *Marbury contra Madison*, también recayó sentencia en el caso *Stuart contra Laird*<sup>1303</sup> en el que se sometió a juicio de constitucionalidad a la *Judiciary Act* de 1802 que derogaba *Judiciary Act* de 1801, que a su vez había enmendado la *Judiciary Act* de 1789, considerando el Tribunal Supremo constitucional la modificación de 1802 y ratificando consecuentemente la pérdida del cargo judicial de los jueces federales afectados.

#### 4.3.2. La sentencia del caso *Marbury contra Madison*

William Marbury y otros jueces de paz nombrados, al ver que la nueva Administración no les entregaba la *comission* con sus nombramientos para comenzar a ejercer sus funciones de juez de paz en el Distrito de Columbia, solicitaron al Tribunal

<sup>1301</sup> William Michael Treanor: "Judicial Review before Marbury" *Op. Cit.*, Pág. 547.

<sup>1302</sup> En el Derecho Español, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se planteó esa misma duda acerca del Derecho preexistente incompatible con la Constitución: ¿derogación implícita o inconstitucionalidad sobrevenida? Tempranamente el Tribunal Constitucional en la STC 4/1981 estableció un sistema de control difuso para la legislación preconstitucional (al ser la consideración de la derogación normativa atributo del Poder Judicial y la consecuencia sería la inaplicación con efectos *inter partes*) ya que entendió que era más un caso de derogación que de jerarquía normativa. En todo caso el Tribunal Constitucional dejó abierta la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad o de entender la cuestión a través de un recurso de amparo.

<sup>1303</sup> *Stuart v. Laird* 5 U.S. 299 (1803). Este caso confirma lo dictaminado por John Marshall y el juez de distrito en Virginia en el Tribunal del Circuito. John Marshall se abstuvo de intervenir en la deliberación del Tribunal Supremo, dado que había formado parte del Tribunal de Circuito.

Supremo, el competente según la *Judiciary Act* de 1789, un *writ of mandamus* en el que se ordenase al secretario de Estado liberar la mencionada *comission*<sup>1304</sup>.

La sentencia del caso *Marbury contra Madison* estima que la petición de Marbury y los otros jueces de paz era atendible, esto es, que el secretario de Estado debía entregarles la *comission* y debían tener un recurso legal para conseguirlo, pudiendo ser un *writ of mandamus* ese recurso.

El primer punto que estudia el Tribunal Supremo es si nos encontramos ante un acto político de Ejecutivo o si bien es un acto en virtud de una ley del Congreso; en el primer caso considera que no sería justiciable, ya que violaría la separación de poderes, y en el segundo sí lo sería, al ser un caso bajo una ley del Congreso que elimina la discrecionalidad política<sup>1305</sup>.

La cuestión que se plantea Marshall se resume en si el precepto de la *Judiciary Act* que posibilitaba que se emitiera el *writ of mandamus* era o no conforme a la Constitución. El Tribunal Supremo estimó que no lo era, porque esa facultad (el *writ of mandamus*) solamente puede tenerla el Tribunal Supremo en su jurisdicción de apelación y no dentro de su jurisdicción originaria<sup>1306</sup> que era la que estaba ejerciendo en ese momento<sup>1307</sup>.

La sentencia hace una amplia reflexión sobre la primacía de la Constitución sobre las leyes y de los sinsentidos que se derivarían de aceptar que las leyes inconstitucionales son verdaderas leyes, debiendo ser aplicadas por los tribunales. La aceptación de la validez de leyes inconstitucionales implica la admisión de que la Constitución puede ser modificada constantemente por el poder legislativo y, por tanto, perdería su carácter de norma suprema<sup>1308</sup>.

Marshall alude a algunos casos hipotéticos que cualquier juez pudiera encontrarse en su ejercicio jurisdiccional para indicar precisamente que forma parte de las facultades de los tribunales apreciar la inconstitucionalidad de una ley a la hora de aplicarla en un caso<sup>1309</sup>. Una ley inconstitucional no tiene que aplicarse y los tribunales

---

<sup>1304</sup> Sobre el *iter* procesal del caso y el desarrollo de las vistas véase Charles Warren: *The Supreme Court in the United States History*. Volumen I. Little Brown and Company. Boston, 1922. Págs. 235-239.

<sup>1305</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 166 (1803).

<sup>1306</sup> El Tribunal Supremo puede conocer los casos según su jurisdicción originaria, esto es, el conjunto de materias que la Constitución somete a este tribunal como primera y única instancia, o bien puede conocer casos en virtud de su jurisdicción de apelación de sentencias de tribunales federales inferiores o de los tribunales superiores de los estados.

<sup>1307</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 176 (1803).

<sup>1308</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 178 (1803).

<sup>1309</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 179 (1803).



tienen la potestad de declarar la inconstitucionalidad y de no tenerla en cuenta en el caso en cuyo procedimiento fuera pertinente su aplicación<sup>1310</sup>.

La decisión es paradójica. Estima la pretensión de William Marbury y de los otros demandantes al entender que el secretario de Estado está legalmente obligado a entregarles la *comission* y, además, también les reconoce que ésta es declarativa y no constitutiva.

El problema surge en la inexistencia de remedio jurídico para hacer efectiva esta pretensión reconocida porque el remedio solicitado, el *writ of mandamus*, no puede ser concedido, en primer lugar, solamente tiene sentido cuando se conocen caso en apelación y no en primera instancia (originaria) y, en segundo lugar, porque el Tribunal Supremo no tiene jurisdicción en primera instancia en ese caso de acuerdo con la Constitución. Dado que la solicitud del *writ* al Tribunal Supremo se fundaba en las disposiciones de la *Judiciary Act* de 1789 y es ésta la que entra en conflicto con la Constitución, no se concede el *writ* solicitado por inconstitucionalidad de la norma legal sobre la que se funda.

Esta facultad no estaba circunscrita al Tribunal Supremo, sino que tenía que ser ejercida por cualquier tribunal cuando se le planteara la posibilidad de la inconstitucionalidad de la ley aplicable; es lógico que la última instancia sobre constitucionalidad de las leyes quede en manos del Tribunal Supremo a través de la jurisdicción de apelación. Para Marshall, si esta posibilidad no existiera:

La distinción entre un gobierno con poderes limitados e ilimitados queda abolida si esos límites no restringen a las personas a quienes se les imponen, y si los actos prohibidos y los actos permitidos son de igual obligación. Es una proposición demasiado simple para ser impugnada: que la Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga o que la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria.<sup>1311</sup>

---

<sup>1310</sup> Las declaraciones de inconstitucionalidad en el sistema estadounidense son diferentes a las que existen en países que siguen el modelo kelseniano, como España. En los Estados Unidos el tribunal decide no aplicar una ley a causa de su inconstitucionalidad y esa decisión obliga a todos los sometidos a él, librándose *injunctions* ordenando la no observancia de la norma inconstitucional, pero no deroga la norma que puede permanecer en los repertorios normativos hasta que el legislativo competente decida eliminar. William Michael Treanor y Gene B. Spelling: "Prospective Overruling and the Revival of 'Unconstitutional' Statutes" en *California Law Review*. Vol. 93 (1993). Pág. 1902-1955. Para el sistema kelseniano, Vid. Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos. Madrid, 1995.

<sup>1311</sup> *Marbury v. Madison*, 5 US 137, 176-177 (1803): "The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act."

*Marbury contra Madison* se sustenta en dos presupuestos: la primacía de la Constitución y la capacidad del poder judicial para declarar inconstitucional, esto es, la nulidad total o parcial de una ley inconstitucional del Congreso. El Constitucionalismo estadounidense superaba en 1803 la imposibilidad de aplicar sanciones de forma pacífica al gobernante (fuera ejecutivo o legislativo) que había padecido el constitucionalismo medieval<sup>1312</sup>.

Examinaremos ahora el pensamiento de Thomas Jefferson para establecer su posición respecto de la primacía de la Constitución y sobre la función del poder judicial, y de los otros poderes, a la hora de declarar la inconstitucionalidad y la nulidad de las leyes inconstitucionales.

### **4.3.3. Consideración de Jefferson de la Constitución como la norma suprema y las leyes inconstitucionales**

Sin lugar a dudas Jefferson concebía la Constitución como la norma jurídica suprema de los Estados Unidos y que como tal tiene la eficacia correspondiente. Vamos a recorrer determinados episodios donde se puede comprobar la consideración de Jefferson sobre la Constitución como norma suprema y, en consecuencia, la posibilidad de existencia de leyes inconstitucionales.

#### **4.3.3.1. La constitucionalización del *Bill of Rights***

Muestra de esta convicción fue su insistencia en la incorporación a la Constitución de un *Bill of Rights* que marcara los límites de la actuación de Gobierno Federal. La Constitución tal y como fue propuesta por la Convención de Filadelfia de 1787 y llevada a las convenciones estatales de ratificación no reunía las condiciones mínimas para proteger a los ciudadanos frente al gobierno que se estaba construyendo, según Thomas Jefferson: “Espero, por lo tanto, que sea dada forma a una declaración de derechos para salvaguardar a las personas del gobierno federal, tal y como ya están protegidas contra sus gobiernos estatales, en la mayoría de los casos.”<sup>1313</sup>

Sintetizó Jefferson su posición en defensa de la adopción de un *Bill of Rights* en las siguientes ideas: 1) Que si la constitución tratase los derechos no sería necesario el *Bill*, pero no los trata y los puede afectar; 2) Que más vale tener una declaración sobre algunos de los derechos esenciales que sobre ninguno; 3) Que una declaración de

<sup>1312</sup> Charles Howard McIlwain: *Constitutionalism. Ancient and Modern*. Cornell University Press. Ithaca (NY), 1974. Pág. 93.

<sup>1313</sup> *Carta a James Madison*, 31 de julio de 1788. Volumen VII. Pág. 99. “I hope, therefore, a bill of rights will be formed, to guard the people against the federal government, as they are already guarded against their State governments, in most instances.” Véase también la *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 386.

derechos le daría a los estados un texto, una referencia, sobre la que basar su oposición al Gobierno Federal; 4) Que si bien una declaración no es eficaz en todas las circunstancias, tampoco es absolutamente ineficaz y siempre tiene un gran alcance, de modo que los inconvenientes de tenerla son rápidamente reparables, cosa que no le pasa a los inconvenientes de no tenerla<sup>1314</sup>.

La insistencia en la constitucionalización del *Bill of Rights* y el hecho de no conformarse con mera declaración sin rango constitucional o con una ley del Congreso indica que Jefferson consideraba que la Constitución, y sus eventuales enmiendas, estaban en un rango jerárquico superior a las leyes del Congreso. Le indicó al editor Noah Webster, refiriéndose a las declaraciones de derechos de los estados incluidas en sus constituciones que:

Como lo hicieron por medio de convenciones, que fueron designadas con el propósito expreso de reservar estos derechos y de delegar otros a sus cuerpos legislativos, ejecutivos y judiciales ordinarios, ninguno de estos derechos reservados puede ser tocado sin recurrir al pueblo para designar otra convención con el propósito expreso de permitirlo. Las constituciones han sido formuladas por medio de convenciones llamadas para este expreso propósito, las constituciones están fijadas y son inalterables salvo por una convención o por otro cuerpo que estuviera expresamente autorizado; y las constituciones han sido formuladas así por todos los estados, creo, excepto por Virginia.<sup>1315</sup>

Se ha hecho referencia previamente a las resoluciones de los estados de Kentucky y de Virginia contra las *Aliens and Sedition Acts*, unas resoluciones aprobadas por las legislaturas estatales y que fueron redactadas por Jefferson y por Madison. Sostuvo en 1798 que las leyes federales inconstitucionales podrían ser anuladas (*nullification*). La idea de la *nullification* prueba que nuestro autor mantenía que la Constitución era una norma superior y que las normas inferiores contradictorias, aunque fueran leyes del Congreso, podían perder su vigencia sobre la base de la contradicción con la norma constitucional, en este caso a varias de las enmiendas que componen el *Bill of Rights*. Declaró claramente la novena resolución de Kentucky: “[...] cada estado tiene el derecho natural en los que casos que están fuera del pacto (*casus non foederis*)

<sup>1314</sup> *Carta a James Madison*, 15 de marzo de 1789. Volumen VII. Págs. 309-312.

<sup>1315</sup> *Carta a Noah Webster*, 4 de diciembre de 1790. Volumen VIII. Págs. 113. “[...] and as they did this by conventions, which they appointed for the express purpose of reserving these rights, and of delegating others to their ordinary legislative, executive and judiciary bodies, none of the reserved rights can be touched without resorting to the people to appoint another convention for the express purpose of permitting it. Where the constitutions then have been so formed by conventions named for this express purpose, they are fixed and unalterable but by a convention or other body to be specially authorized; and they have been so formed by, I believe, all the States, except Virginia.”

de anular por su propia autoridad todas las asunciones de poder por parte de otros dentro del que le corresponde.”<sup>1316</sup>

#### 4.3.3.2. La constitución de Virginia: ¿rango constitucional o legal?

Otro punto para afianzar la convicción de Thomas Jefferson de que la Constitución es una norma superior lo encontramos en su consideración acerca de la Constitución de Virginia de 1776. En las respuestas al cuestionario sobre los Estados Unidos que le propuso en 1789 Jean-Nicolas Dêmeunier<sup>1317</sup> indica que la legislatura virginiana considera que la Constitución tiene la misma fuerza de ley que como cualquier otra ley, sin ningún rango superior<sup>1318</sup>.

Treinta y cinco años después, en 1824, en una carta al periodista John Hampden Pleasants, sobre el derecho de sufragio en Virginia, Jefferson vuelve a indicar que la Constitución de Virginia fue formulada por una convención, la de 1776, cuyos delegados fueron elegidos únicamente para elaborar legislación ordinaria y no para establecer de forma permanente un nuevo gobierno, por lo que la Constitución emanada de la convención solamente tenía fuerza de ley ordinaria y, por tanto, podía ser modificada por la legislatura del estado por medio de cualquier ley<sup>1319</sup>.

Hay que poner en duda la afirmación de Jefferson de que es generalizada la idea de que la Constitución de Virginia era una ley ordinaria. La máxima instancia judicial de Virginia, el Tribunal General, en una fecha tan temprana como el 23 de mayo de 1793 en el caso *Kamper contra Hawkins*<sup>1320</sup>, declaró la inconstitucionalidad de una ley de la legislatura teniendo como criterio la Constitución que Jefferson siempre consideró como una ley ordinaria. Los jueces se pronunciaron sobre si el texto constitucional era una norma superior o no a las demás leyes y, también, sobre la naturaleza de la Convención que la redactó y aprobó.

En el *seriatim* de la sentencia el juez Nelson mantuvo que la convención tenía poderes más amplios que los de una legislatura ordinaria y aportó otros argumentos para señalar que la Constitución de Virginia fue concebida como una norma superior<sup>1321</sup>: el

<sup>1316</sup> *Resolutions Relative to the Alien and Sedition laws*, 4 de octubre de 1798 [Fair Copy] Volumen XVII. Pág. 388. “[...] every State has a natural right in cases not within the compact, (casus non foederis,) to nullify of their own authority all assumptions of power by others within their limits”.

<sup>1317</sup> Jean-Nicolas Dêmeunier fue el autor de los cuatro volúmenes de *Economie Politique et Diplomatique* de la *Encyclopédie méthodique*.

<sup>1318</sup> *Answers to Questions Propounded by Monsieur Dêmeunier*, 24 de enero de 1786. Volumen XVII. Pág. 119.

<sup>1319</sup> *Carta a John Hampden Pleasants*, 19 de abril de 1824. Volumen XVII. Pág. 27.

<sup>1320</sup> *Peter Kamper v. Mary Hawkins* en *Collection of cases decided by the General Court of Virginia*. James Webster. Philadelphia. 1815. Págs. 20-98.

<sup>1321</sup> *Ibidem*, Pág. 27.

juez Roane sostuvo que la Convención no estuvo sometida a límites y por tanto su Constitución es norma superior<sup>1322</sup>; los jueces Henry<sup>1323</sup> y Tucker<sup>1324</sup> afirmaron de autoridad ilimitada al no estar fundada en el gobierno colonial (teoría lockeana de la vuelta al poder originario) y finalmente el juez Tyler se preguntaba si en la elección de la Convención se retuvo algún derecho que la hiciera una institución legislativa ordinaria<sup>1325</sup>. Ante la cuestión de la ausencia de ratificación popular, Nelson habla del asentimiento implícito tras los muchos años de vigencia<sup>1326</sup>. No se puede atribuir esta divergencia a un criterio político, dado que la mayoría de estos jueces eran partidarios, amigos e interlocutores de Jefferson.

#### 4.3.3.3. Dictámenes de constitucionalidad para el Presidente Washington

Como secretario de Estado del Presidente Washington, Jefferson dictaminó en tres ocasiones sobre la constitucionalidad de proyectos de Ley a efectos de que el Presidente considerara su veto por razones de constitucionalidad (la ley para transferir la sede del gobierno al Potomac<sup>1327</sup>, la ley para crear un Banco Nacional<sup>1328</sup> y la ley para distribuir los representantes a elegir entre los diferentes estados<sup>1329</sup>). Recomendó el veto por razones constitucionales en el segundo y tercer caso y Washington lo ejerció en la ley de reparto de representantes entre los estados. En cada uno de estos dictámenes no dudó en considerar que la Constitución era la norma suprema y que precisamente por ello el veto presidencial era un instrumento especialmente adecuado para mantener al Derecho sin leyes inconstitucionales<sup>1330</sup>.

---

<sup>1322</sup> *Ibidem*, Pág. 37.

<sup>1323</sup> *Ibidem*, Pág. 46.

<sup>1324</sup> *Ibidem*, Pág. 69-70.

<sup>1325</sup> *Ibidem*, Pág. 57.

<sup>1326</sup> *Idem*.

<sup>1327</sup> *Opinion upon the question whether the President should veto the Bill, declaring that the seat of government shall be transferred to the Potomac, in the year 1790*, 15 de julio de 1790. Volumen III. Pág. 59-67.

<sup>1328</sup> *Opinion against the constitutionality of a National Bank*, 15 de febrero de 1791. Volumen III. Págs. 145-153.

<sup>1329</sup> *Opinion on the Bill apportioning Representation*, 4 de abril de 1792. Volumen III. Págs. 201-210.

<sup>1330</sup> *Opinion against the constitutionality of a National Bank*, febrero de 1791. Volumen III. Pág. 152.

#### 4.3.3.4. Propuestas de enmiendas constitucionales

Una nueva prueba de que Thomas Jefferson mantenía que la Constitución era una norma jurídica y jerárquicamente superior a las demás las encontramos también en su interés por reformar la misma en los puntos que él consideraba defectuosos. Solamente se esfuerza en proponer reformas a una Constitución quien cree que la Constitución es superior, tiene que ser cumplida y que las normas inferiores y contradictorias con ella son inválidas. De hecho la estrategia de condicionar la ratificación de la Constitución a la adopción de un *Bill of Rights* que la enmendara nacía de esta misma convicción.

En 1798 lanzó la idea de una enmienda constitucional<sup>1331</sup> para prohibir endeudarse al Gobierno Federal<sup>1332</sup>, siendo Presidente consideró la oportunidad de enmiendas constitucionales para incorporar Louisiana<sup>1333</sup> y Florida<sup>1334</sup> a los Estados Unidos (y darle cobertura jurídica a cuestiones no previstas en la Constitución), celebró la reforma del sistema de elección del Presidente<sup>1335</sup>, comentó la necesidad de constitucionalizar el precedente de George Washington de no optar a un tercer mandato<sup>1336</sup>, la necesidad de “nacionalizar la judicatura” por medio de la introducción de un control por parte del legislativo y del ejecutivo de la permanencia de los jueces en el cargo<sup>1337</sup>, constitucionalizar los incentivos<sup>1338</sup>, la elección popular del Presidente, cierta federalización de la educación<sup>1339</sup>, la necesidad de enmendar para poder gravar las exportaciones<sup>1340</sup> o la posibilidad de que el Congreso invirtiese directamente en los estados<sup>1341</sup>.

#### 4.3.4. ¿Qué hacer ante las leyes inconstitucionales?

##### 4.3.4.1. Primeras opiniones sobre *Judicial Review of Laws*.

Como se ha puesto de manifiesto, para Thomas Jefferson la Constitución era una norma jurídica, la norma suprema, aplicable directamente y por tanto cabía la

---

<sup>1331</sup> Si no hay forma de garantizar, en los tres poderes, la supremacía de la Constitución, y ésta puede ser modificada por una simple ley del Congreso, el Artículo V de la Constitución (procedimiento de enmienda constitucional) no tendría ningún sentido. Véase Saikrishna B. Prakash y John C. Yoo: *Op. Cit.*, Pág. 918.

<sup>1332</sup> *Carta a John Taylor*, 26 de noviembre de 1798. Volumen X. Págs- 64-65.

<sup>1333</sup> *Carta a Levi Lincoln*, 30 de agosto de 1803. Volumen X. Pág. 416.

<sup>1334</sup> *Carta a James Madison*, 25 de agosto de 1803. Volumen X. Págs. 414.

<sup>1335</sup> *Carta a Elbridge Gerry*, 3 de marzo de 1804. Volumen XI. Págs. 16.

<sup>1336</sup> *Carta a John Taylor*, 6 de enero de 1805. Volumen XI. Págs. 57.

<sup>1337</sup> *Carta a William B. Giles*, 20 de abril de 1807. Volumen XI. Págs. 191.

<sup>1338</sup> *Carta al Doctor Maese*, 15 de enero de 1809. Volumen XII. Pág. 231.

<sup>1339</sup> *6th Annual Message*, Diciembre de 1806. Volumen III. Pág. 423-424.

<sup>1340</sup> *Carta a Andrew C. Mitchell*, 16 de julio de 1805. Volumen XIV. Pág. 334.

<sup>1341</sup> *Ibidem*, Pág. 424.

posibilidad de que hubiera leyes inconstitucionales. La inconstitucionalidad de las leyes no es solamente una conclusión lógica al detectarse una contradicción entre dos normas, sino que conlleva consecuencias jurídicas, entre las que destaca la nulidad de la ley inconstitucional. Jefferson no mantuvo en este punto diferencias respecto a la postura que adoptará el Tribunal Supremo.

Por un lado Jefferson mantuvo que las leyes inconstitucionales son nulas. Esa nulidad tendría que ser declarada y debería dejar de producir los efectos jurídicos propios de una ley. Por otro lado emprendió una batalla contra la denominada *Marshall's Court* en todos los aspectos, y específicamente en la *Judicial Review of Laws*.

¿Fue Thomas Jefferson siempre contrario a la *Judicial Review of Laws*? Su posición cambia cuando asume la Presidencia y los federalistas “coparon” el poder judicial, interpretando que las sentencias del caso *Marbury contra Madison* o del juicio por traición contra Aaron Burr no eran más que el modo de los federalistas de hacer oposición política tras perder el Ejecutivo y el Legislativo en 1801.

En 1786, en la citada respuesta al cuestionario de Monsieur Démeunier, hizo notar con toda naturalidad el papel de los tribunales estatales para controlar la constitucionalidad de las leyes estatales respecto de las constituciones de cada uno de los estados, en el contexto del presunto rango de ley ordinaria de la Constitución de Virginia: “No he oído que en otros estados ellas [las legislaturas] hayan infringido su Constitución y supongo tanto que no lo han hecho, ya que los jueces considerarían nula cualquier ley que fuera contraria a la Constitución.”<sup>1342</sup>

En 1787, en una carta a Madison durante las sesiones de la Convención de Filadelfia, mostró su rechazo a la propuesta de éste de que el Congreso tuviera veto sobre las leyes de las legislaturas estatales y consideró que era mejor que un tribunal federal fuera el que entendiera esos casos a la idea del veto federal<sup>1343</sup>. Además sostuvo en la misma misiva que los tribunales estatales eran débiles a la hora de enfrentarse con la legislatura en el caso, por ejemplo, de un acreedor extranjero<sup>1344</sup>.

Como hemos indicado en varias ocasiones, durante su estancia en París, Jefferson sugirió, insistió e instó a Madison a hacer todo lo posible para que lo antes

---

<sup>1342</sup> *Answers to Questions Propounded by Monsieur Démeunier*, 24 de enero de 1786. Volumen XVII. Pág. 119-120. “I have not heard that in the other States they have ever infringed their Constitution, and I suppose they have not done it, as the Judges would consider any law as void which was contrary to the Constitution.”

<sup>1343</sup> *Carta a James Madison*, 20 de junio de 1787. Volumen VI. Págs. 131-132.

<sup>1344</sup> *Ibidem*, Pág. 133.

posible se anexara a la Constitución un *Bill of Rights*. Estas enmiendas constitucionales debían constituir la barrera contra el Gobierno Federal y entre las ventajas que cita Jefferson se encuentra que el hecho de que el control legal, la garantía de la efectividad, estaría en manos de la Judicatura:

Tus pensamientos sobre las materias de la declaración de derechos, en la carta del 17 de octubre, me han producido gran satisfacción. Algunos de estos pensamientos no se me habían ocurrido antes, pero fueron aceptados en el mismo momento en el que los leí. Entre los argumentos a favor de una declaración de derechos, omite uno que tiene gran importancia para mí; el control legal [legal check] que se pone en manos de la Judicatura.<sup>1345</sup>

La otra vez que Jefferson emplea al concepto *legal check* lo hace en un contexto que nos permite aclarar el sentido filosófico-político, y no solamente el jurídico que pretende darle. En carta a John Brown Cutting, que había sido secretario de Adams en Ámsterdam y en ese momento representaba a acreedores luxemburgueses en Carolina del Sur<sup>1346</sup>, le comenta la inadecuación del sistema político francés con la teoría de Montesquieu:

Pero la nación reitera, tras Montesquieu, que los diferentes cuerpos de magistratura, de sacerdotes y nobles, son barreras entre el Rey y el pueblo. Sería fácil probar que esas barreras solamente pueden dirigirse a la opinión pública, y ninguno de estos cuerpos, ni el pueblo, pueden oponer ningún control legal [legal check] a la voluntad del monarca.<sup>1347</sup>

*Legal check* es un límite al poder omnímodo del monarca francés, un límite jurídico y no sólo estratégico, económico o táctico. Thomas Jefferson mantiene que las barreras propuestas por Montesquieu fallan, porque no limitan de ninguna forma la voluntad del rey, ya que ninguno de esos cuerpos tiene un recurso efectivo para modificar, suspender o parar la voluntad real.

Desde una perspectiva filosófico-política el *legal check* es una barrera legal y no sólo política a la tiranía encarnada por el monarca francés y por extensión el *legal check*

---

<sup>1345</sup> Carta a James Madison, 15 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 309. "Your thoughts on the subject of the declaration of rights, in the letter of October the 17th, I have weighed with great satisfaction. Some of them had not occurred to me before, but were acknowledged just in the moment they were presented to my mind. In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me; the legal check which it puts into the hands of the judiciary."

<sup>1346</sup> Puede contextualizar este episodio puede recurrirse a la "Nota Editorial" a la Carta de George Washington a John Brown Cutting, de 15 de julio de 1789.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-03-02-0173>

<sup>1347</sup> Carta a John Brown Cutting, 24 de Julio de 1788. Volumen VII. Pág. 86. "But the nation repeats, after Montesquieu, that the different bodies of magistracy, of priests and nobles, are barriers between the King and the people. It would be easy to prove that these barriers can only appeal to public opinion, and that neither these bodies, nor the people, can oppose any legal check to the will of the monarch."



que la declaración de derechos les otorgaría a los jueces federales es un límite efectivo contra la tiranía potencial del legislativo o del ejecutivo. Este control legal se establece como una resistencia institucionalizada frente a la tiranía.

#### **4.3.4.2. *Legal check* de los parlamentos en la Francia de Luis XVI**

Merece la pena que nos detengamos un momento en la experiencia francesa de Jefferson y concretamente en los enfrentamientos entre los parlamentos y Luis XVI para otorgar una perspectiva de contraste a las concepciones jeffersonianas sobre el papel de los jueces en la protección de la Constitución. Recorramos a través de la correspondencia de Thomas Jefferson la fase previa de la Revolución Francesa que fue el conflicto entre el Rey y los parlamentos, especialmente el Parlamento de París.

Los parlamentos franceses eran órganos judiciales y no asambleas estamentales. Tenían una jurisdicción derivada del Rey. A lo largo de los siglos el número de parlamentos se había multiplicado, hasta llegar a los catorce en el siglo XVIII. De todos ellos, el más antiguo, importante y con una jurisdicción territorial más amplia era el Parlamento de París.

Las diversas normas jurídicas producidas por el Rey eran remitidas a los Parlamentos para que las registrasen, equivalente a su publicación oficial, siendo oponibles a terceros desde el momento de su registro en el ámbito de la demarcación territorial del Parlamento. Los reyes pedían consejo jurídico a los parlamentos sobre la interacción de las nuevas leyes con las existentes, un consejo que con el paso del tiempo los parlamentos hicieron de oficio y que terminaron en convertir en dos derechos trascendentales.

El derecho de protesta que consistía en comunicarle al Rey la inadecuación de la norma con los derechos, leyes o costumbres del Reino y el derecho de registro, que era consecuencia del anterior, por medio del cual el parlamento se negaba a registrar la norma protestada y por tanto ésta no tenía consecuencias jurídicas en su territorio. No es extraño que pudieran verse estos derechos como garantías de protección de la constitución material del Reino.

En caso de que se negara el registro de una norma, el Rey podía ordenarlo (*lettre de jussion*), pero si esa orden no era obedecida y las protestas reiteradas el Rey podía aceptar la negativa del parlamento o podía llevar a cabo una *lit de Justice*, que consistía en una sesión solemne del parlamento a la que el Rey asistía personalmente en donde ordenaba el registro ejerciendo la jurisdicción originaria y sustituyendo al parlamento. Los sucesivos reyes absolutistas procuraron limitar el poder de los parlamentos, pero

estos aprovecharon las necesidades políticas de los monarcas para conseguir la devolución de sus prerrogativas, hasta que las recuperaron todas con Luis XVI.

Trece meses después de su llegada a Francia, la correspondencia jeffersoniana dio cuenta del primer desencuentro entre un parlamento, el de Burdeos, y Luis XVI<sup>1348</sup> a propósito de la propiedad de las tierras de aluvión, un asunto que curiosamente perseguirá a Jefferson toda su vida<sup>1349</sup>. El 9 de agosto de 1786 informó de la finalización de las disputas mediante el procedimiento tradicional de la *lettre de jussion*<sup>1350</sup>. En el fondo no era más que uno de los tradicionales episodios de relativa tensión entre la Corona y los parlamentos que, en este caso, no requirió ni siquiera la *lit de Justice* para su resolución.

La relación entre los parlamentos y el Rey se deterioraría al año siguiente, siendo uno de los primeros estadios del proceso revolucionario. Los parlamentos se negaron a registrar los edictos que creaban nuevos impuestos para sanear la quebrada hacienda francesa<sup>1351</sup>. En la fundamentación de su negativa, en su protesta, el parlamento exigió la convocatoria de los Estados Generales en cuanto que consideraban que el Rey no tenía autoridad suficiente para establecer nuevos impuestos, y que eran los Estados Generales quienes habían de hacerlo, como también habían de arreglar la constitución y limitar los gastos<sup>1352</sup>. El día 4 de agosto comentaba Jefferson a un delegado en el Congreso que el Rey iba a imponer el registro por un *lit de Justice*, extremo que ratificaba en la correspondencia oficial a John Jay<sup>1353</sup>, secretario para Asuntos Extranjeros<sup>1354</sup>. El parlamento no obedeció, buscó anular la ejecución<sup>1355</sup> y fue exiliado por orden del Rey.<sup>1356</sup>

---

<sup>1348</sup> Carta a William Stephens Smith, 16 de junio de 1786.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-09-02-0551>

<sup>1349</sup> Carta a William Stephens Smith, 9 de junio de 1786.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-10-02-0047>

<sup>1350</sup> Carta a Abigail Adams, 9 de agosto de 1786. "There are some little bickerings between the king and his parliament, but they end with a *sic volo, sic jubeo*."

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-10-02-0135>

<sup>1351</sup> Carta a John Adams, 28 de julio de 1787.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-11-02-0557>

<sup>1352</sup> Carta a Ralph Izard, 1 de agosto de 1787. Volumen VI. Pág. 209. También en la Carta a James Madison (2 de agosto de 1787. Volumen VI. Pág. 215) y en la Carta a Hector Saint John de Crèvecoeur (6 de agosto de 1787. Volumen VI. Pág. 252).

<sup>1353</sup> Carta a John Jay, 6 de agosto de 1787. Volumen VI. Págs. 247.

<sup>1354</sup> De acuerdo con el Artículo IX de los *Artículos de la Confederación*, el Congreso había creado la Secretaría de Asuntos Extranjeros para llevar el trámite ordinario de las cuestiones diplomáticas de los Estados Unidos. Mientras Jefferson era ministro en Francia, el secretario de Asuntos Extranjeros fue John Jay.

<sup>1355</sup> Carta a George Washington, 14 de agosto de 1787. Volumen VI. Págs. 276-277.

<sup>1356</sup> Carta a Joseph Jones, 14 de agosto de 1787. *Postscriptum* del día 15 dice: "The Parliament is exiled to Troyes this morning". Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-12-02-0038>

Explicó las diferentes resoluciones tomadas por el Parlamento de París para frenar la ejecución de las leyes registradas por la fuerza y cómo el pueblo había rodeado el edificio del Parlamento y ovacionado a sus miembros antes de salir al exilio<sup>1357</sup>. El Parlamento se había convertido en la cabeza de la oposición<sup>1358</sup>. En menos de dos meses el Parlamento fue llamado de nuevo a París, se registró una ley fiscal dura y se revocaron las dos leyes fiscales a las que se habían opuestos y que habían tenido que registrar por la fuerza<sup>1359</sup>.

Hubo una tranquilidad aparente, pues se rompía periódicamente con la petición e incluso la exigencia de la convocatoria de los Estados Generales<sup>1360</sup>. Cada edicto real de carácter reformista sufría para llegar a ser registrado<sup>1361</sup>, hasta el punto que la Corte decidió tomar medidas contundentes mediante una reforma judicial.

El Parlamento de París se adelantó al movimiento real y publicó una resolución, como ya indicamos en el epígrafe 3.3.2 del Capítulo II, con dos importantes precisiones: la primera fue la declaración del sometimiento del Rey a las leyes fundamentales del Reino, siendo por tanto indisponibles para él, en definitiva, que el Rey no era absoluto; la segunda fue la formulación de cuáles eran estas leyes fundamentales y su contenido.

Jefferson llega a calificar esta resolución de declaración de derechos<sup>1362</sup> entre los que destacó el derecho de la nación a decidir los impuestos a través de los Estados Generales convocados y compuestos regularmente, el derecho al respeto de las costumbres y las capitulaciones de las provincias y el derecho de los tribunales a verificar en cada provincia la voluntad del rey y ordenar su registro sólo en la medida en que se ajusten a las leyes constitutivas de la provincia, así como a las leyes fundamentales del Estado<sup>1363</sup>. Entendemos que esta resolución no fue realmente una declaración de derechos, sino que supuso la explicitación de la constitución tradicional de Francia cerrando los ojos a los dos últimos siglos de monarquía absolutista. Fue una

---

<sup>1357</sup> *Carta a John Jay*, de 15 de agosto de 1787. Volumen VI. Pág. 280.

<sup>1358</sup> *Carta a David Humphreys*, 14 de agosto de 1787.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-12-02-0037>

<sup>1359</sup> *Carta a John Jay*, 8 de octubre de 1787. Volumen VI. Pág. 333.

<sup>1360</sup> *Carta a John Jay*, 21 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 399.

<sup>1361</sup> *Carta a John Jay*, 4 de febrero de 1788.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-12-02-0595>

<sup>1362</sup> *Carta a John Jay*, 4 de mayo de 1788. Volumen VII. Pág. 4.

<sup>1363</sup> "Le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des États généraux régulièrement convoqués et composés. Les coutumes et les capitulations des provinces. L'immovibilité des magistrats. Le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État." Véase Flammermont (ed.): *Remontrances du Parlement de Paris*. Op. Cit., Págs. 745-746. Disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k63740233/>

eminente expresión del deseo de volver al pactismo medieval por parte de la aristocracia de toga.

El intento de detención de dos miembros del Parlamento parisino soliviantó a este cuerpo, pero el Rey no se detuvo, y de acuerdo con el plan orquestado y a lo largo de todo el país, remitió simultáneamente a todos los parlamentos un conjunto de seis edictos aprobados el día 1 de mayo para que fueran registrados por los parlamentos y si no lo eran, mandaba que se celebrase la *lit de Justice* como la que él iba a realizar en Versalles el día 8. Estos edictos disolvían el sistema judicial y creaba una judicatura subordinada directamente al Rey, concentrando los poderes revisores en un tribunal nuevo<sup>1364</sup>. Este modelo de tribunal, *Court Plénière*, no encontró la aprobación ni de los parlamentos ni de Jefferson en cuanto el origen regio de todos los nombramientos y sobre todo por la trascendencia del cambio constitucional que los nuevos edictos conllevaban, un cambio constitucional llevado a cabo unilateralmente por el Rey<sup>1365</sup>.

Thomas Jefferson no se dejó engañar porque un cuerpo se oponga al monarca absoluto. Entiende que los parlamentos, formados por la “aristocracia de la toga”, forman parte de la aristocracia y solamente defienden sus intereses y no los pueblo, de la nación. Pensaba que el Rey es más proclive a realizar grandes concesiones al pueblo que pequeñas a la aristocracia parlamentaria<sup>1366</sup>.

No en vano cuando los parlamentos fueron llamados nuevamente, insistieron en la convocatoria de unos Estados Generales con el mismo sistema de voto que los de 1614 (tres colegios con un voto cada uno)<sup>1367</sup>. Comenzó el debate de la forma de voto en los Estados Generales y Jefferson hace notar que los parlamentos, crecidos tras su victoria sobre el Rey, no tolerarían un voto por diputados donde el tercer estado tenga la mitad de los representantes. Su oposición se expresaría considerando ilegal la convocatoria y, por tanto, también las decisiones que tomare<sup>1368</sup> o considerando ilegal las decisiones que les redujera a un papel meramente judicial, privándole del derecho de registro de las leyes y el derecho de queja<sup>1369</sup>.

El hecho de que los derechos de registro y de queja fueran transferidos de los parlamentos a unos Estados Generales que se reunieran de forma periódica y anual permitía finalizar con la usurpación de estos derechos por parte de los parlamentos. ¿Por

<sup>1364</sup> *Carta a John Jay*, 23 de mayo de 1788. Volumen VII. Págs. 15-17.

<sup>1365</sup> *John Brown Cutting*, 24 de julio de 1788. Volumen VI. Pág. 86.

<sup>1366</sup> *Carta a Hector St. John de Creve-Coeur*, 9 de agosto de 1788. Volumen VII. Pág. 114.

<sup>1367</sup> *Carta a Thomas Lee Shippen*. 29 de September de 1788. Volumen VII. Pág. 153.

<sup>1368</sup> *Carta a John Brown Cutting*, 2 de octubre de 1788. Volumen VII (lo que referenciamos ha sido eliminado en la edición que utilizamos y empleamos la edición digital *Founders*). Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-13-02-0529>

<sup>1369</sup> *Carta a James Madison*, 18 de noviembre de 1788. Volumen VII. Págs. 184-185.

qué habla ahora por primera vez Jefferson de usurpación parlamentaria? Porque pasó a entender que los parlamentos usurpan estos derechos porque han identificados los intereses de la nación con los intereses de su cuerpo y, en consecuencia, los ejercen no para preservar los derechos y las leyes del Reino, sino para mantener los privilegios de la aristocracia judicial<sup>1370</sup>.

El 23 de diciembre de 1788, en carta a Thomas Paine, le dio cuenta de una nueva concesión del Rey a los parlamentos: los derechos de registro y queja habían desaparecido entre las futuras funciones de los Estados Generales, aunque sí se les concedía participar en la actividad legislativa (derecho de veto para los Estados Generales y derecho de registro para los parlamentos)<sup>1371</sup>. Parlamentarios y patriotas se separaron<sup>1372</sup> y en tres meses los parlamentos perdieron todo protagonismo político<sup>1373</sup>.

Durante casi tres años de correspondencia hemos comprobado como de cierta comprensión con la postura de los parlamentos, que se acercaba a la de la nación<sup>1374</sup>, fue evolucionando hacia la sospecha de que los parlamentos y el Rey jugaban su partido y querían seducir al público para utilizarlo<sup>1375</sup>, hasta finalmente identificar a los parlamentos con el resto de la aristocracia y considerarlos como portavoces de sus solos intereses de cuerpo<sup>1376</sup>.

¿Eran el derecho de registro y el de queja formas de control de constitucionalidad? El mismo planteamiento de esta pregunta pudiera parecer anacrónico pues, como opinan Jefferson o el mismo Marshall, la idea de que se pueda confrontar claramente la constitucionalidad de una ley se hace presente con las constituciones escritas.

Francia, obviamente, no tenía una constitución escrita pero no por ello debemos negar que existiera la conciencia de que había leyes superiores o fundamentales sobre las que se fundaba la misma Monarquía Absoluta.

---

<sup>1370</sup> *Carta a John Adams*, 5 de diciembre de 1788. Volumen VII (lo que referenciamos ha sido eliminado en la edición que utilizamos y empleamos la edición digital *Founders*). Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-14-02-0112>

<sup>1371</sup> *Carta a Thomas Paine*, 23 de diciembre de 1788. Volumen VII. (lo que referenciamos ha sido eliminado en la edición que utilizamos y empleamos la edición digital *Founders*). Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-14-02-0156> *Carta a John Jay*, 11 de enero de 1789. Volumen VII. Págs. 263-264.

<sup>1372</sup> *Carta a Richard Price*, 8 de enero de 1789. Volumen VII. Pág. 256.

<sup>1373</sup> *Carta a Thomas Paine*, 17 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 316.

<sup>1374</sup> *Carta a James Madison*, 2 de agosto de 1787.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-11-02-0578>

<sup>1375</sup> *Carta a Edward Rutledge*, 18 de julio de 1788. Volumen VII. Págs. 81-82.

<sup>1376</sup> *Carta a John Brown Cutting*, 2 de octubre de 1788.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-13-02-0529>

De acuerdo con Max Weber una monarquía como la de Luis XVI era una forma de dominación y legitimación tradicional. La legitimidad del monarca se asienta en la tradición y es enjuiciado de acuerdo con la tradición, siendo ésta el límite de su poder y cuya ruptura disuelve la obligación de obediencia y autoriza el ejercicio del derecho de resistencia<sup>1377</sup>.

Pero las costumbres, aunque sean las de una constitución material, tienen que ser explicitadas para constituirse como tales y es lo que hace el Parlamento de París en su resolución del 4 de mayo en la que pone por escrito los elementos constitucionales mínimos del Reino que no pueden ser alterados por la voluntad del Rey. Podemos ver este texto del Parlamento de París como un primer esbozo de una constitución formal y escrita en la que éste protege su poder revisor.

Thomas Jefferson vio como unos derechos que podían suponer el único control (*legal check*) a un monarca absoluto, a un déspota, como era el rey francés no fueron utilizados a lo largo de la crisis para el beneficio de la nación sino únicamente para defender primero las posiciones corporativistas de los parlamentarios y finalmente las de los aristócratas. Pero lo cierto es que en los primeros pasos hacia el colapso del reinado de Luis XVI los parlamentos fueron el único control jurídico y no solamente político o circunstancial.

#### 4.3.4.3. El control de constitucionalidad de las *Aliens and Sedition Acts*

La constitucionalidad de las *Aliens and Sedition Acts* fue objeto de discusión, como ya hemos señalado, en los años 1798 y 1799. Jefferson consideró que las *Aliens and Sedition Acts* eran una grosera transgresión a la Constitución, tanto por violación del reparto de poderes entre los estados y el Gobierno Federal<sup>1378</sup>, quebrantamiento de la separación de poderes y violación del *Bill of Rights*<sup>1379</sup> y es difícil no darle la razón a

---

<sup>1377</sup> Max Weber: *Economía y sociedad. Op. Cit.*, Págs. 180-181.

<sup>1378</sup> Thomas Jefferson rechazaba que el Gobierno Federal tuviera poder para establecer legislación penal más allá de los delitos expresamente mencionados en la Constitución, aún menos que existiera la posibilidad de tener y desarrollar crímenes federales de *Common Law*, la legislación de extranjería, la prohibición de regulación migraciones o importaciones de personas antes de 1808. Así mismo planteó la cuestión, que será clásica en la interpretación jeffersoniana de la Constitución, de la interpretación amplia a partir de la cláusula *proper and necessary*.

<sup>1379</sup> Jefferson se fija en los derechos procesales que conculca el Congreso al conferirlos al Presidente. La Constitución establece la necesidad de la intervención judicial para la privación de libertad en un debido proceso, que debe ser público, imparcial, con contradicción, con información sobre los cargos y asistencia letrada. No es sólo que el Presidente invada la competencia judicial, sino que además estos derechos desaparecen en el proceso administrativo.

Jefferson al menos en la segunda parte ya que el Presidente recibe poderes no sometidos a revisión judicial ni asistiendo al encausado los derechos constitucionales<sup>1380</sup>.

Jefferson y Madison prepararon resoluciones que fueron aprobadas, con modificaciones, por las legislaturas de Kentucky y de Virginia en la que se declaraban inconstitucionales estas cuatro leyes<sup>1381</sup>.

La declaración de inconstitucionalidad y la nulidad de la ley que consta en la resolución de Kentucky, la redactada personalmente por Jefferson, refleja una concepción del control de constitucionalidad que no considera a los tribunales como la única instancia capaz de poner de manifiesto tanto su inconstitucionalidad como extraer la principal consecuencia de ésta, esto es, la nulidad de la norma y la imposibilidad de que siga surtiendo efectos, al menos dentro del estado que la ha “nulificado”.

Sabemos también que la posición de Madison fue diferente a la de Jefferson. Primero porque Madison había sido más claro en su apoyo a la *Judicial Review* y, sobre todo, porque si bien no decía que las leyes inconstitucionales eran inválidas, sí llamaba a ejercer la *interposition*, a la que ya nos hemos referido anteriormente.

Aunque Jefferson, a partir de 1803, llamó la atención sobre la no existencia de una previsión expresa de *Judicial Review of Laws* en la Constitución, en ningún momento reconoció que tampoco hubiera una previsión expresa constitucional ni de la

---

<sup>1380</sup> La sentencia en el caso *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), una de las más criticadas de la historia del del Tribunal Supremo, le quita la razón a Jefferson en muchas de las cuestiones planteadas, especialmente las referidas a determinados derechos procesales. Es relevante esta cuestión porque la norma aplicada proviene de la *Aliens Enemies Act de 1798* que pervivió gracias a la compilación oficial (*Revised Statutes* en 1878) y, desde allí, pasó al U.S. Code (en aquellos momentos en 50 U.S.C. 104). El 26 de junio de 2018 el Tribunal Supremo anuló expresamente la doctrina de *Korematsu*, y otorgó la razón a Thomas Jefferson, a propósito del caso *Trump v. Hawaii* (585 US \_\_\_\_ (2018)) y con ella la *Sedition Act* fue declarada inconstitucional al señalar que:

“The forcible relocation of U. S. citizens to concentration camps, solely and explicitly on the basis of race, is objectively unlawful and outside the scope of Presidential authority. But it is wholly inapt to liken that morally repugnant order to a facially neutral policy denying certain foreign nationals the privilege of admission. See post, at 26–28. The entry suspension is an act that is well within executive authority and could have been taken by any other President—the only question is evaluating the actions of this particular President in promulgating an otherwise valid Proclamation.”

“The dissent’s reference to *Korematsu*, however, affords this Court the opportunity to make express what is already obvious: *Korematsu* was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and—to be clear—“has no place in law under the Constitution.” 323 U. S., at 248 (Jackson, J., dissenting).”

Al no estar aún publicado el volumen 585 de los *U.S. Reports* la publicación oficial es la *Slip Opinion* disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965\\_h315.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965_h315.pdf)

<sup>1381</sup> *An Act to Establish and Uniform Rule of Naturalization* 1 Stat. 566 (1798), *An Act Concerning Aliens* 1 Stat. 570 (1798), *An Act Respecting Alien Enemies* 1 Stat. 577 (1798), *An Act for the Punishment of Certain Crimes against the United States* 1 Stat. 596 (1798).

*nullification* ni de la *interposition*. Estos recursos, sin justificación constitucional expresa, son asumidos como un procedimiento preconstitucional, propio del estado de naturaleza, como consecuencia de la violación del principio del pacto (*Compact Theory*).

Como señala Daniel N. Mayer, en el borrador de su primer discurso anual (1802) enviado a los jefes de Departamento, Thomas Jefferson declaraba solemnemente la inconstitucionalidad y la invalidez de la *Sedition Act*<sup>1382</sup>. Los que leyeron el borrador le aconsejaron que eliminase esa referencia y Jefferson lo hizo para que esa mención no fuera en su contra en el futuro:

Llamado por la posición en la que la Nación me ha emplazado a ejercer en su nombre mi juicio libre e independiente, tomé en consideración esa Ley, la comparé con la Constitución, la vi bajo cada uno de los aspectos de los que pensé que era susceptible examinarla y le presté toda la atención que demandaba la magnitud del caso. Tras una madura deliberación, en presencia de la Nación y bajo el vínculo del solemne juramento que me une a ellos y a mi deber, yo declaro que sostengo que esa Ley se encuentra en una palpable e incalificable contradicción con la Constitución. Considerándola por tanto como nula, he aliviado de la opresión bajo la que estaban algunos de mis conciudadanos, que estuvieran dentro del alcance de las funciones a mí confiadas. He actuado conforme a mi ferviente devoción a la Constitución para reconducir nuestros pasos dentro de sus límites.<sup>1383</sup>

#### 4.3.4.4. El control de constitucionalidad de los jurados

En los juicios con jurados, estos establecen los hechos del caso que se le somete y las consideraciones legales a los hechos establecidos por el jurado le corresponden al juez que preside el juicio. En 1640, en Inglaterra, se dio el primer caso en el que un jurado declaró la inocencia de un acusado no sobre los hechos, sino por considerar moralmente incorrecta la norma que había de aplicar. Los jurados norteamericanos absolvieron a los infractores de las *Navigation Acts* al considerarlas contrarias a los derechos de los colonos. Incluso como John Adams, más aristocrático que democrático,

<sup>1382</sup> David N. Mayer: *Op. Cit.*, Pág. 269.

<sup>1383</sup> *Fair copy, first Annual Message* [27 de noviembre de 1801]. "Called on by the position in which the nation had placed me, to exercise in their behalf my free & independant judgment, I took that act into consideration, compared it with the constitution, viewed it under every aspect of which I thought it susceptible, and gave to it all the attention which the magnitude of the case demanded. on mature deliberation, in the presence of the nation, and under the tie of the solemn oath which binds me to them & to my duty, I do declare that I hold that act to be in palpable & unqualified contradiction to the constitution. considering it then as a nullity, I have relieved from oppression under it those of my fellow-citizens who were within the reach of the functions confided to me. in recalling our footsteps within the limits of the Constitution, I have been actuated by a zealous devotion to that instrument." Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-35-02-0497-0014>



pensó que era un derecho propio de los jurados el apartarse, llegados el caso, de la ley y juzgar según su propio criterio<sup>1384</sup>.

En 1794 el Tribunal Supremo conoció en primera instancia (jurisdicción originaria) un caso civil entre el estado de Georgia y un particular; dado que la VII Enmienda requiere el jurado en todos los pleitos civiles de una cuantía que exceda los veinte dólares, se constituyó un jurado en el Tribunal Supremo. Al instruir el Presidente, John Jay, al jurado acerca de sus deberes señaló lo siguiente:

Puede que no esté de más recordarles aquí, caballeros, la antigua y buena norma según la cual las cuestiones del hecho son el terreno del jurado y las cuestiones de Derecho son el terreno del tribunal. Pero se ha de tener en cuenta que según la misma ley que reconoce este razonable reparto de la jurisdicción, sin embargo, ustedes tienen el derecho de asumir por ustedes mismos el enjuiciamiento de ambos terrenos y determinar la ley al igual que los hechos dentro de la controversia. En esta y en cada ocasión, en todo caso, no tenemos dudas de que ustedes respetarán como es debido la opinión del Tribunal: porque, por un lado, se presume que los jurados son los mejores jueces respecto de los hechos y, por el otro lado, se presume que el tribunal es el mejor juez del Derecho. Pero ambos objetos están todavía dentro de su poder de decisión.<sup>1385</sup>

Sobre esta facultad de los jurados de entrar en el enjuiciamiento jurídico, Jefferson se había pronunciado en 1789 en una carta dedicada a las funciones de los jurados que le dirigió al Abbé Arnoud:

Por tanto está dentro del poder de los jurados asumir ellos mismos el enjuiciamiento jurídico y el de los hechos si piensan que los jueces permanentes están bajo cualquier sesgo, independientemente de su causa. Ellos nunca ejercen este poder salvo cuando sospechan parcialidad en los jueces y gracias al ejercicio de este poder han sido los más firmes baluartes de la libertad inglesa.<sup>1386</sup>

---

<sup>1384</sup> Alan Schefflin y Jon van Dyke: "Jury nullification: the Contours of a Controversy" en *Law and Contemporary Problems*. Vol. 43. Num. 4 (1980). Págs. 56-58.

<sup>1385</sup> *Georgia v. Brailsford, Powell & Hopton*, 3 US 1, 4 (1794). "It may not be amiss, here, Gentlemen, to remind you of the good old rule that on questions of fact, it is the province of the jury; on questions of law it is the province of the court to decide. But it must be observed that by the same law which recognizes this reasonable distribution of jurisdiction, you have nevertheless a right to take upon yourselves to judge of both, and to determine the law as well as the fact in controversy. On this and on every other occasion, however, we have no doubt you will pay that respect which is due to the opinion of the court: for, as on the one hand, it is presumed, that juries are the best judges of facts, it is, on the other hand, presumable that the court is the best judge of law. But still both objects are lawfully, within your power of decision."

<sup>1386</sup> *Carta al Abbé Arnoud*, 19 de julio de 1789. Volumen VII. Pág 423. "It is in the power, therefore, of the juries, if they think permanent judges are under any bias whatever, in any cause, to take on themselves to judge the law as well as the fact. They never exercise this power but when they suspect partiality in the judges; and by the exercise of this power, they have been the firmest bulwarks of English liberty."

Larry D. Kramer mantiene que los jurados, en este contexto, no deben ser vistos como un elemento procesal más, sino que en la concepción del siglo XVIII era un límite al poder de los gobernantes<sup>1387</sup>, como se ve claramente en la carta de Jefferson al Abbé Arnoud en 1789.

En este sentido la acción del jurado sería un control de constitucionalidad típico de los procedimientos político-jurídicos que este autor describe como propios del *constitucionalismo popular* preexistente a la Independencia, dentro del sistema constitucional británico: los jurados, mediante las absoluciones, podían impedir la aplicación de leyes inconstitucionales<sup>1388</sup>.

Los jurados ingleses o los jurados coloniales no gozaban de una Constitución escrita con la que comparar la ley que había de aplicar, de forma que podemos afirmar que la situación de los jurados estadounidenses era diferente en este respecto a la de sus antecesores. La cuestión que surge ahora es si siendo la Constitución la norma suprema del *Law of the Land*, ¿podían los jurados absolver a un acusado al considerar que la ley según la que se le acusa es inconstitucional?<sup>1389</sup>

En 1793 el marino estadounidense Gideon Henfield fue acusado de traición por servir en un buque francés que operaba contra buques británicos a pesar de la Proclamación de Neutralidad del Presidente Washington. Se le acusó de crímenes contra el Derecho de Gentes. Fue sometido a juicio ante un tribunal federal de circuito compuesto por Wilson y Chase (jueces del Tribunal Supremo) y Peters (juez de distrito).

La estrategia de la defensa de Henfield fue cuestionar la base legal de la acusación sosteniendo que era inconstitucional<sup>1390</sup> a no existir tipificación del delito en las leyes federales ya que se trataría de un crimen propio del *Federal Common Law*, esto es, un tipo penal perfilado consuetudinariamente<sup>1391</sup>. Los jueces instruyeron al

---

<sup>1387</sup> Larry D. Kramer: Larry D. Kramer: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. Oxford y Nueva York. 2004. Pág. 70.

<sup>1388</sup> *Ibidem*, Pág. 26. Akhil R. Amar sostiene que la posibilidad de nullification por parte de los jurados pertenece al conjunto de principios constitucionales no escritos que operan con igual efectividad. Vid. Akhil Reed Amar: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We live by. Op. Cit.*, Págs. XI y 422-425.

<sup>1389</sup> Tras la Guerra Civil y hasta mediados del siglo XX, la *Jury Nullification* tuvo muy mala consideración ya que era empleada por jurados racistas del Sur para absolver a asesinos de personas de color y de activistas de los derechos civiles. Akhil R. Amar defiende la *Jury Nullification* al indicar que ésta no es el problema, sino que el problema era el racismo. *Ibidem*. Págs. 433 y 437.

<sup>1390</sup> Mantiene Kramer que los alegatos basados en la Ley Fundamental eran propios de los abogados. Cf. Larry D. Kramer: *Ibidem*, Pág. 28.

<sup>1391</sup> La exigibilidad penal de los comportamientos contrarios al Derecho Internacional a pesar de su atipicidad se fundamentaba en Blackstone y ya había habido un precedente federal en 1784 por un atentado contra un diplomático francés, caso que no había llegado al Tribunal Supremo, como ninguno

jurado en el sentido de que su cometido no era dictaminar la acomodación o no a la Constitución, sino determinar los hechos<sup>1392</sup>. El 29 de junio Gideon Henfield fue absuelto por el jurado que había hecho suyo el argumento de la defensa<sup>1393</sup>.

Thomas Jefferson, entonces secretario de Estado, no cuestiona esta posibilidad en una carta de 1 de junio de 1793, ni lo hace el secretario del Tesoro Alexander Hamilton<sup>1394</sup>, sino que informan de este poder de los jurados al embajador francés Genet: “La ley por la que él es acusado será examinada por un jurado de compatriotas, en presencia de jueces de probada preparación e integridad, y si no es contraria a las leyes del país, sin lugar a dudas ese caso será resuelto en consecuencia.”<sup>1395</sup>

Es aquí donde cobra sentido que varios de los artículos de *impeachment* contra Samuel Chase se centrasen en su intento de impedir que los jurados entrasen en la constitucionalidad de las *Aliens and Sedition Acts*, en cuanto que consideraron que no solamente coartaban la capacidad del pueblo originaria para ejecutar la Constitución, sino una previsión expresa de la sección 4 de la *Sedition Act* que preveía que el jurado juzgase sobre los hechos y sobre el Derecho<sup>1396</sup>.

de los casos similares. David L. Sloss, Michael D. Ramsey y William S. Dodge: “International Law in the Supreme Court to 1860” en David L. Sloss, Michael D. Ramsey y William S. Dodge (eds.): *International Law in the U. S. Supreme Court. Continuity and Change*. Cambridge University Press. Cambridge y Nueva York. 2011. Pág. 26.

<sup>1392</sup> *Carta a Edmund Randolph*, 8 de mayo de 1793. Volumen IX. Págs. 83-84.

<sup>1393</sup> James Madison se refiere expresamente a esta cuestión en *The Report of 1800* donde desarrolla y explica los puntos de las Resoluciones de Virginia de 1798 contra las *Aliens and Sedition Acts*. Vid. James Madison: “Report on the Virginia Resolutions” en Jonathan Elliot (ed.): *State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*. Volumen IV. Jonathan Elliot. Washington, 1836. Pág. 549. Esta postura fue la tomada en 1812 por el Tribunal Supremo en la sentencia del caso *Estados Unidos contra Hudson* que trataremos más adelante.

<sup>1394</sup> Alexander Hamilton recibe el borrador de la carta para hacer observaciones y objeta la expresión final de Jefferson en la que expresa *have the favourable issue you desire* y solicita que se cambie por la expresión *issue accordingly*. Hamilton se pregunta, retóricamente, sobre cómo no va a existir una ley que castigue un quebrantamiento de la neutralidad como ése y que pone al país al borde de la guerra, pero no entra a cuestionar la competencia del jurado tal y como Jefferson manifiesta al ministro Genet. *Carta de Alexander Hamilton a Thomas Jefferson*, 3 de junio de 1793. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0170> El Presidente Washington decidió centralizar en el Departamento del Tesoro los asuntos relacionados con la neutralidad y el cumplimiento de la Proclamación de Neutralidad, algo que no comprendió Jefferson (*Carta a Edmund Randolph*, 8 de mayo de 1793. Volumen IX. Pág. 82), pero que hacía que desde el Departamento de Estado hubieran de remitirle a Hamilton todos los asuntos relaciones con la neutralidad. Disponible en <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0155>

<sup>1395</sup> *Carta a Edmond Charles Genet*, 1 de junio de 1793. “The act with which he is charged will be examined by a Jury of his Countrymen, in the presence of Judges of learning and integrity, and if it is not contrary to the laws of the land, no doubt need be entertained that his case will issue accordingly.” Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-26-02-0154>

<sup>1396</sup> *An Act in addition to the act, entitled "An Act for the punishment of certain crimes against the United States*, 1 Stat. 596 (1798). Son interesantes las reflexiones sobre la configuración del delito de libelo sedicioso que encontramos en Abel Arias Castaño: “La Sedition Act y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión” en *Historia Constitucional*. Núm. 10 (2009). Págs. 297-321.

Varios años después del infructuoso intento de *impeachment*, Jefferson insistió en la misma idea ante el gobernador y luego juez federal John Tyler: “Creo que lo harás, y donde no puedas inducir a tu colega a hacer lo correcto, serás lo suficientemente firme como para impedir que él haga lo que está mal, y al oponerte a los sofismas, dejar a los jurados libres para seguir su propio juicio”<sup>1397</sup>.

Señalaba Alexander Pope Humphrey que el fundamento último de las acusaciones era la capacidad del jurado para hacer no solamente un juicio fáctico, sino jurídico e interpretar las leyes aplicables de forma diferentes, básicamente considerarlas inconstitucionales<sup>1398</sup>. Quien fuera Presidente del Tribunal Supremo, William H. Rehnquist subrayó también la importancia que, en los cargos mayores (juicios contra Fries y Callender), tuvo la actuación de Chase en torno a la posibilidad de que el jurado examinase la constitucionalidad de las leyes aplicables (*Sedition Acts*) haciendo uso de una facultad excepcional que los abogados de los acusados iban a solicitar que ejercieran<sup>1399</sup>.

#### 4.3.4.5. La reacción jeffersoniana a *Marbury contra Madison*

Si bien William Marbury y sus compañeros nunca obtuvieron su *comission*<sup>1400</sup> quien se sintió derrotado fue el Presidente Jefferson. En primer lugar porque seguía considerando que era legal no entregar la *comission*<sup>1401</sup> y en segundo porque la declaración de inconstitucionalidad de la *Judiciary Act*, concretamente de la posibilidad de emitir un *mandamus* dentro de la jurisdicción originaria había abierto una posibilidad indeseada por Jefferson y los republicanos en la que el Tribunal Supremo podía ser visto como la última instancia en asuntos de constitucionalidad.

Consideraba Jefferson que todo ello excedía el fondo del caso. Insistirá en que el pronunciamiento sobre la constitucionalidad no puede ser considerado como ley pues al no resolver el caso no deja de ser *obiter dictum*, esto es, una apreciación incidental del

<sup>1397</sup> *Carta a John Tyler*, 26 de mayo de 1810. Volumen XII. Pág. 392. “I believe you will do it, and where you cannot induce your colleague to do what is right, you will be firm enough to hinder him from doing what is wrong, and by opposing sense to sophistry, leave the juries free to follow their own judgment.”

<sup>1398</sup> Alexander Pope Humphrey: “The Impeachment of Samuel Chase” en *The Virginia Law Register*. Volumen 5. Núm. 5 (1899). Pág. 288.

<sup>1399</sup> William H. Rehnquist: *Gran Inquest. The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*. Quill William Morrow. Nueva York. 1992. Págs. 84-85.

<sup>1400</sup> Durante el receso del Senado, Jefferson realizó una buena cantidad de nombramientos de todo tipo que comunicó a esta cámara para recibir el preceptivo consejo y consentimiento positivo. Entre estos se encontraban los de treinta jueces de paz para el Distrito de Columbia, veinticinco de los cuales habían sido nominados por Adams y sí habían conseguido sus *comissions* y cinco por Jefferson. Ninguno de los demandantes de *Marbury contra Madison* estaban en esa nominación. Cf. *Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States of America*. Volume 1. Pág. 404.

<sup>1401</sup> *Carta al juez Spencer Roane*, 6 de septiembre de 1819. Volumen XV. Pág. 214.

tribunal y no uno de los fundamentos jurídicos para la resolución del asunto planteado. A estos efectos hace notar que:

Observo que el caso *Marbury contra Madison* ha sido invocado y pienso que es importante para desde el inicio la invocación de este caso como autoridad y negar que sea ley. Primero porque los jueces, al principio, negaron todo conocimiento del caso, aunque entonces ellos dijeron cual podría haber sido su opinión de haber tenido conocimiento de él. Entonces esto es verdaderamente una opinión extrajudicial y como tal sin autoridad. 2. Porque, aunque ha sido pronunciada judicialmente, podría haber sido contraria a la ley; para una comisión, una escritura o un vínculo la entrega es esencial para adquirir validez. Por tanto, hasta que la comisión no sea entregada por las manos del ejecutivo o por sus agentes no es efectiva. Él puede retenerla o cancelarla a placer, como también podría ser su acto privado en la misma situación. La Constitución pretendía que las tres grandes ramas del gobierno estuvieran coordinadas y separadas la una de las otras.<sup>1402</sup>

Pero la llamada a Jefferson a no otorgar valor legal a lo que para él eran *obiter dicta* en *Marbury contra Madison*, no tuvo mayor éxito y dieciséis años después insiste en la misma idea: “Sin embargo este caso de *Marbury y Madison* [sic] es continuamente citado por los jueces y los abogados, sin ninguna desaprobación por ser meramente una disertación *obiter dicta* del Presidente del Tribunal Supremo.”<sup>1403</sup>

Puede dar la sensación de que el Tribunal Supremo desde 1803 fue una instancia que declaró frecuentemente la inconstitucionalidad de numerosas leyes del Congreso, pero este primer caso fue el único durante la larga presidencia de Marshall y habría que esperar hasta 1857 a que el Tribunal Supremo realizase un segundo pronunciamiento negativo sobre la constitucionalidad de una Ley del Congreso en el caso *Dred Scott contra Sandford*. ¿Cuál era entonces el temor de Jefferson y de los no pocos seguidores que tuvo en esta materia?<sup>1404</sup>

---

<sup>1402</sup> *Carta a George Hay*, 2 de junio de 1807. Volumen XI. Pág. 123. “I observe that the case of *Marbury v. Madison* has been cited, and I think it material to stop at the threshold the citing that case as authority, and to have it denied to be law. 1. Because the judges, in the outset, disclaimed all cognizance of the case, although they then went on to say what would have been their opinion, had they had cognizance of it. This, then, was confessedly an extrajudicial opinion, and, as such, of no authority. 2. Because, had it been judicially pronounced, it would have been against law; for to a commission, a deed, a bond, delivery is essential to give validity. Until, therefore, the commission is delivered out of the hands of the executive and his agents, it is not his deed. He may withhold or cancel it at pleasure, as he might his private deed in the same situation. The Constitution intended that the three great branches of the government should be co-ordinate, and independent of each other”.

<sup>1403</sup> *Carta al juez William Johnson*, 12 de junio de 1823. Volumen XV. Pág. 448. “Yet this case of *Marbury and Madison* is continually cited by bench and bar, as if it were settled law, without any animadversion on its being merely an *obiter* dissertation of the Chief Justice.”

<sup>1404</sup> Frente a la concepción clásica, William E. Nelson mantiene que en los diez años antes de *Dred Scott contra Sandford* hubo tantos casos de declaración de inconstitucionalidad como para afirmar que la práctica estaba absolutamente asentada. Véase William E. Nelson: *Op. Cit.*, Pág. 1168.

El Tribunal Supremo, como acabamos de señalar, empleó la declaración de inconstitucionalidad con suma moderación, lo cual no quiere decir que su jurisprudencia no marcara una línea constitucional propia. Marshall y los magistrados del Supremo intentaron salvar la constitucionalidad de numerosas leyes federales a través de fallos interpretativos, esto es, se entiende que la norma es constitucional solamente si se interpreta en el sentido marcado por el Tribunal Supremo. De esta forma la interpretación de los preceptos constitucionales pasaban necesariamente por el filtro de los precedentes del Tribunal Supremo<sup>1405</sup>.

Para Jefferson la interpretación de Marshall y del Tribunal que presidió era defectuosa e hizo que crearan un *Constitutional Law*<sup>1406</sup> muy apartado de la dicción literal de la Constitución. La principal preocupación de Thomas Jefferson se centra en la relación entre los estados y el Gobierno Federal, especialmente en lo relativo al reparto de poderes que hace la Constitución.

Como señalaremos en el Capítulo VII, dedicado a la división vertical de poderes, una de las preocupaciones jeffersonianas fue siempre la de sostener el Federalismo en los Estados Unidos, manteniendo a los estados en la plenitud del poder salvo las contadas excepciones que aconsejan a tener un gobierno instrumental, el gobierno federal, que se ocupase de los asuntos exteriores y de unos pocos asuntos más.

Por ello Jefferson hizo una lectura restrictiva de los poderes delegados [*delegated powers*] y se opuso a toda interpretación que implicara la posibilidad de ampliación de estos poderes. Y aquí es donde podemos encontrar la cuestión central: mantuvo que el Tribunal Supremo estaba tergiversando la Constitución por medio de una interpretación tan amplia que desborda los límites establecidos por la norma suprema<sup>1407</sup>.

Thomas Jefferson defendió que las normas jurídicas deben interpretarse de acuerdo con la intención del legislador y ésta puede ser buscada más allá del mero texto, pero nunca puede entrarse en contradicción con la literalidad<sup>1408</sup>. En la *The solemn*

---

<sup>1405</sup> Héctor López Bofill: *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. Tesis doctoral defendida en 14 de junio de 2002 en la Universidad Pompeu Fabra. Págs. 540-541. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/7279>

<sup>1406</sup> Gordon S. Wood: "The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less" *Op. Cit.*, Pág. 801. Este autor entiende que la juridificación de la Constitución creó el Derecho Constitucional como rama jurídica que se aplica directamente a la realidad y que ha sido elaborado un cuerpo de exégesis, interpretaciones y precedentes que desmoronan la distinción inglesa entre *Law* y *Fundamental Law*.

<sup>1407</sup> *Carta a Wilson C. Nicholas*, 7 de septiembre de 1803. Volumen X. Pág. 419. "Our peculiar security is in the possession of a written Constitution. Let us not make it a blank paper by construction."

<sup>1408</sup> *Carta al secretario del Tesoro, Albert Gallatin*, 20 de mayo de 1808. Volumen XII. Pág. 59. "With respect to Fanning's case, the true key for the construction of everything doubtful in a law, is the

*Declaration and Protest of the Commonwealth of Virginia, on the Principles of the Constitution of the United States of America, and on the Violations of them*, aprobada por la legislatura estatal y redactada por Thomas Jefferson, se refirió expresamente a la interpretación constitucional, afirmando que la Constitución debe ser “interpretada de acuerdo con el significado sencillo y corriente de su lenguaje, con la voluntad común del tiempo y de los que la formularon.”<sup>1409</sup>

La Constitución establece en la sección 9 del Artículo I que el Congreso no podrá aprobar leyes *ex post facto*, esto es, leyes con efectos retroactivos<sup>1410</sup>. En 1798 el Tribunal Supremo, a través de la opinión del juez Samuel Chase, restringió esta prohibición a las leyes penales y no a los casos civiles a través de una interpretación del precepto de acuerdo con el alcance que tenían los preceptos similares en las constituciones de los estados en el momento de aprobarse la Constitución de los Estados Unidos<sup>1411</sup>. Esta interpretación ejemplifica la hermenéutica jeffersoniana y fue además asumida por él en 1813<sup>1412</sup>, aunque consideró lo poco deseable de la retroactividad en los asuntos civiles y la necesidad de restringir su uso, para volver a considerar que al menos en el ámbito estatal la retroactividad en los asuntos civiles también está prohibida por ser contraria a la naturaleza y a la razón<sup>1413</sup>.

Este modo de interpretación tiene tres referencias: el significado común de las palabras, la intención que se le otorgó en su momento y la intención de los que formularon el texto. Estas tres reglas impedirían cualquier interpretación de un texto normativo, y especialmente del texto constitucional más allá del marco en el que surgió. Rechazó la aplicación de inferencias o analogías propias de la hermenéutica jurídica aplicada a las normas ordinarias, hermenéutica que degradaría la Constitución.<sup>1414</sup>

La única forma de adaptar la Constitución es la enmienda constitucional que, como señalaremos, en el pensamiento de Jefferson no es un recurso extraordinario, sino que debería ser un recurso ordinario. Es por ello por lo que mantuvo que la integración de las lagunas constitucionales (los supuestos de hecho no previstos expresamente en la Constitución), no debería realizarse por los medios antes citados (analogías o

intention of the law-makers. This is most safely gathered from the words, but may be sought also in extraneous circumstances, provided they do not contradict the express words of the law.”

<sup>1409</sup> *The solemn Declaration and Protest of the Commonwealth of Virginia, on the Principles of the Constitution of the United States of America, and on the Violations of them*. 24 de diciembre de 1825. Volumen XVII. Pág. 144. “[...] constructed according to the plain and ordinary meaning of its language, to the common intendment of the time, and of those who framed it.”

<sup>1410</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 9: “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed”.

<sup>1411</sup> *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).

<sup>1412</sup> *Carta a Isaac McPherson*, 13 de agosto de 1813. Volumen XIII. Pág. 237.

<sup>1413</sup> *Carta al coronel Charles Yancey*, 6 de enero de 1816. Volumen XIV. Pág. 380.

<sup>1414</sup> *Carta a Edward Livingston*, 25 de marzo de 1825. Volumen XV. Pág. 113.

inferencias), sino salvando la laguna a través de una enmienda constitucional que regule expresamente la nueva situación de hecho<sup>1415</sup>.

Para Jefferson la existencia de un Derecho Natural no era una afirmación retórica, sino que empleó sus principios y elementos para integrar la Constitución y salvar sus lagunas. En el asunto de la ley de traslado del Gobierno a la *Federal City*<sup>1416</sup> integró la Constitución con elementos del Derecho Natural<sup>1417</sup> a la hora de informar sobre la constitucionalidad del proyecto aprobado por el Congreso a efectos de un posible veto del Presidente George Washington<sup>1418</sup>.

En coherencia con esta postura Jefferson defendió privadamente la imposibilidad de incorporar a los Estados Unidos los inmensos territorios adquiridos por la compra de Luisiana sin una reforma constitucional ya que entendía que la Constitución asumía únicamente la posibilidad de erigir nuevos estados sobre el territorio reconocido en 1783<sup>1419</sup>. Posteriormente recurrió al Derecho Natural para justificar la compra de Louisiana indicando que es un alto deber observar las leyes escritas, pero no es el deber más alto puesto que antes están las leyes de la necesidad, la autoprotección o salvar al país cuando está en peligro y que la observancia de la ley escrita no puede sacrificar el fin a los medios, como hubiera sido perder una ventaja tan enorme por un escrúpulo constitucional<sup>1420</sup>. Un escrúpulo que muchos no compartían en cuanto que consideraban que había respaldo constitucional suficiente sobre la base de lo expresado por Alexander Hamilton en su *Opinión sobre la constitucionalidad de una Ley para establecer un banco*.

Como ya hemos visto, la interpretación del término “necesario” en la *necessary and proper clause* es la clave para la interpretación de la distribución de poderes en el pensamiento jeffersoniano. Es obvio y lógico que no pudiera negar ni la existencia ni la conveniencia de reconocer poderes implícitos en adición a los poderes enumerados<sup>1421</sup>, pero entiendo, como ya indicamos, la necesidad en un sentido lógico, esto es, el Gobierno Federal tiene un poder implícito en cuanto sin él no puede ejercer un poder

<sup>1415</sup> *Carta a Wilson C. Nicholas*, 7 de septiembre de 1803. Volumen X. Pág. 419.

<sup>1416</sup> *An Act for establishing the temporary and permanent seat of the Government of the United States*, 1 Stat. 130 (1790).

<sup>1417</sup> Un caso más radical de aplicación del Derecho Natural lo encontramos en Samuel Chase que consideraba que la Judicial Review no debía tener solamente como parámetro a la Constitución para decidir la validez de una ley, sino también al Derecho Natural. Cf. Willis P. Whichard: James Iredell: “Revolutionist, Constitutionalist, Jurist” en Scott Douglas Gerber (ed.): *Seriatim. The Supreme Court Before John Marshall*. NYU Press. Nueva York, 1998. Págs. 214-215.

<sup>1418</sup> *Opinion upon the question whether the President should veto the Bill, declaring that the seat of government shall be transferred to the Potomac, in the year 1790*. Julio de 1790. Volumen III. Pág. 64.

<sup>1419</sup> *Carta a Wilson C. Nicholas*, 7 de septiembre de 1803. Volumen X. Pág. 418.

<sup>1420</sup> *Carta a J. B. Colvin*, 20 de septiembre de 1810. Volumen XII. Págs. 418-419.

<sup>1421</sup> *Carta a Albert Gallatin*, 23 de marzo de 1808. Volumen XII. Pág. 18.



enumerado concreto o los poderes enumerados en su conjunto, pero no cuando sea mejor, más útil o favorable<sup>1422</sup>. Supone la forma más restrictiva de entender los poderes implícitos.

De hecho la interpretación que hace John Marshall en el caso *McCulloch contra Maryland* (1819) partía de supuestos diametralmente opuestos a los de Jefferson: la Constitución, a diferencia de los Artículos de la Confederación, no prohíbe poderes implícitos si el fin es constitucionalmente legítimo, siendo la adecuación del medio al fin una cuestión política y no judicial<sup>1423</sup>.

Admitió Jefferson los poderes implícitos si entre la interpretación constitucional y los subsiguientes poderes implícitos en una relación causal muy inmediata y no son precisas largas cadenas de causas y efectos. Rechazó las interpretaciones teleológicas a través de las denominadas *sweeping clauses* (cláusulas generalizadoras) que son las *commerce clause*<sup>1424</sup>, *necessary and proper clause*<sup>1425</sup> y *welfare clause*<sup>1426</sup> que en un uso extensivo intuye nuestro autor, producen la disolución de los límites del poder del Gobierno Federal establecidos en la Constitución. En cambio con la interpretación de la legislación *ejecutiva* (la que no afectaba a los derechos) era Jefferson más dado a la teleología y a hacer interpretaciones más amplias<sup>1427</sup>.

<sup>1422</sup> Daniel N. Mayer: *Op. Cit.* Págs. 195-196.

<sup>1423</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 406 (1819). Especialmente doloroso para Jefferson fue que Marshall sintetizase los argumentos esgrimidos por Alexander Hamilton en 1791 para defender la constitucionalidad del establecimiento de un banco por el Gobierno Federal en el informe remitido al Presidente Washington y que estos fueran el fundamento de su sentencia: *An opinion on the Constitutionality of an Act to Establish a Bank*, 23 de febrero de 1791 [Final versión]. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-08-02-0060-0003>

<sup>1424</sup> Durante su propia Presidencia se queja a Albert Gallatin, secretario del Tesoro, de que se haya aprobado una ley para el mantenimiento de faros amparándose en esa cláusula y repitiendo una ley de 1789. *Carta a Albert Gallatin*, 21 de abril de 1803. Volumen X. Pág. 378.

<sup>1425</sup> *Resolutions Relative to the Alien and Sedition laws*, 4 de octubre de 1798. [Fair Copy] Volumen XVII. Pág. 385. También la *Carta a Edward Livingston*, 30 de abril de 1800. Volumen X. Pág. 165.

<sup>1426</sup> *Carta a William B. Giles*, 26 de diciembre de 1825. Volumen XVI. Pág. 147.

<sup>1427</sup> Thomas Jefferson admite la interpretación teleológica (incluso contra el sentido de los términos) en las normas infraconstitucionales en la que no estén en juego derechos privados, las que él denomina como *leyes ejecutivas* como sería las leyes de apropiación. Véase *Carta al gobernador William H. Cabell*, 11 de agosto de 1807. Volumen XI. Pág. 319 y *Carta a Albert Gallatin*, 22 de abril de 1808. Volumen XII. Págs. 31-32. Calabresi, Berghausen y Albertson afirman que el control de la ejecución de las leyes a través de las leyes de apropiación que se arroga el Congreso es una facultad extraconstitucional, postura que coincide con la relativa laxitud jeffersoniana. Vid. Steven G. Calabresi, Mark E. Berghausen y Skylar Albertson: "The Rise and the Fall of the Separation of Powers" en *Northwestern University Law Review*. Vol. 106. Núm.2 (2012). Pág. 537. Jefferson es aún más flexible en la cuestión de los nombramientos de oficiales subordinados en los territorios que eran estados y defiende la imposibilidad de gobernar un país si no se entregan *comissions* en blanco firmadas por el Presidente que la autoridad territorial rellene con el nombre del designado a partir del principio *qui fecit per alterum, fecit per se*. Cf. *Carta a Robert R. Livingstone*, 15 de octubre de 1808. Volumen XII. Págs. 171-172. Podemos también encontrarnos con criterios interpretativos jurídicos comunes como la interpretación restrictiva de los privilegios Cf. *Opinion on the question whether the Senate has the right to negative the grade of persons appointed by the Executive to fill Foreign Missions*, abril de 1790. Volumen III. Pág. 16.

La hermenéutica constitucional jeffersoniana tiene tres elementos: el significado sencillo y corriente de las palabras, la intención en el tiempo y la intención de los *framers*. A estos tres puntos hay que añadirle dos criterios hermenéuticos generales, es decir, dos posiciones que deben tener en cuenta a la hora de resolver una duda: es preferible una interpretación conforme a los principios del Republicanismo<sup>1428</sup> y también es mejor una interpretación conforme al Federalismo frente a una proclive al gobierno consolidado, esto es, que refuerce al Gobierno Federal<sup>1429</sup>.

Si bien es cierto que tendrían que transcurrir cuarenta y cuatro años antes de que una ley del Congreso fuera nuevamente declarada inconstitucional, no ocurrió lo mismo con las leyes estatales, ya que veintinueve fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo desde *Marbury contra Madison* (1803) hasta *Dred Scott contra Sanford* (1857)<sup>1430</sup>, además seis leyes estatales debieron ceder en virtud de la Cláusula de Supremacía (*preempted*)<sup>1431</sup> y una ordenanza municipal fue también declarada inconstitucional<sup>1432</sup>.

La jurisprudencia de los casos en los que se declaraba la constitucionalidad de una ley y se interpretaba la Constitución para indicar la conformidad cimentaron una interpretación constitucional que no tanto extendió los poderes del Gobierno Federal, al menos bajo el liderazgo de Marshall, sino que limitó sustancialmente los poderes de los estados<sup>1433</sup>.

¿Cuál era la posición de Thomas Jefferson acerca de la *Judicial Review of Laws*?

Nuestro autor se encuentra vinculado al ambiente de su época en el que se da por supuesta la existencia de este control jurisdiccional, lo menciona y lo defiende para la efectividad del *Bill of Rights*. Mendelson mantiene que la toma del control de la judicatura por los federalistas en 1801 hace que Jefferson comience a sospechar de la *Judicial Review* y haya un cambio de postura hacia lo que Mendelson denomina

---

<sup>1428</sup> Podemos interpretar *sensu contrario* las siguientes palabras de Jefferson: "The Constitution to which we are all attached was meant to be republican, and we believe to be republican according to every candid interpretation. Yet we have seen it so interpreted and administered, as to be truly what the French have called, a monarchie masquée." Cf. *Carta a Edward Livingston*, 14 de diciembre de 1804. Volumen X. Pág. 177.

<sup>1429</sup> *Carta a Edward Livingston*, 4 de abril de 1824. Volumen XVI. Pág. 24.

<sup>1430</sup> *The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation*. Prepared by Congressional Research Service of Library of Congress. U.S. Government Publishing Office. Washington DC, 2016. Págs. 2361-2366.

<sup>1431</sup> *Ibidem*, Págs. 2559-2560.

<sup>1432</sup> *Ibidem*, Pág. 2535.

<sup>1433</sup> David N. Mayer: *Op. Cit.*, Pág 292.

*concurrent review*<sup>1434</sup> y que también reciben la denominación de *departmental review* o *functional coordinate review*. También ha recibido el nombre de “departamentalismo”.

Thomas Jefferson aceptaba la *Judicial Review*, pero dentro de las atribuciones propias del poder judicial, que es la resolución de los casos. No cae en el absurdo, para un defensor de la primacía constitucional como él era, de defender que los tribunales habían de aplicar leyes inconstitucionales, pero entendía que la interpretación judicial de la Constitución y la constitucionalidad de las leyes no es obligatoria para los otros dos poderes, esto es, que el Ejecutivo y el Legislativo pueden seguir actuando conforme a una ley que consideran constitucional, aunque haya sido sentenciada como inconstitucional, o por el contrario considerar inconstitucional ley que el Judicial ha considerado conforme a la Constitución<sup>1435</sup>.

Asimismo mantuvo que los otros poderes del Estado o ramas del Gobierno no se encuentran vinculados por la decisión judicial, sino que ésta solamente tiene el alcance del caso y dentro de los tribunales en virtud del principio *stare decisis* (vinculación de los tribunales a los precedentes)<sup>1436</sup>. Los ecos de la no aceptada teoría jeffersoniana sobre la *Judicial Review* pueden verse actualmente en la imposibilidad de que los tribunales deroguen una ley inconstitucional, pudiendo únicamente ordenar su no ejecución, al entender que la derogación es una facultad del legislativo, como ya se había expuesto.

Jefferson ejemplificó su postura con un caso real: la aplicación de las *Aliens and Sedition Acts*. Comenta a Abigail Adams, esposa de John Adams, que a pesar de que los jueces consideraron constitucionales estas leyes, él que las tuvo siempre por inconstitucionales empleó sus poderes como Presidente para detener sus efectos a través del indulto para los condenados<sup>1437</sup> y ordenando poner fin a la persecución penal (*prosecution*) por los delitos tipificados en estas normas legales<sup>1438</sup>. El caso de Jefferson deja en el aire en ese momento: qué sucedería si los jueces han declarado inconstitucional una ley y el Ejecutivo sí la considera constitucional e insiste en su

<sup>1434</sup> Wallace Mendelson: “Jefferson on Judicial Review - Consistency through Change” en *The University of Chicago Law Review*. Vol 29. núm 2 (1962). Págs. 327-328.

<sup>1435</sup> *Carta a Abigail Adams*, 11 de septiembre de 1804. Volumen XI. Págs. 50-51.

<sup>1436</sup> Sylvia Snowiss mantiene que la *Concurrent Review* limitaría la revisión judicial a las leyes que tuvieron como objeto la organización de los tribunales, los jurados o cuestiones procesales. Vid. Sylvia Snowiss: *Judicial Review and the Law of the Constitution*. Yale University Press. New Haven y Londres. 1990. Pág. 37. La concepción jeffersoniana de la *Concurrent Review* no es compatible con esta interpretación ya que Jefferson siempre pensó que los tribunales tenían un papel fundamental en la aplicación del *Bill of Rights*, donde hay derechos no procesales, como límite a la acción del gobierno y Jefferson, como hemos señalado, le otorga un papel fundamental a los tribunales de acuerdo con la carta ya citada que le escribió el 15 de marzo de 1789 a James Madison (Volumen VII. Pág. 309).

<sup>1437</sup> *Carta a Abigail Adams*, 11 de septiembre de 1804. Volumen XI. Pág. 51.

<sup>1438</sup> *Carta a George Hay*, 2 de junio de 1807. Volumen XI. Pág. 214.

aplicación. Esto ocurrió tras varias declaraciones de inconstitucionalidad de leyes estatales que afectaban a deudas al entender que entraba en colisión con la cláusula que prohíbe a los estados alterar la obligación contenida en un contrato<sup>1439</sup>.

El Legislativo debería hacer siempre una consideración sobre la constitucionalidad de las leyes que debate y vota, pero también tiene la posibilidad de modificar o derogar las leyes aprobadas anteriormente que considere que no son conformes a la Constitución. El Ejecutivo tiene varios instrumentos de control de la constitucionalidad: el veto, el indulto y la no aplicación. Finalmente el Judicial podría considerar inconstitucional una ley en el marco de un caso, pero la autoridad judicial no es superior a la autoridad del Presidente o del Congreso de forma que su decisión no puede ser considerada como definitiva<sup>1440</sup>, lo cual en opinión de Mendelson supondría un cambio de perspectiva respecto a la defensa judicial del *Bill of Rights* que sí consideraba que era *exclusive, authorative*<sup>1441</sup>.

La teoría jeffersoniana sobre la separación de poderes mantiene que ninguno de ellos es superior a los demás y que cada cual debe tener la mayor independencia en la materia de su competencia. Ninguno de ellos sea el arbitrio último sobre la constitucionalidad<sup>1442</sup>, entregándose este papel al pueblo, el cual por medio de una reforma constitucional tiene que ser el árbitro último en caso de diferentes consideraciones por parte de las tres ramas del Gobierno. Este sistema se le denomina *concurrent review*:

Pero el Presidente del Tribunal Supremo dice ‘tiene que haber un árbitro último en algún lugar’. Ciertamente, debe haberlo, ¿pero eso prueba que es una de las partes del Gobierno? El último árbitro es el pueblo de la Unión, reunido a través de sus diputados en convención por medio de una convocatoria del Congreso o por dos terceras partes de los estados. Dejémosles que decidan a quien quieren darle la autoridad reclamada por dos de sus órganos. Y ha sido la peculiar sabiduría y felicidad de nuestra Constitución haber proporcionado esta pacífica apelación, lo que para otras naciones es una llamada a la fuerza.<sup>1443</sup>

<sup>1439</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 10: “No State shall [...] pass any [...] Law impairing the Obligation of Contracts, [...]”

<sup>1440</sup> *Carta a William Howard Tarrance*, 11 de junio de 1815. Volumen XIV. Págs. 303-304.

<sup>1441</sup> Wallace Mendelson: *Op. Cit.*, Pág. 330.

<sup>1442</sup> *Carta a William Charles Jarvis*, 20 de septiembre de 1820. Volumen XIV. Pág. 278.

<sup>1443</sup> *Carta a Judge William Johnson*, 12 de junio de 1823. Volumen XV. Pág. 451. “But the Chief Justice says, ‘there must be an ultimate arbiter somewhere.’ True, there must; but does that prove it is either party? The ultimate arbiter is the people of the Union, assembled by their deputies in convention, at the call of Congress, or of two-thirds of the States. Let them decide to which they mean to give an authority claimed by two of their organs. And it has been the peculiar wisdom and felicity of our Constitution, to have provided this peaceable appeal, where that of other nations is at once to force.”

Las objeciones de Thomas Jefferson a la práctica de la *Judicial Review* se centran en un punto en concreto: la delimitación entre los poderes del Gobierno Federal y los poderes de los estados. Como hemos señalado la hermenéutica del Tribunal Supremo ha tendido a ampliar los poderes del Gobierno Federal más allá de los límites del texto constitucional a través de una interpretación teleológica empleando lo que despectivamente se conoce como *sweeping clauses*.

Como indica Mayer la gran diferencia entre Jefferson y Marshall se encuentra en el federalismo y en concreto en el punto dónde comienzan propiamente los poderes del Gobierno Federal; Marshall tiene una visión más nacional mientras que Jefferson la tiene local<sup>1444</sup> y ve en la “consolidación” un trasunto de la radical propuesta constitucional de Hamilton en la Convención de Philadelphia<sup>1445</sup>.

Jefferson admitió y aceptó la *Judicial Review* antes de 1800. Si bien se cita a menudo la carta de Thomas Jefferson en la que habla de los tribunales como guardianes del *Bill of Rights* frente al Ejecutivo, se cita menos otra carta a Madison en la que frente a la idea de otorgar al Congreso un veto frente a las leyes estatales que fueran inconstitucionales juzga esta posibilidad como un remedio desproporcionado ante las pocas leyes estatales defectuosas y se pronuncia por encomendar esa misión a los tribunales, aunque bajo la supervisión del Congreso, esto es, de acuerdo con la *Judiciary Act* que el Congreso tenía que aprobar para que funcionase el sistema judicial federal:

¿No sería una apelación de los tribunales estatales a los federales, en todos los casos bajo el ámbito de una ley de la Confederación, un remedio efectivo y perfectamente proporcionado al defecto? Un acreedor británico, por ejemplo, presenta una demanda para reclamar sus deudas en Virginia y el demandado alega una ley del estado que excluye al acreedor; el demandante insta a la Confederación y al tratado hecho bajo ella como ley superior [controlling] a la ley estatal: los jueces son los suficientemente débiles como para decidir de acuerdo con el punto de vista de la legislatura estatal. Una apelación a un tribunal federal fijaría los derechos de todos. Se diría que este tribunal podría invadir la jurisdicción de los tribunales estatales. Puede. Pero habrá un poder, esto es, el Congreso, para vigilar y contenerlo. Pero si se le diera esa misma autoridad al mismo Congreso, no habría poder sobre él para realizar esa misma función. Los congresistas contendrán dentro de sus debidos límites una jurisdicción ejercida por otros de una forma mucho más rigurosa que si es ejercida por ellos mismos.<sup>1446</sup>

<sup>1444</sup> David N. Mayer: *Op. Cit.*, Pág. 292. Nelson matiza esta distinción tradicional, Vid. William E. Nelson: “The Eighteenth-Century Background of John Marshall’s Constitutional Jurisprudence” en *Michigan Law Review*. Vol. 76 (1978). Págs. 893-902.

<sup>1445</sup> James Madison: *Op. Cit.*, Págs. 118-120.

<sup>1446</sup> *Carta a James Madison*, 20 de junio de 1787. Volumen XII. Págs. 132-133. “Would not an appeal from the State judicature to a federal court, in all cases where the act of Confederation controlled the question, be as effectual a remedy, and exactly commensurate to the defect? A British creditor, for example, sues for his debt in Virginia; the defendant pleads an act of the State, excluding him from their

Jefferson sentía una indisimulada antipatía personal por Marshall, a pesar de ser los dos virginianos y familiares lejanos (o quizá por ello). La otra mayor diferencia entre ambos era, como hemos indicado, la dinámica de la relación entre los estados y el Gobierno Federal. Marshall defendía un gobierno fuerte, que protegiera la economía y el comercio (protección de la propiedad y los contratos) y que interpretase las normas de acuerdo con el sentido de los tiempos<sup>1447</sup>.

La Constitución fue el lógico resultado de visiones sociales, económicas, políticas y jurídicas diferentes y hay en ellas rasgos de todas ellas. Los defensores de un Gobierno Federal fuerte y de un sistema político que apoyase al comercio también obtuvieron su porción en la Constitución<sup>1448</sup>. Repasemos las grandes sentencias del Tribunal Supremo que entonces perfilaron el concepto del federalismo.

La sección 10 del Artículo I de la Constitución establece que “ningún estado aprobará leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos”<sup>1449</sup>. El Tribunal Supremo, en vida de Jefferson y bajo la dirección de Marshall, dictó varias sentencias en relación con la *Contract Clause* que provocó la declaración de inconstitucionalidad de leyes estatales.

En la capital sentencia en el caso *Fletcher contra Peck* (1810) el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley de Georgia que anula concesiones también hechas por medio de una ley por transgresión de la *Contract clause*. En el caso *New Jersey contra Wilson* (1812) consideró inconstitucional una ley que eliminaba la exención fiscal a unas tierras en cuya concesión, hecha también por ley, se incorporaba esta exención. En el caso *Terrett contra Taylor* (1815) anuló dos leyes de Virginia que expropiaban tierras que eran propiedades a la Iglesia Episcopaliana adquiridas de conformidad con la legislación anterior cuando era la religión oficial de Virginia<sup>1450</sup>. En las sentencias de los casos *Sturges contra Crowninshield* (1819) y *Farmers' and Mechanics' Bank contra Smith* (1821) rechaza la aplicación retroactiva del Derecho

---

courts; the plaintiff urges the Confederation, and the treaty made under that, as controlling the State law; the judges are weak enough to decide according to the views of their legislature. An appeal to a federal court sets all to rights. It will be said, that this court may encroach on the jurisdiction of the State courts. It may. But there will be a power, to wit, Congress, to watch and restrain them. But place the same authority in Congress itself, and there will be no power above them, to perform the same office. They will restrain within due bounds, a jurisdiction exercised by others, much more rigorously than if exercised by themselves.”

<sup>1447</sup> Bernard Schwartz: *Op. Cit.*, Pág. 67. Charles A. Beard: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. The McMillan Company. Nueva York, 1943. Págs. 151-188.

<sup>1448</sup> *Carta a James Monroe*, 15 de febrero de 1801. Volumen X. Pág. 202.

<sup>1449</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo 1. Sección 10: “No State shall [...] pass [...] Law impairing the Obligation of Contracts, [...]”

<sup>1450</sup> *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810); *New Jersey v. Wilson*, 11 U.S. 164 (1812); *Terrett v. Taylor*, 12 U.S. 43 (1815).

Concursal de los estados de Nueva York y Pennsylvania porque quebrantaba las obligaciones contractuales<sup>1451</sup>. En *McMillan contra McNeil*<sup>1452</sup> se declara inconstitucional la aplicación extraterritorial del Derecho Concursal de Luisiana cuando el deudor, al nacer la obligación, vivía en Carolina del Sur. En *Dartmouth College contra Woodward*<sup>1453</sup> (1819) sostiene que no se puede alterar la carta funcional del Dartmouth College por parte de la legislatura de New Hampshire al ser una entidad privada con carta concedida por la Corona antes de la Revolución, entendiendo que esa concesión era un contrato a efectos constitucionales. Finalmente en *Green contra Biddle*<sup>1454</sup> (1823) anula una ley de Kentucky que modifica las concesiones de tierra según la ley vigente al tiempo del acuerdo de separación entre Kentucky y Virginia.

Otro centro del conflicto constitucional entre el Gobierno Federal y los estados estuvo en la aplicación de la *Supremacy Clause*<sup>1455</sup> y la determinación de los poderes delegados, explícitos e implícitos, al Congreso. En el caso de los *Estados Unidos contra Peter* (1809) señala que ningún estado puede privar a los tribunales federales de jurisdicción a la hora de ejecutar una sentencia<sup>1456</sup>. En *McCulloch contra Maryland* (1819) desarrolla la teoría hamiltoniana de los poderes implícitos, que ya examinamos, y prohíbe al estado de Maryland establecer tributos sobre el Banco de los Estados Unidos, reiterando la doctrina en *Osborn contra el Banco de los Estados Unidos* (1824) en un caso relativo al estado de Ohio<sup>1457</sup>. En 1824 anula por preterición (*preemption*) el monopolio que había concedido el estado de Nueva York en la navegación de ferris al haber establecido una ley federal, de acuerdo con un poder delegado al Congreso, la libertad de navegación (caso *Gibbons contra Ogden* de 1824).

Y en relación con la interacción entre las leyes estatales y los tratados internacionales encontramos la sentencia del caso de los *Society for the Propagation of the Gospel contra New Haven*<sup>1458</sup> (1823) en el que una ley de Connecticut es preterida por la adopción de un tratado internacional. Este asunto había sido problemático en la época de la Confederación y siguió siéndolo en los primeros años de la Constitución hasta el extremo de que Jefferson, como secretario de Estado, remitió un prolijo informe

<sup>1451</sup> *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819) y *Farmers' and Mechanics' Bank v. Smith*, 19 U.S. 131 (1821).

<sup>1452</sup> *McMillan v. McNeill*, 17 U.S. 209 (1819).

<sup>1453</sup> *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819).

<sup>1454</sup> *Green v. Biddle*, 21 U.S. 1 (1823).

<sup>1455</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo VI: "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding."

<sup>1456</sup> *United States v. Peter*, 3 U.S. 121 (1795).

<sup>1457</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) y *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824).

<sup>1458</sup> *Society for the Propagation of the Gospel v. New Haven*, 21 U.S. 464 (1823).

al embajador británico sobre la adaptación de las legislaciones estatales al tratado de paz entre Gran Bretaña y los Estados Unidos<sup>1459</sup>.

La sentencia en el caso *Cohens contra Virginia*<sup>1460</sup> (1821) soliviantó a los viejos republicanos virginianos que terminaron consiguiendo la intervención de un Thomas Jefferson ya retirado a Monticello<sup>1461</sup>. Una persona autorizada en la ciudad de Washington, en virtud de una ley del Congreso, a vender una lotería, lo hace en el vecino estado de Virginia donde la lotería está prohibida y es perseguido judicialmente. Al ampararse el acusado en una ley del Congreso recurre en virtud de la sección 25 de la *Judiciary Act* de 1789 las decisiones judiciales virginianas y el Tribunal Supremo se pronuncia.

La representación legal de Virginia sostuvo que el Tribunal Supremo no tenía jurisdicción sobre el caso al tratarse de la ejecución de una ley estatal. La respuesta a moción de *lack of jurisdiction* ocupa casi todo el texto de la sentencia y le sirvió a Marshall para reiterar la doctrina de que los Estados Unidos no son un mero conglomerado de naciones, sino una nación y que el poder del Gobierno Federal es supremo en su esfera. Los tribunales federales tenían jurisdicción porque Cohen había argüido en su defensa una ley del Congreso que le concedía la explotación de una lotería y ello fundaba la posibilidad de que se revisasen las decisiones de los tribunales estatales.

Marshall terminó dándole la razón a Virginia al considerar que la ley del Congreso no autorizaba a vender la lotería fuera de la Ciudad de Washington, sentó una fuerte doctrina de control jurisdiccional de la actividad de los tribunales estatales en todo lo que pudiera afectar a la esfera de poderes del Gobierno Federal.

En carta al juez William Johnson del 12 de junio de 1823, Jefferson se explayó sobre este caso y mantuvo en síntesis que el sentido del Gobierno Federal no era otro que el de ocuparse de los asuntos exteriores de los estados<sup>1462</sup> y que no tiene sentido, por tanto, que un particular demande a un estado ante la jurisdicción federal<sup>1463</sup>. Rechaza nuevamente que el Tribunal Supremo sea el último árbitro, papel que le corresponde al pueblo de los Estados Unidos<sup>1464</sup>. Este proceso de fortalecimiento del

---

<sup>1459</sup> Carta a George Hammond, 29 de mayo de 1792.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-23-02-0506>

<sup>1460</sup> *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).

<sup>1461</sup> David N. Mayer: *Op. Cit.*, Pág. 284.

<sup>1462</sup> Carta a William Johnson, 12 de junio de 1823. Volumen XV. Págs. 450.

<sup>1463</sup> *Ibidem*, Pág. 444-445.

<sup>1464</sup> *Ibidem*, Pág. 451.



Gobierno Federal, que llama consolidación, tiene que ser reformado o habrá que hacer una revolución<sup>1465</sup>.

El Tribunal Supremo no puede resolver los conflictos entre el gobierno de un estado y el Gobierno Federal porque el Supremo es parte del Gobierno Federal, una de sus tres ramas y por tanto se violaría el principio *nemo iudex in propria causa*, debiéndose buscar un procedimiento o instancia que no tenga ese sesgo<sup>1466</sup>.

La idea de que el Gobierno Federal es una especie de oficina de asuntos extranjeros de los estados, solamente con unos pocos poderes sobre los individuos, está presente en las cartas jeffersonianas<sup>1467</sup>, radicalizándose cada vez más, hasta el punto de considerar que las relaciones entre los estados y el Gobierno Federal, específicamente los conflictos, no han de tener solución dentro de la Constitución, sino a través de los mecanismos de resolución de conflictos del Derecho Internacional, incluyendo la *ultima ratio gentium*<sup>1468</sup>, esto es, el recurso a la guerra.

Hay que señalar que la posibilidad de crear una instancia “independiente” entre los estados y el Gobierno Federal no era privativa de Jefferson. En 1809 la legislatura de Pennsylvania le pidió a los senadores y representantes que presentasen una enmienda constitucional, en reacción a *Estados Unidos contra Peter* (1809), para crear un “tribunal imparcial” para dirimir los conflictos entre estados y Gobierno Federal<sup>1469</sup> y en 1821 el entonces senador Johnson, de Kentucky, propuso que estos conflictos pudieran tener como jurisdicción de apelación al Senado<sup>1470</sup>.

---

<sup>1465</sup> *Ibidem*, Págs. 444. “I have been blamed for saying, that a prevalence of the doctrines of consolidation would one day call for reformation or revolution.”

<sup>1466</sup> Los derechos de los estados (*States' Rights*) fueron uno de los temas principales entre los republicanos virginianos y se puede trazar una línea desde ellos hasta las justificaciones constitucionales de la secesión de los estados del Sur y la formación de los Estados Confederados de América (CSA). Lo paradójico acontece cuando la *Judiciary Act* (1861) de los CSA reproduce en su sección 45 la polémica sección 25 de la *Judiciary Act* de 1789. Se dio el caso de que el estado de Carolina de Sur mantuvo que el impuesto sobre los bonos de deuda era inconstitucional y el juez de distrito así lo consideró también y el Gobierno Confederal lo recurrió al Tribunal Supremo gracias a la sección 45 (idéntica a la 25). El Tribunal Supremos de los CSA no estaba operativo ni llegó a estarlo. Fue la única *Judicial Review of Laws* de la que se tiene constancia en los Estados Confederados, pero es llamativa porque se ocupa de la siempre inconclusa y problemática dinámica del Federalismo. G. Edward White: “Recovering the Legal History of Confederacy” en *Washington & Lee Law Review*. Vol. 68 (2011). Págs. 467-554.

<sup>1467</sup> *Carta a Robert J. Garnett*, 14 de febrero de 1824. Volumen XVI. Pág. 15. *Carta a Edward Livingston*, 4 de abril de 1824. Volumen XVI. Pág. 23-24.

<sup>1468</sup> *Carta a Edward Everett*, 8 de abril de 1826. Volumen XV. Pág. 163.

<sup>1469</sup> Herman V. Ames: *The proposed amendments to the Constitution of the United States during the First Century of its History*. American Historical Association. Washington, 1897. Pág. 160. New Hamshire, Vermont, New Jersey, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Georgia, Ohio, Kentucky y Tennessee aprobaron resoluciones de desaprobación.

<sup>1470</sup> *Ibidem*, Págs. 161-163.

James Madison impugnó la idea de que los tribunales federales son jueces y parte y le indicó a Thomas Jefferson que el sistema de control de los estados por parte de los tribunales federales lo juzgaba correcto y que deben ser considerados no como parte del Gobierno Federal, sino como un departamento en cuya formación tienen participación tanto el Gobierno Federal a través del Presidente como los estados a través del Senado, una postura que ya mantuvo en el número 39 de *The Federalist Papers*<sup>1471</sup>, aunque tuvo un paréntesis entre 1798 y 1799 con ocasión de las resoluciones de Kentucky y Virginia. A este respecto Madison sostuvo que:

Llegamos a la agitada cuestión de si la Autoridad Judicial de los Estados Unidos es el recurso constitucional para determinar la línea entre las jurisdicciones federal y estatal. Creyendo como lo hago que la Convención General contempló una disposición dentro de la Constitución para decidir de modo pacífico y estable todos los casos que surgiesen a lo largo de su vigencia como elemento esencial para un sistema de gobierno adecuado y que planeó que la Autoridad investida para ello fue el Departamento Judicial como recurso final en relación con los estados para los casos relativos al ejercicio de sus funciones (siendo invocada como garantía de imparcialidad la concurrencia del Senado elegido por las legislaturas estatales en el nombramiento de los jueces, en los juramentos y los mandatos oficiales de estos, con la supervisión de la opinión pública); y que esta intención es expresada por los artículos que declaran que la Constitución y las leyes federales serán la suprema ley del país [*Supreme Law of the Land*] y que el poder judicial de los Estados Unidos se extenderá a todos los casos que surjan a partir de ésta. Creyendo además que esta era la visión predominante del tema cuando la Constitución fue adoptada y entró en vigor; que ha continuado así durante el largo período que ha transcurrido; y que incluso en este momento una apelación a una decisión nacional demostraría que no se ha producido ningún cambio general. Así creyendo que nunca he cedido en mi posición original mostrada en *The Federalist* a los ingeniosos razonamientos del Coronel Taylor contra esta interpretación de la Constitución.<sup>1472</sup>

---

<sup>1471</sup> James Madison: "The Federalist 39" en *The Federalist Papers*. Pág. 192.

<sup>1472</sup> Carta de James Madison a Thomas Jefferson, 27 de junio de 1823. "We arrive at the agitated question whether the Judicial Authority of the U.S. be the constitutional resort for determining the line between the federal & State jurisdictions. Believing as I do that the General Convention regarded a provision within the Constitution for deciding in a peaceable & regular mode all cases arising in the Course of its operation, as essential to an adequate System of Govt: that it intended the Authority vested in the Judicial Department as a final resort in relation to the States, for cases resulting to it in the exercise of its functions; (the concurrence of the Senate chosen by the State Legislatures, in appointing the Judges, and the oaths & official tenures of these, with the surveillance of public opinion, being relied on as guaranteeing their impartiality); and that this intention is expressed by the articles declaring that the federal Constitution & laws shall be the supreme law of the land, and that the Judicial power of the U.S. shall extend to all cases arising under them: Believing moreover that this was the prevailing view of the subject when the Constitution was adopted & put into execution; that it has so continued thro' the long period which has elapsed; and that even at this time an appeal to a national decision would prove that no general change has taken place: thus believing I have never yielded my original opinion indicated in the 'Federalist', to the ingenious reasonings of Col: Taylor agst. this construction of the Constitution." Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/04-03-02-0077>

En este texto Madison defiende el papel de los tribunales de acuerdo con los criterios jeffersonianos (el texto de la Constitución, la intención de los *framers*, el criterio republicano y el federal) y ataca directamente a los que excluyen la *Judicial Review* del diseño constitucional porque no hubiera una mención expresa. Como muchos otros Madison hizo constar que no había que expresar lo que todos dan por supuesto.

#### 4.3.5. El origen de la *concurrent review* en el pensamiento jeffersoniano.

Samuel Krislov sostuvo que la *concurrent review* está presente antes de 1801 y mantuvo con Wallace Mendelson una polémica con artículos cruzados sobre la cuestión. Krislov no consigue encontrar un texto donde *legal check* no solamente fuera *judicial review*, sino que incluyese revisión paralela por parte de los otros poderes (*concurrent review*)<sup>1473</sup>.

Y efectivamente no hay ninguna nueva mención a *legal check* en la correspondencia sobre cuestiones constitucionales estadounidenses, pero sí hay otra mención, como ya hemos señalado, refiriéndose a la nula efectividad de las barreras políticas, según el pensamiento de Montesquieu, para oponer cualquier control jurídico [*legal check*] al poder de Luis XVI. La carta sobre Francia a John Brown Cutting<sup>1474</sup> es de julio de 1788 y la carta a James Madison sobre los Estados Unidos es de marzo de 1789.

¿Podemos ver la *concurrent review*? Es importante indicar que Jefferson habla de *legal check* y no de *political check*, que está presente cuando se refiere a la prensa en ese mismo párrafo, de forma que está refiriéndose a limitaciones jurídicas al poder. Cuando escribe en la carta de Madison el concepto *legal check* no señala que este control sea el único sino que se pone en manos de la Judicatura. Cabrían otros modos de control jurídico en manos de otros órganos. Por ello y junto a la carta a John Brown Cutting sobre Francia, podemos inferir que *legal check* es todo control establecido constitucionalmente.

Cabe objetar que Jefferson, en su carta a Cutting, está refiriéndose a Francia y que dicho Estado no tuvo constitución escrita al menos hasta los *Artículos de la Constitución* que fueron aceptados por el Rey el 5 de octubre de 1789<sup>1475</sup>, pero existía el

<sup>1473</sup> Samuel Krislov: "A Necessary But Not Sufficient Set of Reforms on Science in the Courts" en *The Justice System Journal*. Vol. 14/15. Núm. 3/1 (1991). Pág. 383-389. En un sentido opuesto Wallace Mendelson: "Jefferson on Judicial Review: Consistency through Change" en *The University of Chicago Law Review*. Vol. 29. Núm. 2 (1962). Págs. 327-337.

<sup>1474</sup> *Carta a John Brown Cutting*, 24 de Julio de 1788. Volumen VII. Pág. 86.

<sup>1475</sup> Stéphane Caporal, Jörg Luther y Olivier Vernier (eds.): *Op. Cit.*, Págs. 33-34.

convencimiento que ya detallamos de que había una constitución material y unas costumbres constitucionales, como el Parlamento de París expresó el 4 de mayo de 1788, que eran las Leyes Fundamentales del Reino<sup>1476</sup>.

La existencia de una constitución consuetudinaria era algo aceptado generalmente e incluso el propio Jefferson comenta en su correspondencia<sup>1477</sup> que una de las misiones de los futuros Estados Generales habría de ser la de *to fix a Constitution*<sup>1478</sup>, de modo que cuando se refiere a *legal check* lo hacía a una institución jurídica que no es únicamente la judicial, pues como señalaba en la teoría de Montesquieu los otros cuerpos debieran poder oponer esa barrera en forma jurídica, aunque constatase Jefferson que en la realidad no pueden. Dicho en otras palabras, la constitución consuetudinaria francesa que Montesquieu teorizó había fracasado, salvo por los parlamentos, en ofrecer obstáculos jurídicos a la acción del Rey.

Los parlamentos, al negar el registro de un edicto real en virtud de su inadecuación con las *lois fondamentales*, estaban realizando un control judicial, previo y abstracto, pero en todo caso un verdadero control judicial. A éste lo llamó Jefferson *legal check, legal obstacle* en palabras de Mendelson<sup>1479</sup>. Todo ello nos permite inferir que en el pensamiento de Jefferson, al menos a partir del periodo parisino, consideraba que las barreras políticas al despotismo debían permitir el control jurídico de las acciones del poder regio para ser efectivas.

#### 4.4. Jefferson y el poder judicial tras 1801

##### 4.4.1. La lucha entre el Presidente republicano y la Judicatura federalista

Los federalistas habían conseguido hacerse con la mayoría de los puestos de la Judicatura Federal y dada la ilimitación del mandato mientras se tuviese una buena conducta estos puestos judiciales eran intocables. En la *Declaración de Independencia* el propio Jefferson había visto como un agravio a los colonos que sus jueces fueran

<sup>1476</sup> La profesora Gabrielle Radica mantiene que en el pensamiento ilustrado podemos distinguir tres nociones de ley fundamental: la de Montesquieu para quien la ley fundamental o las leyes fundamentales se educen de la dinámica institucional; la de Puffendorf, Burlamaqui y Jaucourt en la que las promesas particulares del Rey en el momento de la coronación le obligan; y finalmente la de Rousseau donde la inviolabilidad de las leyes fundamentales no se funda en la antigüedad de su observancia sino en su conformidad con la ley natural. Cf. Gabrielle Radica: "Trois interprétations de la notion de «loi fondamentale» au XVIII<sup>e</sup> siècle" en Isabelle Moreau (dir): *Les lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII<sup>e</sup> siècle*. ENS-Editions. Lyon. 2009. Págs. 229-253.

<sup>1477</sup> *Carta a Ralph Izard*, 1 de agosto de 1787. Volumen VI. Pág. 209. *Carta al coronel Humphreys*, 18 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 320-321. *Carta a Thomas Paine*, 23 de diciembre de 1788. Volumen VII. Pág. 246.

<sup>1478</sup> "To a fix a Constitution" puede ser traducido como fijar una Constitución como reformar la Constitución.

<sup>1479</sup> Wallace Mendelson: *Op. Cit.*, Pág. 329.

removibles y no se aplicable el criterio ya en uso en Gran Bretaña. La Constitución Federal adoptó ese criterio, algo que también sucedió en los estados, aunque no en todos.

Una vez perdidas la Presidencia y el Congreso, el Partido Federalista pasó a ser un partido de base regional, sin ninguna opción real de volver a gobernar los Estados Unidos<sup>1480</sup>. La táctica de los federalistas de tener el control de la única rama del Gobierno que no se renueva cada cierto tiempo, les colocaba en una posición privilegiada para obstaculizar el programa jeffersoniano e incluso, por vía interpretativa, para seguir poniendo en práctica su perspectiva de la Constitución y su programa político<sup>1481</sup>.

Esto se tradujo en que un federalista, John Marshall, dirigiese durante décadas la rama del Gobierno que Alexander Hamilton llamó *the least dangerous branch*<sup>1482</sup>. Diez años después de la desaparición del propio Partido Federalista, el Tribunal Supremo seguía siendo liderado por quien ha sido uno de sus más prominentes miembros.

Más allá del tono conciliatorio de su discurso de toma de posesión, Jefferson tenía muy claro que habría de trabajar para revertir la toma federalista de los tribunales, con el fin de recuperar a los tribunales al espíritu republicano (jeffersoniano) de la Constitución. La cuestión era el cómo<sup>1483</sup>.

El caso *Marbury contra Madison* nos muestra que el primer paso fue no entregar las *comissions* a los jueces de medianoche que no la tuvieran. La reforma de la *Judiciary*

---

<sup>1480</sup> De las doce elecciones a la Cámara de Representantes celebradas desde 1800 a 1822 solamente en cuatro ocasiones los federalistas lograron alcanzar un tercio de los representantes. Desde el fin del Séptimo Congreso en el Senado los federalistas siempre tuvieron menos de un tercio de los senadores. Insistimos en el valor del tercio de cada cámara porque es la cuantía mínima para tener minoría de bloqueo eficaz ante cualquier enmienda constitucional.

Las turbulentas elecciones de 1800, dejaron a los federalistas lejos de tener opciones a ganar la Presidencia, con la excepción de las segundas elecciones de James Madison que ganó por 128 votos en el Colegio Electoral frente a 89 del ex republicano DeWitt Clinton. En 1820 no presentaron siquiera candidato contra el Presidente James Monroe en su reelección y en las elecciones de 1824 la ausencia de los federalistas estaba tan clara que las distintas facciones del Partido Demócrata-Republicano presentaron sus propios candidatos que se enfrentaron en las urnas.

Datos para la Cámara se pueden encontrar en <http://history.house.gov/Institution/Party-Divisions/Party-Divisions/> y los datos para el Senado en <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>

<sup>1481</sup> Ya en las primeras décadas de la República se da algo que Robert Bellamy destaca en el presente: tener la mayoría entre los jueces del Tribunal Supremo exonera de tener que ganar la mayoría en el Congreso para condicionar decisivamente la política. Richard Bellamy: *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007. Pág. 43.

<sup>1482</sup> Alexander Hamilton: "The Federalist 78" en *The Federalist Papers*. Pág. 380.

<sup>1483</sup> Hay que indicar que Richard E. Ellis interpreta estos hechos como un triunfo de los republicanos moderados, especialmente el fracaso del *impeachment* contra Samuel Chase, frente a un programa mucho más agresivo de la facción más radical del partido. Cf. Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 20-22.

*Act de 1789* en 1801 había creado quince nuevos puestos judiciales que fueron ocupados por personas designadas por el Presidente Adams y confirmadas por el Senado con gran celeridad. Estos nuevos jueces federales estaban protegidos en sus *tenures* por la garantía constitucional de permanencia mientras que desempeñasen correctamente el puesto y sólo podían ser separados de sus tribunales por medio de un *impeachment*. Sí hay que precisar que los jueces de paz para el Distrito de Columbia, como William Marbury, tenían un mandato limitado (cinco años), pero que éste era superior al mandato presidencial.

Los fiscales y *marshals* serían sustituidos rápidamente, dado que el mandato dependía de la voluntad del Ejecutivo<sup>1484</sup>. Consideraba que el “único escudo para nuestros ciudadanos republicanos contra el federalismo de los tribunales es tener fiscales y *marshals* republicanos”<sup>1485</sup>.

La ley propuesta por John Breckinridge, senador por Kentucky, para derogar la de 1801 implicaba la disolución de los nuevos órganos jurisdiccionales. Los jueces dejarían de ser al desaparecer el órgano jurisdiccional para el que fueron nombrados y no por mal comportamiento<sup>1486</sup>. Hubo un duro debate sobre la constitucionalidad de la ley, que finalmente fue aprobada<sup>1487</sup>.

Jefferson pretendió eliminar los escrúpulos constitucionales a una parte de los representantes republicanos al indicar que estos nombramientos fueron realizados en fraude constitucional, es decir, que no tenían efectos:

Te escribí en primer lugar que el debate de derogación de la última ley del poder judicial empezó en el Senado ayer. También ha sido tratada en la otra cámara donde algunos miembros, generalmente sensatos, tienen algunos escrúpulos sobre este tema,

<sup>1484</sup> *Carta a William B. Gates*, 23 de marzo de 1801. Volumen X. Pág. 239.

<sup>1485</sup> *Carta a Archibald Stuart*, 8 de abril de 1801. Volumen X. Pág. 257.

<sup>1486</sup> *Idem*.

<sup>1487</sup> Existía un precedente de ese mismo año en Maryland, donde el Tribunal General del estado había confirmado la constitucionalidad de una ley que los republicanos habían aprobado, modificando la ley de 1796 y cambiando la estructura judicial, habiendo jueces que perdían su puesto. Cf. Richards E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 243-244.

Esta polémica constitucional tuvo consecuencias *pro futuro*. En la Constitución de Virginia de 1830 (Punto 2 del Artículo V) se previó que las leyes que eliminan tribunales no pueden privar del cargo al juez salvo que así lo voten dos tercios y por la misma mayoría le pueden otorgar otras funciones judiciales. Edmund Randolph se refirió a la entonces ya lejana ley de 1802 y distinguió entre abolición de tribunales *bona fides* y *mala fides*, siendo ésta última contraria a la independencia judicial; describió el proceso de toma de la Justicia en los últimos días del mandato de John Adams y consideró que el punto propuesto debía aprobarse confiando en la legislatura. Véase en *Debates of the Virginia State Convention of 1829-1830*. Ritchie and Cook. Richmond, 1830. Págs. 876-877. La Constitución de 1830 puede consultarse en: Francis Newton Thorpe (ed.): *Op. Cit.*, Volumen VII. Págs. 3819-3829.

porque les preocupa distinguir entre un uso fraudulento de la Constitución y una adhesión sustancial y honesta a ella.<sup>1488</sup>

Fueron los primeros y últimos casos, ya que desde 1802 ningún juez federal ha perdido su toga *by operation of Law*<sup>1489</sup>. Richard E. Ellis indica que los federalistas presentaron *test-cases*<sup>1490</sup> para abrir las puertas a un pronunciamiento del Tribunal Supremo acerca de lo que para ellos era la manifiesta inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1802<sup>1491</sup>. Uno de esos casos fue el ya mencionado *Stuart contra Laird* donde se reclamó la falta de jurisdicción del Tribunal de Circuito a ser inconstitucional la ley que le había transferido el caso, la de 1802, que anteriormente y de acuerdo con la ley de 1801 conocía otro Tribunal de Circuito.

Tanto el tribunal de circuito como el Tribunal Supremo afirmaron que el Congreso tenía poder constitucional para cambiar un asunto de un Tribunal de Circuito a otro, dado que la Constitución no establece ninguna limitación en su capacidad para formar tribunales federales inferiores<sup>1492</sup>.

El cuarto paso del asalto jeffersoniano al poder judicial era eliminar a los jueces federalistas que la *Judiciary Act* de 1802 no había podido remover. El único procedimiento constitucional disponible era, y es, el *impeachment*, que requería una

---

<sup>1488</sup> *Carta a Thomas Mann Randolph*, 9 de enero de 1802. "I wrote you on the 1st. inst. the debate on the repeal of the last judiciary law was commenced in the Senate yesterday. it has also been touched on in the other house, where some members, generally sound, will have some qualms on this subject, because they are afraid to distinguish between a fraudulent use of the constitution, and a substantial & honest adherence to it." Citada por Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Pág. 46. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-36-02-0199>

<sup>1489</sup> Se ha dado el caso de jueces que han sido reasignados a otro puesto al dividirse su distrito por ministerio de la Ley (*by operation of Law*), pero no han perdido su condición de juez federal. Pongamos dos casos bajo la Presidencia de James Madison. William Peter van Ness fue reasignado al Distrito del Sur de Nueva York cuando el juez del Distrito de Nueva York a la hora de dividirse éste en 1814. Caso idéntico es St. George Tucker quien fue reasignado al Distrito Este de Virginia cuando se creó al dividirse en Distrito de Virginia del que St. George Tucker era el juez. Ésta práctica ha continuado cada vez que se ha dividido un distrito y había un juez en ejercicio.

<sup>1490</sup> Dado que la *Judicial Review of Laws* en los Estados Unidos se produce solamente en el conocimiento de un caso concreto por parte de los tribunales, y no por medio de un recurso abstracto (como en el sistema kelseniano), si hay un sector muy interesado en conseguir un pronunciamiento judicial con la mayor celeridad posible es posible construir un caso litigioso, por mínimo que sea, para poder plantear la constitucionalidad de una ley ante los tribunales. El juez Louis D. Brandeis sintetizó algunos de los criterios del Tribunal Supremo a la hora de entrar a decidir sobre la constitucionalidad de una ley y el primer de ellos se centra en que los casos deben ser verdaderos casos litigiosos: "The Court will not pass upon the constitutionality of legislation in a friendly, non adversary, proceeding, declining because to decide such questions" en *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 346 (1946).

<sup>1491</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Pág. 62. La tramitación sembró tantas dudas entre los republicanos que se produjeron dos empates en el Senado que resolvió el Vicepresidente Burr a favor de los federalistas y retrasaron la tramitación de la ley. Dumas Malone: *Op. Cit.*, Vol. IV. Pág. 123.

<sup>1492</sup> Cf. Richard E. Ellis: *Ibidem*. Págs. 62-63. Durante el debate en el Congreso de la ley los republicanos sostuvieron que, si los tribunales declaraban inconstitucional la ley, transformarían la ley en una enmienda constitucional (*Ibidem*, Pag. 68).

acusación adoptada por la mayoría de la Cámara de Representantes, dos tercios del Senado a favor de la declaración de culpabilidad y la firma del Presidente. Jefferson y los líderes republicanos decidieron emprender el camino de los procesos constitucionales de destitución para intentar despejar la judicatura de federalistas. Comenzaron con una acusación sencilla contra John Pickering, juez federal del distrito de New Hampshire, quien acusado de embriaguez y enfermedad mental por la Cámara de Representantes el día 30 de diciembre de 1803, fue juzgado por el Senado, a principios de 1804 y considerado culpable y removido de su puesto.

Mientras el Senado juzgaba a Pickering, los republicanos de la Cámara presentaron una segunda solicitud de *impeachment*, clave en su estrategia de expulsar de la Judicatura a los federalistas: se solicitaba la remoción del juez del Tribunal Supremo Samuel Chase. Frente al caso de Pickering, o al del primer juez destituido George Turner del Territorio del Noroeste, que eran claros para la mayoría de los observadores (embriaguez y enfermedad mental en el primer caso y corrupción y abuso de poder en el segundo<sup>1493</sup>), el caso de Samuel Chase tenía mucho más contenido político.

Los artículos de la acusación eran relativos a su actuación en el juicio contra John Fries por traición<sup>1494</sup>, en el juicio contra Callender por libelos sediciosos<sup>1495</sup> y finalmente por opiniones de carácter político que había emitido en el ejercicio de su cargo ante dos grandes jurados<sup>1496</sup>, muchos de ellos procedimientos penales federales seguidos al amparo de la *Sedition Act*. Se le acusaba que haber condicionado políticamente a los jurados, de haber limitado los medios de defensa y de no haber instruido ni permitido que la defensa instruyera a los jurados sobre su derecho a revisar la constitucionalidad de la *Sedition Act*.

Aunque la Cámara de Representantes formuló los artículos de *impeachment*, Chase fue absuelto en el Senado. De los ocho cargos que se le imputaban en cinco la absolución obtuvo más votos que la condena y en tres de ellos los votos de condena no alcanzaron los dos tercios necesarios, aunque sí la mayoría<sup>1497</sup>. Esto fue utilizado por la prensa jeffersoniana para considerar que el juez Chase había sido condenado desde el sentido común<sup>1498</sup>. Como hemos visto anteriormente (4.3.4.3. *El control de constitucionalidad de los jurados*) tanto Humphrey como Rehnquist han mantenido que

---

<sup>1493</sup> Aunque materialmente la acusación contra Pickering era evidente, a algunos legisladores no les quedaba claro que los comportamientos estuvieran dentro de la categoría constitucional de *high Crimes and Misdemeanors*. Cf. Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Pág. 73.

<sup>1494</sup> William H. Rehnquist: *Op. Cit.*, Pág. 59-60.

<sup>1495</sup> *Ibidem*, Págs. 77; 90-91; 100.

<sup>1496</sup> *Ibidem*, Págs. 93-97.

<sup>1497</sup> *Ibidem*, Págs. 104-105.

<sup>1498</sup> Jerry W. Knudson: "The Jeffersonian Assault on the Federalist Judiciary, 1802-1805; Political Forces and Press Reaction" en *American Journal of Legal History*. Volumen XIV. Número 1 (1970). Pág. 73.



la obstrucción a la capacidad de los jurados de juzgar la constitucionalidad de una ley del congreso, es uno de los elementos centrales del *impeachment* contra Samuel Chase.

La lucha de Jefferson contra los tribunales controlados por los federalistas resultó poco exitosa. Había conseguido retrotraer la organización judicial a 1789<sup>1499</sup> y algunos de los jueces que no obtuvieron su *comission* nunca ejercieron, pero se había dictado la sentencia en *Marbury contra Madison* y un *impeachment* fracasado cuando su partido contaba con mayoría suficiente en el Senado para poder culminarlo con éxito. La puesta en peligro de la independencia judicial hizo que muchos senadores republicanos aceptasen a Samuel Chase como un mal menor y que votasen en contra de su destitución<sup>1500</sup>.

El lento camino de los nombramientos judiciales no fue especialmente exitoso para Jefferson, ni para su sucesor Madison. Pese a que el juez William Johnson se convirtiera en el primer gran disidente del Tribunal Supremo, todos los nuevos jueces solían apoyar las propuestas de Marshall, haciendo imposible el cambio progresivo de la mayoría en la Judicatura<sup>1501</sup> que Jefferson creyó realizado en 1810<sup>1502</sup>.

#### 4.4.2. La nacionalización del poder judicial

Thomas Jefferson mantuvo un enfrentamiento personal con John Marshall que alcanzaría el final de sus longevas vidas. Aún después de abandonar la Presidencia, Jefferson veía en Marshall al único actor verdaderamente eficaz del Tribunal Supremo, y de hecho pensaba que el resto de los miembros de este órgano no hacían otra cosa que asentir a los planteamientos de Marshall.

Hasta el advenimiento de Marshall a la jefatura del Tribunal Supremo se había seguido la costumbre británica de que en las sentencias se reflejasen las opiniones de todos los jueces y se terminase con el fallo. Este procedimiento, conocido como *seriatim*, fue abandonado durante el largo mandato de Marshall y en las sentencias solamente constaba la opinión de la mayoría<sup>1503</sup>, con la finalidad, según Schwartz, de reforzar la unidad del Tribunal<sup>1504</sup>.

<sup>1499</sup> No obstante, había algunas variaciones respecto a la versión de 1789 como que los Tribunales de Circuito, en vez de tener un juez de Distrito y dos del Tribunal Supremo, pasaron a tener dos miembros, un juez de Distrito y uno del Tribunal Supremo.

<sup>1500</sup> William H. Rehnquist: *Op. Cit.*, Págs. 133 Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 76-82.

<sup>1501</sup> Bernard Schwartz: *Op. Cit.*, Pág. 58-59.

<sup>1502</sup> *Carta a Caesar A. Rodney, Fiscal General de los Estados Unidos*, 25 de septiembre de 1810. Volumen XII. Pág. 426. *Carta a Albert Gallatin*, 27 de septiembre de 1810. Volumen XII. Págs. 429-430.

<sup>1503</sup> Ruth Bader Ginsburg: "The Role of Dissenting Opinions" en *Minnesota Law Review*, número 1 Volumen 95. Pág. 2-3.

<sup>1504</sup> Bernard Schwartz: *Op. Cit.*, Pág. 39.

Jefferson consideraba que dar la opinión persona por persona del sentido del voto ofrece ocasión para valorar el fundamento sobre el que se toman las decisiones y evita que algunos jueces se escondan tras la opinión mayoritaria mantenida y redactada habitualmente por John Marshall:

Una opinión es incubada en un cónclave y quizá tomada por mayoría de uno y entregada como si fuera unánime, a causa de un astuto Presidente del Tribunal Supremo y con la silenciosa aquiescencia de perezosos o asustadizos jueces, un Presidente que adultera la ley según su opinión, moldeándola a su propio razonamiento. En una ocasión el Fiscal General ha emitido informe al Congreso sobre una ley judicial requiriendo a los jueces a entregar su opinión uno a uno y abiertamente y entonces entregarla por escrito al secretario del tribunal para incorporarla al registro.<sup>1505</sup>

Felicitó al juez William Johnson, nominado por él al Tribunal Supremo, por recuperar el *seriatim* aunque realmente lo que había creado había sido el voto particular (*dissenting opinion*)<sup>1506</sup>

Desde un punto de vista académico el *seriatim* es un yacimiento para los estudiosos del Derecho, pero a la hora de consolidar una jurisprudencia es poco útil ya que el único elemento que es respaldado por el tribunal es el fallo y no los argumentos sobre los que se soporta. Da la impresión de que éste es el objetivo buscado por Jefferson (junto el de evitar que otros dieran sus respaldos sin esfuerzo a Marshall): que no se pudiera establecer una doctrina jurisprudencial como propia del Tribunal Supremo, sino como de uno o varios de los jueces.

Como hemos indicado anteriormente, Jefferson quiso establecer la capacidad de control electoral de los ciudadanos sobre los cargos el grado de republicanismo de cada órgano y cada rama del Gobierno. Para él la Cámara de Representantes sería la institución más republicana, luego la Presidencia, el Senado y finalmente la Judicatura. Es cierto que en la elección de los jueces federales interviene el Presidente al nominar y el Senado al confirmar, pero que tras la toma de posesión del juez solamente es removible por la propia voluntad, la muerte o un proceso de *impeachment* sumamente difícil de terminar con éxito<sup>1507</sup>.

<sup>1505</sup> *Carta a Thomas Ritchie*, 25 de diciembre de 1820. Volumen XV. Pág. 297. "An opinion is huddled up in conclave, perhaps by a majority of one, delivered as if unanimous, and with the silent acquiescence of lazy or timid associates, by a crafty chief judge, who sophisticates the law to his mind, by the turn of his own reasoning. A judiciary law was once reported by the Attorney General to Congress, requiring each judge to deliver his opinion seriatim and openly, and then to give it in writing to the clerk to be entered in the record."

<sup>1506</sup> *Carta al juez William Johnson*, 12 de junio de 1823. Volumen XV. Pág. 451.

<sup>1507</sup> *Carta a John Melish*, 13 de enero de 1813. Volumen XII. Págs. 210-211.

Thomas Jefferson concluyó que el sistema de separación de poderes establecido por la Constitución de 1787 había conseguido efectivamente la finalidad que se proponía, pero que adolecía de un defecto fundamental. Ese defecto consistía en que uno de los poderes tiene un nivel de exigencia de responsabilidades menor que el del resto, en otras palabras, mientras que una mala actuación del Ejecutivo o del Legislativo puede tener consecuencias electorales, no hay forma de exigir responsabilidad frente a una mala actuación del Judicial.

Una de las principales objeciones que tradicionalmente se ha planteado contra a la *Judicial Review* es que es una actividad antimayoritaria<sup>1508</sup>, ya que declara inválida una decisión de la mayoría de los representantes elegidos por los ciudadanos. Es cierto que este criterio podría aplicarse al veto presidencial, pero el Presidente sí ha sido elegido. Madison mantuvo que los jueces podían considerarse elegidos por el pueblo, aunque fuera de un modo sumamente indirecto (nominación presidencial y confirmación senatorial en una época en la que los senadores eran elegidos por las legislaturas de los estados)<sup>1509</sup>.

Jefferson no reflexionó sobre si los jueces tienen esa lejana legitimidad electoral o no la poseen, sino que se fija en la imposibilidad de exigirles responsabilidad, lo que hoy se denomina *accountability*. Esta imposibilidad, habida cuenta del fracaso de la estrategia del *impeachment*, hizo que pensara que la Judicatura era la rama menos republicana de las que forman el Gobierno Federal, no ya por su forma de elección, sino por la imposibilidad de remoción de sus miembros, llegando a afirmar que “el poder judicial es independiente de la Nación y su coerción por medio del *impeachment* no es de valor alguno”<sup>1510</sup>.

En el marco de la *subpoena* dirigida a él (o contra él) en el juicio a Aaron Burr, en 1807, plantea la posibilidad de una enmienda constitucional que afectaría a la Judicatura “sin importar como ellos elaborarán una enmienda a la Constitución en la

---

<sup>1508</sup> Richard Bellamy discute las ventajas de las decisiones judiciales como antimayoritarias al considerar que tienen todos los problemas que la decisión de un legislativo y añade algunas como es la facilidad para cambiar de criterio jurisprudencial, los estrechos márgenes a la hora de tomar decisiones y el hecho de que forman parte del sistema política y pueden ser objeto de influencia de otros actores mucho más fácilmente al tener menos miembros. Concluye que los procedimientos antimayoritarios normalmente son perjudiciales para los sectores menos favorecidos y las minorías. Vid. Richard Bellamy: *Op. Cit.*, Págs. 37-43.

<sup>1509</sup> James Madison: “The Federalist 39” en *The Federalist Papers*. Pág. 188.

<sup>1510</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 21. “[...] the judiciary independent of the nation, their coercion by impeachment being found nugatory.”

que, conservando a los jueces independientes del Ejecutivo, no los dejará independientes de la Nación.”<sup>1511</sup>

Los jueces quedaban aislados del resto de la dinámica política y social. Podían mantenerse en un mundo aparte, separados, y no habría forma de que cambiaran su postura porque al tener, o reclamar, la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, ni siquiera las leyes estaban seguras ante ellos. El hecho de que el pueblo se hubiera estado pronunciando veinte años en un sentido político determinado (el del partido democrático-republicano) se encontró mediado por una Judicatura a la que la derrotada y menguante minoría federalista había elegido, una Judicatura que interpretaba, según Jefferson, la Constitución en términos de consolidación y no en términos federales<sup>1512</sup>. La idea de que un mandato indeterminado o excesivamente largo hace a quienes lo ejercen independientes de la nación se convirtió en uno de los temas centrales del último Jefferson.<sup>1513</sup>

La elección popular de los jueces no era una institución extraña dentro de los Estados Unidos<sup>1514</sup>, aunque en ningún caso fue contemplada para los jueces federales. Mantuvo nuestro autor que se copió de Inglaterra el sistema de *tenure* judicial, pero se eliminó la posibilidad de remoción parlamentaria, más sencilla que el *impeachment*, que contemplaban las leyes inglesas<sup>1515</sup>. No en vano en 1805, John Randolph, líder republicano en la Cámara, presentó una enmienda constitucional para la remoción de los jueces por voto conjunto de las dos cámaras del Congreso<sup>1516</sup>.

De todos modos la idea jeffersoniana de nacionalizar a los jueces federales no implicaba remitir su elección a los ciudadanos directamente, sino de otorgarles un mandato limitado en el tiempo y de declararlos removibles por acción del Legislativo antes de la finalización del mandato:

Que los futuros nombramiento de jueces sean por cuatro o seis años y renovables por el Presidente y el Senado. Esto llevará su conducta bajo revisión y revisión periódica y puede mantenerlos en equilibrio entre los gobiernos general y especial.<sup>1517</sup>

<sup>1511</sup> *Carta al General James Wilkinson*, 20 de septiembre de 1807. Volumen XI. Pág. 375. “However, they will produce an amendment to the Constitution which, keeping the judges independent of the Executive, will not leave them so, of the nation.”

<sup>1512</sup> *Carta al juez Spencer Roane*, 6 de septiembre de 1819. Volumen XIV. Pág. 212.

<sup>1513</sup> *Carta a James Martin*, 20 de septiembre de 1813. Volumen XIII. Pág. 381.

<sup>1514</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Pág. 7.

<sup>1515</sup> *Carta a William T. Barry*, 2 de Julio de 1822. Volumen XVI. Pág. 389.

<sup>1516</sup> Herman V. Ames: *Op. Cit.*, Pág. 149-150. Entre 1807 y 1812 se presentaron nueve propuestas de enmienda para la remoción de los jueces.

<sup>1517</sup> *Carta a William T. Barry*, 2 de Julio de 1822. Volumen XVI. Pág. 389. “Let the future appointments of judges be for four or six years, and renewable by the President and Senate. This will bring their conduct, at regular periods, under revision and probation, and may keep them in equipoise between the general and special governments.”

## 5. *Judicial Review*, Constitución y derecho de resistencia

Como a muchos de sus contemporáneos la elucidación del papel de los tribunales en el gobierno republicano fue un asunto que se precipitó sobre ellos cuando finalizó la Revolución. La existencia de una constitución escrita, tanto en los estados como en el Gobierno Federal, la idea de que esta constitución es jerárquicamente superior y que es una norma directamente aplicable prepararon el terreno para que los tribunales tuvieran que comenzar a decidir si la ley aplicable a un caso era o no compatible con la constitución estatal y/o federal.

Thomas Jefferson no problematizó en ninguno de los precedentes existentes y de hecho vio con muy buenos ojos que los derechos del *Bill of Rights* fueran defendidos por los tribunales, de forma que podemos comprobar que este procedimiento judicial que, desde luego, interfiere en la acción legislativa contaba con la aprobación jeffersoniana en lo referente a los derechos individuales<sup>1518</sup>. Igualmente, mientras estaba reunida la Convención en Filadelfia, le manifestó a Madison que el control judicial de las leyes estatales era preferible a otorgarle al Congreso el derecho de veto sobre las mismas, como ya vimos. Todo lo cual nos permite concluir que Jefferson no se opuso a la *Judicial Review of Laws* hasta 1803.

Sylvia Snowiss y Edward Rubin afirman que el nacimiento de la *Judicial Review* tiene que ser visto como un proceso de búsqueda de medios pacíficos y sustitutivos de la Revolución frente al quebrantamiento del *Fundamental Law* que se expresó por primera vez por escrito en las constituciones. Este sustituto de la Revolución puede conseguir lo mismo que un proceso revolucionario (recuperar el orden constitucional), pero sin tener que esperar a una acumulación intolerable de ofensas ni a las evidentes desventajas del recurso a la fuerza<sup>1519</sup>. Un razonamiento que encontramos luego en James Madison al afirmar que “algunos de estos tribunales son claramente esenciales para prevenir una apelación a la espada.”<sup>1520</sup>

Tenemos dos pronunciamientos de Jefferson favorables a la *Judicial Review*. Uno en la época de la Convención en que considera deseable que los tribunales y no el

<sup>1518</sup> Saikrishna B. Prakash y John C. Yoo: *Op. Cit.*, Pág. 938.

<sup>1519</sup> Sylvia Snowiss: *Op. Cit.*, Págs. 271. También en Sylvia Snowiss: “The cases of Marbury and McCulloch” en *The John Marshall Law Review*. Vol. 33, Núm 4 (2000). Págs. 977-978. Edward Rubin: “Judicial Review and the right to Resist” en *The Georgetown Law Journal*. Vol. 97 (2008). Págs. 86-87. También en David S. Law: “A Theory of Judicial Power and Judicial Review” en *The Georgetown Law Journal*. Vol. 97 (2009). Pág. 769. William R. Casto: “James Iredell and the American Origins of Judicial Review” en *Connecticut Law Review*. Vol. 27. Núm. 2 (1995). Págs. 329-363.

<sup>1520</sup> James Madison: “The Federalist 39” en *The Federalist Papers*. Pág. 192. “Some such tribunal is clearly essential to prevent an appeal to the sword.”

Congreso controlen la constitucionalidad de las leyes estatales (*Carta a James Madison* de 20 de junio de 1787<sup>1521</sup>) y otro en los tiempos de la ratificación, donde aprueba sin ambages la *Judicial Review* para los derechos reconocidos en el *Bill of Rights* (*Carta a James Madison* de 15 de marzo de 1789<sup>1522</sup>).

¿Podemos encontrar en Jefferson la idea de que la *Judicial Review* es un sustituto de la Revolución en forma de resistencia institucionalizada que sí hallamos en Madison? Entendemos que sí porque Thomas Jefferson se había enorgullecido de su país en ocasiones de que fuera capaz de conseguir por medios pacíficos (votaciones, asambleas, convenciones, etc), lo que en otros requería un gran derramamiento de sangre. Él lo mencionada expresamente en referencia a la transición constitucional desde los Artículos de la Confederación de 1777 a la Constitución de 1787<sup>1523</sup> o respecto de la llamada “Revolución de 1800”<sup>1524</sup>. Por ello no debería haber obstáculo a considerar que, como Madison, él viera la *Judicial Review* como sustituto de la revolución o como una resistencia institucionalizada. Esta apreciación desaparecerá en el quinquenio de 1798-1803.

Vistas las Resoluciones de Kentucky y de Virginia se puede indicar con Kramer que Jefferson y también Madison no consideraron que los tribunales fueran el único recurso frente a las actuaciones inconstitucionales y estos textos aprobados por las dos legislaturas estatales recogen mecanismos extrajudiciales como la *nullification* y la *interposition*<sup>1525</sup>.

Sylvia Snowiss divide el nacimiento de la *Judicial Review* en tres periodos. El primero consistiría sencillamente en parar los atropellamientos legislativos, el segundo en declarar la inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad de las leyes manifiestamente inconstitucionales y finalmente el tercero, el de Marshall, donde la Constitución es tratada como una norma jurídica y solamente como una norma jurídica<sup>1526</sup>.

En *The Report of 1800* dice Madison que el recurso a los tribunales no tenía sentido ya que la transgresión era extraordinaria y se trataba de actuación fuera de los poderes delegados al Gobierno Federal y por tanto fuera del alcance de los tribunales federales que son una rama del Gobierno Federal<sup>1527</sup>. La posición de Madison y de

<sup>1521</sup> *Carta a James Madison*, 20 de junio de 1787. Volumen XII. Págs. 132-133.

<sup>1522</sup> *Carta a James Madison*, 15 de marzo de 1789. Volumen VII. Págs. 309-312.

<sup>1523</sup> *Carta a Edward Rutledge*, 18 de Julio de 1788. Volumen VII. Pág. 81.

<sup>1524</sup> *First Inaugural Address*, 4 de marzo de 1801. Volumen III. Pág. 321.

<sup>1525</sup> Larry D. Kramer: *Op. Cit.*, Pág. 66.

<sup>1526</sup> Sylvia Snowiss: *Judicial Review and the Law of the Constitution. Op. Cit.*, Págs. 2-3.

<sup>1527</sup> James Madison: “Madison’s Report on the Virginian Resolutions” en Jonathan Elliot (ed.): *State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*. Volumen IV. Jonathan Elliot. Washington, 1836. Pág. 549.

Jefferson habría sufrido una “regresión” de acuerdo con las etapas de Snowiss desde el segundo e incluso tercer periodo a momentos anteriores al primer periodo cuando escribieron las mencionadas Resoluciones.

Pero hay que marcar una nítida diferencia entre el planteamiento de Snowiss y el de Jefferson. Él no concibió la Constitución de 1787 como la explicitación de una Ley Fundamental que en otros países permanece enterrada entre costumbres, leyes de todo tipo y opiniones de los juristas<sup>1528</sup>, sino como una oportunidad única de poner por escrito la forma política, supeditada solamente a la razón natural<sup>1529</sup>.

Como jurista estaba familiarizado con la creación pretoriana del Derecho, que es una de las cualidades más diferenciadoras del *Common Law* sobre otros sistemas jurídicos, y es allí donde encuentra buena parte de los problemas con el ejercicio de la *Judicial Review* por el Tribunal Supremo de la época de Marshall. En ningún momento considera Jefferson que los tribunales tengan que aplicar leyes manifiestamente inconstitucionales (como le sucedió en el caso de Gideon Henfield) y no discutió que los ejemplos propuestos por Marshall en *Marbury contra Madison* (leyes *ex post facto*, impuestos estatales a la exportación, leyes de proscripción o necesidad de dos testigos para condenar por traición<sup>1530</sup>) hubieran sido casos manifiestos de haber sido reales.

Para Jefferson que la Constitución era una norma jurídica estaba claro y la *Supremacy Clause* da cuenta de ello, pero la duda era si la Constitución era una norma jurídica como las demás, o bien tenía características específicas. Había dos posibles comprensiones de la naturaleza jurídica de la Constitución.

En primer lugar los que consideraban a la Constitución como una norma jurídico-política que si bien era superior al resto de las normas (*ordinary laws*) residía en una región apartada del resto del Derecho. La segunda comprensión era que la Constitución efectivamente era la norma suprema, pero pertenece al mismo Derecho que el resto de las normas (*ordinary laws*). De estas dos posibles naturalezas de la Constitución se deducían consecuencias diversas: en el primer caso la aplicación estaría a cargo de instituciones específicas y la interpretación constitucional tendría unos criterios propios, mientras que si la Constitución era una norma como las demás, aun siendo la norma suprema, puede ser aplicada directamente e interpretada con autoridad por los tribunales.

---

<sup>1528</sup> Carta al Reverendo Samuel Knox, 22 de febrero de 1810. Volumen XII. Pág. 360.

<sup>1529</sup> Carta al mayor John Cartwright, 5 de junio de 1824. Volumen XV. Pág. 44.

<sup>1530</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 179 (1803).

Snowiss, Gordon y Kramer mantienen que en los primeros tiempos la concepción constitucional era la primera posibilidad y que, a partir de *Marbury* y de otros casos, se adoptó la segunda posibilidad, aunque estrictamente *Marbury* pertenece a la tradición jurídica existente en el momento de dictarse<sup>1531</sup>. Esta segunda posibilidad abrió la puerta a la creación judicial del Derecho Constitucional ya que es un tribunal, el Tribunal Supremo, el último intérprete de la Constitución.

En este contexto cobran mayor sentido las palabras de Thomas Jefferson sobre la forma de interpretar de Marshall al que acusa de ir sistemáticamente más allá del caso para indicar cuál debería ser la ley<sup>1532</sup>, acusándole de hacer con la Constitución lo mismo que se hace con las leyes ordinarias (*ordinary laws*)<sup>1533</sup>

Thomas Jefferson entendió que el problema surgía cuando a través de la interpretación el Tribunal Supremo se convierte en creador de un tipo de Derecho hasta entonces desconocido, el Derecho Constitucional. La Constitución que expresa la determinación fundamental del pueblo queda en manos de la rama menos republicana del Gobierno y no solamente en el seno del Gobierno Federal, sino que también afecta a los estados.

Se ha expuesto el enfrentamiento de los parlamentos franceses con Luis XVI. En una primera instancia, como señalamos, Jefferson vio en ellos un límite legal al poder regio y además cierto interés reformador. Conforme todo se precipitó y los Estados Generales estaban cerca de reunirse, la gran reivindicación de los parlamentos, estos se unieron a las clases dominantes ya que los mismos eran parte de la aristocracia.

Ese mismo peligro lo observó Jefferson en los Estados Unidos. Le comentó a Thomas Seymour que en 1807:

Parecería imposible que un pueblo inteligente, con la facultad de leer y el derecho de pensar, continúe mucho más tiempo adormecido bajo el pupilaje de una aristocracia interesada de sacerdotes y abogados, persuadiéndoles de desconfiar de ellos mismos y de dejarles pensar por ellos.<sup>1534</sup>

<sup>1531</sup> Bernard Schwartz: *Op. Cit.* Págs. 41-42.

<sup>1532</sup> Carta al juez William Johnson, 12 de junio de 1823. Volumen XV. Pág. 447.

<sup>1533</sup> *Carta a Edward Livingston*, 25 de marzo de 1825. Volumen XV. Pág. 113.

<sup>1534</sup> *Carta a Thomas Seymour*, 11 de febrero de 1807. Volumen XI. Pág. 156. "It would seem impossible that an intelligent people, with the faculty of reading and right of thinking, should continue much longer to slumber under the pupilage of an interested aristocracy of priests and lawyers, persuading them to distrust themselves, and to let them think for them."



Trece años después le realiza al comerciante William Charles Jarvis, a propósito de dos consideraciones que se encuentra en su obra recién aparecida *The Republican* el siguiente comentario:

Usted parece, en las páginas 84 y 148, considerar a los jueces como los árbitros últimos de todas las cuestiones constitucionales<sup>1535</sup>; una doctrina muy peligrosa y que nos colocaría bajo el despotismo de una oligarquía. Nuestros jueces son tan honestos como otros hombres y no más. Tienen, como los demás hombres, las mismas pasiones por el partido, por el poder y el privilegio de cuerpo. Su máxima es *boni judicis est ampliare jurisdictionem* [es de buen juez ampliar la jurisdicción] y su poder es más peligroso ya que están en el cargo de por vida, y no son responsables, como los otros funcionarios, del control electivo. La Constitución no ha erigido ningún tribunal único de ese tipo, sabiendo que a quien sea que se le confíe, con las corrupciones del tiempo y del grupo, sus miembros se convertirían en déspotas. Más sabiamente ha hecho que todos los departamentos sean iguales y co-soberanos dentro de ellos mismos.<sup>1536</sup>

Los abogados reflejan una adhesión poco republicana, una adhesión monárquica e inglesa, en conjunción con comerciantes y sacerdotes de la antigua iglesia establecida (anglicana) porque ni los abogados, ni los comerciantes ni los sacerdotes tienen patria<sup>1537</sup>.

En este punto resulta enormemente esclarecedora la opinión de Alexis de Tocqueville<sup>1538</sup>, varias décadas después, quien al analizar los contrapesos existentes en los Estados Unidos a la regla de la mayoría considera que uno de los más importantes

<sup>1535</sup> El texto al que Jefferson hace referencia es el siguiente: William Charles Jarvis: *The Republican*. Phinebas Allen. Pittsfield. 1820. "In drawing this conclusion, we are naturally led to contemplate the importance of the Judicial authority, established by our constitutions, in its operation as a check upon any unconstitutional exercise of power, by any other branches of the government. Fundamental laws would be useless, and worse than useless, if they might be disregarded or neglected, in the administration of the government: it is therefore within the authority, delegated to our judicial tribunals, to refuse to give effect to any unconstitutional laws or ordinances. The judicial authority, thus constituted, operates continually, to keep the administration of government true to its fundamental laws, and original principles (pág. 84) Instances of this kind will necessarily occur, in every country, where the judges are dependent upon the sovereign, or people; and no guard can be interposed against their recurrence, so effectual, as the complete independence of judges during good behaviour (pág. 148)."

<sup>1536</sup> *Carta a William Charles Jarvis*, 20 de septiembre de 1820. Volumen XV. Pág. 277. "You seem, in pages 84 and 148, to consider the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions; a very dangerous doctrine indeed, and one which would place us under the despotism of an oligarchy. Our judges are as honest as other men, and not more so. They have, with others, the same passions for party, for power, and the privilege of their corps. Their maxim is "boni judicis est ampliare jurisdictionem" and their power the more dangerous as they are in office for life, and not responsible, as the other functionaries are, to the elective control. The Constitution has erected no such single tribunal, knowing that to whatever hands confided, with the corruptions of time and party, its members would become despots. It has more wisely made all the departments coequal and co-sovereign within themselves."

<sup>1537</sup> *Carta a Horacio G. Spafford*, 17 de marzo de 1814. Volumen XIV. Págs. 118-119.

<sup>1538</sup> La noticia de esta referencia proviene de Gordon S. Wood: "The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less" *Op. Cit.*, Pág. 809.

son los juristas. Para Tocqueville los juristas siempre han estado en la órbita de los gobernantes, sirviendo o sirviéndose, pero desempeñando un papel secundario. Es en los Estados Unidos, donde no hay nobleza y los ricos son vistos con sospecha, los juristas han ocupado las plazas políticas que en otros países les estaban vedadas.

Sostiene Tocqueville que los juristas son una clase cerrada y conservadora y lo es por la propia naturaleza del *Common Law*. Al fundarse el *Common Law* en el principio *stare decisis*, el conocimiento del pasado, en su forma de precedente judicial, es fundamental y es mucho más procelosa y reservada que el simple acceso a una norma por oscura que sea, de modo que los juristas son los guardianes de un elemento necesario para la vida social y que es inaccesible para el profano. La propia posibilidad de la *Judicial Review of Laws* coloca a los juristas sobre el pueblo al ser estos los que decidan en última instancia qué ley se aplica realmente<sup>1539</sup>, qué es la Constitución, representando consecuentemente los jueces la *parte superior* de la sociedad<sup>1540</sup>.

No en vano Thomas Jefferson luchó contra la creación de un *Federal Common Law*, ya que suponía entre otras cosas entregar a los tribunales buena parte de la creación del Derecho<sup>1541</sup>. A los tres años de dejar la Presidencia, pero sin dejar su enfrentamiento con Marshall, admitió la superioridad del sistema de *Droit Civil*, creado por el Código Civil francés de 1804, sobre el tradicional sistema de *Common Law*:

Sin embargo, admito la superioridad del código civil sobre el código de derecho común [Common Law], como un sistema de justicia perfecta, sin embargo, una unión de los dos sería como la imagen de Nabucodonosor de metales y arcilla, una cosa sin cohesión entre las partes. La única mejora natural del derecho común [Common Law], es a través de su aliado homogéneo, la Cancillería, en la cual los nuevos principios deben ser examinados, inventados y digeridos. Pero cuando, por repetidas decisiones y modificaciones, se vuelven puros y ciertos, deben ser transferidos por una ley escrita a los tribunales de derecho común, y puestos dentro del ámbito de los jurados.<sup>1542</sup>

No queda lugar a dudas de que Jefferson prefiere un sistema legal donde la creación del Derecho esté únicamente en manos del legislador elegido popularmente.

<sup>1539</sup> Alexis de Tocqueville: *Op. Cit.*, Págs. 267-273.

<sup>1540</sup> Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 215-252. Alfred S. Konefsky: "The Legal Profession" en Michael Grossberg y Christopher Tomlis (eds.): *The Cambridge History of Law in American*. Volumen II: *The Long Nineteenth Century (1789-1920)*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008. Págs. 72-75.

<sup>1541</sup> *Carta a Edmund Randolph*, 18 de agosto de 1799. Volumen X. Pág. 129.

<sup>1542</sup> *Carta al juez John Tyler*, 17 de junio de 1812. Volumen XIII. Pág. 166. "For however I admit the superiority of the civil over the common law code, as a system of perfect justice, yet an incorporation of the two would be like Nebuchadnezzar's image of metals and clay, a thing without cohesion of parts. The only natural improvement of the common law, is through its homogeneous ally, the chancery, in which new principles are to be examined, concocted and digested. But when, by repeated decisions and modifications, they are rendered pure and certain, they should be transferred by statute to the courts of common law, and placed within the pale of juries."

Evidentemente en cuanto al *Ordinary Law* era un mero deseo, ya que la abrogación del *Common Law* era inimaginable pero no su trasposición en ley escrita. Donde el proyecto de eliminar el Derecho judicial sí era plausible era en lo referente a la Constitución.

El papel de la *Fundamental Law* en el primer pensamiento constitucional estadounidense ha sido una cuestión candente<sup>1543</sup>. El *Fundamental Law*, concepción heredada de la tradición constitucional inglesa, sería el conjunto de normas de todo tipo (al modo de las *unwritten constitutions*) de las que la constitución escrita solamente constituiría un reflejo parcial. Así las cosas, la “jerarquía normativa” tendría al Derecho Natural en su cúspide, luego al *Fundamental Law*, seguido de la Constitución y finalmente el *Ordinary Law* (dividido en *Statutory Law* y *Common Law*).

La concepción jeffersoniana elimina todo atisbo de *Fundamental Law* de modo que no habría instancia intermedia entre la Constitución y el Derecho Natural, no habría costumbres, precedentes, interpretaciones o normas que fueran superiores a las decisiones de los representantes del pueblo sobre el contenido de las leyes y, llegados el caso y de acuerdo con el procedimiento adecuado, con el contenido de la Constitución. Nada, salvo el Derecho Natural, estaría sobre la Constitución, pues la constitución escrita es toda la Constitución<sup>1544</sup>. En definitiva, la Constitución es una norma jurídica plena, no un híbrido jurídico-político como el *Fundamental Law* que contendría principios y normas inmutables e inmemoriales de naturaleza consuetudinaria. Dado su convicción iusnaturalista no podemos decir que en Jefferson se dé un formalismo kelseniano, pero a pesar de ello se acerca.

Indicado lo anterior debería resultar paradójica la afirmación que hicimos, unas líneas más arriba, según la cual Jefferson se opuso a la reducción de la Constitución a una forma de *Ordinary Law* por medio de la aplicación de sus mismas técnicas interpretativas. Específicamente es contrario a que se apliquen las formas e interpretación que son la base de las modificaciones graduales del *Common Law* y que los abogados emplean para que los tribunales casen la novedad con los precedentes y sentencien algo que no estaba afirmando su coherencia y continuidad con los precedentes.

---

<sup>1543</sup> Por ejemplo Gordon S. Wood: “The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less” *Op. Cit.*, 794-795; Sylvia Snowiss: *Judicial Review and the Law of the Constitution. Op. Cit.*, Págs. 197-200; Larry D. Kramer: *Op. Cit.*, Págs. 21-41.

<sup>1544</sup> La Novena Enmienda puede ser vista como un reflejo de la concepción constitucional propia del *Fundamental Law* (derechos constitucionales no constitucionalizados) o bien pueden ser interpretados estos derechos como derechos naturales. Véase para la primera posibilidad Larry D. Kramer: *Op. Cit.*, Págs. 43-44. La primera opción no estaría dentro de la concepción jeffersoniana, mientras sí lo estaría la segunda.

Jefferson impone unas reglas muy estrictas para la interpretación constitucional (sentido de las palabras, intención de los *framers* y la intención en el tiempo con los dos criterios generales del federalismo y el republicanismo), unos criterios que de aplicarse dejarían anclada la interpretación constitucional en los años posteriores a su ratificación.

En el debate actual sobre la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos las escuelas se dividen entre las que de una forma u otra intentan mantener la Constitución en el sentido primigenio<sup>1545</sup>, o en el que entienden como primigenio, y los que consideran que la comprensión de la Constitución debe ser dinámica<sup>1546</sup>. Ambos grupos interpretativos parten de un presupuesto compartido e implícito: la rigidez de la Constitución<sup>1547</sup>. Una rigidez que con la admisión de nuevos estados, el sistema de partidos y las diferencias sociales y políticas de cada estado se agrava y produce que los acuerdos necesarios para reformar la Constitución sean sumamente difíciles de alcanzar.

Thomas Jefferson apostó por reglas muy estrictas de interpretación sin temor a que conviertan a la Constitución en un fósil, porque simultáneamente defendió que el proceso de reforma constitucional tenía que estar permanentemente abierto, de modo que fuera el pueblo a través del procedimiento establecido quien decidiera qué límites poner al Congreso o a los estados, qué derechos hayan de estar dentro de los enumerados o qué ajustes se debieran hacer en el funcionamiento de la República para que el sistema continuara siendo efectivo. La capacidad de que el pueblo decida los conflictos constitucionales haría de la *Judicial Review* únicamente un remedio urgente en el mejor de los casos frente a las violaciones más groseras de la Constitución<sup>1548</sup>.

---

<sup>1545</sup> Sobre el originalismo puede consultarse Johnathan O'Neill: *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*. The John Hopkins University Press. Baltimore y Londres, 2005 y específicamente Antonin Scalia: *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting Constitutional Laws*. Tanner Lectures on Human Values. Dictadas el 8 y 9 de marzo de 1995 en la Universidad de Princeton.

Disponible en: <https://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/s/scalia97.pdf>

<sup>1546</sup> Bruce Ackerman: "The Living Constitution" *Op. Cit.*, Págs. 1738-1812. Erwin Chemerinsky: *Interpreting the Constitution*. Praeger. Nueva York y otros, 1987. Págs. 45-74. H. Jefferson Powell: "The Original Understanding of Original Intent" en *Harvard Law Review*. Vol. 98. Núm. 5 (1985). Págs. 885-948.

<sup>1547</sup> Tomamos la clásica distinción entre constituciones flexibles y constituciones rígidas de acuerdo con su procedimiento de reforma. James Bryce: "Flexible and Rigid Constitutions" en James Bryce: *Studies in history and Jurisprudence*. Volumen II. Clarendon Press. Oxford, 1901. Págs. 145-154. Incluso en el Reino Unido, actualmente, se requiere de la reforma de una ley constitucional sea explícita y no implícita, desde el caso *Thoburn v Sunderland City Council* (2012). Véase también Farrah Ahmed y Adam Perry: "Constitutional Statutes" en *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 37. Núm. 2 (2017). Págs. 461-481.

<sup>1548</sup> Snowiss se mostró crítica con el poder de la *Judicial Review* frente a groseras violaciones de la Constitución que cuenta con el respaldo mayoritario como fue la discriminación de la población negra a pesar de la XIV Enmienda, situación en la que la *Judicial Review* fue cómplice. Sylvia Snowiss: "The cases of Marbury and McCulloch". *Op. Cit.*, Págs. 974-975.

Es por ello por lo que Thomas Jefferson se sublevó contra los intentos de inmutabilidad constitucional:

Además nuestros abogados y sacerdotes generalmente inculcan esta doctrina, y suponen que las generaciones precedentes tenían la tierra más libremente que nosotros; que tenía el derecho de imponernos leyes, inalterables por nuestra parte, y que nosotros, de la misma manera, podemos hacer leyes e imponer cargas a las generaciones futuras, que no tendrán derecho a modificar; en fin, que la tierra pertenece a los muertos y no a los vivos.<sup>1549</sup>

Si la base de un gobierno republicano es la voluntad popular, ésta no puede ser sustituida permanentemente por un tribunal, de hecho, más que una forma de resistencia institucionalizada podría convertirse en una forma de usurpación despótica. Es el pueblo el árbitro último de la constitucionalidad.

La interpretación, en el sentido más amplio, surge cuando el texto está cerrado, esto es, cuando se ha roto el vínculo entre el autor y el texto. En el momento del distanciamiento del texto respecto del autor, en palabras de Paul Ricoeur, los lectores quedan autorizados a interpretar el texto independientemente de la intención de quien lo creó, creando sus propios mundos textuales<sup>1550</sup>. Si el proceso constituyente siempre está abierto, no tiene sentido que haya interpretaciones ajenas a los autores, pues los autores nunca perderían su dominio sobre el texto ya que siempre sería obra inconclusa.

En vida de Jefferson la Constitución recibió doce enmiendas. Las diez correspondientes al *Bill of Rights*<sup>1551</sup>, la undécima relativa a las inmunidades soberanas de los estados y la duodécima que modificó el sistema de votación del Colegio Electoral en la elección del Presidente.

Estas enmiendas cumplían con el objetivo jeffersoniano. Las diez primeras ratificadas salvaban una laguna importante que tenía la Constitución tal y como salió de la Convención: la carencia de una declaración de derechos que limitase al Gobierno Federal.

---

<sup>1549</sup> *Carta al gobernador Plumer*, 21 de julio de 1816. Volumen XV. Págs. 46-47. "Yet our lawyers and priests generally inculcate this doctrine, and suppose that preceding generations held the earth more freely than we do; had a right to impose laws on us, unalterable by ourselves, and that we, in like manner, can make laws and impose burdens on future generations, which they will have no right to alter; in fine, that the earth belongs to the dead and not the living."

<sup>1550</sup> Paul Ricoeur: *Teoría de la interpretación*. Siglo XXI Editores. México. 2006. Págs. 42-43.

<sup>1551</sup> El Congreso adoptó doce enmiendas, de las que en el siglo XVIII entraron en vigor de la tercera a la duodécima de las enmiendas propuestas. En el siglo XX fue ratificada la segunda enmienda propuesta, quedando sin ratificar la primera.

La undécima, como acabamos de indicar, fue una rapidísima respuesta a la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Chisholm contra Georgia* que negaba la inmunidad soberana a los estados ante los tribunales federales en casos planteados por ciudadanos de otros estados o extranjeros. En un momento en los que las reclamaciones de las deudas estatales eran uno de los asuntos centrales, la detracción de la competencia de los tribunales estatales era vista como un peligro por los estados. Ese “defecto” apreciado en la Constitución fue rápidamente reparado.

La duodécima enmienda resolvía el pecado original del sistema de elección del Presidente y del Vicepresidente que le entregaba dos votos a cada elector sin precisar qué voto era para elegir Presidente y cuál para elegir Vicepresidente. La crisis de 1800 no volvería a repetirse.

El proceso de adaptación de las undécima y duodécima enmiendas reflejan a la perfección el pensamiento jeffersoniano: en vez de entregar la solución de dos problemas a los tribunales, el pueblo da la solución modificando la Constitución. En quince años había habido doce enmiendas constitucionales de calado. Jefferson se topó con la dificultad para enmendar la Constitución con ocasión de un suceso de tanta importancia como la Compra de Louisiana, así como en otras muchas propuestas de enmiendas que realizó durante su vida y a las que hemos hecho referencia en el epígrafe 4.3.3.4 del presente Capítulo.

Las enmiendas a la Constitución Federal se pararon bruscamente. Hasta después de la Guerra Civil, en 1865, no se incorporaría una nueva enmienda, la décimo tercera, para abolir la esclavitud. Y siguiendo a Ricoeur podemos decir que la Constitución de los Estados Unidos se distanció progresivamente de sus autores y tuvo que ser interpretada para seguir siendo útil, perdiéndose el ideal jeffersoniano de la apertura constitucional continuada.

Es cierto que si bien la Constitución de los Estados Unidos ha sido objeto de pocas reformas, en los estados la situación es bien diferente. Aunque haya estados que solamente han tenido una constitución, hay otros que han tenido varias y no solamente se han dotado de nuevos textos constitucionales, sino que también los han enmendado asiduamente. El *National Bureau of Economic Research* y la Universidad de Maryland calcularon que hasta la primera década del siglo XXI habían existido ciento cincuenta

constituciones<sup>1552</sup> y que éstas habían sido enmendadas aproximadamente unas doce mil veces<sup>1553</sup>.

Esta notable diferencia reside en que los estados tienen procesos más ágiles de reforma que el Artículo V de la Constitución Federal, especialmente porque la ratificación no depende de la voluntad de otros actores políticos, como sucede en el nivel federal, sino de los actores políticos estatales y del pueblo del estado<sup>1554</sup>. La principal consecuencia de este fenómeno es que las constituciones estatales suelen ser largas, prolijas, llenas de regulaciones muy concretas y hasta casuísticas y que requieren una continua reforma, siendo “constituciones a retales”<sup>1555</sup>.

No queremos decir que Jefferson plantease caer en los vicios que se pueden reconocer, ya que sus borradores para la Constitución de Virginia reflejan un texto sucinto, propio de la época. Tuvo muy clara la diferencia entre lo que es propio de una norma constitucional y lo que es propio de las leyes, diferencia que parece haber desaparecido en el constitucionalismo infrafederal estadounidense.

Como consecuencia de la concepción del *Fundamental Law*, como depósito de principio y normal inalterables, hay quienes mantienen que la asidua reforma constitucional afecta a la *auctoritas* de la norma suprema, aunque desde la perspectiva jeffersoniana la sacralización e inalterabilidad de los textos constitucionales no son más que una excusa para retirarle al pueblo la capacidad para decidir la Constitución y entregársela a los jueces. Entendiendo siempre al pueblo como pueblo representado.

---

<sup>1552</sup> Los estados de Georgia y Louisiana han tenido nueve constituciones; los estados de Virginia, Carolina del Sur, Florida, Rhode Island y Alabama han tenido seis; los estados de Pennsylvania y Arkansas han tenido cinco.

<sup>1553</sup> John Joseph Wallis (dir.): “NBER/University of Maryland State Constitution Project”. Disponible en: [www.stateconstitutions.umd.edu](http://www.stateconstitutions.umd.edu)

En cuanto a las enmiendas a las constituciones estatales actualmente vigentes, sobresalen las novecientas veintiocho enmiendas a la Constitución de Alabama (1901), las quinientas once a la Constitución de California (1879) o las cuatrocientas noventa y ocho a la Constitución de Texas (1896). En: [https://ballotpedia.org/Number\\_of\\_state\\_constitutional\\_amendments\\_in\\_each\\_state](https://ballotpedia.org/Number_of_state_constitutional_amendments_in_each_state)

<sup>1554</sup> El Senado de los Estados Unidos calculo que desde 1789 al 3 de enero de 2017 se han presentado aproximadamente 11699 propuestas de enmienda a la Constitución Federal y solamente ha sido aprobadas 27 enmiendas. Esta desproporción pone de manifiesto dos aspectos importantes: el Artículo V es muy restrictivo y propio de una constitución rígida y que el impulso “enmendador” que podemos ver en los estados, se encuentra también en el Gobierno Federal. Disponible en: [https://www.senate.gov/pagelayout/reference/three\\_column\\_table/measures\\_proposed\\_to\\_amend\\_constitution.htm](https://www.senate.gov/pagelayout/reference/three_column_table/measures_proposed_to_amend_constitution.htm)

<sup>1555</sup> Joseph R. Grodin, Calvin R. Massey y Richard B. Cunningham: *California State Constitution*. Oxford y Nueva York. 2011. Pág. 29. Christopher W. Hammons: “Was James Madison Wrong? Rethinking the American Preference for Short, Framework-Oriented Constitutions” en *American Political Science Review*. Vol. 93. Núm. 4 (1999). Págs. 837-849.

Si en vez de llamar al pueblo, por medio de las cuatro formas de realizar una enmienda<sup>1556</sup>, los conflictos constitucionales, las nuevas situaciones o las deficiencias encontradas son resueltas por una instancia que está sobre las demás, el Tribunal Supremo y éste se convertiría en absoluto incluso sobre el mismo pueblo que no puede someterlo a ninguna forma de control. Sobre esto le indicó al juez Spencer Roane;

La Constitución, en esta hipótesis, es una mera cosa de cera en manos de la judicatura, que pueden torcer y dar forma a cualquier forma que quieran. Debe recordarse, como un axioma de la verdad eterna en la política, que cualquier poder en un gobierno sea independiente, es también absoluto; al principio y solamente en la teoría es independiente mientras el espíritu del pueblo es alto, pero en la práctica se hace absoluto tan pronto como el espíritu se relaja.<sup>1557</sup>

La Revolución Americana había luchado contra la soberanía parlamentaria para sustituirla por la soberanía popular, pero el diseño institucional y sobre todo el devenir político parecían destinados a sustituir la luchada soberanía popular por una soberanía judicial donde la Constitución es determinada en último y definitivo lugar por los tribunales federales, la institución menos republicana de todo el edificio constitucional de la naciente República.

Coincide Jefferson con Hamilton en colocar la fuente de la Constitución en el pueblo<sup>1558</sup>, aunque Alexander Bickel objeta que es un pueblo abstracto, ajeno a la representatividad<sup>1559</sup>. Esta objeción, desde luego, no obedece al pensamiento hamiltoniano ni al jeffersoniano donde pueblo y representación, desde luego a nivel federal, siempre van unidos. Jefferson diferencia, y lo hace explícitamente en el caso de la Constitución de Virginia, entre los delegados elegidos para hacer una Constitución y los elegidos para aprobar legislación ordinaria, porque aunque ambos tienen a los mismos electores tienen mandatos diferentes y además han recaído en su elección consideraciones de distinta naturaleza, de forma que el pueblo representado en el

---

<sup>1556</sup> Proposición de la enmienda por el Congreso y ratificación de tres cuartas partes de las legislaturas estatales, proposición de la enmienda por el Congreso y ratificación de tres cuartas partes de las convenciones constitucionales de los estados elegidas "ad hoc", proposición por una Convención Constitucional Federal convocada por solicitud de dos tercios de las legislaturas de los estados y ratificación de tres cuartas partes de las legislaturas estatales y finalmente proposición de una Convención Constitucional Federal a propuesta de dos tercios de las legislaturas de los estados y ratificación de tres cuartas partes de las convenciones constitucionales de los estados elegidas "ad hoc".

<sup>1557</sup> *Carta al juez Spencer Roane*, 6 de septiembre de 1819. Volumen XIV. Págs. 212-213. "The Constitution, on this hypothesis, is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist and shape into any form they please. It should be remembered, as an axiom of eternal truth in politics, that whatever power in any government is independent, is absolute also; in theory only, at first, while the spirit of the people is up, but in practice, as fast as that relaxes."

<sup>1558</sup> Alexander Hamilton: "The Federalist 78" en *The Federalist Papers*. Pág. 382.

<sup>1559</sup> Alexander M. Bickel: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of the Politics*. Yale University Press. New Haven y Londres. 1986. Pág. 16.



legislativo no es el mismo pueblo ni está al mismo nivel de cuando el pueblo es representado en una convención constitucional.

Thomas Jefferson no rechaza ni la primacía de la Constitución, ni niega la posibilidad de que haya leyes inconstitucionales que sean inválidas y por tanto no puedan producir efectos jurídicos, ni deja de reconocer la obligación de los tribunales de no aplicar leyes inconstitucionales en caso que estén conociendo. En definitiva, el Jefferson posterior a 1801 admite una *Judicial Review of Laws* pero no considera que los tribunales tengan la última palabra por dos motivos, el primero porque violaría la separación de poderes independientes y coordinados, tal y como él entiende la Constitución, y otorgaría al poder judicial preeminencia sobre los otros poderes; el segundo porque no solamente el poder judicial sería preeminente sino que además, a través de su labor interpretativa, sería un poder constituyente permanente.

Es conocido por todos que Alexander Hamilton calificó al poder judicial como la rama menos peligrosa del gobierno (*the least dangerous*) ya que no tiene los recursos coercitivos y económicos de los otros dos poderes<sup>1560</sup>. ¿Cómo se puede hablar de preeminencia de un poder que hasta 1934 no tuvo siquiera un edificio propio en Washington? La aceptación por los actores políticos del Tribunal Supremo y de los otros tribunales como intérpretes definitivos del Derecho posibilita que las decisiones judiciales sean efectivas como han sido los casos sobre los poderes del Congreso o hasta el propio caso *Marbury contra Madison* cuya efectividad radicaba en no hacer nada.

Hay circunstancias en las que las decisiones son realmente contramayoritarias<sup>1561</sup> (al menos en una parte del país) y es una perspectiva que el análisis actual olvida frecuentemente. Hoy se piensa, desde el periodo de Earl Warren al frente del Tribunal Supremo, que esta institución y la *Judicial Review of Laws* son vanguardias jurídicas, cuando buena parte de la historia jurídica estadounidense han representado el elemento más conservador de la sociedad<sup>1562</sup>, como Jefferson supo ver y Tocqueville confirmó.

---

<sup>1560</sup> Alexander Hamilton: "The Federalist 78" en *The Federalist Papers*. Pág. 380.

<sup>1561</sup> El primer capítulo de la obra de Alexander M. Bickel describe a la *Judicial Review* como un procedimiento contramayoritario. Bickel no se plantea la posibilidad de que el Tribunal Supremo examine leyes que en el momento de llegar a su consideración no cuenta con el respaldo que tuvieron al ser aprobadas (o que nunca tuvieron), ya que las mayorías son cambiantes a lo largo del tiempo. Y si en vez de referirse a la mayoría social nos referimos a la mayoría en el Congreso lo cambiante del criterio merece la puesta en cuestión o al menos su reducción a un caso entre otros posibles.

<sup>1562</sup> Edouard Lambert: *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation sociale aux États-Unis. L'Expérience Américaine du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois*. Giard. París. 1932. Págs. 220-236.

La efectividad de estas resoluciones judiciales se funda en el compromiso de la sociedad y de los otros poderes, singularmente el ejecutivo, para que la sentencia no reduzca sus efectos a los que pudiera producir el papel donde consta. Recordamos que en los casos decisivos referentes a la segregación racial en el sistema escolar el Presidente Eisenhower ordenó a los agentes federales escoltar a los alumnos de color a los centros asignados, centros hasta entonces sólo para blancos, acciones que los Presidentes Kennedy y Johnson repitieron, dada la decisión de los estados *segregadores* de no colaborar en la ejecución de la sentencia. Se comprueba la necesidad que tienen los tribunales de un medio favorable para conseguir el cumplimiento de sus decisiones<sup>1563</sup>. Si el fallo en *Marbury contra Madison* hubiera sido otro, la entrega de la *comission* es posible que tampoco se hubiera realizado.

La Justicia se encuentra en numerosas ocasiones con su precariedad cuando los otros poderes, y especialmente el ejecutivo, no colaboran con ella. Reduciéndonos únicamente a casos constitucionales podemos mencionar el conflicto entre Abraham Lincoln y los tribunales por la suspensión mediante proclamación presidencial del *habeas corpus* y no por ley del Congreso, que no llegaría hasta 1863, suspensión que fue considerada inconstitucional pero que no conllevó la entrega por parte de las autoridades militares, de los detenidos a los tribunales civiles que era su lógica consecuencia<sup>1564</sup>.

Podemos citar la disputa entre el Tribunal Supremo y Franklin D. Roosevelt acerca de la reiterada declaración de inconstitucionalidad de las leyes del *New Deal* que llevó al Presidente a comentar la posibilidad de nombrar, mediante modificación legal previa, un juez de apoyo por cada juez de más de setenta años en el Supremo, con lo que casi hubiera doblado el número de jueces del Tribunal, cambiando su tendencia conservadora<sup>1565</sup>.

Desde la extensión internacional de los controles judiciales de constitucionalidad ha habido casos relevantes de intervención del ejecutivo y del legislativo en el poder revisor como sucedió en el Perú de Fujimori<sup>1566</sup>, en la actualidad sucede en la Polonia

---

<sup>1563</sup> Sylvia Snowiss: *Judicial Review and the Law of the Constitution*. Op. Cit., Págs. 102-103.

<sup>1564</sup> *Ex parte Merryman* fue un caso visto en el Tribunal de Circuito para el distrito de Maryland y cuyo ponente fue el Presidente del Tribunal Supremo, Roger B. Taney, que formaba ese tribunal junto al juez de distrito. Cf. *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144.

<sup>1565</sup> William Edward Leuchtenburg: *The Supreme Court Reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*. Oxford University Press. Nueva York. 1995. Págs. 132-162.

<sup>1566</sup> Ana Salado Osuna: *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Normas Legales. Lima, 2004. Págs. 94-96.

de Jarosław Kaczyński<sup>1567</sup> o el conflicto de Putin con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1568</sup>.

Tiene razón Sylvia Snowiss cuando sostiene que el éxito de la *Judicial Review* depende de un clima favorable<sup>1569</sup>. La gran habilidad de John Marshall fue la creación de una jurisprudencia basada en la *Judicial Review* sin la necesidad de enfrentarse directamente al poder ejecutivo imponiéndole una acción<sup>1570</sup>. Solamente es posible que los tribunales ejerzan una cierta preeminencia si el conjunto de la sociedad así lo consiente y no reforma la Constitución para impedirselo<sup>1571</sup>.

---

<sup>1567</sup> A partir de un conflicto en torno a la constitucionalidad de una ley de 2015 que posibilitaba el nombramiento de los jueces del Tribunal Constitucional al Legislativo saliente (y que era casi seguro que iba a tener otra mayoría política) comienza un conflicto constitucional entre el gobierno y el legislativo polaco con el Tribunal Constitucional, y otros tribunales, a través de reformas de la ley reguladora del Tribunal Constitucional y reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad, así como nombramiento y juramentos en mitad de la noche. Progresivamente la tensión se desplazó a los tribunales del Poder Judicial y nuevas leyes coartaron la independencia judicial. El hecho de que la fuerza política gobernante tuviera la mayoría absoluta con solamente el 35% de los votos, hizo que las reformas fueran impopulares y se produjeran manifestaciones masivas. El Presidente de la República vetó varias de estas leyes, de su propio partido, en un intento de apaciguamiento.

Sobre la primera parte de la crisis, la estrictamente referida al Tribunal Constitucional puede consultarse el siguiente informe de la Fundación Helsinki para los Derechos Humanos, disponible en: [http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/09/HFHR\\_The-constitutional-crisis-in-Poland-2015-2016.pdf](http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/09/HFHR_The-constitutional-crisis-in-Poland-2015-2016.pdf)

Sobre el conjunto de la crisis es interesante la información contenida en las opiniones de la *Venice Commission* del Consejo de Europa:

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=23&year=all>

<sup>1568</sup> En mayo de 2018 se aprobó una ley en la Federación Rusa que modificaba la jerarquía normativa a la hora de ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos prohibiendo al Tribunal Constitucional ejecutar mandamientos o sentencias que pudieran estar en contradicción con la Constitución. Disponible en: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/russian-federation-constitutional-court-allows-country-to-ignore-echr-rulings/>

<sup>1569</sup> Hay un sector de opinión que ataca la *Judicial Review of Laws* diciendo que ni es antimayoritaria, ya que normalmente sigue los signos de los tiempos presidenciales y que, además, no es eficaz, porque no ofrece un contrapoder efectivo. Jeremy Waldron: "The Core Case Against Judicial Review" en *The Yale Law Journal*. Vol. 150 (2006). Págs. 1346-1406.

<sup>1570</sup> Dean Alfange: "Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom" en *The Supreme Court Review*. Vol. 1993 (1993). Págs. 374-388.

<sup>1571</sup> Alexander Bickel: *Op. Cit.*, Pág. 20. Nota 17.

## CAPÍTULO VII: LA SEPARACIÓN VERTICAL DE PODERES

### 1. Una República y una Federación

*E pluribus unum* (“uno a partir de muchos”) es el lema del gran sello de los Estados Unidos de América. Las trece colonias no tenían vínculo jurídico en común y cada una de ellas tenía sus propias instituciones, costumbres y leyes. El hecho de estar todas sometidas a la soberanía británica era un nexo político, que no fue materializado jurídicamente en instituciones que abarcasen las trece colonias que se rebelaron.

La existencia de las colonias es anterior a la existencia de los Estados Unidos y la población tiene una arraigada identificación respecto de su colonia<sup>1572</sup>; el propio Jefferson se refiere a Virginia como *Nation*<sup>1573</sup>. Las colonias comienzan a redactar sus constituciones y se convirtieron en estados. Los Estados Unidos nacen en el mismo lapso temporal y en un proceso lleno de coimplicaciones. La cuestión sobre precedencia entre los estados y los Estados Unidos es una cuestión disputada<sup>1574</sup> como indisputado es el hecho de que introdujeran la noción de soberanía dividida rompiendo con la prohibición del *imperium in imperio*<sup>1575</sup>.

El Congreso Continental fue un órgano extraordinario que fue autorregulándose a lo largo de su existencia y que, careciendo de una base constitucional clara, llegó a organizar un ejército que venció al británico. Si bien desde 1777 los Artículos de la Confederación estaban sometidos a la ratificación de los estados, no fue hasta 1781 cuando al ratificarlos el último estado, Maryland, entraron en vigor y los “trece estados Unidos de América” [sic] pasaron a ser los Estados Unidos de América.

Los Artículos de la Confederación declararon la perpetuidad de la Unión, aunque ello no quería decir que la Confederación adquiriera un papel predominante en la política estadounidense, pues la vida política realmente importante seguía siendo la del estado. El único órgano de gobierno de la Confederación, el Congreso, mantenía el modelo de los Congresos Continentales con algunas diferencias: la adopción de algunas decisiones por mayoría y no por unanimidad, la no necesidad de ratificación por los estados de las decisiones tomadas dentro de sus poderes, la administración de los territorios de los Estados Unidos que no forman parte de ningún estado o la competencia exclusiva en las relaciones internacionales. No tenía poder ejecutivo,

<sup>1572</sup> Gordon S. Wood: *The American Revolution. Op. Cit.*, 62.

<sup>1573</sup> *Carta a John Hambden Pleasants*, 19 de abril de 1824. Volumen XVI. Pág. 26.

<sup>1574</sup> Jack N. Rakove: *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. Vintage Books. Nueva York, 1996. Pág. 163.

<sup>1575</sup> Forrest McDonald: *States' Rights and the Union. Imperium in imperio, 1776-1876*. University Press of Kansas. Kansas City, 2000. Págs. 1-5. Sobre la tensión entre identidad y diferencia en los Estados complejos, Manuel Calleja Salado:

aunque con el tiempo se crearon órganos con funciones cuasi-ejecutivas, ni poder judicial, aunque existía un tribunal que ejercía algunos aspectos de la jurisdicción del Almirantazgo y otro para el Territorio del Noroeste.

La Confederación había supuesto un incuestionable avance en la creación de los Estados Unidos y en el surgimiento de un gobierno distinto al de los estados, pero estos seguían conservando un gran poder y la Confederación no tenía medios para que cumplieran las decisiones del Congreso. En 1787 Jefferson cuestiona la visión que John Adams da del Congreso como conferencia diplomática en su *Defence of the Constitution of the United States of America* cuando mantiene que el Congreso no es más que una conferencia diplomática y que los diputados ocupaban el lugar de los representantes, sometidos al control de los estados a los que representan<sup>1576</sup>, comparando a los Estados Unidos con las Provincias Unidas o la Confederación Helvética, e incluso con las ligas griegas. Jefferson no está enteramente de acuerdo con la comparación del Congreso [de la Confederación] con una conferencia diplomática y le comenta a Adams:

Separando en parte la soberanía completa de nuestros estados, algunas de estas partes son entregadas al Congreso [...] En consecuencia ha sido decisión de nuestros tribunales que la Confederación es parte del Derecho del estado y superior en autoridad a las leyes ordinarias, porque no puede ser alterado por la legislatura de cualquier estado. Dudo si son en absoluto una conferencia diplomática en todos los aspectos.<sup>1577</sup>

## 2. Comercio exterior y los tratados en una República Federal

El comercio de los excedentes agrarios era fundamental para Thomas Jefferson en los primeros años desde la Independencia. Fue enviado a Europa a suscribir tratados comerciales con tantas potencias como fuera posible, tanto por la propia materia como por el reconocimiento internacional que esos tratados implicaban.

Nuestro autor no fue precisamente uno de los Fundadores más proclives al acrecentamiento del Gobierno Federal, antes bien lo contrario, por más que la mayor parte de su ejercicio político fuera precisamente en la política federal. Admitiendo y defendiendo el poder del Congreso para regular el comercio propone paralelamente que los ingresos sigan siendo estatales, sin que el Gobierno Federal pueda financiarse con los impuestos comerciales. En toda su vida política solamente en dos ocasiones más

<sup>1576</sup> John Adams: *Op. Cit.*, Págs. 362-363.

<sup>1577</sup> *Carta a John Adams*. 23 de febrero de 1787. Volumen VI. Pág. 98. "Separating into parts the whole sovereignty of our States, some of these parts are yielded to Congress. [...] It has accordingly been the decision of our courts that the confederation is a part of the law of the land, and superior in authority to the ordinary laws, because it cannot be altered by the legislature of any one State. I doubt whether they are at all a diplomatic assembly."

apoyará un incremento del poder federal, una vez para proponer un establecimiento nacional de educación<sup>1578</sup> y otra para permitir al Gobierno Federal invertir en infraestructuras, pero gastando en cada estado únicamente lo recaudado en él<sup>1579</sup>.

Los Artículos de la Confederación habían dejado en mano de los estados la regulación del comercio y se planteaban serios problemas de adecuación de las normas entre los estados y, especialmente, cuando las normas habían de ser de aplicación a sujetos extranjeros.

Los estados habían renunciado al *ius tractandi* a favor de la Confederación, de modo que los tratados comerciales fueron empleados como forma de sortear las competencias estatales en el comercio a través de un instrumento jurídico que no pudieran modificar<sup>1580</sup>, lo cual era una ventaja en términos de seguridad jurídica para los comerciantes extranjeros, ya que no se verán expuestos a los arbitrios de los intereses locales:

Además de las ventajas expresamente dadas por ellos, resulta otra, de gran valor. El comercio de esas naciones con los Estados Unidos está bajo la protección del Congreso, y ningún Estado en particular, actuando por entuertos, puede acosar el comercio de Francia, Holanda, etc., por las medidas que varios de ellos han practicado contra Inglaterra, al cargar su mercancía con impuesto parcial; negándose a admitirlo en su totalidad, excluyendo a sus comerciantes, etc, etc. Observarán que, aunque por la segunda reserva antes mencionada, pueden prohibir la importación de cualquier especie de mercancía, como por ejemplo, pueden prohibir la importación de vinos en general, pero no pueden prohibir la de los vinos franceses en particular.<sup>1581</sup>

La solución de regular el comercio por medio de los tratados no dejaba el problema solucionado, sino que lo desplazaba. Los estados podían promulgar normativa en el límite del tratado o directamente contra él, ya que no había autoridad que se lo impidiese y si esto no era suficiente, los tribunales estatales estaban eran más proclives a los ciudadanos de su estado que a ciudadanos de otros estados o a extranjeros.

---

<sup>1578</sup> *Sixth Annual Message*, Diciembre de 1806. Volumen III. Págs. 423-424.

<sup>1579</sup> *Carta al congresista Robert J. Garnett*, 14 de febrero de 1824. Volumen XVI. Pág. 14.

<sup>1580</sup> *Carta a David Hartley*. 5 de septiembre de 1785. Volumen V. Págs. 125-126.

<sup>1581</sup> *Ibidem*. Pág. 126. "Besides the advantages expressly given by them, there results another, of great value. The commerce of those nations with the United States, is thereby under the protection of Congress, and no particular State, acting by fits and starts, can harass the trade of France, Holland, &c, by such measures as several of them have practiced against England, by loading her merchandise with partial impost; refusing admittance to it altogether, excluding her merchants, &c, &c. For you will observe, that though by the second reservation before mentioned, they can prohibit the importation of any species of merchandise, as for instance, though they may prohibit the importation of wines in general, yet they cannot prohibit that of French wines in particular."

La solución de los tratados no dejaba de ser un atajo que, aunque de conformidad con los Artículos de la Confederación, dejaba sin resolver el problema. Surge la clara convicción de que el comercio, salvo el estrictamente local, tiene que ser competencia del Congreso, cediendo la soberanía de los estados<sup>1582</sup>. Así se lo expresa Jefferson a quien habría de ser el quinto Presidente, James Monroe:

A pesar de que ellos pueden ejercer sus poderes por medio de resoluciones y ordenanzas, estos poderes sobre el comercio solamente pueden ser ejercidos por medio de la elaboración de un tratado, y esto probablemente gracia a una formulación accidental de nuestra Confederación. Si, por lo tanto, sería mejor para los estados que el Congreso regulara su comercio, lo apropiado es que se elaborasen tratados con todas las naciones con las que fuera posible comerciar. Puede ver que el objeto primario de los tratados es mantener el comercio de los estados fuera de las manos de los estados, y colocarlo bajo la supervisión del Congreso, tanto como las imperfectas normas de nuestras constituciones puedan admitir hasta que los estados, por un nuevo pacto las hagan más perfectas.<sup>1583</sup>

Siendo Presidente Thomas Jefferson, le escribió a Wilson C. Nicholas, senador por Virginia, para detener el uso de los tratados para desvirtuar los poderes enumerados:

Nuestra peculiar seguridad reside en la posesión de una Constitución escrita. No la convirtamos en un papel en blanco por medio de la interpretación. Opino lo mismo que aquellos que consideran que la concesión del poder de celebrar tratados no tiene límites. Si es así, entonces no tenemos Constitución. Si tiene límites, estos no pueden ser otros que las definiciones de los poderes que ésta da. La Constitución especifica y delinea las acciones permitidas al Gobierno Federal y da todos los poderes necesarios para ejecutarlos. Si uno de estos objetos enumerados es apropiado para una ley, el Congreso puede hacer una ley; si es apropiado que sea ejecutado por la vía de un tratado, el Presidente y el Senado pueden adentrarse en el tratado; si tiene que ser hecho por una sentencia judicial, los jueces tienen que dictar la sentencia.<sup>1584</sup>

---

<sup>1582</sup> Elbert M. Byrd: *Treaties and Executive Agreements in the United States. Their separate roles and limitations*. Martinus Nijhoff. La Haya, 1960. Pág. 75.

<sup>1583</sup> *Carta al Coronel (James) Monroe*. 17 de junio de 1785. Volumen V. Pág. 17. "Though they may exercise their other powers by resolution or ordinance, those over commerce can only be exercised by forming a treaty, and this probably by an accidental wording of our Confederation. If, therefore, it is better for the States that Congress should regulate their commerce, it is proper that they should form treaties with all nations with whom they may possibly trade. You see that my primary object in the formation of treaties is to take the commerce of the States out of the hands of the States, and to place it under the superintendence of Congress, so far as the imperfect provisions of our constitutions will admit, and until the States shall, by new compact, make them more perfect."

<sup>1584</sup> *Carta al senador Nicholas C. Wilson*. 7 de septiembre de 1803. Volumen X. Pág. 419. "Our peculiar security is in the possession of a written Constitution. Let us not make it a blank paper by construction. I say the same as to the opinion of those who consider the grant of the treaty making power as boundless. If it is, then we have no Constitution. If it has bounds, they can be no others than the definitions of the powers which that instrument gives. It specifies and delineates the operations permitted to the federal government, and gives all the powers necessary to carry these into execution. Whatever of these enumerated objects is proper for a law, Congress may make the law; whatever is

La cuestión del comercio fue uno de los problemas que llevaron a la reunión de la Convención para reformar los Artículos de la Confederación, de la cual saldría la Constitución de 1787. En la correspondencia a propósito de la necesidad de reforma de los Artículos de la Confederación, Thomas Jefferson destacará en primer término que era preciso el Congreso tuviera el poder constitucional para regular el comercio, sin verse en la tesitura de recurrir a subterfugios.

Los estados, sin embargo, ven que sus constituciones no les proveen de medios para contrarrestar esto [problemas del comercio internacional]. En consecuencia, están comenzando a investir al Congreso con el poder absoluto para regular su comercio, reservándose solamente para el estado los ingresos que se recaude los ingresos. Esto consolidará nuestra construcción federal.<sup>1585</sup>

Cuando ejerció la Vicepresidencia de los Estados Unidos (1797-1801) y consecuentemente la Presidencia del Senado, según disposición constitucional, redactó *A Manual of Parliamentary Practice*. Al tratar la tramitación de los tratados internacionales en el Senado estableció un límite material positivo, un límite material negativo y plantea una duda respecto del contenido de los tratados, como ya hemos señalado:

2. Dentro del poder para celebrar tratados, la Constitución tiene la intención de comprender solamente aquellos objetos que usualmente son regulados por tratado y no se puede regular de otro modo. 3. Esto significa exceptuar de aquellos objetos los derechos reservados a los estados, porque con seguridad el Presidente y el Senado no pueden hacer por tratado lo que todo el gobierno tiene prohibido hacer de ninguna manera. 4. Y también habrá de exceptuarse aquellas materias de legislación en las que tiene participación la Cámara de Representantes. Esta última excepción es negada por algunos, sobre la base de que dejaría muy poca materia para que el poder de celebrar tratados fuera efectivo. Lo menos es mejor, dicen otros.<sup>1586</sup>

---

proper to be executed by way of a treaty, the President and Senate may enter into the treaty; whatever is to be done by a judicial sentence, the judges may pass the sentence."

<sup>1585</sup> *Carta a van Hogendorp*. 13 de octubre de 1785. Volumen V. Pág. 184. "The States see, however, that their constitutions have provided no means of counteracting it. They are, therefore, beginning to invest Congress with the absolute power of regulating their commerce, only reserving all revenue arising from it to the State in which it is levied. This will consolidate our federal building very much."

*Carta al conde de Vergennes*. 14 de noviembre de 1785. Volumen V. Pág. 214. "I hope our Assemblies will wait no longer, but transfer such a power to Congress, at the sessions of this fall". *Carta a Mr. Dumas*. 14 de junio de 1787. Volumen VI. Pág. 128. "We promise ourselves good from the Convention holding at Philadelphia. It consists of the ablest men in America. It will surely be the instrument of referring to Congress the regulation of our trade".

<sup>1586</sup> *A Manual of Parliamentary Practice*, Volumen II. Pág. 442. 2. "By the general power to make treaties, the Constitution must have intended to comprehend only those objects which are usually regulated by treaty, and cannot be otherwise regulated. 3. It must have meant to except out of these the rights reserved to the States; for surely the President and Senate cannot do by treaty what the



### 3. Los poderes del Gobierno Federal

#### 3.1. Poderes enumerados y poderes implícitos. Sobre la necesidad y el bienestar

Como hemos indicado hasta este momento, la posición de Thomas Jefferson es muy clara: el Gobierno Federal solamente tiene los poderes expresamente enumerados en la Constitución. Desde la ratificación y entrada en vigor de la Constitución, que es un texto con una relación realmente breve de poderes, estos se fueron ampliando tanto por la práctica del Gobierno Federal, por la propia realidad política y el sustento jurídico del Tribunal Supremo.

¿Cómo se produjo esta ampliación? Jefferson mantendrá siempre que este proceso es fraudulento para con el texto de la Constitución y acusará a los federalistas y especialmente a los jueces federalistas, singularmente al juez Marshall, de haber alterado la Constitución por medio de interpretaciones que lo que realmente hacen es modificar las disposiciones constitucionales.

Los “poderes enumerados” de la sección VIII del Artículo 1 de la Constitución reflejaban esta posición, y nadie, ni siquiera Jefferson, podía objetar nada a la última cláusula de esta sección que establece:

Para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios.<sup>1587</sup>

Y no lo haría nuestro autor porque entiende que quien tiene el poder de hacer algo, tiene que tener los poderes que hagan posible el poder conferido, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho interno: “Es un máxima de nuestro Derecho Interno, y creo que del Derecho universal, que si permite a alguien un fin, quien le permite el fin por supuesto le permite también los medios sin los que ese fin no puede ser llevado a cabo.”<sup>1588</sup>

---

whole government is interdicted from doing in any way. 4. And also to except those subjects of legislation in which it gave a participation to the House of Representatives. This last exception is denied by some, on the ground that it would leave very little matter for the treaty power to work on. The less the better, say others.”

<sup>1587</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 8: “To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.”

<sup>1588</sup> *Carta a Albert Gallatin, secretario del Tesoro*. 23 de marzo de 1808. Volumen XII. Pág. 18. “It is a maxim of our municipal law, and, I believe, of universal law, that he who permits the end, permits of course the means, without which the end cannot be effected.”

Y desde luego era más que una creencia de la prevalencia universal del principio, dado que como secretario de Estado afirma en diciembre de 1797 que:

Es un principio que el derecho a una cosa da un derecho a los medios sin los que la cosa no podría ser usada, es decir, que los medios siguen a su fin. Así un derecho a navegar un río, conlleva un derecho a amarrar los buques a las orillas, a tomar tierra en caso de peligro o para otros propósitos necesarios, etc. Este principio se funda en la razón natural y es probada por el sentido común de la Humanidad y declarada por los escritores antes citados. Véase Grocio 1. 2. c. 2. § 15. Puffendorf 1. 3. c. 3. § 8. Vattel, 1. 2. § 129.<sup>1589</sup>

La cuestión de los poderes necesarios para ejercer efectivamente un poder, que se denominarán “poderes implícitos” en la feliz expresión salida de la mano de Alexander Hamilton, es la clave sobre la que reposan dos cuestiones constitucionales muy importantes para Thomas Jefferson: la interpretación constitucional y la naturaleza del Federalismo.

Como hemos señalado en el Capítulo VI Jefferson defendió una interpretación de las normas constitucionales en el sentido estricto de las palabras (*strict construction*)<sup>1590</sup>, atendiendo al sentido normal de las palabras que contienen las normas y en caso de laguna, oscuridad, obsolescencia o inviabilidad se habría de proceder a enmendar la Constitución.

En el caso de los poderes conferidos al Congreso su interpretación se asienta en la Décima Enmienda que establece que “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, queda reservados a los estados respectivamente o al pueblo”<sup>1591</sup>. Si cualquier interpretación sobre los poderes del Congreso y de los estados se sustenta en la X Enmienda, habrá de ser forzosamente restrictiva. Pero no es la única posibilidad hermenéutica. La cláusula *necessary and*

---

<sup>1589</sup> *Report relative to negotiations with Spain to secure the free navigation of the Mississippi, and a port on the same*, Diciembre de 1791. Volumen III. Pág. 180. “It is a principle that the right to a thing gives a right to the means, without which it could not be used, that is to say, that the means follow their end. Thus, a right to navigate a river, draws to it a right to moor vessels to its shores, to land on them in cases of distress, or for other necessary purposes, &c. This principle is founded in natural reason, is evidenced by the common sense of mankind, and declared by the writers before quoted. See Grot. 1. 2. c. 2. § 15. Puffend. 1. 3. c. 3. § 8. Vattel, 1. 2. § 129.”

<sup>1590</sup> Para Jefferson la interpretación varía de acuerdo con el tipo de las normas y aunque siempre menciona la intención de los que la hicieron, para determinadas normas, como las leyes de apropiación, defiende una interpretación teleológica. En el caso de una ley de apropiación para unas calles y caminos en el Distrito de Columbia sostiene ante el secretario del Tesoro que las leyes que no afectan a los derechos de los ciudadanos deben ser interpretadas de acuerdo con el fin que persiguen y que los medios que constan en la ley no deben impedir la consecución de su fin.

<sup>1591</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Décima Enmienda: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

*proper* del Artículo I, sección 8 *in fine*, tras enumerar los poderes confiere los poderes necesarios para llevar a cabo los primeros. Es un asunto sin discusión por Jefferson.

Toda la cuestión se centra en la dilucidación de qué significa “necesario” en esta cláusula. Thomas Jefferson entiende *necessary* tiene un sentido lógico, esto es, aquello que tiene que darse para que se dé el fin y sin lo cual no podría darse (un significado que podríamos llamar “clásico”). De esta forma los poderes enumerados tienen sentido como *numerus clausus*, se aceptan algunos poderes implícitos y la Décima Enmienda tiene virtualidad propia.

David N. Mayer mantiene que la diferencia entre las posiciones de Thomas Jefferson y de Alexander Hamilton estriba en este punto. Para Hamilton *necessary* significa algo que es preciso, requisito, contingente, útil, que conduce a<sup>1592</sup>, es decir, una “concepción pragmática o utilitarista de la necesidad” que es la de Hamilton frente a una “concepción lógica de necesidad” que es la de Jefferson.

La otra cláusula constitucional que Jefferson consideró como un instrumento para ampliar progresivamente los poderes del Gobierno Federal (*sweeping clauses*) es la denominada *welfare clause*, que dispone que “El Congreso tendrá facultad: Para establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos.”<sup>1593</sup>

Ya en 1792 indicaba al Presidente Washington que el Gobierno Federal no tiene un derecho autónomo o un poder autónomo<sup>1594</sup> para procurar el bienestar general de la nación<sup>1595</sup>, sino que la *welfare clause* debía interpretarse como que el conjunto de los poderes de los Estados Unidos lo eran para proveer el bienestar general<sup>1596</sup>. En las

---

<sup>1592</sup> Alexander Hamilton: *Opinion on the Constitutionality of an Act to Establish a Bank*, 23 de febrero de 1791. Disponible en: <http://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-08-02-0060-0003> La referencia está tomada de Daniel N. Mayer: *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres. 1994. Págs. 195-196.

<sup>1593</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 8. “The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;”

<sup>1594</sup> Madison ya en *The Federalist Papers* se oponía a esta interpretación de la *welfare clause* como derecho o poder autónomo. Véase James Madison: “The Federalist 41” en *The Federalist Papers*. Págs. 206-207.

<sup>1595</sup> La Convención Constitucional rechazó una enmienda de Sherman para que el Congreso tuviera poder para legislar en toda materia de interés para la Unión. Jack N. Rakove: *Original Meanings. Op. Cit.*, Pág. 178.

<sup>1596</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 9 de septiembre de 1792. Volumen VIII. Págs. 397-398.

resoluciones de Kentucky (1798) manifestó que la interpretación que el Congreso hacía de estas dos cláusulas “lleva hacia la destrucción de todos los límites prescrito a su poder por la Constitución”<sup>1597</sup>. Escribiéndole a Albert Gallatin en 1817 restringe más la interpretación en el sentido de que el *general welfare* es la finalidad de los impuestos que la Constitución autoriza y no un poder autónomo como ya había indicado veinticinco años antes<sup>1598</sup>. Al final de sus días, en diciembre de 1825, escribió el texto de una Declaración de la Asamblea General de Virginia para la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en especial rechaza la sentencia en el caso *Cohens contra Virginia* en el que insiste en la idea de que la *welfare clause* convierte al Gobierno Federal en un gobierno pleno y sin ninguna limitación de poderes<sup>1599</sup>.

Una interpretación estricta de la Constitución permite controlar la extensión de los poderes del Gobierno Federal que anularía la estructura compleja y en dos niveles de los Estados Unidos y una forma de resistencia institucionalizada<sup>1600</sup>.

### 3.2. Poderes resultantes. La Compra de Luisiana

Hamilton planteó la existencia de una tercera categoría de poderes que habría que sumar a los poderes enumerados y a los poderes implícitos. Denomina a esta categoría como “poderes resultantes” (*resulting powers*). Estos serían consecuencia de los poderes delegados (enumerados e implícitos) y de la naturaleza de la sociedad política. Hamilton pone dos ejemplos: primero señala que la conquista de un territorio por parte de los Estados Unidos, de modo que sobre ese territorio habría que ejercer una soberanía y todos los poderes de ésta y eso nadie lo dudaba; segundo indica que la capacidad de erigir corporaciones es el resultado de una serie de poderes implícitos, algo que nadie discutía tampoco.<sup>1601</sup>

La Presidencia de Thomas Jefferson (1801-1809) hace una marca en la Historia de los Estados Unidos al incorporar el inmenso territorio de Luisiana, en una operación política y diplomática con fuertes repercusiones constitucionales. Se dio en la realidad

<sup>1597</sup> *Resolutions Relative to the Alien and Sedition laws*, antes del 4 de octubre de 1798. Volumen XVII. Págs. 385. “That the construction applied by the General Government [...] goes to the destruction of all limits prescribed to their power by the Constitution”.

<sup>1598</sup> *Carta a Albert Gallatin*, 16 de junio de 1817. Volumen XV. Pág. 533.

<sup>1599</sup> *The solemn Declaration and Protest of the Commonwealth of Virginia, on the Principles of the Constitution of the United States of America, and on the Violations of them*. 24 de diciembre de 1825. Volumen XVII. Pág. 144.

<sup>1600</sup> La jurisprudencia ha interpretado, generalmente, estas dos cláusulas en el sentido extensivo de Hamilton, contra la interpretación de Jefferson y la más moderada de Madison. El argumento jeffersoniano y madisoniano se refuerza históricamente cuando una moción puramente extensiva del poder de legislar del Congreso fue rechazada. Vid. Jack N. Rakove: *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. Op. Cit., Pág. 178.

<sup>1601</sup> Alexander Hamilton: *Opinion on the Constitutionality of an Act to Establish a Bank*, 23 de febrero de 1791. Disponible en: <http://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-08-02-0060-0003>.

un supuesto muy parecido al caso hipotético de incorporación que Hamilton le había planteado a Washington en su *Opinión*.

La forma de aprobación de la compra fue objeto de numerosas dudas e incluso el Presidente llegó a proponer una enmienda constitucional en lugar de hacer una relación de los poderes enumerados que autorizarían la compra de acuerdo con la Constitución, lo que hubiera sido una aceptación tácita de los *resulting powers*. Propone Jefferson al Fiscal General Levi Lincoln:

En el examen más detenido de la enmienda a nuestra Constitución respecto de Luisiana, he pensado que es mejor que, en lugar de enumerar los poderes que el Congreso puede ejercer, darles los mismos poderes que tienen como otras porciones de la Unión en general y enumerar las excepciones especiales, de una forma como la siguiente: "Luisiana, como cedido por Francia a los Estados Unidos, es parte de los Estados Unidos, sus habitantes blancos serán ciudadanos y estarán, tanto en sus derechos y obligaciones, en pie de igualdad con los otros ciudadanos de los Estados Unidos en situaciones análogas."<sup>1602</sup>

En carta a John Breckinridge, senador por Kentucky, Jefferson reconoció que la compra de Luisiana estaba más allá de los poderes constitucionales:

Pero supongo que deberán apelar a la nación por medio de un artículo adicional a la Constitución, aprobando y confirmando un acto que la nación no había autorizado previamente. La Constitución no ha hecho disposición para poseer territorio extranjero y todavía menos para incorporar naciones extranjeras en nuestra Unión. El ejecutivo, aprovechando una circunstancia temporal que en mucho promueve el bien en su país, ha realizado un acto más allá de la Constitución."<sup>1603</sup>

---

<sup>1602</sup> *Carta al fiscal general Levi Lincoln*, 30 de agosto de 1803. Volumen X. Pág. 416. "On further consideration as to the amendment to our Constitution respecting Louisiana, I have thought it better, instead of enumerating the powers which Congress may exercise, to give them the same powers they have as to other portions of the Union generally, and to enumerate the special exceptions, in some such form as the following: "Louisiana, as ceded by France to the United States, is made a part of the United States, its white inhabitants shall be citizens, and stand, as to their rights and obligations, on the same footing with other citizens of the United States in analogous situations."

<sup>1603</sup> *Carta al senador John Breckinridge*, 12 de agosto de 1802. Volumen X. Págs. 410-411. "But I suppose they must then appeal to the nation for an additional article to the Constitution, approving and confirming an act which the nation had not previously authorized. The Constitution has made no provision for our holding foreign territory, still less for incorporating foreign nations into our Union. The executive in seizing the fugitive occurrence which so much advances the good of their country, have done an act beyond the Constitution."

En carta al secretario de Estado James Madison, de 25 de agosto de 1802 (Volumen X: Págs. 414-415) insiste en la necesidad de la enmienda constitucional, configura el tipo de enmienda, establece un régimen específico para los territorios indios, prevé la incorporación de Florida y hace un borrador más amplio que el que un año después le proponga a Levi Lincoln.

Pese que en la citada carta al senador Nicholas C. Wilson, de 7 de septiembre de 1803, se opone al vaciamiento de la Constitución a través de los tratados, finalmente no habrá reforma constitucional y el tratado ratificado por el Senado y la ley de apropiación nacida en la Cámara de Representantes será toda la cobertura legal de la compra de Luisiana. Paradójicamente serán los federalistas John Adams y John Marshall quienes fueran en socorro teórico de la decisión *praeter Constitutionem* de Jefferson<sup>1604</sup>.

En 1810 Thomas Jefferson eleva la compra de Luisiana y la equipara a la propia preservación de los Estados Unidos. Admite la posibilidad de que se haya quebrantado alguna norma escrita, pero afirma el principio clásico *salus publica maxima lex* (“la salvación del pueblo es la ley suprema”):

Una estricta observancia de las leyes es sin duda uno de los altos deberes de un buen ciudadano, pero no el más alto. Las leyes de necesidad, de autopreservación, de salvar al país cuando está en peligro, son una obligación más alta. Perder nuestro país por una escrupulosa fidelidad a la ley escrita, sería perder la ley misma, y con ella la vida, la libertad, la propiedad y a todos aquellos que están disfrutándolas con nosotros; así sacrificando absurdamente el fin a los medios. En todos estos casos, las leyes no escritas de la necesidad, la autopreservación y de la seguridad pública controlan las leyes escritas de lo mío y lo tuyo. Para ejemplificar más allá este principio enunciaré un caso hipotético. Suponed que ha llegado al conocimiento del ejecutivo de la Unión en otoño de 1805 que podría tener las Floridas por una suma razonable; esa suma no ha sido autorizada verdaderamente por la ley, pero que cuando el Congreso se reúna dentro de tres semanas, podría aprobar la autorización en el primer o segundo día de su sesión. ¿Debería él por un gran beneficio de su país asumir él mismo el riesgo trascendiendo la ley y haciendo la compra? El beneficio público ofrecido, en este caso supuesto, sería de verdad inmenso, pero una reverencia por la ley y la probabilidad de que el beneficio pudiera ser conculcado legalmente con un retraso de solamente tres semanas serían poderosas razones para no poner peligro la compra.<sup>1605</sup>

---

<sup>1604</sup> Véase Everett Somerville Brown: *The Constitutional History of the Louisiana Purchase 1803-1812*. University of California. Berkeley. 1920. Págs. 14-35.

<sup>1605</sup> *Carta a J. B. Colvin*, 20 de septiembre de 1810. Volumen XII. Págs. 418-419. “A strict observance of the written laws is doubtless one of the high duties of a good citizen, but it is not the highest. The laws of necessity, of self-preservation, of saving our country when in danger, are of higher obligation. To lose our country by a scrupulous adherence to written law, would be to lose the law itself, with life, liberty, property and all those who are enjoying them with us; thus absurdly sacrificing the end to the means. In all these cases, the unwritten laws of necessity, of self-preservation, and of the public safety, control the written laws of *meum and tuum*. Further to exemplify the principle, I will state an hypothetical case. Suppose it had been made known to the Executive of the Union in the autumn of 1805, that we might have the Floridas for a reasonable sum, that that sum had not indeed been so appropriated by law, but that Congress were to meet within three weeks, and might appropriate it on the first or second day of their session. Ought he, for so great an advantage to his country, to have risked himself by transcending the law and making the purchase? The public advantage offered, in this supposed case, was indeed immense; but a reverence for law, and the probability that the advantage might still be legally accomplished by a delay of only three weeks, were powerful reasons against hazarding the act.”

### 3.3. La función primordial del Gobierno Federal

Conforme pasan los años Jefferson radicaliza su posición<sup>1606</sup> hasta afirmar que el Gobierno Federal es esencialmente la parte del gobierno que se ocupa de las relaciones entre estados y las naciones extranjeras, sin afectar a las relaciones entre los ciudadanos de un mismo estado (salvo dos excepciones):

La idea radical de la naturaleza de nuestro gobierno, que yo he adoptado como criterio fundamental en los casos de dudosa interpretación es que el terreno completo del gobierno está dividido en dos departamentos, doméstico y extranjero (los estados en su relación recíproca pertenecen al último) y que el primer departamento está reservado exclusivamente a los estados respectivos dentro de sus propios límites y el segundo departamento está asignado a un grupo separado de funcionarios y establecido como un gobierno exterior, que, en lugar de una base federal, se establece como un gobierno distinto *quoad hoc*, actuando la rama doméstica directa y coercitivamente sobre los ciudadanos; estos departamentos tienen distintas direcciones, son coordinados e igualmente independientes y supremos cada uno dentro de su esfera de acción. Cuando una duda surge sobre a cuál de estas ramas pertenece un poder, yo lo intento con esta prueba. No recuerdo un solo caso en el que una cuestión entre dos ciudadanos de un mismo estado haya sido transferida al departamento extranjero, excepto en lo relativo a la moneda y la legislación retroactiva.<sup>1607</sup>

Cuatro años antes, en 1821, cuando formulaba esta idea, insistía en la igualdad entre los dos departamentos<sup>1608</sup>, aunque teniendo en cuenta que mantiene que uno de los departamentos, el Federal, tiene poderes delegados y no propios, de forma que la igualdad proclamada sería relativa en el mejor de los casos.

<sup>1606</sup> En esta cuestión es donde podemos encontrar una mayor separación entre Jefferson y Madison, pues el último ya en la Convención de 1787 fue partidario de reforzar al Gobierno Federal concediéndole el poder de veto contra las leyes estatales, poder que no prosperó pero que fue reacomodado en la sección 25 de la *Judiciary Act de 1789* como revisión judicial del Tribunal Supremo de las actuaciones de los tribunales superiores de los estados en asuntos que afectasen a la Constitución o a las leyes federales. Madison hizo en *The Federalist Papers* una excelente distinción de los momentos “nacionales” o “federales” de la Constitución, mostrando sin ambages y vergüenza que defendía una “nacionalización” mayor que el simple Departamento de Asuntos Exteriores que terminó defendiendo Jefferson. Véase: James Madison: “The Federalist 39” en *The Federalist Papers*. Págs. 187-193.

<sup>1607</sup> *Carta al congresista Edward Livingston*, 4 de abril de 1824. Volumen XVI. Págs. 23-24. “The radical idea of the character of the constitution of our government, which I have adopted as a key in cases of doubtful construction, is, that the whole field of government is divided into two departments, domestic and foreign, (the States in their mutual relations being of the latter;) that the former department is reserved exclusively to the respective States within their own limits, and the latter assigned to a separate set of functionaries, constituting what may be called the foreign branch, which, instead of a federal basis, is established as a distinct government *quoad hoc*, acting as the domestic branch does on the citizens directly and coercively; that these departments have distinct directories, co-ordinate, and equally independent and supreme, each within its own sphere of action. Whenever a doubt arises to which of these branches a power belongs, I try it by this test. I recollect no case where a question simply between citizens of the same State, has been transferred to the foreign department, except that of inhibiting tenders but of metallic money, and *ex post facto* legislation.”

<sup>1608</sup> *Carta al juez Spencer Roane*, 27 de junio de 1821. Volumen XV. Pág. 328.

El concepto de despotismo en el pensamiento de Thomas Jefferson, como hemos señalado en varias ocasiones, se funda en la concentración de poder y en la falta de limitación en los poderes que se tienen y en el ejercicio de éstos<sup>1609</sup>. La mejor forma de evitar el despotismo es limitar el poder y para Jefferson el hecho de que el poder se encuentre distribuido entre dos niveles territoriales es una garantía contra el despotismo. A esta dispersión territorial del poder se le ha denominado “separación vertical de poderes”<sup>1610</sup>.

La Filosofía Política de Thomas Jefferson es un pensamiento que desconfía de los gobernantes y confía en los procedimientos. Frente a la parte de la tradición que buscaba el buen gobernante, Jefferson se insertó en la tradición que procuraba hallar el buen gobierno. Así le escribe al senador estatal de Virginia, Joseph C. Cabell:

No, amigo mío, la vía para tener gobierno bueno y seguro no es confiar todo a uno, sino dividirlo entre muchos, dando a cada uno exactamente las funciones para las que es competente. [...] ¿Qué ha destruido la libertad y los derechos del hombre en cada gobierno que ha existido bajo el sol? La generalización y la concentración de todos los cargos y poderes en un solo cuerpo, no importa que sean los autócratas de Rusia o Francia o los aristócratas del Senado veneciano.<sup>1611</sup>

Un poder sin límite ni control, el poder inmoderado, se transforma en tiránico, en despótico. La propuesta de división y distribución territorial del poder no la restringe Jefferson a los estados, sino que la profundiza a nivel inferiores, de modo que cada nivel territorial sea competente sobre sus propios intereses:

Que se encargue el gobierno nacional de la defensa de la nación, de sus relaciones extranjeras y federales; que los gobiernos de los estados de los derechos civiles, las leyes, la policía y la administración de lo que al Estado le concierne generalmente; los condados de los asuntos locales y cada distrito (*ward*) de sus propios intereses. Y por esta división y subdivisión, estas repúblicas, desde la gran república nacional descendiendo por todas sus subordinaciones, hasta acabar en la administración que cada

---

<sup>1609</sup> *Notes on Virginia*. Volumen II. Págs. 162-163. *Carta a James Madison*, 31 de julio de 1788. Volumen VII. Pág. 96.

<sup>1610</sup> Javier García Roca: “Del principio de división de poderes” en *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 108 (2000). Pág. 49.

<sup>1611</sup> *Carta al senador estatal de Virginia Joseph C. Cabell*, 2 de febrero 1816. Volumen XIV. Pág. 421. “No, my friend, the way to have good and safe government, is not to trust it all to one, but to divide it among the many, distributing to everyone exactly the functions he is competent to. [...] What has destroyed liberty and the rights of man in every government which has ever existed under the sun? The generalizing and concentrating all cares and powers into one body, no matter whether of the autocrats of Russia or France, or of the aristocrats of a Venetian senate.”



granjero tiene de sí mismo; colocando bajo cada cual aquello que su propio ojo puede supervisar, y todo eso será hecho para bien.<sup>1612</sup>

De hecho la concepción jeffersoniana implica una gran descentralización dentro de los estados y de los condados, confiriéndole al distrito (*ward*) poderes tales como la elección de un juez, un contable, una compañía militar, una patrulla, una escuela, la beneficencia, sus caminos públicos y la elección de uno o más jurados para servir en los tribunales<sup>1613</sup>, inspirándose en las *townships* (municipios) de Nueva Inglaterra<sup>1614</sup>.

Como veremos en el próximo capítulo, Jefferson atribuye a la extensión y a la descentralización la imposibilidad de que en 1801 se hubieran podido alterar los resultados de las Elecciones Presidenciales. La inexistencia de un solo centro o unos pocos centros de poder y de población en el territorio de los Estados Unidos ya fue un inconveniente para los británicos durante la Guerra de Independencia, porque tenían que controlar un inmenso territorio sin que tomar una posición en particular fuera determinante<sup>1615</sup>.

La separación vertical de poderes, que a su vez supone una separación horizontal de poderes en los estados, conlleva una dispersión del poder y un impedimento institucional a la concentración de poder incontrolable que es el fundamento de la tiranía. Un tirano potencial habría de tener unos grandísimos medios, casi imposibles, para imponerse en cada estado, en cada condado y en cada *ward*. Además habría de destruir una tradición de autogobierno que en tiempos de Jefferson ya superaba el siglo y cuya defensa fue una de las causas de la independencia.

Tomás de Aquino afirmaba que si bien la monarquía era el mejor sistema, era sumamente difícil de encontrar alguien con las dotes suficientes y que, además, era el sistema que más fácilmente degeneraba porque solamente requería para ello la

---

<sup>1612</sup> *Ibidem*. "Let the national government be entrusted with the defence of the nation, and its foreign and federal relations; the State governments with the civil rights, laws, police, and administration of what concerns the State generally ; the counties with the local concerns of the counties, and each ward direct the interests within itself. It is by dividing and subdividing these republics from the great national one down through all its subordinations, until it ends in the administration of every man's farm by himself; by placing under everyone what his own eye may superintend, that all will be done for the best."

<sup>1613</sup> *Carta a Samuel Kercheval*, 12 de julio de 1816. Volumen XV. Págs. 37-38.

<sup>1614</sup> El gobierno municipal en Nueva Inglaterra se caracterizaba por la división de los condados en unidades menores, *townships*, dotadas de competencias amplias que en otros estados, como Virginia, correspondían a los condados. Este modelo inspiró a Thomas Jefferson en su idea de la *republic of the wards*. Véase Joseph F. Zimmerman: *The New England Town Meeting. Democracy in Action*. Praeger. Westport (Co) y Londres, 1999.

<sup>1615</sup> Gordon S. Wood: *The American Revolution. Op. Cit.*, Págs. 67-68.

corrupción de uno solo, del monarca<sup>1616</sup>. La analogía nos puede ilustrar la idea jeffersoniana de que un único gobierno si cae en la tiranía, la extenderá a toda la nación, mientras que con una pluralidad de gobiernos, muchos habrán de degenerar para que lo haga el todo.

#### 4. *Federal Common Law*

La tradición *whig* vio en el *Common Law*<sup>1617</sup> la expresión jurídica de las libertades inglesas. Los juristas e historiadores de la *Ancient Constitution* vieron en el *Common Law* un Derecho inmemorial que persistió de forma consuetudinaria<sup>1618</sup>. Thomas Jefferson aceptó la tradición según la cual el rey Alfredo, unificador de la Heptarquía sajona, compiló las leyes vigentes, que se perdieron en la invasión normanda y llegaron a nuestros días en las costumbres jurídicas<sup>1619</sup>.

Históricamente los hechos sucedieron en otro tiempo y de otra forma: el establecimiento de tres tribunales reales en tiempos de Guillermo I El Conquistador (1028-1087) conllevó la necesidad de fijar el Derecho consuetudinario buscando cuáles eran las costumbres comunes a todas las partes del Reino.<sup>1620</sup> Este sistema jurídico evolucionó a través, en un inicio, de la declaración judicial de la costumbre y, posteriormente, por medio de la creación judicial de Derecho en los casos en los que no hubiera ni costumbre, ni precedente judicial ni Derecho escrito<sup>1621</sup>.

El *Common Law* arribó a América del Norte con los pobladores ingleses, pero fue adquiriendo matices locales debido a que tenía que dar respuestas a nuevas circunstancias y había otros supuestos fácticos que en las colonias norteamericanas no se presentaban<sup>1622</sup>. Pero Thomas Jefferson no consideraba estos precedentes como una forma de aceptación del *Common Law*, ya que ello no puede haberse producido hasta la

<sup>1616</sup> Tomás de Aquino: *De regno ad regem Cypri. De regno ad regem Cypri. Op. Cit.*, Pág. 452. Libro I. Capítulo 3. 1-61.

<sup>1617</sup> Morris L. Cohen establece hasta seis conceptos de *Common Law*. Cf. Morris L. Cohen: "The Common Law in the American Legal System: The Challenge of Conceptual Research" en *Law Library Journal*. Vol. 81. Núm. 13 (1989). Pág. 17-18.

<sup>1618</sup> J. A. G. Pocock: *The Ancient Constitution and the Feudal Law. Op. Cit.*, Págs. 37-38. James W. Caesar: *Op. Cit.*, Págs. 18-19.

<sup>1619</sup> *Carta de Edward Everett*, 15 de octubre de 1824. Volumen XV. Págs. 82-83.

<sup>1620</sup> Marta Morineau: *Una introducción al Common Law*. UNAM. México, 2004. Pág. 15.

<sup>1621</sup> Para una presentación del papel del juez en el *Common Law* puede verse: Larry Alexander y Emily Sherwin: "Judges as Rules Makers" en Douglas E. Edlin (ed.): *Common Law Theory*. Cambridge University Press. Cambridge, 2007. Págs. 27-50. Edward Coke distingue hasta quince fuentes del Derecho inglés, Vid. Morris L. Cohen: *Op. Cit.*, Pág. 19.

<sup>1622</sup> *Carta a Skelton Jones*, 28 de julio de 1809. Volumen XII. Págs. 298-299. Ellen Holmes Pearson: *Remaking Custom. Law and identity in the Early American Republic*. University of Virginia. Charlottesville y Londres, 2011. Pág. 14.

Independencia<sup>1623</sup>, hasta ser un Estado o una nación en la terminología vatteliana<sup>1624</sup>. En la misma línea el juez virginiano y jeffersoniano St. George Tucker mantiene que el *Common Law* no es efectivo hasta que no hay una recepción legal (*Reception Statute*) por parte del estado<sup>1625</sup>.

Insistió en que la primera nación fue Virginia y ella había decidido establecer un sistema jurídico pleno. Los Estados Unidos solamente era nación para el cumplimiento de los fines para el que había sido creado, de forma que no tenía sentido que tuviera un sistema jurídico pleno, sino el imprescindible para la efectividad de sus poderes. Los Estados Unidos son un Estado instrumental, por lo que su Derecho es instrumental.

Antes de la Revolución allí no existían los Estados Unidos como tal nación; después sí, asociados como una nación, pero solamente para propósitos específicos. Los Estados Unidos tuvieron todo el Derecho por hacer, como Virginia en su primer establecimiento como nación. Pero no lo hicieron, como Virginia sí lo hizo, procediendo a adoptar un sistema completo de leyes ya existentes y a su disposición. Como su asociación como una nación fue solamente para propósitos especiales, esto es, para la dirección de los asuntos concernientes de unos con los otros y con las naciones extranjeras, y los estados asociados eligieron darle poderes para estos propósitos y no para otros, los Estados Unidos no podrían adoptar cualquier sistema general de leyes, porque habría abarcado objetos sobre los que esta asociación no tendría derecho ni a formar ni a declarar una voluntad. La asociación no es el órgano para declarar la voluntad nacional en estos casos. En los confiados a los Estados Unidos, eran libres para declarar la voluntad de nación, la ley pero hasta entonces no podría haber declarado nada que fuera ley. Así el Derecho Común no se convirtió *ipso facto* en ley de la nueva asociación; solamente podría llegar a serlo por una adopción positiva y solamente con el alcance que hubieran autorizado a adoptar.<sup>1626</sup>

---

<sup>1623</sup> *Observations on the Force and Obligation of the Common Law in the United States, on the occasion of Hardin's Case, in Kentucky*, 11 de noviembre de 1812. Volume XVII. Págs. 411-412.

<sup>1624</sup> *Carta a Jon Manners*, 12 de junio de 1817. Volumen XV. Págs. 125-126.

<sup>1625</sup> Kunal M. Parker: *Common Law, History, and Democracy in America, 1790-1900*. Cambridge University Press. Cambridge, 2011. Págs. 95-96. Ellen Holmes Pearson: *Op. Cit.*, Pág. 28-29. En la actualidad todos los estados han aprobado un *reception statute* en el que se declara que el *Common Law of England* es Derecho del estado en lo que no contradiga a las normas superiores y al Derecho escrito del Estado y de los Estados Unidos. El único estado que ha adoptado parcialmente el *Common Law* es Luisiana que está entre el sistema de *Droit Civil* y el de *Common Law*.

<sup>1626</sup> *Carta a Edmund Randolph*, 18 de agosto de 1799. Volumen X. Págs. 128-129. "Before the revolution there existed no such nation as the United States; they then first associated as a nation, but for special purposes only. They had all their laws to make, as Virginia had on her first establishment as a nation. But they did not, as Virginia had done, proceed to adopt a whole system of laws ready made to their hand. As their association as a nation was only for special purposes, to wit, for the management of their concerns with one another and with foreign nations, and the States composing the association chose to give it powers for those purposes and no others, they could not adopt any general system, because it would have embraced objects on which this association had no right to form or declare a will. It was not the organ for declaring a national will in these cases. In the cases confided to them, they were free to declare the will of the nation, the law; but till it was declared there could be no law. So that the common law did not become, ipso facto, law on the new association; it could only become so by a positive adoption, and so far only as they were authorized to adopt."

Esta cuestión no se planteó en el momento de la confección de la Constitución, ni fue mencionado por Jefferson como un defecto a subsanar durante el proceso de ratificación. Habiendo sido el *Common Law* propiamente un Derecho de elaboración judicial sobre una base consuetudinaria, el problema surgiría en los tribunales.

En primer lugar había una cuestión meramente técnica: cuando un tribunal federal, en el ejercicio de sus competencias fundadas en las leyes federales, tenía que remitirse a conceptos de *Common Law*. En el caso *Fletcher contra Peck*<sup>1627</sup>, sobre si el estado de Georgia había modificado por medio de una ley unas concesiones de tierras, el propio concepto de contrato fue tomado del *Common Law* hasta el punto que se citaba directamente la obra *Commentaries of the Laws of England* de William Blackstone, donde se sintetizaron las normas vigentes de este sistema jurídico en el momento de su publicación, la segunda mitad del siglo XVIII<sup>1628</sup>.

Respecto del uso del *Common Law* o la creación de *Common Law* por parte de los tribunales federales en materia civil<sup>1629</sup>, la primera gran sentencia fue la del Tribunal Supremo en el caso *Swift contra Tyson*<sup>1630</sup>, de 1842, en la que el juez Story mantuvo que el mandato de la sección 34ª de la *Judiciary Act* de 1789 según el cual los tribunales federales habían de emplear el Derecho del estado donde actuasen, solamente debía ser aplicado cuando las dos partes fueran ciudadanos de ese estado y si una de las partes no lo, entonces el tribunal federal habría de recurrir a formular reglas generales y comunes a los *Common Laws* de los estados, es decir, a crear un *Federal Common Law*. Esta doctrina permaneció como obligatoria durante casi un siglo hasta que el mismo Tribunal, en el caso *Erie Railroad Co. contra Tompkins* consideró que, en defecto de disposición constitucional, tratado o ley del Congreso, los tribunales federales habrían de aplicar el Derecho del estado, tanto el escrito como el declarado por la máxima instancia judicial de éste<sup>1631</sup>.

Para los juristas formados en la tradición continental, que funda su Derecho Penal sobre el principio *nullum crimen sine lege*, resulta áspero aceptar la formulación

---

<sup>1627</sup> *Fletcher v. Peck* 10 U.S. 87 (1819). Vid. Kunal M. Parker: *Op. Cit.*, 96-97.

<sup>1628</sup> *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, 136-137 (1819).

<sup>1629</sup> Se entiende en este epígrafe como "materia civil" toda la que no sea "materia penal".

<sup>1630</sup> *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842).

<sup>1631</sup> *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). Hay que señalar que desde 1938 la norma se ha relajado por la concesión por parte del Congreso a los tribunales de la capacidad de crear *Common Law* en determinadas materias e incluso en los casos de una diversidad de jurisdicciones que dificulta la resolución de un caso.

También es importante hacer referencia a que en los territorios de los Estados Unidos y en el Distrito de Columbia los tribunales federales sí pueden aplicar el *Common Law of England*, por concesión de la Ordenanza del Noroeste en los territorios y por declaración judicial en el caso *McKenna v. Fiske* en el Distrito de Columbia.

jurisprudencial de los tipos penales como sucede en las *Common Law Offences*, que son ilícitos penales elaborados por los tribunales. El *Common Law* inglés desarrolló numerosos tipos penales en sus tribunales y su traslado al Nuevo Mundo<sup>1632</sup>.

En 1793, durante el periodo de neutralidad proclamado por el Presidente Washington, el marino estadounidense Gideon Henfield fue acusado de quebrantar la neutralidad por permanecer enrolado en un buque corsario francés. Fue acusado ante un tribunal federal de un delito de *Common Law* y la estrategia de la defensa fue mantener que, primero no había delito siquiera, pero habiendo delito reconocido en el *Common Law* no podía ser condenado dado que debe constar en una ley<sup>1633</sup>. El jurado lo declaró “no culpable” e históricamente se ha entendido como un rechazo a la constitucionalidad del *Federal Common Law* en el ámbito penal<sup>1634</sup>. El rechazo final fue establecido por el Tribunal Supremo en *Estados Unidos contra Hudson*, en 1812<sup>1635</sup>, en el que indicó que los tribunales no pueden suplir la definición de la infracción penal si el Congreso no la ha elaborado en uso de sus poderes constitucionales. En cambio los tribunales estatales sí tienen poder para fijar, crear y modificar el *Common Law* incluso en materia penal. Esta sentencia fue un “resumen de algunos principios básicos de esta victoriosa visión constitucional jeffersoniana”<sup>1636</sup>, que había continuado desde 1801 y fue la primera derrota de John Marshall en el seno del Tribunal Supremo<sup>1637</sup>.

No en vano Thomas Jefferson luchó contra la creación de un *Federal Common Law*, ya que suponía entre otras cosas entregar a los tribunales buena parte de la creación del Derecho<sup>1638</sup> y significaría una quiebra de la separación de poderes<sup>1639</sup>, ya

---

<sup>1632</sup> A día de hoy el *Statutory Law* por medio de la *Firearms Act* de 1968 (1968 c. 27 Sch. 2) reconoce la existencia de trece delitos del *Common Law*, esto es, trece tipos elaborados jurisprudencialmente: secuestro, administración de drogas con la intención de permitir o ayudar a la comisión de un crimen, asalto, allanamiento de morada con la intención de robar, vandalismo, asalto tumultuario y disturbios, obstrucción a la Justicia, fuga de prisión e irrupción en una prisión para fugar presos, violación, robo, hurto, amenazas con la intención de extorsión de dinero o propiedad e incendio intencional o imprudente.

Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/27/schedule/2/crossheading/common-law-offences/enacted>

<sup>1633</sup> Del alegato de la defensa solamente se conserva un sumario en cuatro puntos y, eso sí, las autoridades esgrimidas. Francis Wharton (ed.): *State Trials of the United States during the Administration of Washington and Adams*. Carey y Hart. Filadelfia, 1849. Pág. 83.

<sup>1634</sup> Stewart Jay: “Origins of the Federal Common Law: Part One” en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 133. Núm. 5 (1985). Págs. 1042-1067.

<sup>1635</sup> *United States v. Hudson*, 11 U.S. 32, 34 (1812).

<sup>1636</sup> Gary D. Rowe: “The Sound of Silence: United States v. Hudson & Goodwin, The Jeffersonian Ascendancy, and the Abolition of Federal Common Law Crimes” en *The Yale Law Journal*, Vol. 101, Núm. 4 (1992). Págs. 923 y 935-948.

<sup>1637</sup> Esta sentencia fue la primera derrota de Marshall en el Tribunal Supremo. Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall and the Rise of the Presidential Democracy*. Op. Cit., Pág. 10.

<sup>1638</sup> *Carta a Edmund Randolph*, 18 de agosto de 1799. Volumen X. Pág. 129.

que la Constitución estableció que “Todos los poderes legislativos otorgados en la presente Constitución corresponderán al Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes”<sup>1640</sup>

Los tribunales a través de la creación del Derecho podían dejar en nada el Federalismo. En primer lugar porque, en ausencia de Ley, el *Federal Common Law* hubiera sido Derecho (*the Laws of the United States*) y, en segundo lugar, en aplicación de la Cláusula de Supremacía (Artículo VI de la Constitución) habría ejercido fuerza derogatoria sobre el Derecho de los estados, al entrar en materias allende de los poderes delegados. Una supremacía que el Tribunal Supremo y los restantes tribunales federales podrían imponer a los tribunales estatales, desmantelando el sistema federal y creando “un único gobierno consolidado”<sup>1641</sup>:

Pienso que será de gran importancia, cuando llegue al punto adecuado, hacer el retrato del conjunto de consecuencias de esta nueva doctrina, pues si el Derecho Común es el Derecho de los Estados Unidos y los tribunales tienen, por supuesto, jurisdicción correspondiente a ese Derecho, esto quiere decir que tienen jurisdicción general sobre todos los casos y personas.<sup>1642</sup>

La cuestión de la asunción del *Common Law* la termina planteando Jefferson como un asunto en torno a la salud o corrupción de la forma del Gobierno Federal. Entiende que la desaparición del desequilibrio entre el Gobierno General y los estados en el *Common Law* hace que desaparezca un mecanismo esencial de equilibrio constitucional y expande las competencias del Gobierno General hasta la consolidación:

Y yo verdaderamente creo que si prevaleciera el principio de que hay un Derecho Común en vigor en los Estados Unidos, según el cual el Gobierno General posee inmediatamente todos los poderes de los estados y nos recuerde a un gobierno consolidado, que podría llegar a ser el más corrupto sobre la tierra.<sup>1643</sup>

---

<sup>1639</sup> Stewart Jay: “Origins of Federal Common Law: Part Two” en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 133. Núm. 6 (1985). Págs. 1250-1254.

<sup>1640</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Artículo I. Sección 1: “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives”.

<sup>1641</sup> *Carta a Gideon Granger*, 13 de agosto de 1800. Volumen X. Pág. 168.

<sup>1642</sup> *Carta a Edmund Randolph*, 18 de agosto de 1799. Volumen X. Pág. 129. “I think it will be of great importance, when you come to the proper part, to portray at full length the consequences of this new doctrine, that the common law is the law of the United States, and that their courts have, of course, jurisdiction co-extensive with that law, that is to say, general over all cases and persons.”

<sup>1643</sup> *Carta a Gideon Granger*. 13 de agosto de 1800. Volumen X. Pág. 168. “And I do verily believe, that if the principle were to prevail, of a common law being in force in the United States, (which principle possesses the General Government at once of all the powers of the State governments, and reduces us to a single consolidated government,) it would become the most corrupt government on the earth.”

La cuestión del *Federal Common Law* se plantearía vivamente en el caso *Hardin* en el que tres asesinos de unos indios huyeron a Kentucky y donde además se produjo una agresión a un agente, en principio estatal. El Presidente Jefferson elaboró unas *Observaciones* en las que apuntaba una vía para aplicar el Derecho Penal del *Common Law* de Kentucky dentro de un tribunal federal<sup>1644</sup>. El secretario del Tesoro Gallatin y el fiscal general Smith se posicionaron en contra al entender, especialmente el último, que la inexistencia de legislación del Congreso en una materia en la que sí tiene poderes (delitos contra los Estados Unidos e infracciones en los territorios que no son estados) no permitía asumir como propia la del estado donde estaban apresados<sup>1645</sup>.

## 5. Compact Theory

### 5.1. Antecedentes vattelianos

La posición de Thomas Jefferson respecto del origen de la soberanía en los Estados Unidos se irá trasladando aún más hacia la posición de los estados, hasta el punto de mantener la incolumidad de la soberanía estatal, salvo en los casos de expresa concesión de poderes al Gobierno Federal. Podemos rastrear esta idea en el tratadista suizo Emmerich de Vattel.

Referirnos a Emmerich de Vattel no es vano, no solamente porque sea uno de los autores más importantes en Derecho Natural y Derecho de Gentes del siglo XVIII<sup>1646</sup>, sino porque fue de una gran importancia en los tiempos fundacionales de los Estados Unidos dejando un notable rastro en la jurisprudencia de sus tribunales.<sup>1647</sup> Jefferson cita en numerosas ocasiones la obra de Vattel y en el catálogo de su biblioteca constan dos de sus mayores obras<sup>1648</sup>

En *El Derecho de Gentes o los principios de la ley natural* (libro I, Capítulo I, Parágrafo X) caracteriza así a lo que Vattel llama “repúblicas federativas”:

<sup>1644</sup> *Observations on the Force and Obligation of the Common Law in the United States, on the occasion of Hardin 's Case, in Kentucky*, 11 de noviembre de 1802. Volumen 17. Págs. 412-417.

<sup>1645</sup> *Opinión de Albert Gallatin sobre el Common Law y el caso Hardin*, ca 11 de noviembre de 1802. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-38-02-0592-0003> *Opinión de Robert Smith sobre el Common Law y el caso Hardin*, ca 11 de noviembre de 1802. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-38-02-0592-0004>

<sup>1646</sup> Bajo este título se amalgaman temas que actualmente se encuentran en diferentes disciplinas o tratados por disciplinas diferenciadas como son la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional, la Teoría del Estado, el Derecho Comparado, el Derecho Constitucional, la Sociología, la Psicología Social o las ramas de la Politología que estudian el comportamiento político.

<sup>1647</sup> Daniel A. Farber: “The Supreme Court, the Law of Nations, and Citations of Foreign Law: The Lessons of History” en *California Law Review*. Vol. 95 (2007). Págs. 1345-1346

<sup>1648</sup> *Le Droit des Gens...* está presente en dos ediciones, la de 1758 (número 2 del capítulo 16 del Catálogo) y la de 1775 (número 40). *Questions de Droit Naturel* tiene el número 3 de ese mismo capítulo. Disponible en: [http://catdir.loc.gov/catdir/toc/becites/main/jefferson/88607928\\_ch16.html](http://catdir.loc.gov/catdir/toc/becites/main/jefferson/88607928_ch16.html)

Así, varios Estados soberanos e independientes pueden unirse por una Confederación perpetua, sin dejar de ser cada uno en particular un estado perfecto. Juntos formarán una república federativa: las deliberaciones comunes no afectarán la soberanía de cada miembro, aunque pueden interferir con el ejercicio de las mismas en ciertos aspectos en virtud de compromisos voluntarios. Una persona no deja de ser libre e independiente, cuando está obligado a cumplir los compromisos que le ha gustado tomar.<sup>1649</sup>

De acuerdo con Vattel, Jefferson mantiene que los estados conservan su soberanía originaria, que no está afectada por las cesiones hechas al Gobierno Federal. De tal forma que lo cedido permanecerá “en latencia”, siendo los estados verdaderos Estados, mientras que la Federación solamente sería instrumental, tendría las capacidades otorgadas por los estados y únicamente sería un Estado dentro del margen de los poderes delegados.

## 5.2. *Compact Theory* en las Resoluciones de Kentucky

La posición de Thomas Jefferson en torno al Federalismo tuvo su primera manifestación pública con ocasión de la oposición de parte de los estados de Virginia y Kentucky a cuatro leyes (*Aliens and Sedition Acts*) aprobadas durante la Presidencia de John Adams y que consideraban inconstitucionales por violar la separación vertical de poderes, junto a una serie de derechos reconocidos y protegidos por el *Bill of Rights*. De hecho el *Bill of Rights*, que hasta la XIV Enmienda (1868) solamente limitaba al Congreso, puede ser visto como una nueva limitación por parte de los estados al Gobierno Federal<sup>1650</sup>.

Los Estados Unidos estaban inmersos en una no declarada guerra naval con Francia (*Quasi-War*) y la administración de John Adams, del partido federalista, se preocupó por los extranjeros, especialmente los franceses, residentes en los Estados Unidos y por sus actividades. El partido demócrata-republicano, el de Jefferson, era históricamente partidario de Francia y recibía numerosos apoyos electorales de

---

<sup>1649</sup> Emmerich de Vattel : *Op. Cit.*, Págs. 20-21. "Ensin plusieurs Etats souverains et indépenjdans penvent s'unir ensemble par una Confédération perpétuelle, fans cesser d'être chacun en particulier un Etat parfait. Ils formeront ensemble une République fédérative: Les délibérations communes ne donneront aucune atteinte à la Souveraineté de chaque Membre, quoiqu'elles en puissent gêner l'exercise á certains égards, en vertu d'engagemens volontaires. Une personne ne cesse point d'être libre et indépendante, lorsqu'elle est obligée à remplir des engagemens qu'elle a bien voulu prendre".

<sup>1650</sup> Akhil Reed Amar: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We live by. Op. Cit.*, Pág. 434. De hecho el añadido “and the people” al final de la Décima Enmienda es un intento de los federalistas de relajar el tono exclusivamente estatal del Bill of Rights. Thomas B. McAfee, Jay S. Bybee y A. Christopher Bryant: *Powers Reserved for the People and the States. A History of the Ninth and Tenth Amendments*. Praeger. Westport (Co.) y Londres, 2006. Pág. 43.



ciudadanos que se habían beneficiado de una legislación de naturalización que solamente exigía cinco años de residencia.

Existía la convicción de que los federalistas no solamente fueron guiados por un interés nacional, sino que pudieron aprovecharlo para minar la base electoral de sus adversarios políticos. Estas leyes implicaban también una relajación en las garantías del debido proceso legal (*due legal process*) al conferirle al Presidente poderes que debieran estar en manos de los tribunales (numerosas obligaciones de registro e información, deportaciones o internamientos), así como la conversión en delitos de sedición de los que, en el peor de los casos, hubieran sido castigados como libelos de acuerdo con el *Common Law* bajo los tribunales de los estados y no antes tribunales federales como estableció la *Sedition Act*.

La Presidencia de John Adams contó con la mayoría federalista en el Senado y mayoría republicana en los dos primeros años en la Cámara de Representantes (5° Congreso) para devenir en federalista en los dos segundos años (6° Congreso). Aunque, paradójicas de los defectos constitucionales, Thomas Jefferson era el Vicepresidente, no tenía ningún poder real ni capacidad de influencia. Los demócratas-republicanos no tuvieron durante el Sexto Congreso ninguna capacidad para detener o condicionar el programa federalista, salvo cuando conseguían que una parte de federalistas se pasara a votar con los demócratas-republicanos.

Los demócratas-republicanos, que fue el primer partido político organizado de forma moderna, decidieron llevar la batalla contra las *Aliens and Sedition Acts* a través de los estados y de las legislaturas estatales que ellos sí controlaban. James Madison preparó unas resoluciones para ser aprobadas por la legislatura de Virginia y Jefferson, secretamente ya que era el Vicepresidente, escribió un borrador para la legislatura de Kentucky<sup>1651</sup>.

La resolución de Kentucky comienza enunciando la llamada *Compact Theory* o Teoría del pacto, según la cual la existencia de los Estados Unidos es fruto de un acuerdo entre entidades soberanas y todo lo que sea o pueda ser el Gobierno de los Estados Unidos tiene que estar de acuerdo con ese pacto. Los Estados Unidos solamente tienen una soberanía instrumental y los actos que excedan el margen delegado son inválidos y por tanto no tienen fuerza jurídica:

---

<sup>1651</sup> Virginia era el estado más poblado y rico de la Unión en aquella época. No en vano cuatro de los cinco primeros presidentes eran naturales de Virginia. Kentucky fue parte de la Mancomunidad de Virginia hasta 1792 cuando fue admitido como estado de la Unión y segregado de su estado madre, de forma que podemos considerarlo como un estado virginiano en lo político. Los datos demográficos de todos los estados pueden consultarse en el siguiente enlace de la Oficina del Censo de los Estados Unidos:

[https://www.census.gov/history/www/through\\_the\\_decades/overview/1790.html](https://www.census.gov/history/www/through_the_decades/overview/1790.html)

Que los varios estados que componen los Estados Unidos de América no están unidos bajo el principio de ilimitada sumisión a su Gobierno General, pero que, por un pacto bajo el tipo y título de una Constitución para los Estados Unidos y de enmiendas a ella, ellos constituyeron un Gobierno General para propósitos especiales, delegaron al gobierno ciertos poderes definidos, reservándose, cada estado para sí, la masa restante de derecho a su propio autogobierno; y que cuando el Gobierno General asume poderes no delegados, sus actos no tiene autoridad, son nulos y no son obligatorios.<sup>1652</sup>

La “teoría del pacto” tiene dos presupuestos. El primero es la creación de los Estados Unidos por parte de los estados. El segundo presupuesto es la idea de que es el celo y no la confianza el que prescribe los límites constitucionales<sup>1653</sup>. De ellos se deducirán una serie de consecuencias.

1) Los estados son partes en condiciones de igualdad con el Gobierno Federal y conservan el poder de interpretación del pacto.

Ya hemos señalado que Jefferson mantiene la igualdad entre los estados y el Gobierno General, pero esta posición no es congruente con lo que se expone aquí, porque el Gobierno General procede de los estados, de modo que podrán ser iguales dentro del marco creado que es derivado, pero no en cuanto sujetos originarios, pues originarios solamente son los estados.

La *Compact Theory*, aunque popular en algunos sectores, nunca ha tenido refrendo jurisprudencial, más bien ha sido rechazada por el Tribunal Supremo desde los primeros años de la República y antes de las Resoluciones de Virginia y Kentucky. Ya en el caso *Chisholm contra Georgia*<sup>1654</sup> (1793) se mantiene que la Constitución de los Estados Unidos es un ejercicio de soberanía de la totalidad del pueblo de los Estados Unidos y no un acuerdo entre los estados. Podemos leer en el *seriatim* de la sentencia las siguientes consideraciones de John Jay, entonces Presidente del Tribunal Supremo:

Es extraordinario que, al crear la Constitución, el pueblo ejerció sus propios derechos y su propia soberanía y, consciente de la plenitud de ésta, declararon con una adecuada dignidad: “Nosotros el pueblo de los Estados Unidos estatuímos y ordenamos esta Constitución”. Aquí vemos a las personas actuando como soberanos de todo el país y,

---

<sup>1652</sup> *Resolutions Relative to the Alien and Sedition laws*, antes del 4 de octubre de 1798. Volumen XVII. Págs. 379-380. “That the several States composing the United States of America, are not united on the principle of unlimited submission to their General Government; but that, by a compact under the style and title of a Constitution for the United States, and of amendments thereto, they constituted a General Government for special purposes, -delegated to that government certain definite powers, reserving, each State to itself, the residuary mass of right to their own self-government; and that when so ever the General Government assumes undelegated powers, its acts are unauthoritative, void, and of no force.”

<sup>1653</sup> *Ibidem*, Pág. 389.

<sup>1654</sup> *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).

en el lenguaje de la soberanía, creando una Constitución por la que su voluntad fue que los gobiernos estatales estuvieran obligados por ella y que las constituciones de los estados se hicieran con ella como modelo. Cada constitución estatal es un pacto hecho por y entre los ciudadanos de un estado para gobernarse a ellos mismo de cierta manera y la Constitución de los Estados Unidos es igualmente un pacto realizado por el pueblo de los Estados Unidos para gobernarse a sí mismo de cierta manera respecto de objetivos generales. De acuerdo con este gran pacto muchas prerrogativas fueron transferida al gobierno nacional, como son las de hacer la guerra y la paz, contraer alianzas, acuñar moneda, etc, etc.<sup>1655</sup>

Se sucedieron varias sentencias reiterando esta misma posición: *Martin contra Hunter's Lessee*, *McCulloch contra Maryland* o *Texas contra White*<sup>1656</sup>.

2) El pacto se asimila más a las formas de los tratados del Derecho Internacional, de modo que solamente tiene consecuencia jurídica dentro de lo pactado, entre las partes y en los términos acordados.

Las ideas de que la relación jurídica nace del acuerdo o de un hacer de un sujeto se encuentran, en el Derecho Público, sede en el Derecho Internacional. La mayor parte de las relaciones jurídicas dentro del Derecho Público provienen de la soberanía y no requiere acuerdo entre partes para ser obligatorias. Casi un cuarto de siglo después manifestaría Jefferson que los estados son: “Tan **independientes**, de hecho, como las **diferentes naciones**, un espíritu de tolerancia y **compromiso** es el bálsamo curativo de la Constitución.”<sup>1657</sup> (la negrilla es nuestra)

3) Sostuvo Jefferson que el pacto creó al Gobierno Federal, o Gobierno General, y éste no tiene soberanía propia, ni legitimidad propia, ni pueblo propio, pareciéndose más a una confederación o incluso a lo que actualmente es organización internacional que a un Estado.

---

<sup>1655</sup> *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419, 470-471 (1793). “It is remarkable that, in establishing it, the people exercised their own rights, and their own proper sovereignty, and, conscious of the plenitude of it, they declared with becoming dignity, “We the people of the United States, do ordain and establish this Constitution.” Here we see the people acting as sovereigns of the whole country, and, in the language of sovereignty, establishing a Constitution by which it was their will that the State governments should be bound, and to which the State Constitutions should be made to conform. Every State Constitution is a compact made by and between the citizens of a State to govern themselves in a certain manner, and the Constitution of the United States is likewise a compact made by the people of the United States to govern themselves as to general objects in a certain manner. By this great compact however, many prerogatives were transferred to the national government, such as those of making war and peace, contracting alliances, coining money, etc. etc.”

<sup>1656</sup> *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 US 304 (1816); *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819); *Texas c. White*, 74 US 700 (1869).

<sup>1657</sup> *Carta al juez Spencer Roane*, 27 de junio de 1821. Volumen XV. Pág. 328. “As independent, in fact, as different nations, a spirit of forbearance and compromise, therefore, and not of encroachment and usurpation, is the healing balm of such a Constitution.”

Al igual que Vattel o Montesquieu, Jefferson tiene en su cabeza el primer modelo de las Provincias Unidas o la antigua Confederación Helvética, pero sus palabras muestran una forma más cercana a la organización internacional que a la de un Estado. La primera organización internacional propiamente como tal fue creada en 1815<sup>1658</sup> y fue la Comisión Central de Navegación del Rin, aunque sus orígenes se remontan a 1804, aunque lógicamente la idea estaría presente antes. En 1786 Jefferson proponía crear una fuerza naval permanente dirigida por los embajadores en la corte francesa de las naciones partes en el tratado para controlar la piratería ejercida desde las costas berberiscas por parte de los “estados piratas”, lo que habría sido la primera organización internacional militar.<sup>1659</sup>

4) Los estados, lógicamente, no pueden someterse al juicio de ninguna rama del Gobierno General.

Un principio básico del Derecho Internacional es que ningún tribunal puede juzgar a un Estado sin su consentimiento. A los estados se les reconoce inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución que actualmente permanecen reguladas por normas consuetudinarias.

En el marco de un proceso diplomático Jefferson, reclamando a favor de los Estados Unidos la inmunidad de jurisdicción frente a la Justicia francesa, formula el principio clásico del Derecho Internacional, “ningún tribunal puede tener jurisdicción sobre una nación soberana”<sup>1660</sup>, que es una de las consecuencias de la propia soberanía definida como *suprema potestas superiorem non recognoscens*.

La consecuencia expresa que se extrae en las Resoluciones de Kentucky es que los problemas sobre la constitucionalidad de las actuaciones del Gobierno General no pueden ser resueltos por una de las ramas del propio Gobierno Federal. No se menciona, pero está implícita la idea con la que se discute: la posibilidad de que los conflictos constitucionales fueran resueltos por los tribunales federales: “[...] pero que, como en todos los casos de pacto entre poderes, no teniendo un juez común, cada parte tiene

---

<sup>1658</sup> Fue creada por el Congreso de Viena y, tras concluir la Primera Guerra Mundial en 1919, de conformidad con el Tratado de Versalles, la sede fue trasladada a Estrasburgo (Francia) privando a Mannheim (Alemania) de la sede de la misma. Desde 1868 está regulada por la Convención para la Navegación del Rin que sigue vigente. Son Estados Miembros: Alemania, Bélgica, Francia, Países Bajos y Suiza. En la actualidad también forma parte de dicha Organización la Unión Europea, tras haberse adherido al Tratado Fundacional. Véase en: <https://www.ccr-zkr.org/>

<sup>1659</sup> *Proposals for Concerted Operation among the Powers at War with the Piratical States of Barbary*, noviembre de 1786. Volumen XVII. Págs. 146-147.

<sup>1660</sup> *Carta al encargado de negocios William Short*, 28 de julio de 1791. Volumen VIII. Pág. 221. “no court can have jurisdiction over a sovereign nation.”

igual derecho a juzgar por sí misma, tanto las infracciones como el modo y la medida de reparación.”<sup>1661</sup>

En la búsqueda por parte de los estados, o de un sector dentro de ellos, de aminorar su sometimiento a los tribunales federales un momento central fue el caso *Chisholm contra Georgia*, que tuvo su respuesta en la adopción de la XI Enmienda.

En 1793 la sentencia del caso *Chisholm contra Georgia* interpretó la soberanía de los estados en cuanto la soberanía popular y negó la pretensión del estado de Georgia de que le fuera reconocida inmunidad de jurisdicción en los tribunales federales.

La sentencia produjo una gran indignación, no por las consideraciones reproducidas anteriormente, sino porque permitía a los acreedores ingleses demandar a un estado de los Estados Unidos y eludir la justicia de este estado, a favor de los tribunales federales. Esta situación se terminó con la XI Enmienda que reconoció la soberanía y la inmunidad de los estados impidiendo la intervención de los tribunales federales cuando un estado fuera demandado por un ciudadano de otro estado o de un Estado extranjero<sup>1662</sup>.

5) No hay un terreno intermedio entre lo delegado (enumerado o implícito) y lo no delegado, de forma que actuar sobre esto último es nulo y carece de consecuencias jurídicas. El uso y abuso de las cláusulas de bienestar y de necesidad y conveniencia ha roto la diferencia por parte de los intérpretes del Gobierno General entre poderes delegados y no delegados.

Ya lo hemos indicado en este capítulo: para Jefferson el concepto de necesidad entiende a ésta como necesidad lógica, de forma que los medios necesarios (poderes implícitos) para ejercer un poder enumerado son pocos, los imprescindibles, sin los cuales resultaría imposible que el poder recibido fuera efectivo. Esta concepción de *necessary* impediría la emergencia de los *resulting powers*.

Jefferson recogió la calificación de las cláusulas de necesidad y conveniencia y el bienestar como “cláusula escoba” (*sweeping clauses*), ya que permitían incorporar numerosas materias a los poderes federales a través del encadenamiento.

---

<sup>1661</sup> *Resolutions Relative to the Alien and Sedition laws*, antes del 4 de octubre de 1798. Volumen XVII. Págs. 380 [...] *but that, as in all other cases of compact among powers having no common judge, each party has an equal right to judge for itself, as well of infractions as of the mode and measure of redress.*

<sup>1662</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Undécima Enmienda: “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.”

A propósito de la federalización de una mina y una compañía de cobre ironiza nuestro autor en una carta con el argumento constitucional que ha autorizado a la Cámara de Representantes a aprobar esa medida:

El Congreso está autorizado a defender. Los barcos son necesarios para la defensa; el cobre es necesario para los barcos; las minas son necesarias para el cobre; una compañía es necesaria para trabajar las minas y ¿quién puede dudar de este razonamiento si alguna vez ha cantado ‘¿Esta es la casa que Jack construyó?’<sup>1663</sup> Bajo tal proceso de concatenación de necesidades la cláusula de barrido hace un buen trabajo.<sup>1664</sup>

6) Los estados conservan el derecho natural a oponerse, a resistir, mediante la anulación de los abusos descritos, porque no es una decisión de gobierno que los electores pueden resolver, sino una infracción constitucional. Sin este derecho los estados estarían sometidos a un dominio absoluto e ilimitado. A estos efectos sostuvo Jefferson:

Cada estado tiene un derecho natural en casos no dentro del pacto (*casus non foederis*) de anular por su propia autoridad todas asunciones de poder realizadas por otros dentro de sus límites; que sin este derecho ellos estarían bajo el dominio, absoluto e ilimitado, de quienquiera que ejerciera el poder de juzgarlos.<sup>1665</sup>

Jefferson mantuvo que las elecciones eran el remedio ordinario, pero cuando las infracciones socaban a los fundamentos de la república, el remedio electoral no siempre era factible. No tiene sentido esperar a un proceso electoral constitucional cuando el gobierno federal opera contra el pacto<sup>1666</sup>.

La solución que propone Jefferson es la declaración de inconstitucionalidad por parte del estado y su consecuente anulación (*nullification*). Este derecho de los estados no está en el pacto, ni en la Constitución, sino en el Derecho Natural y por tanto es previo al propio pacto constitutivo. Es una solución *praeter Constitutionem* para el problema creados por unas acciones *contra Constitutionem*.

<sup>1663</sup> “This is the House that Jack built” es una canción infantil en la que se añade un nuevo elemento en cada estrofa que se repite a la siguiente, permaneciendo todos los anteriores.

<sup>1664</sup> *Carta al congresista Edward Livingston*, 30 de abril de 1800. Pág. 165. “Congress are authorized to defend the nation. Ships are necessary for defence; copper is necessary for ships; mines necessary for copper; a company necessary to work mines; and who can doubt this reasoning who has ever played at ‘This is the House that Jack built?’ Under such a process of filiation of necessities the sweeping clause makes clean work.”

<sup>1665</sup> *Resolutions Relative to the Alien and Sedition laws*, antes del 4 de octubre de 1798. Volumen XVII. Págs. 389. “[...] every State has a natural right in cases not within the compact, (*casus non foederis*,) to nullify of their own authority all assumptions of power by others within their limits : that without this right, they would be under the dominion, absolute and unlimited, of whosoever might exercise this right of judgment for them [...]”.

<sup>1666</sup> *Ibidem*, Pág. 386.

De los catorce estados restantes que conforman entonces la Unión junto a Virginia y Kentucky, las legislaturas de seis de ellos aprobaron resoluciones en contestación a las “Resoluciones” de Virginia (e indirectamente al borrador de Jefferson para Kentucky). Los estados de Delaware y de Connecticut rechazaron el contenido de las Resoluciones, negando al estado de Virginia y a cualquier estado la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso. Las legislaturas de Rhode Island, Massachusetts, New Hampshire y Vermont se manifestaron expresamente a favor de la *Judicial Review of Laws* al sostener que le correspondía al Tribunal Supremo establecer la constitucionalidad de una ley del Congreso. El estado de Nueva York consideró que si hubiera habido un quebrantamiento grave de la Constitución, debería haberse pedido el pronunciamiento del Senado<sup>1667</sup>.

Es un derecho natural y último, entendiendo “último” como un recurso extraordinario para circunstancias extraordinarias. Jefferson no distingue diversos niveles de infracción constitucional y las trata a todas con la misma gravedad. También es cierto que vista la extensión y la concisión de la Constitución de 1777 es posible que cualquier infracción sea de mayor calado que las que puedan darse en las más extensas constituciones del Constitucionalismo moderno.

7) La oposición por anulación de las leyes por parte de los estados es necesaria para detener la revolución sangrienta que la violación de los derechos personales y la creciente escala gubernamental produciría.

La mayoría de los derechos del *Bill of Rights* que se ven afectados por las *Aliens and Sedition Acts* de acuerdo con el borrador para Kentucky elaborado por Thomas Jefferson son: libertad religiosa, libertad de prensa, libertad de expresión, derecho al juicio por jurados, derecho al debido proceso legal, habeas corpus. Dentro de la lógica jeffersoniana, no se trata solamente de un problema que afecta a las entidades estatales, sino también a los individuos de modo que, dentro del cierto automatismo con el que Jefferson ve la resistencia, el ejercicio del derecho natural para declarar inconstitucional y nulo un acto del Gobierno Federal es la última barrera institucional a la revolución, a la resistencia por la fuerza.

La legislatura de Kentucky decidió no incluir el derecho a declarar la inconstitucionalidad y la anulación de los actos así declarados (*nullification*), que sí constaban en el borrador de Jefferson, pero caló la idea en la opinión pública y en un partido político, los demócratas-republicanos. Este asunto de la capacidad de los estados para ejercer la *nullification* emerge periódicamente en el constitucionalismo

---

<sup>1667</sup> Cf. “Answers of Several State Legislatures” en Jonathan Elliot (ed.): *Op. Cit.*, Volumen IV. Jonathan Elliot. Washington, 1836. Págs. 532-539.

estadounidense y, como es lógico, tuvo un papel relevante en los hechos previos a la Guerra Civil.



## CAPÍTULO VIII: EL EXPERIMENTO REPUBLICANO

### 1. El ejército permanente

La cuestión de los ejércitos permanentes ha estado presente en numerosos autores, dado que, como vimos en el Capítulo I, ha habido autores dedicados al derecho de resistencia que han considerado que las fuerzas militares de determinadas características están más destinada a oprimir que a los asuntos bélicos<sup>1668</sup>. Es interesante repasar la presencia política de lo militar a lo largo del pensamiento antes de adentrarnos en la teoría jeffersoniana por dos motivos: el primero es, como ya se ha manifestado, la relación entre tiranía y fuerzas militares y la segunda es la relación que el Republicanismo mantiene entre la noción de ciudadano y la de soldado.

#### 1.1. Esbozo histórico

En una página magistral, como mucha de las suyas, Aristóteles (*Política*, 1279b) pone de manifiesto la estrecha relación existente entre la capacitación militar y el ejercicio del poder de acuerdo con la idea de que quien guerrea debe gobernar; por ello en las oligarquías los guerreros eran pocos, pero cuando se extendió el número de los guerreros la misma oligarquía se hizo insostenible hasta desembocar en una democracia. En la Antigüedad el ejercicio de la milicia era una condición para el ejercicio del poder y solamente estaba abierta a quienes pudieran costearse unos equipamientos militares, que era inasumibles para la mayoría de la población.

La primera gran reforma militar romana, el ejército por centurias del rey Servio Tulio, devino en el modelo para organizar las asambleas del pueblo romano: los comicios por centurias (los *comitia centuriata*). En ellos se agrupaban los ciudadanos en virtud de quienes eran capaces de mantener una centuria del ejército, de modo que los grupos más acaudalados ocupaban la mayoría de las centurias y por tanto el voto (uno por centuria) en las que fueron hasta el siglo III a.C. las principales asambleas del Pueblo Romano<sup>1669</sup>.

El Republicanismo, especialmente el romano, no entendía la ciudadanía y menos la participación política sin haber servido dentro del ejército y luchado en defensa de la República<sup>1670</sup>. Todos los líderes políticos hubieron comenzado su actividad pública como tribunos en las legiones, habían luchado y muchos hubieron de comandar tropas tras el ejercicio de las magistraturas supremas, incluso alguien tan poco guerrero *a*

<sup>1668</sup> Jack K. Rakove: *Original Meanings. Op. Cit.*, Págs. 185-186.

<sup>1669</sup> Antonio Viñas: *Op. Cit.*, Págs. 100-101.

<sup>1670</sup> Paul Veyne: "Humanistas. Los romanos y los demás" en Andrea Giardina y otros: *El hombre romano*. Alianza. Madrid, 1991. Págs. 395-422.

*priori* como Marco Tulio Cicerón, el cual hasta esperó celebrar un triunfo<sup>1671</sup>. El ejército republicano romano era un ejército de ciudadanos, con apoyo de los *socii* (aliados itálicos) y otras tropas aliadas del resto del Imperio, pero también era un ejército estable con soldados con un tiempo limitado de servicio.

Los ejércitos ciudadanos desaparecieron con el Alto Imperio Romano al hacerse incompatibles los largos periodos de servicio con la existencia de un ejército compuesto de ciudadanos<sup>1672</sup>. La milicia se convirtió en una profesión y los militares en un colectivo cada vez más aislado del resto de la sociedad. No por ello la relación entre milicia y poder político desapareció, al revés, se reforzó cuando los soldados se convirtieron en los principales actores a la hora de determinar quién habría de ceñirse la diadema<sup>1673</sup>.

Ya en la Edad Media, el ejercicio de las armas fue la característica definitoria de uno de los estamentos más importantes: la nobleza. Ésta asumía la función militar y, a cambio, tenía un papel preponderante en el gobierno de los diferentes territorios, así como una amplísima autonomía dentro de los propios feudos ejerciendo facultades que contemporáneamente ubicamos dentro de la soberanía estatal<sup>1674</sup>.

La posesión diversificada de la fuerza fue el principal obstáculo para el restablecimiento de una autoridad central, hasta que en el Renacimiento un fenómeno italiano interfirió la relación de fuerzas: los mercenarios. La función militar comenzó a ser ejercida autónomamente por personas que arrendaban los servicios de sus unidades militares, por lo que los reyes pudieron contar con fuerza militar independiente de la nobiliaria, siempre que cumplieran con la condición necesaria de tener dinero para pagar a las tropas mercenarias contratadas<sup>1675</sup>.

---

<sup>1671</sup> El triunfo era un reconocimiento público a un general que había conseguido una gran victoria para Roma, como fue la conquista de la Galia por Julio César. La victoria de Cicerón era menor y estaba muy lejos de merecer un triunfo, aunque dada su insistencia y sus contactos se le propuso una *ovatio*, que era una versión menor del triunfo. Véanse Francisco Pina Polo: *Marco Tulio Cicerón*. Ariel. Barcelona, 2005. Págs. 286-292. Anthony Everitt: *Cicero. The Life and Times of Roman's Greatest Politician*. Random House. Nueva York, 2003. Págs. 207-210.

<sup>1672</sup> Durante la propia República Romana la necesidad de incorporar más tropas a las legiones hizo que los censos fueran disminuyendo los umbrales mínimos para pertenecer a la quinta clase, la más baja, y así tener un mayor número de hombres disponibles y una mayor población sujeta a tributación. Fue así hasta que Cayo Mario (157aC-86aC) decidió la proletarización directa de las legiones que, en la crisis final de la República, llevó a la profesionalización de las legiones. Cf. Emilio Gabba: *Republican Rome, the Army and the Allies*. University of California Press. Berkeley y Los Ángeles, 1976. Págs. 2-52.

<sup>1673</sup> Es pertinente señalar que en el mismo Alto Imperio algunos de sus príncipes se alzaron por medio de la aclamación de los soldados como fue el caso de Claudio, Otón, Vitelio o Vespasiano. En el Bajo Imperio fue un procedimiento "regular" de acceso al trono imperial.

<sup>1674</sup> François L. Ganshof: *El feudalismo*. Ariel. Barcelona y otros, 1979. Págs. 135-143.

<sup>1675</sup> Jacob Burckhardt: *La Cultura del Renacimiento en Italia*. Akal. Barcelona, 2004. Pág. 140.

La necesidad de garantizar fuertes y frecuentes ingresos fiscales se convirtió en un objetivo político de primer orden porque sin ellos los monarcas dependían de la nobleza. Apareció una alternativa temporal a los ingresos: la banca. Los banqueros renacentistas financiaron todas las guerras y a todos los bandos; garantizaban su cobro no en ninguna forma de reclamación judicial, imposible e impensable entonces contra un soberano, sino en el cese de la financiación que vedaba el acceso a la guerra, instrumento ordinario de la política internacional en aquellos tiempos<sup>1676</sup>.

El proceso de construcción de las monarquías autoritarias, que se convirtieron en absolutas, identificaron la comunidad política y su atributo principal, la soberanía, con el monarca que la poseía en un territorio determinado. Paralelamente la función militar también se centralizaba en la corona y comenzaron a erigirse los primeros ejércitos permanentes, profesionales y con dependencia directa del monarca. La aparición de estos ejércitos confirmaba la existencia de un actor político superior e independiente a los otros autores políticos dentro de la comunidad política porque había conseguido el monopolio de la fuerza y había hecho de éste el único legítimo, utilizando la célebre definición de Max Weber<sup>1677</sup>.

La capacidad militar dependía de lo existente en el Tesoro Real, que nunca era mucho, así como de la capacidad de los reyes para que les concedieran crédito para financiar sus guerras, dado que la victoria en una guerra generaba unos ingresos en forma de rentas o reparaciones que podían satisfacer el préstamo. La financiación por medio de crédito de una guerra se convirtió en el modo ordinario, de forma que el acceso al crédito significaba en muchas ocasiones el inicio de una guerra. Como ministro en Francia, Jefferson comprobó como un mínimo alivio en forma de préstamo dispuso al gobierno de Luis XVI, absolutamente arruinado, a emprender una nueva guerra<sup>1678</sup> y como otros países estaban dispuestos a sacrificar su prosperidad para emprender nuevas guerras<sup>1679</sup>.

## 1.2. Jefferson y las cuestiones militares

Al terminar la Guerra de Independencia, el Ejército Continental fue disuelto<sup>1680</sup>. Ocupó su lugar un conjunto de pequeñas unidades que en total sumaban 3350 hombres al comienzo de la Presidencia de Jefferson. La Marina contaba 2488 hombres y el

<sup>1676</sup> Véase José Antonio Maravall: "Ejército y Estado en el Renacimiento" en *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 117-118 (1961). Págs. 5-46.

<sup>1677</sup> Max Weber: *La política como vocación*. Alianza. Madrid, 2009. Págs. 83-84.

<sup>1678</sup> *Carta a John Jay*, 23 de mayo de 1788. Volumen VII. Pág. 19.

<sup>1679</sup> *Carta a John Jay*, 3 de noviembre de 1787. Volumen VI. Pág. 362-363.

<sup>1680</sup> Richard W. Stewart: *American Military History*. Volumen 1. Center of Military History – US Army. Washington DC, 2009. Pág. 107.

Cuerpo de Marines con 524. El total de efectivos de las Fuerzas Armadas era de 6362 hombres<sup>1681</sup>.

Eran fuerzas militares exiguas comparadas con las grandes masas que las Guerras Napoleónicas estaban poniendo sobre los campos de batalla de Europa. Estas pocas tropas se ocupaban de vigilar la frontera occidental frente a incursiones indias, a proteger el arsenal de Norfolk (Virginia) y a dar escolta a los barcos mercantes bajo la bandera de los Estados Unidos.

Los ejércitos permanentes estaban mal considerados por un amplio sector en la naciente República y Thomas Jefferson lideraba esta posición. Una de sus primeras críticas a la Constitución propuesta por la Convención de Filadelfia era que “no han renunciado a la facultad de conservar un ejército permanente”<sup>1682</sup>. A partir de febrero de 1788 consideró que la prohibición de tener un ejército permanente debería formar parte del *Bill of Rights* que habría de anexarse a la Constitución una vez ratificada<sup>1683</sup>. Mantuvo que éste sería un instrumento peligroso en manos del Ejecutivo o del Legislativo y que solamente debería admitirse “en casos bien definidos”<sup>1684</sup>.

El hecho de que sitúe la prohibición de los ejércitos permanentes dentro de lo que todavía era hipotética declaración de derechos, muestra el carácter que Jefferson otorga a esta prohibición: es un derecho de los ciudadanos y un límite al poder. La anhelada abolición del ejército permanente privaría al gobierno de un potencial instrumento de tiranía. Constituiría una barrera a la tiranía al privarlo de un instrumento potencial de opresión.

Durante su estancia parisina y en relación con el progresivo ambiente revolucionario, Jefferson fue siempre consciente de que buena parte del proceso revolucionario francés estaba en manos de la posición que adoptase el ejército<sup>1685</sup>. Esperaba que los soldados confiaran en los oficiales más cercanos, y de menor rango social, para no obstruir la Revolución una vez llegada a su pleno desarrollo<sup>1686</sup>.

---

<sup>1681</sup> James Sterling Young: *Op. Cit.*, Pág. 29.

<sup>1682</sup> *Carta a William Carmichael*, 11 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 380. “they have not renounced the power of keeping a standing army;”

<sup>1683</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Págs. 387-388. *Carta a Alexander Donald*, 7 de febrero de 1788. Volumen VI. Págs. 425-426. *Charles W. F. Dumas*, 12 de febrero de 1788. Volumen VI. Pág. 430. *Carta a George Washington*, 2 de mayo de 1788. Volumen VI. Págs. 454-455. *Carta a James Madison*, 31 de julio de 1788. Volumen VII. Pág. 97. *Carta a James Madison*, 28 de agosto de 1789. Volumen VII. Pág. 452.

<sup>1684</sup> *Carta a David Humphreys*, 18 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 323.

<sup>1685</sup> *Carta a Edward Rutledge*, 18 de Julio de 1788. Volumen VII. Págs. 81-82.

<sup>1686</sup> *Carta a James Madison*, 18 de junio de 1789. Volumen VII. Pág. 389.

Los asuntos que Jefferson propuso incluir en el *Bill of Rights*, que se concretó en las diez primeras enmiendas ratificadas, abarcaban un amplio conjunto de materias que iban desde los derechos a la libertad religiosa, a la libertad de prensa y a la extensión de juicio a través de jurado. Dentro de este conjunto de materias fundamentales, nos encontramos con que el *Bill of Rights* contiene dos enmiendas que regulan asuntos militares.

La Segunda Enmienda que reconoce la necesidad de “una milicia bien regulada, siendo necesaria para la seguridad de un Estado libre”<sup>1687</sup> y la Tercera Enmienda que prohíbe el acuartelamiento de tropas sin consentimiento del propietario en tiempos de paz ni en tiempos de guerra sin seguir las prescripciones legales<sup>1688</sup>.

Demos un salto a la Tercera Enmienda, para más adelante tratar la Segunda. La Tercera Enmienda es una respuesta a una de las leyes inglesas que fueron causa de la Revolución y que permitía establecer tropas en propiedades privadas sin autorización del propietario. Esta prohibición contenida en la Enmienda impedía o hacía más oneroso a un Gobierno Federal que no se hubiera transformado en abiertamente despótico el despliegue del ejército por el territorio utilizando medios, que no eran suyos, con la finalidad de reprimir a la población.

Durante la *Quasi-War* Alexander Hamilton se esforzó en la ampliación de la capacidad militar de los Estados Unidos. En el anexo a una carta dirigida a William Loughton Smith, representante federalista por Carolina del Norte, presentó una profusa argumentación sobre la necesidad del incremento del ejército y de las fuerzas navales y la forma de conseguirla.

Las necesidades navales eran evidentes y fácilmente justificables en el contexto de lucha en el mar contra Francia, pero lo que sí tenía severos problemas de justificación era la propuesta de aumentar en veinte mil los efectivos del ejército, creando lo que terminó denominándose *Provisional Army*. Los argumentos hamiltonianos referentes al ejército tenían su mayor debilidad en el hecho de que Francia no tenía ninguna base territorial cercana desde la que preparar una invasión de los Estados Unidos, al menos desde la insurrección de Santo Domingo (Haití). Alexander Hamilton se quedó como único argumento para dar sentido a levantar un ejército que cuadruplicase al existente en una hipotética preparación por parte de

---

<sup>1687</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Segunda Enmienda: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.”

<sup>1688</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Tercera Enmienda: “No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.”

Francia de un levantamiento de esclavos<sup>1689</sup>, que no era más que una forma de provocar miedo de la sociedad, especialmente del Sur, para facilitar una acción política dudosa. Los veinte mil hombres solicitados por Hamilton se quedaron en la mitad cuando el Congreso aprobó la correspondiente ley de autorización que tenía tres años de vigencia<sup>1690</sup>.

Se sucedieron leyes aumentando las fuerzas autorizadas, incluso admitiendo la creación de la “milicia presidencial”<sup>1691</sup>. La sección tercera de la ley de 1798 autorizó al Presidente a aceptar voluntarios que habrían de costearse su armamento y ropas. Jefferson narró a Madison que por medio de una enmienda se había introducido una sección a la nueva ley de aumento de efectivos<sup>1692</sup>, concretamente la sección 6ª, según la cual se podían recibir voluntarios que no podrán ser empleados fuera de sus estados contra su voluntad, así como a desarrollar las actividades que la ley encomendaba a la Milicia de los Estados Unidos.

El hecho de que estos voluntarios, con noventa y dos mil efectivos autorizados, a los que Jefferson les suponía un sesgo ideológico, estuvieran exentos del servicio en la Milicia por una ley anterior<sup>1693</sup>, creaba una fuerza aconstitucional bajo el mando del Presidente y con la única característica de la adhesión federalista. Que estos milicianos no pudieran ser requeridos por las milicias estatales hizo pensar que anulaba a éstas al reclutar a muchos de los hombres hábiles.

Con el fin de la situación de guerra no declarada con Francia llegó la suspensión y desmantelamiento del pequeño ejército provisional que se había podido organizar<sup>1694</sup>, pues desde el principio los recursos que se pudieron reunir para ese fin eran menores que las necesidades mínimas que hacían que Jefferson previera una subida de la presión fiscal por habitante<sup>1695</sup>.

Thomas Jefferson y James Madison desplegaron todas sus fuerzas contra este ejército provisional y más cuando el mando fue entregado a George Washington. Este puesto era simbólico, pues Washington estaba físicamente incapacitado para ejercer cualquier mando militar, por lo que el mando efectivo recaería en su segundo, que no

---

<sup>1689</sup> Alexander Hamilton: “Notes on conduct with Great Britain”, 10 de abril de 1797. Disponible en <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-21-02-0016-0002>

<sup>1690</sup> *An Act authorizing the President of the United States to raise a Provisional Army*, 1 Stat. 558 (1798).

<sup>1691</sup> *Carta a James Madison*, 19 de febrero de 1799. Volumen X. Págs. 110-111.

<sup>1692</sup> *An Act giving eventual authority to the President of the United*, 1 Stat 725 (1799).

<sup>1693</sup> *An Act supplementary to, and to amend the act, intituled ‘An act authorizing the President of the United States to raise a provisional army’*, 1 Stat. 570 (1798).

<sup>1694</sup> *An act to suspend in part an act entitled “An act to augment the army of the United States, and for other purposes.”* 2 Stat. 7 (1800) y *An act supplementary to the act to suspend part of an act, entitled ‘An act to augment the army of the United States, and for other purposes’*, 2 Stat. 85 (1800).

<sup>1695</sup> *Carta a John Monroe*, 21 de mayo de 1798. Volumen VIII. Pág. 38.

era otro que Alexander Hamilton, nombrado por condición expresa del ex Presidente para aceptar él el mando<sup>1696</sup>.

Ni Jefferson ni Madison estaban dispuestos a aceptar que Hamilton comandase una fuerza militar a la que nadie hubiera podido resistir en los Estados Unidos de finales del XVIII. El decurso de los acontecimientos no les quitó la razón. Si los federalistas hubieran contado al menos con los diez mil soldados del ejército permanente en los primeros meses de 1801 la situación política hubiera sido aún más problemática para Jefferson y los republicanos, ya que como sostiene Ackerman, el Ejército Provisional podría haber sido empleado para sostener la postura federalista frente a las presiones de los republicanos<sup>1697</sup>.

### 1.3. El modelo militar de Thomas Jefferson

¿Era Thomas Jefferson un irenista contrario a toda organización militar? En los primeros años de la República, Jefferson se opuso a un ejército permanente por ser un peligro para la libertad, ya que podría ser empleado por el Gobierno para aplastar a toda la oposición política. Jefferson mantenía la necesidad de una fuerza militar permanente, pero no un ejército permanente (que era sinónimo de ejército mercenario), que pudiera ser la primera respuesta armada hasta la formación de unidades regulares profesionales y que sirviera de contrapeso constitucional en caso de que el Gobierno Federal emplease la fuerza militar para oprimir al pueblo. Esta fuerza es la Milicia<sup>1698</sup>. La inclusión de la actual Segunda Enmienda en el *Bill of Rights* hizo que el asunto de la prohibición de un ejército permanente desapareciera de los escritos jeffersonianos sobre la Constitución Federal al garantizarse constitucionalmente la Milicia, de modo que podemos inferir que entendió la Segunda Enmienda como contrapeso a la posibilidad constitucional de que existiera un ejército permanente. Sólo volverá a este asunto durante la Presidencia de John Adams.

Jefferson se retrotrae al arquetipo del Republicano clásico para rebatir la necesidad de un ejército permanente:

Es más un motivo de alegría que tengamos un número tan reducido de personajes desesperados que forman los modernos ejércitos regulares. Pero prueba poderosamente la necesidad de obligar a cada ciudadano a ser un soldado; este fue el caso de los griegos y de los romanos y debe serlo de cada Estado libre.<sup>1699</sup>

<sup>1696</sup> Ron Chernow: *Op. Cit.*, Pág. 55.

<sup>1697</sup> Bruce Ackerman: *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall and the Rise of the Presidential Democracy. Op. Cit.* Pág. 96.

<sup>1698</sup> *Carta a Destutt de Tracy*, 26 de enero de 1811. Volumen XIII. Págs. 19-20.

<sup>1699</sup> *Carta a James Monroe*, 18 de junio de 1815. Volumen XIII. Pág. 261. "It is more a subject of joy that we have so few of the desperate characters which compose modern regular armies. But it proves more

La Milicia procede de las unidades militares que estaban bajo el mando de los gobernadores de las colonias y después de los gobiernos estatales. La Milicia estaba compuesta por todos los hombres blancos libres en disposición de prestar servicios de armas, desde la juventud hasta bien entrada la madurez (de los dieciocho a los cuarenta y cinco). Eran unidades militares no permanentes, ya que tenían que ser llamadas, de base ciudadana y de mando descentralizado, y no existía ningún tipo de mando general superior al mando de uno de los estados.

“Una Milicia bien regulada” (*a well regulated Militia*), debería proveer a los Estados Unidos de la defensa necesaria hasta que se pudiera formar un ejército. Confiesa Thomas Jefferson en 1799 que:

Soy partidario de confiar la defensa interna solamente a nuestra milicia, hasta que haya una invasión, y de forma semejante una fuerza naval sólo para proteger nuestras costas y bahías de las razias que hemos vivido; y no se lo confiamos a un ejército permanente en tiempo de paz, que pueda intimidar a la opinión pública, ni a una marina que, por sus propios gastos y por las guerras eternas en las que nos implicaría, nos pulverizaría con cargas públicas y nos hundiría con ellas.<sup>1700</sup>

Jefferson era partidario de emplear la Milicia como primera fuerza armada mientras se formaba un ejército regular. Al final de su segundo mandato cuantificó en un año el periodo de tiempo que la Milicia habría de estar como sustituta del ejército<sup>1701</sup>.

Pero ese plan jeffersoniano siempre fue problemático porque donde estaban sus virtudes, estaban también sus defectos. No debemos obviar que los milicianos de los estados eran ciudadanos que debían abandonar sus obligaciones, que les daban sustento, para desempeñar funciones militares, algo que no encontraba entre los llamados un gran entusiasmo que compensara los perjuicios que les podía causar.

El hecho de ser una fuerza militar de organización y mando descentralizado también conllevaba que no hubiera uniformidad en ninguno de los aspectos del funcionamiento militar. De hecho la ley de 8 de mayo de 1792 preveía que fueran los propios milicianos quiénes se proporcionasen a sí mismos el armamento y especificaba

---

forcibly the necessity of obliging every citizen to be a soldier; this was the case with the Greeks and Romans, and must be that of every free State.”

<sup>1700</sup> *Carta a Elbridge Gerry*, 26 de enero de 1799. Volumen X. Pág. 77. “I am for relying, for internal defence, on our militia solely, till actual invasion, and for such a naval force only as may protect our coasts and harbors from such depredations as we have experienced; and not for a standing army in time of peace, which may overawe the public sentiment; nor for a navy, which, by its own expenses and the eternal wars in which it will implicate us, will grind us with public burthens, and sink us under them.”

<sup>1701</sup> *Carta a Levi Lincoln*, 23 de marzo de 1808. Volumen XII. Pág. 24.



cuál habría de ser una milicia bien establecida y en este contexto debe ser interpretada la Segunda Enmienda<sup>1702</sup>. Esta situación no se modificó hasta que en 1798 se establecieron arsenales federales al servicio de las milicias estatales<sup>1703</sup>.

Con el objetivo de capacitar igualmente a todas las milicias estatales, una ley de 2 de marzo de 1803 previó que el armamento de las milicias les fuera proporcionado por el Gobierno Federal y un sistema de informes al secretario de Defensa sobre el estado de cada una de las unidades milicianas por parte de los ayudantes generales de cada estado<sup>1704</sup>.

Días antes de la aprobación de la ley de la Milicia de 1803, Jefferson escribió una carta a todos los gobernadores en la que les urgía a poner en práctica las medidas que el Congreso iba a aprobar y sobre todo les indicaba que “nadie, salvo una nación armada, puede prescindir de un ejército permanente”<sup>1705</sup>, es decir, que del éxito de la nueva regulación de la milicia dependía de la posibilidad de dejar de poseer un ejército permanente y de tener que afrontar los gastos de su mantenimiento. En su segundo mensaje anual al Congreso ya precisaba Jefferson que eran las milicias, y no las tropas regulares, sobre las que recaía el peso de atender las “grandes y repentinas emergencias”, por lo que se imponía revisar la milicia<sup>1706</sup>.

Cuando las agresiones con buques ingleses hacían presagiar una guerra con Gran Bretaña<sup>1707</sup>, Jefferson consiguió que el Congreso aprobase el servicio activo de cien mil

---

<sup>1702</sup> *An Act more effectually to provide for the National Defence by establishing an Uniform Militia throughout the United States*. 1 Stat. 271 (1792).

<sup>1703</sup> *An Act providing Arms for the Militia throughout the United States*, 1 Stat. 576 (1798).

<sup>1704</sup> Los ayudantes generales eran los comandantes efectivos de las milicias estatales y eran nombrados dentro de cada estado de acuerdo con sus disposiciones constitucionales. *An Act in addition to an act, intituled "An act more effectually to provide for the National defence, by establishing an uniform Militia throughout the United States"*, 2 Stat. 207 (1803).

<sup>1705</sup> *Carta a los gobernadores de los estados*, 25 de febrero de 1803. Volumen X. Pág. 365. “None but an armed nation can dispense with a standing army”.

<sup>1706</sup> *Second Annual Message*, 15 de diciembre de 1802. Volumen III. Pág. 346. “Considering that our regular troops are employed for local purposes, and that the militia is our general reliance for great and sudden emergencies, you will doubtless think this institution worthy of a review, and give it those improvements of which you find it susceptible.”

<sup>1707</sup> Los buques británicos asaltaron numerosos barcos estadounidenses, incorporando a su tripulación a marineros con nacionalidad de los Estados Unidos por haber nacido en Gran Bretaña o por mera arbitrariedad gracias a las dificultades para diferenciar la nacionalidad de los anglófonos. Cf. *Carta a Monsieur La Motte*, 30 de agosto de 1791. Volumen VIII. Págs. 238-239. El incidente más grave fue el protagonizado por el buque británico Leopard al abordar, en aguas de los Estados Unidos, a la fragata USS Chesapeake y capturando tripulantes con la excusa de ser desertores o de ser británicos de nacimiento. Jefferson intentó responder con contundencia militar pero los recortes dejaron claras las limitaciones militares de los Estados Unidos.

milicianos estatales que serían llamados por el Presidente según considerase en cada momento<sup>1708</sup>.

Los esfuerzos jeffersonianos, como hemos podido comprobar, se dirigieron a la Milicia y no al Ejército. La idea de que la Milicia sustituyera al Ejército de los Estados Unidos, en tiempos de paz y en los primeros doce meses de una guerra<sup>1709</sup>, chocaba una y otra vez con la desorganización de las milicias estatales.

Las milicias no tenían una estructura uniforme en cada uno de los estados, de forma que la efectividad de éstas se veía reducida. La clasificación de los milicianos por edades para poder formar unidades con cierta coherencia y con capacidad operativa lejos de su territorio fue una constante<sup>1710</sup>. Jefferson insiste en la necesidad de esta clasificación para poder seguir el modelo napoleónico que Jefferson considera el “verdadero secreto de su éxito”<sup>1711</sup> que no era otro que el servicio militar obligatorio de los jóvenes<sup>1712</sup>. En 1807 proyectaba armar y entrenar a cuarenta mil jóvenes cada año<sup>1713</sup> y en 1808 reconoce la necesidad de tener un fuerte ejército de tierra y se decanta por un ejército miliciano compuesto por una fuerza bien entrenada, seleccionada a partir del inmenso contingente de la Milicia, que estaría compuesto por doscientos cincuenta mil milicianos de entre veinte y veintiséis años<sup>1714</sup>, lo que se ha denominado “select Militia”<sup>1715</sup>.

Respecto de las fuerzas navales Jefferson llevó a cabo una involución respecto a los años federalistas. El Presidente Adams había iniciado un programa de rearme naval a causa de la *Quasi-War* y que al jurar el cargo Jefferson se encontró con una flota grande y nueva. El día antes de su toma de posesión el Congreso había autorizado la venta de algunos de los nuevos barcos, la reserva de otros y el mantenimiento de una flota mínima, cuya mayor parte estaba siendo empleada en el Mediterráneo<sup>1716</sup>.

<sup>1708</sup> *An Act authorizing a detachment from the militia of the United States*, 2 Stat. 383 (1806). Esta autorización fue renovada por una nueva ley de 1809: 2 Stat. 478 (1809).

<sup>1709</sup> *Carta a Levi Lincoln*, 23 de marzo de 1808. Volumen XII. Págs. 23-24.

<sup>1710</sup> En los estados sureños existía la convicción de que la principal función de la Milicia era la represión de las revueltas de los esclavos. Roger G. Kennedy: *Burr, Hamilton, and Jefferson. A Study in Character*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2000. Pág. 250.

<sup>1711</sup> *Carta a James Madison*, 5 de mayo de 1807. Volumen XI. Págs. 202-203. Tras abandonar la Presidencia no dejó de ocuparle este asunto. Cf. *Carta a William Short*, 15 de noviembre de 1807. Volumen XI. Pág. 394. *Carta a Samuel Brown*, 27 de octubre de 1808. Volumen XII. Pág. 184. *Carta a Tadeusz Kosciuszko*, 26 de febrero de 1810. Volumen XII. Págs. 368-369.

<sup>1712</sup> Cuando durante el curso de la Guerra de 1812 los republicanos propusieron la llamada obligatoria a filas Daniel Webster le preguntó al secretario de Defensa, James Monroe, si era compatible con un gobierno libre. Forrest McDonald: *Op. Cit.*, Pág. 69.

<sup>1713</sup> *Carta a Tench Coxe*, 27 de marzo de 1807. Volumen XI. Pág. 16-17.

<sup>1714</sup> *Carta al General John Armstrong*, 2 de mayo de 1808. Volumen XII. Págs. 43-44.

<sup>1715</sup> Jack Rakove: “The Second Amendment: the Highest Stage of Originalism” en *Chicago-Kent Law Review*. Núm 1. Volumen 76 (2000). Pág. 108.

<sup>1716</sup> *An Act providing for a Naval peace establishment, and for other purposes*, 1 Stat. 110 (1801).

La alternativa jeffersoniana a una armada fue la construcción masiva de cañoneros, pequeños barcos dotados de algunos cañones, pensados únicamente para la defensa costera. De hecho la idea era que solamente una parte de los cañoneros entrara en servicio para que el resto permaneciera en unas bases terrestres por si era preciso su empleo<sup>1717</sup>. Complementariamente a la flota de cañoneros nos encontramos con la tradicional concesión de patentes de corso, como en la Guerra Revolucionaria y en la *Quasi-War*, e incluso con el posible empleo de saboteadores en territorio británico<sup>1718</sup>.

Si un ejército era costoso<sup>1719</sup>, mucho más lo era una armada, como Jefferson le indicaba a Thomas Paine en una carta de 1807<sup>1720</sup>. Nuestro autor consideraba que la posesión de una armada implicaba asumir un gasto enorme, que solamente sería financiable empleando esa armada en conseguir ventajas comerciales que justifiquen financieramente su tenencia y mantenimiento y que se perderían sin la misma.

En opinión de Jefferson todo lo anterior había sido el triángulo vicioso que había llevado a Gran Bretaña a tiranizar los mares:

No se puede dudar por más tiempo de que Gran Bretaña tiene la intención de reclamar el océano como su conquista, sin sufrir por una sola lancha, como ellos lo expresan, poder atravesarlo pagándoles una tasa de tránsito para sostener la misma flota que tiene como finalidad mantener a las naciones bajo tributo y afianzar el yugo alrededor de sus cuellos. Aunque su gobierno nunca ha reconocido abiertamente esto, sus órdenes del consejo, en su forma original, estuvieron fundadas en este principio.<sup>1721</sup>

En el pensamiento jeffersoniano, la política británica no es fruto de la política de un rey o de su gobierno, sino que es una consecuencia de su sistema social y económico<sup>1722</sup>. A la célebre baronesa Staël-Holstein, de hija Jacques Necker, celeberrimo ministro de finanzas de Luis XVI, le señala en una carta:

<sup>1717</sup> *Carta a Robert Smith*, 7 de enero de 1808. Volumen XI. Pág. 416.

<sup>1718</sup> *Carta a William Duane*, 4 de agosto de 1812. Volumen XIII. Págs. 180-181. *Carta a Thaddeus Kosciusko*, 5 de agosto de 1812. Volumen XIII. Págs. 182-183.

<sup>1719</sup> Ya en 1791 propugnaba la necesidad de una acción militar terminante que acabase definitivamente con el problema de los ataques predatorios de los indios sobre la frontera, pues consideraba que estos ataques podrían ser la excusa perfecta que justificase un ejército permanente y una deuda pública para mantenerlo. *Carta a Charles Carroll of Carrollton*, 5 de abril de 1791. Volumen VIII. Págs. 177-178.

<sup>1720</sup> *Carta a Thomas Paine*, 6 de septiembre de 1807. Volumen XI. Pág. 362.

<sup>1721</sup> *Carta a John Hollins*, 5 de mayo de 1811. Volumen XIII. Pág. 58. "It can no longer be doubted that Great Britain means to claim the ocean as her conquest, and to suffer not even a cock-boat, as they express it, to traverse it but on paying them a transit duty to support the very fleet which is to keep the nations under tribute, and to rivet the yoke around their necks. Although their government has never openly avowed this, yet their orders of council, in their original form, were founded on this principle."

<sup>1722</sup> *Carta a Caesar A. Rodney*, 10 de febrero de 1810. Volumen XII. Pág. 357. *Carta a Samuel Brown*, 14 de Julio de 1813. Volumen XIII. Pág. 312.

Inglaterra es en principio la enemiga de todas las naciones marítimas, como Bonaparte lo es de todas las continentales y pongo al mismo nivel de insulto al entendimiento humano la pretensión de conquistar el océano con la de establecer derechos continentales, la de conquistar el continente con la de restaurar derechos marítimos. No, mi querida dama, el objetivo de Inglaterra es el permanente dominio del océano y el monopolio del comercio mundial.<sup>1723</sup>

Siendo Presidente James Madison (1809-1817), los Estados Unidos declararon la guerra al Reino Unido tras sufrir innumerables provocaciones y con la convicción de que la distancia y las guerras europeas iban a ser determinantes para obtener una victoria rápida y segura. Pese a que las milicias estadounidenses llegaron a tomar porciones del territorio canadiense, el fin del conflicto europeo permitió a los británicos dirigir sus tropas a Norteamérica<sup>1724</sup> y lanzar una serie de ofensivas que llevaron a reconocer a Jefferson que el primer año había sido “desastroso”<sup>1725</sup>.

Los Estados Unidos, independientemente de las razones, declararon una guerra para la que no estaban preparados. Fue un acto temerario. Casi doce años de recortes militares<sup>1726</sup> y una Milicia que no conseguía parecerse a los ejércitos revolucionarios franceses, hicieron que el desastre militar tuviera como símbolo la quema del Congreso y la Casa Blanca por parte de las tropas británicas.

La *Royal Navy* dio rápida cuenta de los cañoneros jeffersonianos y los estadounidenses únicamente encontraron respaldo en la efectiva acción de los barcos que actuaban con patente de corso de la joven República. A ello se unió la imposibilidad de financiar el esfuerzo bélico, porque el Banco de los Estados Unidos había sido disuelto al vencer el periodo de su fundación y no ser renovado por los demócratas-republicanos poco antes del comienzo de la Guerra. A causa de ello el Gobierno Federal no tenía medios institucionales para endeudarse de una forma rápida, masiva y efectiva<sup>1727</sup>.

---

<sup>1723</sup> *Carta a la baronesa Staël-Holstein*, 24 de mayo de 1813. Volumen XIII. Pág. 239. “England is, in principle, the enemy of all maritime nations, as Bonaparte is of the continental; and I place in the same line of insult to the human understanding, the pretension of conquering the ocean, to establish continental rights, as that of conquering the continent, to restore maritime rights. No, my dear Madam; the object of England is the permanent dominion of the ocean, and the monopoly of the trade of the world.”

<sup>1724</sup> Desde los tiempos en los que Jefferson desde París proponía enmiendas a la Constitución, tal y como había sido aprobada en Filadelfia, afirmaba que los Estados Unidos no necesitaban tropas regulares ya que ninguna nación europea iba a embarcar un ejército para invadirlos. Véase *Carta a James Madison*, Volumen VII. Pág. 98.

<sup>1725</sup> *Carta a William H. Crawford*, 11 de febrero de 1815. Volumen XII. Págs. 241-242. “The first year of our warfare by land was disastrous. Detroit, Queenstown, Frenchtown, and Beaver Dam, witness that.”

<sup>1726</sup> Henry James: *History of the United States during the First Administration of Thomas Jefferson*. *Op.Cit.* Pág. 242.

<sup>1727</sup> Maldwyn A. Jones: *Op. Cit.*, Pág. 100.

#### 1.4. Una Milicia selecta

Pese al fracaso de la Milicia de los Estados Unidos para contener al ejército regular británico<sup>1728</sup>, Thomas Jefferson no cejó en su empeño de encomendar a la Milicia la defensa del país, porque entendía que el fracaso se debía a una cuestión organizativa, la imposibilidad de hacer la clasificación y el entrenamiento de los llamados a filas, y no a una cuestión de fondo. Su apuesta era una Milicia selecta, no una milicia de todo el pueblo<sup>1729</sup>.

En una carta a Thomas Cooper a finales de 1814, en el tercer año de la Guerra, nuestro autor insiste en su postura ¿Por qué lo hace? Thomas Jefferson entiende que los grandes modelos republicanos, el griego y el romano, tienen como característica inherente la existencia de ciudadanos-soldados, por lo que una de las funciones primordiales de cualquier Estado, su defensa y subsistencia, es ejercida por sus miembros<sup>1730</sup>.

Un ejército de ciudadanos-soldados es parte de la sociedad a la que sirve y es más difícil que se convierta en un instrumento de opresión o de represión contra sus conciudadanos que un ejército mercenario. Jefferson vio como las tropas extranjeras de Luis XVI fueron las elegidas para interponerse entre el Rey y los parisinos en julio de 1789 en la plena confianza de que ellas sí atacarían a los civiles, mientras que la mayor parte de las tropas francesas o bien se habían unido a los revolucionarios, o bien se habían negado a reprimir a los civiles.

El ejército de soldados-ciudadanos no es solamente un antídoto contra el empleo tiránico de las fuerzas militares, sino que es una de las formas de vertebración de la sociedad. No en vano en el diseño territorial e institucional que Jefferson perfila cualquiera de los diferentes gobiernos, desde el Gobierno Federal al *ward*, pasando por el estado y el condado tenían competencias militares<sup>1731</sup>.

La Historia Clásica avala la efectividad de ese modelo militar no sólo para tener seguridad en las fronteras, sino incluso para expandir un imperio como fue el caso de Roma. No es únicamente un reflejo de unos éxitos que solamente encontramos en los libros de Historia el único argumento para este tipo de ejército, sino que los triunfos de

<sup>1728</sup> Jerry Cooper: "Militia and National Guard" en John Whiteclay Chambers II (ed.): *Oxford Companion to American Military History*. Oxford University Press. Oxford y otros, 1999. Pág. 441.

<sup>1729</sup> Jack Rakove: "The Second Amendment: the Highest Stage of Originalism". *Op. Cit.* Pág. 108.

<sup>1730</sup> *Carta a Thomas Cooper*, 10 de septiembre de 1814. Volumen XIV. Págs. 184-186. Sobre este punto, véase Javier Hernández-Pacheco: *El Duelo de Athenea. Reflexiones Filosóficas sobre Guerra, Milicia y Humanismo*. Encuentro. Madrid, 2008.

<sup>1731</sup> *Carta a Samuel Kercheval*, 12 de julio de 1816. Volumen XV. Pág. 39.

los ejércitos de la Francia revolucionaria y luego napoleónica avalaban la excelencia militar del pueblo en armas.

La Milicia de los Estados Unidos, en la idea jeffersoniana, debía ser un ejército de ciudadanos en la primera parte de la veintena, obligados jurídicamente y que podía ser empleada en cualquier parte del territorio, siguiendo el modelo francés. La Milicia podría ser reforzada por voluntarios y por tropas regulares (profesionales o mercenarias). La Milicia no respondería a la idea “romántica” de ciudadanos de todas las edades llamados a filas en caso de necesidad, sino a la de un ejército republicano, un ejército estable aunque no un ejército permanente (mercenario)<sup>1732</sup>. La diferencia radica en la consideración del ejército de ciudadanos frente a la idea de un ejército del gobierno, que pudiera frenar la tiranía en lugar de ser el instrumento de la misma<sup>1733</sup>.

Y no hay otra posibilidad tal y como Jefferson entiende la República de los Estados Unidos. Como veremos, propiedad y ciudadanía no guardaban una relación donde la primera es causa y la segunda es efecto, sino que la ciudadanía tenía que ser dotada de propiedad. En un Estado donde esto se haga, sus ciudadanos serán propietarios, no habrá miseria y por tanto no será posible encontrar hombres dispuestos a dejarse matar en cualquier guerra por ganar un sueldo<sup>1734</sup>: “donde no hay opresión, no hay mercenarios pobres”<sup>1735</sup>.

Nuestro autor tenía claro que las víctimas de la guerra son los pobres. Víctimas porque son la carne de cañón con la que se forman los regimientos y además porque padecen con más intensidad los rigores de la guerra. Lo expresa a propósito de los hechos revolucionarios y postrevolucionarios en Francia:

Robespierre encontró el destino, y su memoria la execración, que tan justamente merecía. Los ricos fueron sus víctimas, y perecieron por miles. Se cuentan por millones a los pobres que Bonaparte destruye, y es elogiado y deificado por los aduladores incluso pertenecientes a la ciencia. Estos merecen más que el simple olvido al que serán relegados; y llegará el día en que una posteridad justa dará a su héroe la única preeminencia que ha ganado, la de haber sido el más grande de los destructores de la

---

<sup>1732</sup> Comenta en una carta las dificultades que han imposibilitado conseguir la aprobación de una milicia de treinta mil hombres a cambio de tierra en la orilla occidental del río Mississippi y para la defensa de Nueva Orleans. Dice que la causa es que “el espíritu de este país es totalmente contrario a una fuerza militar grande aunque fuera una fuerza miliciana. Cf. *Carta a Chandler Price*, 28 de febrero de 1807. Volumen XI. Pág. 160.

<sup>1733</sup> John Taylor: *An Enquiry into Principles and Policy of the Government of the United States*. Routledge. Londres, 1950. Págs. 396-397.

<sup>1734</sup> John Keegan: *A History of Warfare*. Vintage Books. Nueva York, 1993. Pág. 364.

<sup>1735</sup> *Carta a James Monroe*, 18 de junio de 1813. Volumen XIII. Pág. 261. “Where there is no oppression there will be no pauper hirelings.”

raza humana. ¡Qué año de su vida militar no ha enviado a un millón de seres humanos a la muerte, a la pobreza y la miseria!<sup>1736</sup>

Al finalizar la Guerra de 1812, Jefferson cree que ésta ha fortalecido el espíritu patriótico, ha mostrado las fortalezas y las debilidades de la República y que, en definitiva, ha mostrado “la excelencia de la democracia representativa comparada con el desgobierno de los reyes”.<sup>1737</sup>

¿Es el ejército profesional la tumba de las clases pobres? Esta pregunta ha estado presente a nuestros días. Desde la Guerra de Vietnam los Estados Unidos tienen un ejército completamente profesional y es objeto de discusión si el reclutamiento tiene un sesgo social e incluso étnico. Dos de los estudios más importantes descartan el sesgo étnico, pero sí admiten el económico<sup>1738</sup>, de modo que se corroboraría al menos parcialmente la afirmación jeffersoniana.

### **1.5. Thomas Jefferson y la interpretación de la Segunda Enmienda en *District of Columbia contra Heller***

Lo expuesto anteriormente es importante a la hora de establecer el significado que Jefferson dio a la Segunda Enmienda. La misma le satisfizo en su lucha contra los ejércitos permanentes, ya que no volvió a proponer una enmienda en la materia, de forma que ello manifiesta que el objeto de la enmienda era proteger el derecho a poseer y a portar armas ordenado a tener “a well regulated Militia”, es decir, a que los ciudadanos armados formasen las unidades milicianas estatales. La ley de 1792 es una prueba en este sentido ya que exigía, de acuerdo con la Segunda Enmienda que había

---

<sup>1736</sup> *Carta a la Baronesa Staël-Holstein*, 24 de mayo de 1813. Volumen XIII. Pág. 237. “Robespierre met the fate, and his memory the execration, he so justly merited. The rich were his victims, and perished by thousands. It is by millions that Bonaparte destroys the poor, and he is eulogized and deified by the sycophants even of science. These merit more than the mere oblivion to which they will be consigned; and the day will come when a just posterity will give to their hero the only preeminence he has earned, that of having been the greatest of the destroyers of the human race. What year of his military life has not consigned a million of human beings to death, to poverty and wretchedness!”

<sup>1737</sup> *Carta a Peter Hercules Wendover*, 13 de marzo de 1815. Volumen XIV. Pág. 279. “I consider the war, [...] has manifested the strong and the weak parts of our republican institutions, and the excellence of a representative democracy compared with the misrule of kings”.

<sup>1738</sup> Amy Lutz sostiene que el sesgo económico o de estratificación social recorre todo el reclutamiento, mientras que el estudio mientras que Watkins y Sherk sostienen la existencia de este mismo sesgo, pero lo concentran en los oficiales, esto es, que entre los oficiales hay una sobrerrepresentación de las clases altas respecto al peso relativo de esas mismas clases en la sociedad en general. Véanse Amy Lutz: “Who Joins the Military?: A Look at Race, Class, and Immigration Status” en *Journal of Political and Military Sociology*. Núm. 2. Volumen 36. Págs. 167-188. Shanea J. Watkins y James Sherk: “Who Serves in the U.S. Military? Demographic Characteristics of Enlisted Troops and Officers”. Center Data Analysis. The Heritage Foundation. Disponible en: <https://www.heritage.org/defense/report/who-serves-the-us-military-the-demographics-enlisted-troops-and-officers>

sido ratificada en 1791, que fueran los ciudadanos llamados a la Milicia los que aportasen su armamento.

Esta consideración es especialmente relevante cuando Thomas Jefferson fue una de las fuentes empleadas por el juez del Tribunal Supremo Antonin Scalia<sup>1739</sup>, ponente en la sentencia del caso *District of Columbia contra Heller*<sup>1740</sup>, para desentrañar el sentido “original” de la Segunda Enmienda. Mantiene Scalia que la Enmienda tiene dos partes, una introductoria y otra propiamente regulatoria, de forma que la mención a la “milicia” debe considerarse como una referencia a los hombres capaces de formar parte de la Milicia y no como a la institución militar, de modo que el derecho a poseer y portar armas se convierte en un derecho autónomo y pleno, dejando de ser un derecho instrumental como previamente había sido considerado.

Dos fueron las menciones a Thomas Jefferson que hizo el juez Scalia<sup>1741</sup> en esta sentencia. En la primera se refería a que en su primer borrador para la constitución de Virginia Jefferson incluyó la siguiente prohibición: “A ningún hombre libre le será nunca negado el uso de las armas”. A partir de ahí Scalia dedujo un derecho autónomo, omitiendo el contexto de la expresión que no es otro que la prohibición de los ejércitos permanentes en tiempos de paz<sup>1742</sup>. La segunda mención de Jefferson proviene de la carta por él dirigida a Destutt de Tracy el 26 de enero de 1811 en la que señalaba:

Mientras que esto puede paralizar a un solo estado, en el que [el tirano] está acampado, los otros dieciséis estados, expandidos por un país de dos mil millas de diámetro, se alzarían por todos los lugares, listos para deliberar en una legislatura constitucional y para actuar por medio de su gobernador, constitucionalmente comandante de la milicia del estado, es decir, de cada hombre del estado capaz de portar armas, y esa milicia, también organizada regularmente en regimientos y batallones, tanto de infantería,

<sup>1739</sup> De hecho el juez Scalia, que fue quien redactó la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo (decisión 5-4), reconoció en una importante conferencia que Thomas Jefferson, junto a los escritos en *The Federalist Papers* de John Jay, James Madison y Alexander Hamilton, eran fuentes muy relevantes a la hora de conocer “the original meaning of the text”. Vid. Antonin Scalia: *Op. Cit.*, 112.

<sup>1740</sup> *District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 570 (2008).

<sup>1741</sup> *District of Columbia contra Heller* 554 U.S. 570, 595-596, 602 (2008).

<sup>1742</sup> Véase Primer borrador de la Constitución de Virginia, junio de 1776. El contexto de la prohibición jeffersoniana es el siguiente y recuerda mucho al *Bill of Rights* de la Constitución Federal [la negrilla es nuestra]:

“All persons shall have full & free liberty of religious opinion, nor shall any be compelled to frequent or maintain any religious service or institution [but seditious behavior to be punble <by> by civil magistrate accdg to the laws already made or hereafter to be made.]

**No freeman shall ever be debarred the use of arms.**

<No souldier shall be capable of continuing in>

there shall be no standing army but in time of <peace> actual war

Printing presses shall be free, except <so far as they or their managers shall be subject themselves to the private action of any individual> where by commission of private injury they shall give cause of private action”



caballería y artillería, entrada bajo el mando de oficiales generales y sus subordinados, nombrados legalmente, siempre dispuestos y que ya poseen la costumbre de obedecer.<sup>1743</sup>

Como se puede observar al hablar de “milicia”, Jefferson se refería a una fuerza militar comandada constitucionalmente cuyos componentes son todos los hombres capaces de portar armas, dentro de una organización legal que hace de esta fuerza una milicia bien regulada, que fue uno de los objetivos de la política militar de Jefferson durante su Presidencia<sup>1744</sup>. No entendió Jefferson que “milicia” no aludía a “milicia legal” y sí al conjunto de hombres libres armados sin más como concluye Scalia.

Sin entrar sobre los demás aspectos de la interpretación constitucional que realiza el Tribunal Supremo a través de Anthony Scalia a lo largo de la sentencia, que están más allá de nuestro objeto de estudio, sí se puede afirmar que la interpretación que hace de Thomas Jefferson se funda en citas descontextualizadas, porque leídas dentro de su contexto, como acabamos de examinar, el significado es otro<sup>1745</sup>.

Tampoco podemos encontrar en Thomas Jefferson la idea de que la Segunda Enmienda constitucionalizaba un derecho a la resistencia, positivización que sí se dio en algunas constituciones estatales<sup>1746</sup>. Como hemos señalado anteriormente sí considera que las rebeliones y las revueltas son propias de vivir en un Estado libre, pero no por ello proliferan más que en otras formas de gobierno e incluso en los Estados Unidos son, a pesar de ello, menos frecuentes que en Estados no libres<sup>1747</sup>.

---

<sup>1743</sup> *Carta a Destutt de Tracy*, 26 de enero de 1811. Volumen XIII. Págs. 19-20. “While that may paralyze the single State in which it happens to be encamped, sixteen others, spread over a country of two thousand miles diameter, rise up on every side, ready organized for deliberation by a constitutional legislature, and **for action by their governor, constitutionally the commander of the militia of the State, that is to say, of every man in it able to bear arms; and that militia, too, regularly formed into regiments and battalions, into infantry, cavalry and artillery, trained under officers general and subordinate, legally appointed, always in readiness, and to whom they are already in habits of obedience.**” [la negrilla es nuestra].

<sup>1744</sup> Sobre el sentido de la “milicia” y el entendimiento de la Segunda Enmienda véase: Jack Rakove: “The Second Amendment: the Highest Stage of Originalism” *Op. Cit.*, Págs. 110-112.

<sup>1745</sup> Sobre las mutilaciones que hacen de los textos y de la Historia los principales defensores del derecho autónomo, véase en *Ibidem*. Págs. 161-162. Un constitucionalista académico que mantiene la postura de Scalia es Akhil Reed Amar: *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*. Yale University Press. New Haven y Londres, 1998. Págs. 47-59. Véase el análisis lingüístico en Stephen P. Halbrook: “What de framers intended: a linguistic analysis of the right to ‘bears arms’” en *Law and Contemporary Problems*. Volumen 49. Núm 1. (1986). Págs. 151-162.

<sup>1746</sup> Steven J. Heyman : “Natural Rights and the Second Amendment” en *Chicago-Kent Law Review*. Núm. 1 Vol 76 (2000). Pág. 266. López Vicen, Felipe: *Op. Cit.*, Págs. 100-101.

<sup>1747</sup> *Carta a James Madison*, 30 de enero de 1787. Volumen VI. Págs. 66-67. Más que rebelión se vivía en las primeras décadas lo que Kramer con gran acierto denominó “constitucionalismo popular”, en el que la decisión multitudinaria, pero no anárquica, del pueblo era un elemento más de la comprensión de la aplicación de la Constitución. Véase Larry D. Kramer: *Op. Cit.*, Págs. 9-34. John Adams tuvo una visión menos complaciente con la rebelión de Shays y reprochó a Jefferson su actitud al estar en París durante

Que Jefferson defendiera un *ius resistentiae* como derecho natural no quiere decir que lo viera constitucionalizado en la Segunda Enmienda. Mantuvo que numerosas instituciones políticas eran sustitutas de la espada o como venimos denominándolas, resistencia institucionalizada. No se encuentra en sus escritos la consideración de que la Segunda Enmienda confiriese el derecho a resistencia, más bien, su defensa de la Milicia, como organización, era la institucionalización de esa resistencia frente a un uso despótico del ejército federal permanente<sup>1748</sup> que la Constitución permitía poseer aún en tiempos de paz. A partir de Jefferson no se puede reconocer un derecho individual y autónomo a tener y portar armas<sup>1749</sup>, una idea aún más extraña en un Presidente partidario de la *strict construction* de la Constitución<sup>1750</sup> y que firmó sin ningún reparo la ley que posibilitaba emplear la fuerza militar (Milicia, Armada y Ejército) para reprimir insurrecciones y la aplicó como hemos visto anteriormente (epígrafe 4 del Capítulo IV)<sup>1751</sup>.

## 2. La deuda pública

El sistema de endeudamiento de los monarcas había cambiado desde el Renacimiento al siglo XVIII. En los albores de la Edad Moderna los reyes pedían dinero a un banquero o a varios, a través de un empréstito, dependiendo de la voluntad de unos pocos y estando prácticamente sometidos a sus condiciones. El endeudamiento en el siglo XVIII tuvo un cambio de sistema, ya que frente a los préstamos en dinero en metálico los bancos comenzaron a titularizar la deuda por medio de billetes transmisibles al portador<sup>1752</sup>.

---

los acontecimientos, así ante otros hechos. Vid. *Carta a John Adams a Thomas Jefferson*, 30 de junio de 1813. Volumen XIII. Págs. 298-299.

<sup>1748</sup> Rakove mantiene que la Segunda Enmienda lo que hace es garantizar que el Gobierno Federal no pueda desarmar a las milicias estatales. Jack Rakove: "The Second Amendment: the Highest Stage of Originalism" *Op. Cit.*, Págs. 161-162. Véase también en Charles J. Dunlap: "Revolt of the Masses. Armed civilians and the insurrection theory of the Second Amendment" en *Tennessee Law Review*. Volumen 62 (1995). Págs. 653-655 y en Roy G. Weatherup: "Standing Armies and Armed Citizens: An Historical Analysis of The Second Amendment" en *Hasting Constitutional Law Quarterly*. Volumen 2 (1975). Pág. 1000.

<sup>1749</sup> Charles J. Dunlap sostiene que la idea de que una ciudadanía armada o incluso una milicia popular fueran obstáculo a un ejército regular sin restricciones políticas o sociales a la consecución de la victoria era ya absurdo en el siglo XVIII. La misma victoria en la Guerra de Independencia se debió a que el Ejército Continental se convirtió en una fuerza homologable a las europeas y dejó de ser la romántica milicia de granjeros que muchos mitificaron. Cf. Charles J. Dunlap: *Ibidem*. Págs. 656-659.

<sup>1750</sup> En la propuesta original de James Madison del *Bill of Rights* se incorporó el reconocimiento del derecho de resistencia en la Constitución Federal y fue rechazada por el Comité. No es sensato pensar que si la propuesta directa fue rechazada, se escondiese con tanta ambigüedad en la Segunda Enmienda un derecho autónomo. Cf. Steven J. Heyman: *Op. Cit.*, Pág. 278.

<sup>1751</sup> *An Act authorizing the employment of the land and naval forces of the United States, in cases of insurrections*. 2 Stat. 443 (1807).

<sup>1752</sup> En el siglo XVIII algunas de las economías más dinámicas de Europa ya utilizaba el papel moneda, aunque en numerosos sectores políticos y financieros la quiebra del sistema de John Law en Francia, en

El problema de la deuda pública que se transmitía a través de la emisión de papel moneda interesó a los intelectuales de la Ilustración y entre ellos a dos grandes y diferentes pensadores como David Hume e Immanuel Kant. Hume sostuvo que la deuda pública es causa de cinco males:

1. Produce una fuerte acumulación de capital por sí mismo.
2. Retira todo el oro y la plata del comercio.
3. Los impuestos establecidos para pagar la deuda recaen sobre los más pobres.
4. Cuanta más deuda nacional tengan los poseedores extranjeros, más tributaria es una nación de ellos.
5. La deuda nacional fomenta una clase rentista y parasitaria<sup>1753</sup>.

Immanuel Kant vincula la preservación de la paz internacional en la prohibición de financiar las guerras por medios de deuda pública, haciéndose eco de la queja de David Hume sobre la extensión de la deuda británica. Kant mantiene que la posibilidad de endeudarse fácilmente, como habían inventado los ingleses, permitía mantener una constante actitud proclive a la guerra, que desviaba los recursos de fines que podían procurar la mejora moral de la Humanidad<sup>1754</sup>.

La relación entre deuda, guerra e institución militar será evidente en los años del nacimiento de los Estados Unidos, pues la Guerra Revolucionaria se edificó sobre un gigantesco endeudamiento, ya que los gastos bélicos de las Trece Colonias se dispararon en el largo conflicto que les enfrentó con Gran Bretaña. Jefferson llega a afirmar que esa deuda en billetes “arruinó a los individuos, pero salvó la República”<sup>1755</sup>.

La Guerra Revolucionaria había dejado endeudados a los estados de los Estados Unidos y solamente podían afrontar el pago de la deuda que vencía emitiendo más

1720, había hecho desconfiar del sistema. Jefferson nunca consideró fiable el papel moneda y se sorprendió de su amplia aceptación en los países anglosajones. Cf. *Carta a John W. Eppes*, 6 de noviembre de 1813. Volumen XIII. Págs. 404-409 y 419-426.

<sup>1753</sup> David Hume: “Of Public Credit” en *The Philosophical Works of David Hume. In Four Volumes*. Adam Black and William Tait, Edimburgo, 1826. Vol. 3. Pág. 405.

<sup>1754</sup> Véase Immanuel Kant: “Ideas para una historia universal en clave cosmopolita” en Immanuel Kant: *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*. Tecnos. Madrid, 1994. Pág. 100. También *Sobre la paz perpetua*. Tecnos. Madrid, 1998. Pág. 8. La relación entre las deudas, la paz, la educación y el progreso moral de la Humanidad fue tratamos en un trabajo anterior: Manuel Calleja Salado: *Paz Perpetua, Derecho Cosmopolita y Utopía Moral en Immanuel Kant*. Trabajo de investigación del DEA. Departamento de Filosofía y Lógica y Filosofía de la Ciencia (Universidad de Sevilla). Inédito. Sevilla, 2013.

<sup>1755</sup> *Carta a Joseph C. Campbell*, 14 de enero de 1814. Volumen XIV. Pág. 77. “[...] old paper money of the Revolution, which ruined individuals but saved the republic [...]”.

deuda<sup>1756</sup>. El pago de la deuda era cuestión de consulta permanente a los diplomáticos estadounidenses en Europa<sup>1757</sup> e incluso dio lugar a algún episodio en el que los tribunales franceses ignoraron la inmunidad de jurisdicción de los Estados Unidos de acuerdo con el Derecho Internacional<sup>1758</sup>. La entrega de tierras a cambio de los títulos de deuda vencidos en manos de ciudadanos estadounidenses para descargar los ingresos para el pago de la deuda extranjera<sup>1759</sup>, fue una de las muchas ideas que se manejaron con la finalidad de hacer frente a un problema que tenía vacías las arcas de los estados y de la Confederación y que paralizaba cualquier decisión.

Una vez en vigor la Constitución de 1787, Alexander Hamilton consiguió, en una famosa negociación, que Madison y Jefferson apoyasen la federalización de la deuda de los estados con la finalidad de quitarles esa pesada losa y que fuera el Gobierno Federal, con más recursos recaudatorios en aquellos arcaicos sistemas, el que recobrarla la credibilidad financiera del Estado frente a terceros. Los dos virginianos a cambio consiguieron que la sede del Gobierno Federal se estableciese junto a Virginia y que su estado se beneficiase de un movimiento de dinero que Jefferson cifró en medio millón de dólares al año<sup>1760</sup>.

Hamilton fue el primer secretario del Tesoro y lideró la facción más radical de los federalistas durante los doce años de gobierno, hasta el ascenso de Jefferson a la Presidencia. Hamilton tenía en mente un plan económico expansivo<sup>1761</sup>, con diversos fondos de ayudas a determinados sectores económicos<sup>1762</sup>, así como la existencia de un ejército permanente y una armada desarrollada al servicio de la marina comercial.

El plan hamiltoniano implicaba el recurso permanente a la deuda como un medio más de financiación del Gobierno Federal<sup>1763</sup>, de modo que aquel nunca estaría libre

<sup>1756</sup> *Respuestas a las preguntas remitidas por Monsieur De Meusnier*. Volumen XVII. Págs. 54-57.

<sup>1757</sup> A título de ejemplo: *Carta a los señores van Staphorst*, 25 de octubre de 1785. Volumen V. Pág. 193. *Carta a Archibald Stuart*, 25 de enero de 1786. Volumen V. Págs. 258-259. *Carta a John Jay*, 22 de abril de 1786. Volumen V. Págs. 298-300. *Carta a Monsieur La Morliere*, 3 de junio de 1786. Volumen V. Págs. 345-346. *Carta a Monsieur De Creverecoeur*, 11 de julio de 1786. Volumen V. Págs. 369-370.

<sup>1758</sup> *Carta al conde de Montmorin*, 11 de septiembre de 1788. Volumen VII. Págs. 141-142. *Carta al Monsieur de Reyneval*, 1 de octubre de 1788. Volumen VII. Pág. 155.

<sup>1759</sup> *Carta a William Carmichael*, 18 de agosto de 1785. Volumen V. Pág. 79.

<sup>1760</sup> *Carta a George Gilmer*, 27 de junio de 1790. Volumen VIII. Pág. 52-53.

<sup>1761</sup> Robert E. Wright: *One Nation Under Debt. Hamilton, Jefferson, and the History of What We Owe*. McGraw Hill. Nueva York y otros, 2008. Págs. 123-160. Thomas K. McCraw: *The Founder and Finances. How Hamilton, Gallatin, and Other Immigrants Forged a New Economy*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 2012.

<sup>1762</sup> L. K. Caldwell: "Alexander Hamilton: Advocate of Executive Leadership" Op. Cit., Pág. 122.

<sup>1763</sup> En 1796 el representante republicano Albert Gallatin, que sería secretario del Tesoro con Jefferson, acusó a los federalistas de estar creando una *perpetual debt*. El término no era metafórico, dado que en la deuda británica, modelo de los federalistas, existía un tipo de título conocido como *perpetual debt* que no podían ser redimidos pero que ofrecían intereses en cada vencimiento sin límite en el tiempo. Thomas Jefferson emplea esta expresión una vez terminada su Presidencia en referencia a la aprobación

para dedicar la totalidad de sus ingresos a lo que decidiera y siempre estaría obligado a una cantidad cierta, la de la deuda, que habría de sumarse cada año a los gastos propios de su actividad. La deuda conlleva lógicamente intereses de forma que la porción de los gastos comprometidos para con la deuda serían progresivamente mayores si no se tomaban medidas de recortes de gastos por medio de una reducción del Gobierno Federal:

Nuestro Gobierno General se reducirá a los asuntos exteriores únicamente y dejará que nuestros asuntos se desenreden de los del resto de las naciones, excepto el comercio que será dirigido mejor por los comerciantes y más si les dejamos libres para dirigirse a sí mismos, y así nuestro Gobierno General puede ser reducido a una organización muy simple y nada cara: unos pocos deberes para ser realizados por unos pocos funcionarios.  
1764

## 2.1. Oposición al Banco Nacional

En la actualidad, con pocas excepciones, la emisión de papel moneda es un monopolio en mano de los Estados o de las entidades supranacionales que lo tienen encomendado, como el Banco Central Europeo. En el siglo XVIII el dinero en un sentido estricto eran las monedas con cierta proporción de algún metal precioso, plata u oro, mientras que el papel moneda representaba depósitos en esas monedas o bien eran títulos crediticios que se empleaban para pagar transacciones comerciales.

Los bancos emitían billetes a cambio de depósitos monetarios y prometían devolver el nominal y un interés. Una de las primeras instituciones, que Alexander Hamilton propuso crear, fue un banco nacional que además de ser un banco comercial, sería el depositario de los ingresos federales y podía prestar dinero y realizar operaciones de tesorería para el Gobierno Federal<sup>1765</sup>.

---

del nuevo Banco de los Estados Unidos durante el mandato de Madison Cf. *Carta a John W. Eppes*, 24 de junio de 1813. Volumen XIII. Pág. 270. En el contexto de una reforma de la Constitución de Virginia menciona la *perpetual debt* como impedimento para la independencia y la libertad. Cf. *Carta a Samuel Kercheval*, 5 de septiembre de 1816. Volumen XV. Pág. 39.

<sup>1764</sup> *Carta a Gideon Granger*, 13 de agosto de 1800. Volume X. Pág. 167. “[... ] our General Government be reduced to foreign concerns only, and let our affairs be disentangled from those of all other nations, except as to commerce, which the merchants will manage the better, the more they are left free to manage for themselves, and our General Government may be reduced to a very simple organization, and a very inexpensive one; a few plain duties to be performed by a few servants.” Véase también *Carta a Spencer Roane*, 9 de marzo de 1821. Volumen XV. Pág. 325.

<sup>1765</sup> Sobre los dos primeros Banks of the United States puede consultarse: John H. Wood: *Central Banking in Great Britain and the United States*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2011. Págs. 123-134. Murray N. Rothbard: *A History of Money and Banking in the United States. The Colonial Era to World War II*. Ludwig Mises Institute. Auburn, 2002. Págs. 68-90.

Thomas Jefferson tenía muy serias reticencias al endeudamiento como medio de financiación regular del Estado. Había sido testigo de la crisis financiera francesa que había sido la causa primera de la Revolución Francesa. Sin la urgente necesidad de tener nuevos ingresos, los parlamentos no hubieran tenido que oponerse al registro de los edictos, no se hubiera intentado la reforma judicial y mucho menos se hubieran convocados los Estados Generales para aprobar los nuevos impuestos. Unos Estados Generales que despertaron tales ímpetus de reforma radical en Francia que terminaron desbordando el estrechísimo interés y margen de la corte de Versalles<sup>1766</sup>.

La incapacidad de Luis XVI para tener una hacienda saneada, antes bien encontrarse cada momento más acuciado por las deudas, introdujo en Jefferson la idea de que la deuda pública no solamente era un lastre para la generación presente, sino para las venideras, pues era cierto que la situación financiera de Francia no era responsabilidad exclusiva de Luis XVI y sus ministros. Ya en su periodo como ministro en Francia encontramos escritos en los que muestra la necesidad de que las deudas que asuma una generación sean pagadas por esa misma generación. Reflexiona por carta a James Madison:

[...] suponga que Luis XIV o XV ha contraído deudas en nombra de la nación francesa por diez mil millones y la totalidad ha sido contraída en Holanda. El interés de esta suma sería de quinientos millones que es la totalidad de las rentas o de los ingresos netos del territorio de Francia. ¿Debería la presente generación de hombres de haberse retirado del territorio en el que la naturaleza les hace nacer y cedido a los holandeses? No, ellos tienen los mismos derechos sobre la tierra que los vio a nacer que tuvieron las generaciones precedentes. Estos derechos derivan no de ellos, sino de la naturaleza. Ellos, entonces, y su tierra están por naturaleza libres de las deudas de sus predecesores. Para presentar esto desde otro punto de vista, suponga que Luis XV, y sus contemporáneos, hubieran dicho a los prestamistas holandeses “dadnos el dinero que nosotros podamos comer, beber y disfrutar nuestros días con la condición de que vosotros no pediréis ningún interés hasta pasados treinta y cuatro años y entonces recibiréis un interés anual del quince por ciento”. El dinero es prestado en estas condiciones y es dividido entre el pueblo, comido, bebido, despilfarrado. ¿Habría la presente generación de estar obligada a emplear el producto de la tierra y de su trabajo para enmendar sus despilfarros? De ningún modo.<sup>1767</sup>

---

<sup>1766</sup> Eugene Nelson White: “The French Revolution and the Politics of Government Finance, 1770-1815” en *The Journal of Economic History*. Vol. 55, Núm. 2 (1995), pp. 227-255.

<sup>1767</sup> *Carta a James Madison*, 6 de septiembre de 1789. Volumen VII. Págs. 457-458. “To render this conclusion palpable, suppose that Louis the XIV and XV had contracted debts in the name of the French nation, to the amount of ten thousand millions, and that the whole had been contracted in Holland. The interest of this sum would be five hundred millions, which is the whole rent-roll or net proceeds of the territory of France. Must the present generation of men have retired from the territory in which nature produces them, and ceded it to the Dutch creditors? No; they have the same rights over the soil on which they were produced, as the preceding generations had. They derive these rights not from them, but from nature. They, then, and their soil are, by nature, clear of the debts of their predecessors. To present this in another point of view, suppose Louis XV. and his cotemporary generation, had said to

Jefferson rechaza que a las diversas generaciones de una comunidad política le sea aplicable el principio del Derecho Privado de la transmisión *mortis causa* de las deudas. Esta transmisión se hace de acuerdo con el Derecho Positivo que así lo dispone, pudiendo haberse dispuesto otra cosa, ya que entre las generaciones no impera el Derecho Positivo de cada comunidad política, sino el Derecho Natural en el que no existe tal derivación<sup>1768</sup>.

El futuro Presidente comienza a pensar que las constituciones deberían prever un límite temporal al endeudamiento del Estado, de forma que las generaciones venideras no tuvieran que asumir las graves decisiones de las generaciones pasadas y pudieran elegir por sí mismas qué parte del pasado quieren que continúe en vigor y cuál no.

En una carta a Madison establece los treinta y cuatro años, la duración convencional de una generación, como límite temporal del endeudamiento, pero tres días después, en carta a Richard Gem quien le había propuesto la cuestión relativa a la obligación de las futuras generaciones, reflexiona sobre la diferencia existente entre una generación en un sentido estático y una generación que se renueva continuamente y comienza un cálculo para determinar cuándo la mayoría de las personas que acordaron una deuda han dejado de existir. El resultado al que llega es de diecinueve años, esto es, cada diecinueve años se habrá dado una renovación de la mayoría de la población y por tanto no debería estar en vigor deudas que traigan causa de decisiones de más de esos diecinueve años<sup>1769</sup>.

Ya en 1789 vincula en su carta a James Madison la relación del límite al endeudamiento con la ruptura del bloqueo al proceso constituyente, es decir, es tan necesario que las deudas no se hereden, como que las constituciones sean reformables por cada generación<sup>1770</sup>.

James Madison contestó a Jefferson dándole contraargumentos en varios puntos. El primero era que la medida de los diecinueve años era una ficción, porque las generaciones son simultáneas; el segundo, que no se puede derivar ese derecho del Derecho Natural, sino a lo sumo de una disposición del Derecho positivo; el tercero, que si bien los pueblos pueden establecer libremente su constitución, no pueden afectar

---

the money lenders of Holland, give us money, that we may eat, drink, and be merry in our day ; and on condition you will demand no interest till the end of thirty-four years, you shall then, forever after, receive an annual interest of fifteen per cent. The money is lent on these conditions, is divided among the people, eaten, drunk, and squandered. Would the present generation be obliged to apply the produce of the earth and of their labor, to replace their dissipations? Not at all."

<sup>1768</sup> *Ibidem*. Págs. 458-459.

<sup>1769</sup> *Carta a Richard Gem*, 9 de septiembre de 1789.

<sup>1770</sup> *Carta a James Madison*, 6 de septiembre de 1789. Volumen VII. Págs. 459-460.

la propiedad adquirida de buena fe, de modo que es un poder limitado; el cuarto, que limitaciones temporales a la deuda comprometen la credibilidad de la deuda de un Estado; el quinto, que en Estados Unidos se ha establecido “un control efectivo al perro de la guerra” cuando se transfirió la capacidad de endeudarse desde el Ejecutivo al Legislativo<sup>1771</sup>.

Jefferson no retomó este asunto hasta 1813, cuando volvió a tratar esta cuestión precisamente a propósito del debate sobre la necesidad o no restablecer el Banco de los Estados Unidos tras la expiración de la vigencia de la ley que lo creó en 1791. En 1816, tras los evidentes problemas que la disolución del Banco de los Estados Unidos había causado durante la Guerra de 1812, se aprobó la nueva creación del Banco de los Estados Unidos<sup>1772</sup>, y una vez más Jefferson volvió sobre este asunto en sus cartas<sup>1773</sup> para rechazarlo por motivos de oportunidad y de constitucionalidad<sup>1774</sup>.

Propuso entonces que la deuda conllevara la creación de un impuesto específico para pagarla, de modo que los efectos de la deuda contraída se sintieran directamente sobre la sociedad que la había contratado. Naturalmente que el hecho de recibir dinero prestado implique un nuevo impuesto haría que la emisión de deuda tuviera un coste político inmediato sobre el que decide la emisión y no dejase sus efectos para el futuro, mientras que en el presente se puede emplear ese dinero sin pagar más impuestos.

Este impuesto inmediato y correlativo a la deuda lo consideró Thomas Jefferson como un mecanismo para impedir la quiebra nacional y que por tanto hiciera innecesario el recurso a la revolución, es decir, el impuesto es un mecanismo de resistencia institucionalizada:

Es una norma sabia y debería de ser fundamental en un gobierno predispuesto a valorar su crédito y al mismo tiempo a restringir el uso de éste dentro de los límites de sus facultades: ‘nunca tomar prestado un dólar sin establecer un impuesto en el mismo instante para pagar anualmente los intereses y el principal dentro del término acordado; y considerar que al impuesto como un compromiso para los créditos fundados en la fe pública’. Sobre un compromiso como éste, observado religiosamente, a un gobierno puede siempre dirigir, con un interés razonable, todo el dinero que sus ciudadanos pueden prestar, mientras que la necesidad un impuesto de la misma cuantía que lo

---

<sup>1771</sup> *Carta de James Madison a Thomas Jefferson*, 6 de septiembre de 1789.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248>

<sup>1772</sup> *An Act to incorporate the subscribers to the Bank of the United States*, 3 Stat. 266 (1816).

<sup>1773</sup> Por ejemplo *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Pág. 18. *Carta a William Plumer*, 21 de julio de 1816. Volumen XV. Págs. 46-47.

<sup>1774</sup> Como vimos anteriormente el asunto del Banco de los Estados Unidos renacería por tercera vez cuando el Presidente Andrew Jackson vetó la ley que extendía su vigencia sobre argumentos constitucionales, muchos de ellos de factura jeffersoniana. El texto del veto se encuentra disponible en: [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/ajveto01.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ajveto01.asp)



prestado es un aviso saludable al gobierno y a sus electores contra las opresiones, la bancarrota y su inevitable consecuencia, la revolución.<sup>1775</sup>

Un pueblo sin deudas pretéritas y un pueblo que puede determinar sin ataduras su constitución es un pueblo libre, libre de la tiranía del pasado. Si esto no ocurriera así los muertos tendrían más derechos que los vivos<sup>1776</sup>. Cuando una Constitución deviene en inmutable, es entregada a una élite de juristas que la interpretan de acuerdo con sus intereses, quedando el pueblo preterido del proceso constitucional, tal y como indicamos al tratar la revisión judicial.

El peso de la deuda pública ponía en cuestión la propia República. Una comunidad política es soberana solamente cuando sus decisiones no están sometidas a ninguna otra instancia política que no sea ella misma y cuando sus recursos no son sacados del país para pagar deuda exterior<sup>1777</sup>. La necesidad de satisfacer los compromisos de la deuda y mantener así la fe pública era una obligación política de primer orden y nunca estuvo en el pensamiento de Jefferson la idea de un impago voluntario. En la dura carta que le remitió al Presidente Washington presentándole su dimisión como secretario de Estado indicó que los republicanos, que él esperaba que fueran mayoría en el siguiente Congreso, no lo iban a deshacer todo, y menos aún el programa de deuda, porque sería contrario a la fe pública<sup>1778</sup>. En su primer discurso inaugural asocia directamente el pago de la deuda con la sagrada preservación de la fe pública y lo convierte en uno de los objetivos fundamentales de su Presidencia<sup>1779</sup>. La obligación de la deuda limitaba la capacidad electiva de los ciudadanos y de sus representantes y más cuando la deuda con la que debían cumplir era una onerosa herencia de sus antepasados.

Alexander Hamilton acusó ante al Presidente Washington a Jefferson de poner en peligro el pago de la deuda. Sobre la acusación de no querer pagar la deuda le contesta Jefferson a Washington:

---

<sup>1775</sup> *Carta a John W. Eppes*, 24 de junio de 1813. Volumen XIV. Pág. 269. "It is a wise rule, and should be fundamental in a government disposed to cherish its credit, and at the same time to restrain the use of it within the limits of its faculties, " never to borrow a dollar without laying a tax in the same instant for paying the interest annually, and the principal within a given term; and to consider that tax as pledged to the creditors on the public faith." On such a pledge as this, sacredly observed, a government may always command, on a reasonable interest, all the lendable money of their citizens, while the necessity of an equivalent tax is a salutary warning to them and their constituents against oppressions, bankruptcy, and its inevitable consequence, revolution."

<sup>1776</sup> *Carta a William Plumer*, 21 de julio de 1816. Volumen XV. Págs. 46-47.

<sup>1777</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 23 de mayo de 1792. Volumen VIII. Pág. 343.

<sup>1778</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 23 de mayo de 1792. Volumen VIII. Págs. 345-346.

<sup>1779</sup> *First Inaugural Address*, 4 de marzo de 1801. Volumen III. Pág. 269.

El Segundo cargo no es verdadero igualmente. La totalidad de mi correspondencia mientras estuve en Francia, cada palabra, carta y acto atribuible a mí desde mi regreso, prueban que no hay hombre que con intención más vehemente para ver que la deuda pública pagada religiosa y prontamente. Exactamente ésta es la diferencia entre la perspectiva del coronel Hamilton y la mía, que yo quería que la deuda se pagase mañana.<sup>1780</sup>

Jefferson respondió a la acusación de Hamilton indicándole que lo que él rechazaba no era el pago de la deuda, sino el sistema establecido por el Departamento del Tesoro de continuo endeudamiento<sup>1781</sup>. Su rechazo le llevaba a criticar los métodos de contabilidad de Hamilton, realmente modernos y adecuados, para decir que ocultan la deuda real y que las cuentas públicas deberían poder ser entendidas por un granjero<sup>1782</sup>.

Cuando en 1801 Jefferson acceda a la Presidencia, el Séptimo Congreso aprobará entre sus primeras decisiones una ley para la redención completa de la deuda de los Estados Unidos, una medida que se complementaría con otra sorprendente, la supresión de todos los impuestos federales interiores dejando solamente la tributación a los bienes importados. A todo ello se uniría el mayor recorte presupuestario que serían las fuerzas armadas.

Junto a todas las cuestiones antes planteadas hay que advertir una posibilidad de la que Jefferson se da cuenta rápidamente: la existencia y permanencia de una gran deuda pública puede permitir a un grupo de personas vivir sin trabajar, como la aristocracia inglesa, estableciéndose una clase de rentistas de la deuda pública que verán incrementar su patrimonio sin haber trabajado y detrayéndose también dinero de las inversiones a favor de la deuda<sup>1783</sup>, peligro del que David Hume ya advirtió.

## 2.2. Redención de la totalidad de la deuda

La ley aprobada el 29 de abril de 1802 establecía un fondo presupuestario con la única finalidad de ir adelantando, en la medida de lo posible, los pagos de la deuda

---

<sup>1780</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*. 9 de septiembre de 1792. Volumen VIII. Pág. 401. "2d. The second charge is equally untrue. My whole correspondence while in France, and every word, letter and act on the subject, since my return, prove that no man is more ardently intent to see the public debt soon and sacredly paid off than I am. This exactly marks the difference between Colonel Hamilton's views and mine, that I would wish the debt paid tomorrow;"

<sup>1781</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 23 de mayo de 1792. Volumen VIII. Pág. 342.

<sup>1782</sup> *Carta a James Madison*, 6 de marzo de 1796. Volumen IX. Pags. 323-324.

<sup>1783</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 23 de mayo de 1792. Volumen VIII. Págs. 343-344. *Carta al Abbé Salimankis*, 14 de marzo de 1810. Volumen XII. Pág. 379-380.

federal<sup>1784</sup>. El fondo estaba dotado con siete millones trescientos mil dólares, que suponía aproximadamente la mitad de los gastos del Gobierno Federal previstos para 1802, de modo que este ambicioso plan de redención de la deuda se proponía dejar al Gobierno Federal sin deuda en el plazo de aproximadamente doce años<sup>1785</sup>.

El plan era respetuoso con las regulaciones de la deuda anteriores y mantenía sus propios plazos de vencimiento, ya que una amortización anticipada podía ser lesiva respecto a los intereses que legítimamente se esperaban y para ello dispone la sección 7ª de esta ley que no se verían afectadas las disposiciones de otras leyes anteriores de autorización de deuda pública<sup>1786</sup>.

A pesar de que Henry James hace una valoración bastante negativa del gabinete de Jefferson, siempre destaca la figura del secretario del Tesoro, Albert Gallatin. Fue el elemento que nunca le falló a Jefferson en medio de unos departamentos ejecutivos poco operantes, a juicio de este clásico historiador<sup>1787</sup>.

La deuda del Gobierno Federal comenzó a reducirse, pero pronto surgió un gasto que hizo inviable la total redención: la Compra de Luisiana. No le fue especialmente costoso a los Estados Unidos conseguir el préstamo necesario para pagar la Compra de Luisiana quizá porque era el único Estado en Occidental capaz de plantearse la liquidación total de su deuda, lo cual indudablemente había incrementado su capacidad crediticia<sup>1788</sup>. A pesar del gasto de la Compra de Luisiana, Albert Gallatin fue obteniendo sucesivos superávits que consiguieron que el Gobierno Federal redujera la deuda encontrada de ochenta millones y afrontase con solvencia la operación con Francia.

---

<sup>1784</sup> *An Act making provision for the redemption of the whole of the debt of the United States*. 2 Stat. 167 (1802).

<sup>1785</sup> *Carta a Philip Mazzei*, 18 de julio de 1804. Volumen XI. Pág. 40.

<sup>1786</sup> 2 Stat. 167, 170 (1802). Sección 7ª. Esta disposición es muy importante ya que los Estados Unidos, en 1802, estaban viviendo un proceso deflacionario que revalorizaba las deudas con una deflación estimada en el 15,7%, aunque al final de la Presidencia de Jefferson la deflación era inferior a medio punto. Véase Robert Sahr: "Inflation conversion factors for years 1774 to estimated 2018". Disponible en: <https://liberalarts.oregonstate.edu/spp/polisci/research/inflation-conversion-factors>

<sup>1787</sup> Henry James: *History of the United States during the Second Administration of Thomas Jefferson*. Op. Cit., Volumen II. Pág. 148.

<sup>1788</sup> Una parte del precio a pagar consistía en la devolución a los acreedores franceses del dinero pagado por títulos de deuda estadounidense (3,5 millones de dólares). La otra era un préstamo pagadero en quince años al 6% anual pero que Napoleón consiguió hacer efectivo antes gracias a negociar un descuento con un banco inglés. Dumas Malone: *Jefferson, the President. First Term 1801-1805*. Little, Brown and Company. Boston, 1970. Pág. 302.

### 2.3. Supresión de los impuestos internos

El plan para la redención total de la deuda de los Estados Unidos se centraba en los recortes en el gasto, sobre todo en el gasto militar con las funestas consecuencias que se vivirán en 1812, y paradójicamente la supresión de los impuestos federales internos, dejando únicamente los impuestos que se aplicaban a las importaciones.

Este sistema tributario para el Gobierno Federal era un reflejo privilegiado de su concepción republicano-jeffersoniana del Federalismo<sup>1789</sup>. Dejar como únicos tributos los impuestos a las importaciones refleja la idea de que el Gobierno Federal ha de ser básicamente el departamento de asuntos exteriores de los estados, una idea que se reforzará una vez dejada la Presidencia.

Pero además de una cuestión relativa a la separación vertical de poderes, reducir la tributación a los impuestos a la importación tiene una perspectiva social indiscutible. Observaba Thomas Jefferson que:

En muchos estados del sur y del centro se pagan algunos impuestos inmobiliarios a la Tesorería del estado, y con ese propósito las fincas han sido clasificadas y tasadas y el impuesto ha sido fijado de acuerdo con esa valoración. En estos estados un impuesto indirecto es el más odioso. En los estados del Este los impuestos inmobiliarios son odiosos, de forma que los impuestos indirectos son menos impopulares. Estamos más reconciliados con la tributación sobre las importaciones, porque recae exclusivamente sobre los ricos y con el mismo reparto de las propiedades entre los estados, constituye la mejor ley agraria. De hecho un pobre en este país no usa nada que no sea hecho por él mismo o por su familia, o dentro de los Estados Unidos, no paga ni un cuarto de penique en impuestos al Gobierno General, salvo el de la sal, y si nos introdujéramos en esa manufactura como deberíamos hacerlo no pagaría ni un centavo. Nuestros ingresos, una vez liberados por la descarga de la deuda pública, y su superávit empleados en canales, carreteras, escuelas, etc<sup>1790</sup>. Y el granjero verá a su gobierno financiado, a sus hijos educados y el rostro de su país convertido en un paraíso por las contribuciones solo de los ricos, sin haber sido él llamado a dar un centavo de sus ingresos.<sup>1791</sup>

<sup>1789</sup> Albert Gallatin ya había objetado a los planes financieros de Hamilton cuestionando la constitucionalidad de los tributos federales que hubieran de pagar los ciudadanos fuera del comercio internacional. Cathy Mason: "The Revolution, Constitution, and New Nation" en Stanley L. Engerman y Robert E. Gallman (eds.): *The Cambridge Economic History of the United States*. Volumen I. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007. Pág. 392.

<sup>1790</sup> Más de dos décadas después de asumir la Presidencia, Jefferson muestra su preocupación por los superávits que sencillamente provoquen un remanente. Para él la presión fiscal debían ser la justa para pagar la deuda y asumir los gastos del Gobierno Cf. *Opinion against the constitutionality of a National Bank*, 15 de febrero de 1791. Volumen III. Págs. 148-149. La existencia de un superávit más allá de los gastos y el pago de la deuda crearía una bolsa de dinero que probablemente sería gastada en el aumento del propio Gobierno. Vid. *Carta a Samuel Smith*, 3 de mayo de 1823. Volumen XI. Págs. 431-432.

<sup>1791</sup> *Carta a Dupont de Nemours*, 15 de abril de 1811. Volumen XIII. Pág. 39. "In most of the middle and southern States some land tax is now paid into the State treasury, and for this purpose the lands have

Gravar las importaciones era una forma de que el Gobierno Federal fuera mantenido por los sectores más favorecidos de la población, que eran los únicos que podían consumir bienes fabricados en el extranjero. Pese a que Jefferson no utilizaba evidentemente el concepto de “progresividad fiscal”, sí establece una política fiscal progresiva.

Aunque hubiera tenido una vida privilegiada desde su cuna, nuestro autor era consciente de que su vida no era la de todos y que la vida era muy diferente vista desde otras posiciones sociales. Buena parte de su electorado pertenecía a los sectores menos acomodados o más desplazados de la sociedad, fuera por causas económicas, culturales o religiosas y ello se trasluce en una parte importante de su legislación.

#### 2.4. ¿Qué éxito tuvo la política financiera de Jefferson?

Si consideramos a 1801 como el primer año de la Presidencia de Jefferson y 1809 como el último, pese a que en 1801 asumió el cargo en marzo y en 1809 lo dejó también el marzo podemos ver la efectividad de las decisiones en materia de deuda, impuestos y balance presupuestario de la política jeffersoniana<sup>1792</sup>.

En 1801 la deuda federal era de 83.038.000 dólares, lo que suponía el 16,16% del PIB nominal (en adelante PIB)<sup>1793</sup> y en 1809 la deuda era de 57.028.000 dólares que era el 8,30% del PIB<sup>1794</sup>. Los ingresos federales en 1801 fueron el 2,52% del PIB y en

---

been classed and valued, and the tax assessed according to that valuation. In these an excise is most odious. In the eastern States land taxes are odious, excises less unpopular. We are all the more reconciled to the tax on importations, because it falls exclusively on the rich, and with the equal partition of intestate's estates, constitutes the best agrarian law. In fact, the poor man in this country who uses nothing but what is made within his own farm or family, or within the United States, pays not a farthing of tax to the general government, but on his salt; and should we go into that manufacture as we ought to do, we will pay not one cent. Our revenues once liberated by the discharge of the public debt, and its surplus applied to canals, roads, schools, etc., and the farmer will see his government supported, his children educated, and the face of his country made a paradise by the contributions of the rich alone, without his being called on to spare a cent from his earnings.”

<sup>1792</sup> Los datos relativos al superávit y al déficit los hemos tomado de William Lemer (dir): *Op. Cit.*, Volumen II. Los datos relativos a los ingresos y a los que correspondían a impuestos de aduanas en *Ibidem*, Pág. 1106. Los datos relativos a la deuda del Gobierno Federal lo tomamos en *Ibidem*, Pág. 1118. Las estimaciones del Producto Interior Bruto nominal la tomamos de Louis Johnston y Samuel H. Williamson: “What was the U.S. GDP then?”. Disponible en <http://www.measuringworth.org/usgdp/>. Los porcentajes de relación entre deuda y PIB, ingresos federales y PIB y la relación de los ingresos de aduana con la totalidad de los ingresos son de elaboración propia a partir de las fuentes arriba indicadas.

<sup>1793</sup> El PIB nominal se calcula en dólares corrientes, mientras que el PIB real en dólares constantes. Se emplea el PIB nominal porque los otros datos con los que lo comparamos también se encuentran en sus valores nominales en las fuentes de los que los hemos extraído.

<sup>1794</sup> El crecimiento del PIB fue correlativo al de la población, de modo que en términos de PIB real *per capita* no hubo casi variación durante los ocho años de Presidencia de Jefferson, que en 1801 era de

1809 el 1,13%. En los ocho años de la Presidencia de Thomas Jefferson los superávits presupuestarios sumaron 40.976.000 dólares y el único déficit fue de 2.507.000 dólares. Es cierto que Jefferson no pensaba conseguir sus objetivos en dos mandatos de forma que el proceso habría de continuar como así fue hasta que en el fatídico 1812 la deuda federal solamente era el 5,75% del PIB de los Estados Unidos<sup>1795</sup>.

En la República temprana, mucho antes de la elección de Jefferson, la mayor parte de los ingresos federales provenían de los impuestos aduaneros. En 1791, bajo Washington, eran el 99.547% de los ingresos. En 1796, coincidiendo con el inicio de la Presidencia de John Adams, los ingresos aduaneros tuvieron su cota más baja, el 78,415% del total, para estabilizarse en torno al 80% hasta 1802. Con Jefferson y Madison los ingresos por aduanas fueron superiores al 90% hasta que llegó la Guerra de 1812, que no solamente hundió la participación relativa de estos impuestos en los ingresos federales, sino también la cuantía total de estos ingresos.

Este esquema de redención de la deuda consistía en recortes presupuestarios (especialmente militares), ingresos casi exclusivamente provenientes de las importaciones y eliminación de incentivos, solamente era imaginable en un Gobierno Federal de principios del siglo XIX y con un alcance tan limitado como el que concebía Thomas Jefferson para el Gobierno Federal. Él consideraba que el periodo hasta la redención iba a ser un duro camino, pero que tendría un final satisfactorio, dado que la mitad del presupuesto era dedicado al pago de la deuda en la Presidencia de Jefferson. En el momento que se terminase con el pago de esa deuda, quedaría un gran remanente de dinero listo para ser destinado a otros fines.

Pese a que Jefferson no duda de que los gobiernos hayan de ocuparse de la educación o las obras públicas, no tiene seguridad de que el Gobierno Federal haya recibido el poder constitucional suficiente como para intervenir directamente en la educación o en las obras públicas. Es por ello por lo que solicitó la adopción de enmiendas constitucionales para otorgar al Gobierno Federal los poderes suficientes para crear un establecimiento de enseñanza dependiente del Gobierno Federal, así como para que el mismo pudiera también invertir proporcionalmente en los estados<sup>1796</sup>.

---

1611.80 dólares y en 1809 de 1629.60 dólares. Las estimaciones del PIB real *per capita* la tomamos de Louis Johnston y Samuel H. Williamson: "What was the U.S. GDP then?". Disponible en <http://www.measuringworth.org/usgdp/>

<sup>1795</sup> Se podría indicar que Jefferson continuó un proceso emprendido por los federalistas ya que la deuda pasó de representar el 36,63% del PIB en 1791 al 17,29% en 1800, pero esta reducción en la era federalista no es más que un efecto que se debe únicamente al crecimiento del PIB en un 133% en el mismo periodo. De hecho, el nominal de la deuda aumentó.

<sup>1796</sup> *Sixth Annual Message*, 2 de diciembre de 1806. Volumen III. Págs. 423-424. *Carta a Robert J. Garnett*, 14 de febrero de 1824. Volumen XVI. Pág. 14.

Estos servicios e inversiones, educación y obras públicas, los consideraba propios de la comunidad política. Otros gastos y servicios que hoy serían marcadamente sociales, solamente los consideraba asumibles si llevaban aparejados un ingreso que garantizaran su sostenimiento, como fue el caso de los hospitales para marineros. Y es que no hay que considerar que la idea de llevar al Gobierno Federal a sus poderes estrictos fuera una consecuencia de que la teoría del Estado jeffersoniana fuera tendente al gobierno mínimo, sino más bien la visión del Gobierno Federal que tenía.

### 3. Agricultura

#### 3.1. Una nación de agricultores

La agricultura constituía la principal fuente de riqueza en el siglo XVIII. El signo de riqueza por antonomasia era la posesión de la tierra, hasta el punto que en los Estados Unidos se prohibió la propiedad de la tierra a los extranjeros, para que no pudieran hacerse con la riqueza nacional<sup>1797</sup>.

Thomas Jefferson era un gran propietario agrícola, cuya principal fuente de ingresos privados eran los rendimientos de sus granjas y tierras. Era virginiano, el estado más extenso y poblado, pero no por ello un estado urbano, ni industrial, como tampoco comercialmente avanzado.

Para señalar lo profundamente agrario que era el Sur, Henry James indica que no había ninguna manufactura ni siquiera un banco desde Alexandria, en el norte de Virginia y que formaría parte temporalmente del Distrito de Columbia, hasta llegar a Charlestone (Carolina del Sur)<sup>1798</sup>. Virginia era un estado agrícola y con una fuerte élite de propietarios y de abogados, sin industria, ni escuelas o universidades, ni un clero formado que ejerciera algún liderazgo. Señala James que a falta de todo lo anterior el gran pasatiempo de los virginianos era la política<sup>1799</sup>.

Los estados del Sur eran rurales, en los que las ciudades eran pequeñas incluso para aquella época y en donde las ocupaciones agrícolas lo eran todo. De hecho Jefferson mantiene una fuerte reticencia hacia la vida urbana, considerando a las ciudades como sedes de la economía improductiva y especulativa<sup>1800</sup>, en la que los magnates financieros ejercen el poder e intentan imponerse, a través de sus periódicos, a

<sup>1797</sup> Carta al secretario del Tesoro (Albert Gallatin), 30 de abril de 1808. Volumen XII. Pág. 38.

<sup>1798</sup> Henry James: *History of the United States during the First Administration of Thomas Jefferson*. Op. Cit., Vol. I. Págs. 31-32.

<sup>1799</sup> *Ibidem*. Págs. 131-138.

<sup>1800</sup> Carta a Benjamin Stoddart, 18 de febrero de 1809. Volumen XII. Pág. 250.

todo el país<sup>1801</sup>. Las grandes ciudades son contrarias al Republicanismo<sup>1802</sup> y proclives al despotismo<sup>1803</sup> y la corrupción<sup>1804</sup>. Las ciudades tienen una masa “degradada por la ignorancia, la pobreza y el vicio”, una situación que en Europa ha provocado una política desastrosa<sup>1805</sup>, una canalla que no puede compararse con la virtud causada por el moderado bienestar de los granjeros<sup>1806</sup>. Y, a pesar de que las ciudades sean moralmente peligrosas, solamente algunas merecen asumir el peligro si es compensando por el conocimiento que en ellas se pueda adquirir, como era el caso de Filadelfia en los Estados Unidos de la República temprana<sup>1807</sup>.

El censo de 1790 arrojó un 94,58% de población rural, el de 1800 un 93,54%, el de 1810 un 92,18%, el de 1820 un 89,68% y el de 1830 un 87,40% lo cual indica una cierta tendencia a la urbanización, pero sobre todo una población rural mayoritaria y sumamente dispersa<sup>1808</sup>.

Thomas Jefferson mantuvo la convicción durante muchos años de que los Estados Unidos eran una nación agrícola y así lo manifestó a lo largo de su vida<sup>1809</sup>, incluso tenía apreciaciones regionalizadas según las cuales los estados meridionales y occidentales eran las zonas más agrícolas de la Unión<sup>1810</sup>.

Era conocedor y admirador de los censos españoles realizados bajo el gobierno de conde de Aranda y del conde de Floridablanca y propuso que el censo de 1820 incluyera en su cuestionario la profesión de los habitantes del país<sup>1811</sup>. Efectivamente el censo de 1820 incluyó una pregunta sobre si la persona en cuestión se dedicaba a la

<sup>1801</sup> *Carta a Marc Auguste Pictet*, 5 de febrero de 1803. Volumen X. Pág. 356.

<sup>1802</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1826. Volumen XV. Pág. 22.

<sup>1803</sup> *Carta a James Olgivie*, 4 de agosto de 1811. Volumen XIII. Pág. 69. *Carta a John Adams*, 28 de octubre de 1813. Volumen XIII. Págs. 401-402.

<sup>1804</sup> *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Págs. 392-393.

<sup>1805</sup> *Carta a John Adams*, 28 de octubre de 1813. Volumen XIII. Págs. 401-402.

<sup>1806</sup> *Carta al marqués de Lafayette*, 15 de febrero de 1815. Volumen XIV. Págs. 252.

<sup>1807</sup> *Carta a Casper Wistar*, 21 de junio de 1807. Volumen XI. Págs. 242-243.

<sup>1808</sup> Aunque no hay datos anteriores a 1870 que desglosen la población rural, en aquel año el 88.34% de la población rural lo hacía en “other rural territory”, es decir, fuera de todo núcleo urbano. Para éste y los datos de población rural y urbana véase William Lemer (dir): *Op. Cit.*, Volumen I. Pág. 12.

<sup>1809</sup> A título de ejemplo: *Carta a James Madison*, 20 de diciembre de 1787. Volumen VI. Pág. 392. *Carta a Thomas Barclay*, 13 de mayo de 1791. Volumen VIII. Pág. 200. *Carta a Arthur Campbell*, 1 de septiembre de 1797. Volumen IX. Págs. 420-421. *Carta a Thomas Leiper*, 21 de enero de 1809. Volumen XII. Pág. 238. *Carta a John W. Eppes*, 24 de junio de 1813. Volumen XIII. Pág. 274. *Carta a John W. Eppes*, 6 de noviembre de 1813. Volumen XIII. Pág. 425. *Carta a William H. Crawford*, 20 de junio de 1816. Volumen XV. Págs. 27-28.

<sup>1810</sup> *Carta a Henry Middleton*, 8 de enero de 1813. Volumen XIII- Pág. 203.

<sup>1811</sup> *Carta a Thomas W. Maury*, 3 de febrero de 1816. Volumen XIV. Pág. 429. El censo de Aranda, conocido como el “Catastro de Aranda” de 1768 y el “Censo de Floridablanca” de 1787, ambos con datos relativos al empleo. El “Censo de Godoy” de 1797 divide las ocupaciones en noventa y seis categorías y doscientas doce clases. Una brevísimas historia de los censos españoles está disponible en: [https://www.ine.es/explica/docs/historia\\_censos.pdf](https://www.ine.es/explica/docs/historia_censos.pdf)



agricultura, a la manufactura o al comercio y en el caso de la manufactura ofrecía subcategorías para especificar aún más la ocupación, aunque los censos estadounidenses permanecerían en un estado más esquemático que los españoles por casi medio siglo al abandonar la pregunta sobre la profesión hasta finales del siglo XIX<sup>1812</sup>.

Este censo permite confirmar con datos las convicciones jeffersonianas<sup>1813</sup>. La masa laboral de los Estados Unidos era 2.535.235 personas de las que el 81,65% trabajaba en la agricultura, el 2,89% en las manufacturas y el 15,49% en el comercio<sup>1814</sup>.

Si comparamos estos datos con los actuales, el número de personas dedicadas a la agricultura es abrumador, pero no nos debe extrañar que Jefferson considerara un abandono de la agricultura la situación de algunos distritos censales<sup>1815</sup>.

---

<sup>1812</sup> Vicente Pérez Moreda: "La estadística demográfica española en la España ilustrada: recuerdo y elogio del Censo de Floridablanca" en *Índice. Revista de Estadística y Sociedad*. Núm. 43. (Noviembre 2010). Págs. 14-15.

<sup>1813</sup> Los datos sobre el número de personas en cada ocupación que ofrecemos a continuación proceden del Censo de 1820 y los porcentajes son elaboración propia a partir de estos datos. Cf. *Census for 1820*. Gales and Seaton. Washington DC, 1821.

Disponible en: <https://www.census.gov/library/publications/1821/dec/1820a.html>

<sup>1814</sup> Es cierto que este reparto no era uniforme pues en la región de Nueva Inglaterra y en los de los estados centrales la dedicación a la agricultura era sensiblemente menor que la media nacional (72,85% y 73,74% respectivamente), mientras que los estados sureños y en los territorios del Medio Oeste<sup>1814</sup> se ocupaban en la agricultura el 87,84% y el 87,62% de los habitantes, muchos de ellos esclavos, lo que respalda la previa idea jeffersoniana<sup>1814</sup>. Virginia, el estado de Jefferson, con 1.065.379 habitantes era el tercero más poblado tras la separación de Kentucky, y su fuerza de trabajo se dedicaba en un 88,24% a la agricultura, 1,44% a las manufacturas y un 10,32% al comercio.

Pero las diferencias dentro de un mismo estado también eran relevantes. El oeste de Pennsylvania tenía un 78,77% de trabajadores agrícolas, muy cerca de la media nacional, pero muy por encima de la parte occidental de Pennsylvania que solamente empleaba en el sector primario al 61,94%; la parte occidental tenía un 19,92% de trabajadores comerciales, mientras que la oriental un 33,58%. Esta diferencia entre los dos distritos de Pennsylvania es relevante porque fue en el este de dicho estado donde surgió y se desarrolló la "Rebelión del Whisky", que levantó miles de granjeros contra el impuesto de los licores destilados. Un impuesto al que Jefferson, entonces secretario de Estado se había opuesto advirtiendo de la posibilidad de resistencia en determinadas partes del país, afirmando que se había llegado a: "[...] recurrir a una ley de impuestos indirectos de carácter odioso para con el pueblo, parcial en su aplicación e improductiva a menos que sea ejecutada por los medios arbitrarios y vejatorios, y que además compromete la autoridad del gobierno en partes donde la resistencia es más probable y la coerción es menos practicable." (*Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington)*, 23 de mayo de 1792. Volumen VIII. Págs. 342-343.)

Otra diferencia notable se daba entre el distrito norte del estado de Nueva York y su distrito sur. En el primero el 83,37% de los trabajadores se dedicaba a la agricultura, mientras que en el sur, donde estaba la ciudad de Nueva York, descendía al 62,85% y subía el de trabajadores comerciales al 30,55%, distribución que continuaba por el estado de New Jersey con parecidos porcentajes.

El Distrito Este de Pennsylvania donde sólo el 61,94% se dedicaba a la agricultura mientras que el 33,58% lo hacía al comercio o, la situación más extrema, del estado de Massachusetts donde "solamente" el 57,57% obraban la tierra mientras que el 30,36% tenía ocupaciones comerciales.

<sup>1815</sup> Los distritos censales coinciden con los distritos de cada juez de Distrito del sistema federal de tribunales, pues los encargados de hacer el censo eran los *marshals* de cada uno de ellos, ayudados por asistentes. Normalmente cada distrito coincidía con un estado o territorio salvo los siguientes estados que estaban divididos en dos distritos: Nueva York, Pennsylvania, Virginia y Tennessee. Massachusetts

Efectivamente, los Estados Unidos eran una nación agrícola, anclada en la tierra, aunque no en la misma proporción, pues había regiones donde la agricultura era la única ocupación, con pocas excepciones, y en otras donde casi la mitad de la población ganaba su sustento en otros sectores económicos. La frontera entre Pennsylvania y Virginia/Maryland marcaba dos realidades distintas y que en muchas ocasiones daban lugar a visiones de la realidad tan diferentes que los propios protagonistas no las percibían imbuidos de la idea de pertenecer al mismo Estado. La gran paradoja es que los republicanos, liderados por propietarios agrícolas virginianos, supieron hacerse con un electorado en los estados centrales y del Medio Oeste que en conjunto era más industrial y comercial que los estados sureños que representaban (con la excepción de Carolina del Sur).

Como se indicó, los datos nos muestran una nación agrícola, aunque muestran un panorama mucho más complejo, porque en el mismo Sur hay un estado comercial como era Carolina del Sur, como ya apuntaba Henry James, o las diferencias dentro de algunos estados.

### 3.2. La Agricultura en la política jeffersoniana

El tercer Presidente, confesaba “el deleite que siento en la compañía de mi familia y en las actividades agrícolas en las que estoy tan ansiosamente comprometido”<sup>1816</sup>.

En su discurso de toma de posesión en 1801 sintetizó su política económica al animar el apoyo de la agricultura y del comercio, pero éste sólo en su condición subsidiaria de la agricultura, de *ancilla agriculturae*<sup>1817</sup>.

Estimaba que la agricultura producía una riqueza material que era útil, mientras que el comercio producía riquezas basadas en la mera especulación. Por ello para Jefferson era fundamental edificar la estructura económica sobre los cimientos agrícolas. Hay que señalar también que al menos buena parte de su vida nuestro autor no abominó el comercio:

Una imputación en particular ha sido comentada hasta el punto de que parece que algunos al menos la creen: que soy enemigo del comercio. Me tienen como amigo de la

---

estaba dividido en dos distritos, siendo uno de ellos el de Maine que al momento de realizar el censo pertenecía a Massachusetts, pero que cuando se publicó ya era un estado diferente.

<sup>1816</sup> Carta a James Madison, 27 de abril de 1795. Volumen IX. Pág. 303. “the delights I feel in the society of my family, and in the agricultural pursuits in which I am so eagerly engaged.”

<sup>1817</sup> First Inaugural Address, 4 de marzo de 1801. Volumen III. Pág. 321.

agricultura, y me suponen enemigo de los únicos medios para volver al mercado los productos agrícolas. Apelaría también a las pruebas de mi atención al comercio y a la navegación de nuestro país en diferentes roles en conexión con ellos, pero esto llevaría a dar detalles que no se esperan.<sup>1818</sup>

Una considerable parte de la agenda de Jefferson como ministro en Francia la ocupó el comercio, pero también lo hizo como secretario de Estado e incluso como Presidente, especialmente en lo relativo a la libre navegación del Mississippi<sup>1819</sup>, ya que garantizar el libre acceso de los estadounidenses a este río hasta su desembocadura fue una de las causas que le decidieron la Compra de Louisiana<sup>1820</sup>.

La idea de que el principal sector económico de los Estados Unidos había de ser la agricultura y secundariamente las manufacturas fue el fundamento que sostuvo la supresión de los impuestos internos, que benefició a la agricultura y a la demanda interna de manufacturas, mientras se mantuvieron los impuestos aduaneros, que afectaban al sector comercial. Las ideas jeffersonianas de invertir el superávit presupuestario en carreteras y canales en las zonas rurales de los Estados Unidos indicaba un indubitable interés en mejorar las condiciones de vida, así como su proyección dentro del país, consiguiendo así que el comercio financiara la agricultura y la mejora de las condiciones de vida de los granjeros.

Otra medida política de promoción de la agricultura fue la política de colonización del entorno de Mississippi y de los nuevos territorios comprados a Francia. Desde la formación de los Estados Unidos, primero el Congreso y luego el Gobierno Federal habían asumido la administración directa de extensiones inmensas de territorio que pretendían colonizar. La venta de tierra a precios muy razonables atrajo a los colonos y pronto hubo territorios que adquirieron la condición de estados al alcanzar un número suficiente de habitantes como para poder convertirse en miembros de la Unión en condiciones de igualdad con los primeros estados.

---

<sup>1818</sup> *Carta a William Jackson*, 1 de febrero de 1801. Volumen X. pág. 106. "One imputation in particular has been remarked till it seems as if some at least believe it: that I am an enemy to commerce. They admit me as a friend to agriculture, and suppose me an enemy to the only means of disposing of its produce. I might appeal too to evidences of my attention to the commerce and navigation of our country in different stations connected with them, but this would lead to details not to be expected."

<sup>1819</sup> De la cuestión de la navegación del Mississippi se ocupó en sus detalles políticos y jurídicos en *Report relative to negotiations with Spain to secure the free navigation of the Mississippi, and a port on the same*, 22 de diciembre de 1791. Volumen III. Págs. 164-198. Siendo Jefferson el Presidente mencionó la cuestión del Mississippi en numerosas ocasiones y fue un factor determinante en la búsqueda de la adquisición de la Louisiana. Cf. Dumas Malone: *Jefferson, the President. First Term 1801-1805. Op. Cit.*, Págs. 262-283.

<sup>1820</sup> *Third Annual Message*, 17 de octubre de 1803. Volumen III. Pág. 353.

Durante la “Democracia Jeffersoniana” fueron admitidos dentro de la Unión siete estados que eran parte de los territorios (Ohio, Louisiana, Indiana, Mississippi, Illinois, Alabama y Missouri)<sup>1821</sup>. Los Estados Unidos se hicieron aún más agrícolas al quedar el Senado en manos de estados cuya fuente primordial de ingresos era la tierra.

Jefferson, desde sus inicios, buscó la forma para establecer un servicio educativo que llegara a todo el país y ofreciera oportunidades educativas a todos los habitantes sin confesionalidad. Frente a la concentración de la educación y de la cultura en las ciudades e instituciones religiosas, de acuerdo con el modelo comercial. Tenía la convicción de que una persona se imbuía del medio en el que se educaba, de forma que trasladarse a recibir educación en otros lugares hacía que los agricultores perdieran sus valores y adquieran los del lugar al que iban<sup>1822</sup>.

Además Jefferson buscó la mayor descentralización posible de la toma de decisiones a través de los cuatro niveles de división vertical de poderes: Gobierno Federal, estados, condados y *wards*. El último nivel era gobernado a través de la democracia directa y tenía competencias en materias judiciales, educativas y de milicia, entre otras. Uno de los motivos para que las unidades menores tuvieran importantes competencias y se gobernasen por votación directa de los ciudadanos era dotar de fortaleza y poder a las áreas rurales y conseguir que no dependieran de gobiernos lejanos y situados en las ciudades con intereses que no eran los suyos.

### 3.3. Agricultura y Republicanismo

En la perspectiva jeffersoniana, la agricultura no es una simple actividad económica, sino que también tiene consecuencias morales y políticas. La agricultura, como la manufactura, es productiva; genera una riqueza tangible y no una etérea y especulativa como hace el comercio.

Los agricultores trabajan para crear un sustento para los suyos y ser autónomos, autosuficientes, es decir, depender de su esfuerzo para garantizar su pervivencia y la de sus familias. En el pensamiento jeffersoniano son ciudadanos trabajadores y sencillos, que tienen “mentes poco refinadas” y ello les hace inmunes si no son expuestos a las

---

<sup>1821</sup> El estado de Maine fue admitido en 1820, pero era una secesión del estado de Massachusetts. No suponía el advenimiento a la estatalidad de un territorio y no altera los datos censales dado que Maine ya era un Distrito a efectos del sistema judicial federal con su propio *marshal* de modo que se constituyó en distrito censal independiente de Massachusetts.

<sup>1822</sup> *Carta a John Banister Jr*, 15 de octubre de 1785. Volumen V. Págs. 186-187.

seducciones del comercio. La firmeza de los agricultores permite “mantener los principios que cortaron nuestras ataduras con Inglaterra”<sup>1823</sup>.

Jefferson ve que el modelo federalista, que es el modelo de Nueva Inglaterra, quiere convertir a los Estados Unidos en una nación comercial, como la “ciudad de Ámsterdam”<sup>1824</sup> en vez de apostar por la preeminencia de la agricultura, antes expuesta, o al menos por un equilibrio entre los diferentes sectores económicos<sup>1825</sup>.

Frente a una Europa en la que la tierra es escasa y de unos pocos, donde el fruto del trabajo es esquilado con impuestos y derechos señoriales, donde el porvenir de una familia no puede ser garantizado por el trabajo, Jefferson contrapone la situación de los Estados Unidos donde hay “la inmensa extensión de tierra fértil sin cultivar permite a todo el que quiera trabajar, casarse y criar una familia de cualquier tamaño”.<sup>1826</sup>

Este punto es fundamental. Los Estados Unidos disponen de territorio suficiente para que todo el que quiera pueda ir y cultivar su propia tierra y, en definitiva, adquirir una condición necesaria dentro del Republicanismo: la autosuficiencia<sup>1827</sup>. Y es el Gobierno Federal en mayor medida, pero también los gobiernos estatales, quiénes deben posibilitar el establecimiento de colonos en su territorio. El autosuficiente puede ser miembro de la República sin tener que temer que pueda verse afectado por la excitación de los sentimientos más primarios por parte de los demagogos, ni a tener que seguir la voluntad política de su patrón.

Decía Thomas Jefferson en una carta citada anteriormente que en los Estados Unidos no puede haber mercenarios porque no hay pobres, no hay miseria<sup>1828</sup>. Al contrario que en Inglaterra, nación comercial por excelencia, no hay un sistema que no

---

<sup>1823</sup> Carta a Horatio G. Spafford, 17 de marzo de 1814. Volumen XIV. Pág. 120. “I find it in the wide spread of our agricultural citizens, in their unsophisticated minds, their independence and their power, if called on, to crush the Humists of our cities, and to maintain the principles which severed us from England.”

<sup>1824</sup> Durante esos años Ámsterdam era el centro de los movimientos financieros internacionales. Una preeminencia que perdería pronto a favor de Londres. Youssef Cassis: *Capitals of capital. A History of International Financial Centres, 1780-2005*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2006. Págs. 9-15.

<sup>1825</sup> Carta a Thomas Leiper, 21 de enero de 1809. Volumen XII. Pág. 238.

<sup>1826</sup> Carta a Jean Baptiste Says, 1 de febrero de 1804. Volumen XI. Pág. 2. “[...] the immense extent of uncultivated and fertile lands enables everyone who will labor, to marry young, and to raise a family of any size.”

<sup>1827</sup> Hume mantenía que la extensión refinada la democracia. Vid. Douglass G. Adair: *The Intellectual Origins of Jeffersonian Democracy. Republicanism, the Class Struggle, and the Virtuous Farmer*. Lexington Books. Oxford y Lanham (MD), 2000. Pág. 132.

<sup>1828</sup> Carta a James Monroe, 18 de junio de 1813. Volumen XIII. Pág. 261.

les dé otra opción que la miseria a muchos<sup>1829</sup> y que emplee a estos pobres como instrumentos de los poderosos para mantenerse.

Divide Jefferson la sociedad británica en tres tipos de personas: la aristocracia, la clase trabajadora y los pobres que dice que son un tercio de la población. La tercera empobrecida, la segunda bajo opresión y la primera resulta ser sede de los vicios del lujo, “alboroto, dominación y felicidad viciosa”. La clase en la que se apoya la aristocracia para mantener su poder no es en la clase trabajadora, a la que explota y a la que teme, sino que instrumentaliza a la clase pobre y, aprovechando su miseria absoluta, la dirige con unas pocas migajas<sup>1830</sup>.

Esto no sucede en los Estados Unidos:

Tal es la felicidad de la científica Inglaterra. Veamos ahora la cara americana de la moneda. En primer lugar no tenemos pobres, los viejos y lisiados entre nosotros que no poseen nada y no tienen familiares que se hagan cargo de ellos, son tan pocos como para merecer mención como parte de la sociedad o como para afectar la estimación general. La gran masa de nuestra población es de trabajadores; nuestros ricos, los que pueden vivir sin trabajo, tanto manual como profesional, son pocos y de una riqueza moderada. La mayor parte de la clase trabajadora posee propiedad, cultiva sus propias tierras y tienen familias, y a partir de la demanda de su trabajo son capaces de exigir a los ricos y los profesionales tales precios como para permitirles alimentarles abundantemente, ir vestidos más allá de la decencia, trabajar moderadamente y sostener a sus familias.<sup>1831</sup>

Para él los ricos estadounidenses son pocos y no demasiado ricos, al menos en comparación con sus equivalentes europeos, de modo que no se da la acumulación de riqueza en pocas manos que rompería aquel principio económico republicano ya enunciado por Rousseau:

[...] ningún ciudadano sea lo bastante opulento para poder comprar a otro, y ninguno lo bastante pobre para ser constreñido a venderse: cosa que supone por parte de la gran

---

<sup>1829</sup> *Carta a John F. Watson*, 17 de mayo de 1814. Volumen XIV. Págs. 135-136.

<sup>1830</sup> *Carta a Thomas Cooper*, 10 de septiembre de 1814. Volumen XIV. Pág. 181-182.

<sup>1831</sup> *Ibidem*. “Such is the happiness of scientific England; now let us see the American side of the medal. And, first, we have no paupers, the old and crippled among us, who possess nothing and have no families to take care of them, being too few to merit notice as a separate section of society, or to affect a general estimate. The great mass of our population is of laborers; our rich, who can live without labor, either manual or professional, being few, and of moderate wealth. Most of the laboring class possess property, cultivate their own lands, have families, and from the demand for their labor are enabled to exact from the rich and the competent such prices as enable them to be fed abundantly, clothed above mere decency, to labor moderately and raise their families.”

moderación de bienes y de crédito, y por parte de los pequeños, moderación de avaricia y de ambición.<sup>1832</sup>

En los Estados Unidos la posición central y hegemónica en la sociedad es la clase trabajadora. Para Jefferson la clase trabajadora puede ser autónoma, porque al conseguir ser propietaria agrícola, está capacitada para llevar una buena vida en lo material a cambio de un trabajo moderado. Esta clase es la que hace que los Estados Unidos no estén sujetos al gobierno de una parte ínfima, sino que al ser ellos la inmensa mayoría de la población, al no haber un número relevante de pobres, al no depender de los bancos y sus préstamos, impiden a las clases superiores utilizar las miserias ajenas para mantener por la fuerza, por medio del reclutamiento mercenario, su poder sobre la totalidad de la sociedad.

Sostuvo Jefferson, en 1791, que los agricultores aseguran la República, de forma que eran estos los que deberían que estar representados en el Congreso, ya que el interés de la mayoría de los representantes se convierte en el interés nacional<sup>1833</sup>. En 1797, en pleno dominio omnímoto de los federalistas durante la Presidencia de Adams, deseaba que el nuevo congreso que se habría de elegir en 1798 tuviera intereses enteramente agrícolas para retrotraer a los Estados Unidos a sus principios fundacionales<sup>1834</sup>.

Jefferson, como comprobamos anteriormente, no enunciaba meramente el requisito de autosuficiencia como otros muchos republicanos, sino que proponía desarrollar cauces para que los habitantes pudieran satisfacerlo, esto es, el requisito de autosuficiencia es simultáneamente una condición para el individuo y una política pública que el Gobierno ha de desarrollar: proporcionar a los ciudadanos el acceso a la tierra suficiente a un precio razonable para que pueda edificar una vida social y económicamente autónoma.

El hecho de que la práctica totalidad de los ciudadanos tuviera una propiedad que les daba un medio de vida adecuado, les posibilitaba también la participación política. Y que la participación política pueda ser ejercida por casi todos es garantía para que la libertad persista.

El fundamento del “agrarismo” jeffersoniano era una sociedad de pequeños propietarios agrícolas, donde la riqueza fuese privada pero sumamente repartida, donde no hubiera acumulaciones de riqueza que desequilibrasen la relativa igualdad de la mayoría. La igualdad es la mejor garantía para la libertad política, porque una mayoría

---

<sup>1832</sup> Jean-Jacques Rousseau: *Del Contrato Social. Sobre las ciencias y las artes. Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Alianza Editorial. Madrid, 2003. Pág. 76.

<sup>1833</sup> *Carta a George Mason*, 4 de febrero de 1791. Volumen VIII. Pág. 125. Págs. 124-125.

<sup>1834</sup> *Carta a Arthur Campbell*, 1 de septiembre de 1797. Volumen IX. Págs. 420-421.

agrícola tendrá intereses convergentes a la hora de decidir quiénes habrán de dirigir la Nación.

En su *Opinion against the constitutionality of a National Bank*<sup>1835</sup> mantuvo que el proyecto de Ley era contrario a las disposiciones de *Mortmain*, que son un conjunto de normas legales que prohibían la venta de tierras a instituciones religiosas y que se restablecieron a partir del siglo XIII<sup>1836</sup>. Estas leyes se extendieron prohibiendo la incorporación por título gratuito de bienes inmuebles a corporaciones o personas jurídicas. Jefferson piensa que la dotación en tierras al Banco Nacional, así como la posibilidad de que incorpore tierras en virtud de ejecuciones de deudas, puede hacer de él un acaparador indefinido de propiedades inmuebles, rústicas, desequilibrando una propiedad suficientemente distribuida<sup>1837</sup>.

John Taylor, jeffersoniano y cuya obra fue alabada por el propio Jefferson<sup>1838</sup>, sostuvo en esa misma línea que la acumulación de papel moneda bancario llevaría a la quiebra a los granjeros y que serían los bancos los que se hagan con la mayor parte del patrimonio rústico del país<sup>1839</sup>. Una idea que hunde sus raíces en la Rebelión de Shays en la que los granjeros se enfrentaron al poder y a la estructura socio-económica del estado de Massachusetts precisamente por estar inundados de papel moneda que no fue admitido en el pago de impuestos, con el consiguiente inicio de las ejecuciones sobre sus propiedades.

Una sociedad con una parte significativa de su población arrojada a la miseria nunca podrá ser libre, porque habrá unos pocos que hayan acumulado tal cantidad de riqueza y de medios que no puedan ser sometidos a la ley de la mayoría y, además, emplearan a los más pobres como “carne de cañón” en sus guerras y en la represión del resto de la población.

La extensión de los Estados Unidos hacia el Oeste, singularmente por la “Compra de Louisiana”, forma parte de esta estrategia de proporcionar suelo cultivable

---

<sup>1835</sup> *Opinion against the constitutionality of a National Bank*, febrero de 1791. Volumen III. Pág. 145.

<sup>1836</sup> El texto de *Statute of Mortmain*, de 1279, que fue la norma más clara al declarar la nulidad de las ventas de tierras bajo dominio feudal realizadas en fraude ley. El *Statute Quia emptores* hizo aún más expresa la prohibición no sólo ratificando la nulidad sino retrotrayendo la propiedad al señor feudal. Ambos se encuentran disponibles en: <http://avalon.law.yale.edu/medieval/mortmain.asp> y <http://avalon.law.yale.edu/medieval/land.asp>

<sup>1837</sup> Las leyes de insolvencia en el Sur excluían las tierras de las ejecuciones por deudas, salvo que la ejecución fuera de una hipoteca a la que estuviera sometida la finca. Bruce H. Mann: *Republic of Debtors. Bankruptcy in the Age of American Independence*. Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 2002. Págs. 166-220.

<sup>1838</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Págs. 17-18.

<sup>1839</sup> Charles A. Beard: *Economic Origins of Jeffersonian Democracy*. The MacMillan Company. Nueva York, 1915. Págs. 343-347.



a los ciudadanos<sup>1840</sup>. La incorporación territorial a los Estados Unidos era un requisito necesario, pero no suficiente para la distribución de tierra, porque el único derecho que le confería al Gobierno Federal era el de ser el único comprador de la tierra que los indios poseían (*right to preemption*<sup>1841</sup>). En este punto la política agraria jeffersoniana y la política india del mismo autor se funden.

Jefferson se empeñó en conseguir la dedicación de los indios a la agricultura en primer lugar porque entendía, con Vattel<sup>1842</sup>, que era lo propio de las sociedades civilizadas, y que esto les abría la puerta a la ciudadanía estadounidense; en segundo lugar porque al dejar la caza no necesitaban de las grandísimas extensiones de las que hasta entonces eran propietarios, extensiones que podrían ser vendidas al Gobierno Federal y entregadas por éste a nuevos pobladores<sup>1843</sup>.

El ciudadano ideal jeffersoniano es un hombre propietario de una superficie suficiente de tierra para mantenerse él y para agrandar su familia con un trabajo moderado. Una autosuficiencia que se extiende a la mayoría de las manufacturas, cuyo productos deberían ser realizados por la propia familia. Esta autosuficiencia económica, procurada primariamente por el propio Estado al vender a precios asumibles las nuevas tierras, posibilita la libertad de sus poseedores para decidir en el ámbito político. Crean una sociedad equilibrada, donde estos propietarios agrarios son la gran mayoría de la sociedad y de los electores, así como de los rectores de las comunidades locales, con unos intereses colectivos similares los unos a los otros. No hay grandes riquezas que instrumentalicen, ni inmensas pobreza por instrumentalizar. Es un pueblo incorruptible<sup>1844</sup> que se comportará sabiamente lo que le lleva a decirle a Lafayette que “los pequeños agricultores de los Estados Unidos no son la canalla de París”<sup>1845</sup>.

### 3.4. República y extensión territorial

La idea clásica de “democracia” conllevaba la existencia de una ciudad-estado. No se pensaba la democracia sobre un marco diferente. La ruptura del orden de las

<sup>1840</sup> Carta al Presidente de los Estados Unidos (George Washington), 30 de julio de 1791. Volumen VIII. Págs. 225-226.

<sup>1841</sup> *Opinion upon the validity of a grant made by the State of Georgia to certain companies of individuals, of a tract of country whereof the Indian right had never been extinguished, with power to such individuals to extinguish the Indian right*, mayo de 1790. Volumen III. Págs. 18-19. Carta al secretario de Guerra (Henry Knox), 26 de agosto de 1790. Volumen VIII. Pág. 100. *Notas de una conversación con George Hammond*, 3 de junio de 1792. Volumen XVIII. Págs. 328-329.

<sup>1842</sup> Emmerich de Vattel: *Op. Cit.*, Vol. I. Pág. 78.

<sup>1843</sup> Carta a Andrew Jackson, 16 de febrero de 1803. Volumen X. Págs. 357-358. Carta a Benjamin Hawkins, 18 de febrero de 1803. Volumen X. Pág. 362. Carta a William H. Harrison, 27 de febrero de 1803. Volumen X. Págs. 369-370.

<sup>1844</sup> *Notas sobre Virginia*. Volumen II. Págs. 228-230.

<sup>1845</sup> Carta a Lafayette, 15 de febrero de 1815. Volumen XIV. Pág. 252. “The yeomanry of the United States are not the canaille of Paris.”

*pólis*, primero en la época helenista y después con el dominio romano, dejó sin comunidad política de referencia a buena parte de las teorizaciones clásicas. Los mismos romanos, al ver extendido su poder sobre el mundo mediterráneo, comprobaron la dificultad de gobernarse con las formas propias de una ciudad-estado y, simultáneamente, gobernar su imperio de la misma forma, de modo que convivieron dos sistemas políticos (uno para Roma y otro para su Imperio) hasta el advenimiento del Principado.

Siglos después uno de los grandes teóricos que asoció extensión territorial y forma política fue Montesquieu. Pensaba que el gobierno republicano era la única forma política efectiva en una comunidad política pequeña, mientras que en las comunidades políticas más extensas, el desequilibrio de la riqueza proporcional a la extensión y la diversidad de intereses dentro de la República podrían subyugar al Estado. Así mismo consideraba que la monarquía sería sumamente opresiva para una comunidad pequeña, pero que es la adecuada para una extensión mayor. La conclusión del influyente autor francés fue que la forma republicana solamente debía ser buscada en las comunidades pequeñas, siendo contraproducente en las grandes<sup>1846</sup>. Es cierto que Montesquieu concede la posibilidad de una mayor extensión del gobierno republicano a las entidades federativas<sup>1847</sup>, a la que se refirió James Madison en el número 9 de *The Federalist Papers* para rebatir a quiénes hacían suyo el argumento de Montesquieu para atacar la nueva Constitución Federal<sup>1848</sup>.

En el número 14 de *The Federalist Papers* Madison sí contesta directamente la objeción fundada en Montesquieu y formulada por los autores antifederalistas. Madison indica que la objeción solamente tiene sentido cuando se habla de democracia, pero no cuando se trata de república, esto es, que pudiera estar justificada en el caso de una democracia directa, pero que nunca lo está en el caso de una democracia representativa o república. En un segundo momento proporciona un conjunto de argumentos que tienen como nexo común que los beneficios de la Unión, especialmente a los estados más alejados, son muchos mayores en términos de seguridad y asistencia que los inconvenientes que su participación en el Gobierno Federal pudiera generar<sup>1849</sup>.

Jefferson, en una batalla contra Montesquieu que duró algunas décadas y que le llevó hasta a traducir y a editar el crítico libro de Destutt de Tracy, cuestiona las razones de Montesquieu en esta materia.

<sup>1846</sup> Montesquieu: *Op. Cit.*, Págs. 105-106. Libro VIII. Capítulo XVI.

<sup>1847</sup> *Ibidem*, Págs. 109-112. Libro IX. Capítulos I-III.

<sup>1848</sup> James Madison: "The Federalist 9" en *The Federalist Papers* Págs. 45-49.

<sup>1849</sup> James Madison: "The Federalist 14" en *The Federalist Papers*. Págs. 67-72.

La imposibilidad de la forma republicana de gobierno en una comunidad extensa que manifiesta Montesquieu no se debe a aspectos accidentales sino esenciales como *supra* se señaló: en tales comunidades habrá personas con tal riqueza que no se reducirán a la decisión mayoritaria y además la diversidad de intereses hará imposible un gobierno justo para todos.

Como hemos señalado anteriormente Thomas Jefferson apuesta por una distribución equilibrada de la riqueza, facilitando tierras a los ciudadanos para ser autosuficientes y dejando de lado al comercio y a la banca para evitar acumulaciones peligrosas de riqueza. Precisamente los Estados Unidos pueden conseguir esa autosuficiencia económica y política de sus ciudadanos, porque es un país inmenso con gran cantidad de tierra que poder trabajar. Una nación agrícola, de ciudadanos autosuficientes según el ideal jeffersoniano sin grandes desequilibrios, no se encuentra en el primer riesgo enumerado por célebre el autor francés, pues los mismos intereses serán los que estén presentes en cada rama y nivel del Gobierno.

La inherente diversidad en un Estado extenso y libre lo hace ingobernable, en la opinión de Montesquieu, porque surgirán por doquier problemas. Para Jefferson la realidad es la contraria, porque los intereses locales no pueden imponerse en las decisiones generales precisamente porque una gran extensión hará que lo local sea siempre irrelevante y al quedar reducido dentro del conjunto se diluirá.

Mantiene que las sociedades pequeñas son más violentas que las grandes asumiendo la imagen de lucha continua de las repúblicas medievales italianas<sup>1850</sup> y que su época será la que vea los experimentos de las repúblicas en grandes extensiones<sup>1851</sup>, de tal forma que la objeción de Montesquieu es revertida<sup>1852</sup>. Con ocasión de la finalización de la crisis constitucional de 1801, en torno a las Elecciones Presidenciales, sostuvo que si los Estados Unidos hubieran sido una tercera parte de lo que eran, la situación hubiera sido irreversible y que los federalistas hubieran conseguido alterar el resultado de las Elecciones Presidenciales<sup>1853</sup>. Así ofrece una posición diferente a la de Montesquieu no sobre la mera especulación o los hechos pretéritos, sino sobre la experiencia estadounidense.

---

<sup>1850</sup> *Carta a Robert Williams*, 1 de noviembre de 1807. Volumen XI. Pág. 390.

<sup>1851</sup> *Carta a Monsieur D'Ivernois*, 6 de febrero de 1795. Volumen IX. Págs. 299-300. Véase también la *Carta a Jean Antoine Gautier*, 7 de septiembre de 1795. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-28-02-0355>

<sup>1852</sup> De la misma opinión que Jefferson y Madison es Hamilton que afirmó que mientras que en los pequeños Estados la usurpación es más fácil que en los grandes, donde al pueblo le es más sencillo oponerse con su "fuerza natural". Vid. Alexander Hamilton: "The Federalist 28" en *The Federalist Papers*. Pág. 132.

<sup>1853</sup> *Carta a Nathaniel Niles*, 22 de marzo de 1801. Volumen X. Págs. 232-233.

Una República se construye mejor en un gran territorio donde el poder pueda ser dividido horizontal y verticalmente, para que el pueblo siempre pueda mantener el control del poder<sup>1854</sup>. El sistema constitucional de los Estados Unidos permite, en la consideración de Jefferson, tanto el autogobierno como la extensión del territorio al que concibe como un imperio de la libertad<sup>1855</sup>, siempre que la extensión de este imperio de libertad no sea por medio de la conquista, sino a través del pacto y de la igualdad<sup>1856</sup>.

La extensión del país se convierte en un instrumento contra la opresión y en un medio para resistirla. Las dificultades, que un territorio grande ofrece al que quiera imponer su voluntad sobre la de los ciudadanos, no son comparables a las de los territorios pequeños, porque el tirano habrá de emplear inmensos recursos para hacer llegar su poder a cada rincón, circunstancia que obstaculiza y desincentiva la tentativa. Un Estado extenso y con autogobierno en sus territorios es una difícil presa del despotismo.

No debemos olvidar que siempre nos estamos refiriendo a la democracia representativa o República en la concepción de Jefferson o de Madison. Nuestro autor ve plausible una República en grandes extensiones siempre que sea representativa, pero reserva para las unidades territoriales menores, los *wards* o *hundreds*, el ejercicio de la democracia directa.

#### 4. Religión y educación

Desde la misma *Declaración de Independencia* Jefferson buscó que la legislatura de Virginia aprobase una ley que desestableciese a la Iglesia de Inglaterra, es decir, que dejase de ser religión oficial<sup>1857</sup> o, al menos, que se exonerase a los disidentes<sup>1858</sup> (los que profesaban otra confesión religiosa diferente a la anglicana) de pagar los tributos obligatorios para el mantenimiento de la Iglesia establecida. El establecimiento u oficialidad de una confesión religiosa no implicaba en las colonias que fue de obligatoria de creencia, pero sí de obligatorio sostenimiento<sup>1859</sup>.

---

<sup>1854</sup> *Carta a John Taylor*, 28 de mayo de 1816. Volumen XV. Págs. 19-20.

<sup>1855</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Madison)*, 27 de abril de 1809. Volumen XII. Pág. 277.

<sup>1856</sup> *Carta a Monsieur Barré de Marbois*, 14 de junio de 1817. Volumen XV. Págs. 130-131.

<sup>1857</sup> *Rough Draft of Jefferson's Resolutions for Disestablishing the Church of England and for Repealing Laws Interfering with Freedom of Worship*, 19 de noviembre de 1779. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0222-0002>

<sup>1858</sup> *Draft of Bill for Exempting Dissenters from Contributing to the Support of the Church*, 30 de noviembre de 1779. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0222-0003>

<sup>1859</sup> Una perspectiva general de esta temática puede encontrarse en Peter S. Onuf: *The Mind of Thomas Jefferson*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 2007. Págs. 139-162.

Es obvio observar que la Iglesia de Inglaterra, cuya cabeza era Jorge III, era una corporación religiosa inclinada en primer lugar al mantenimiento de la lealtad respecto del rey británico y, en segundo lugar, a ser apoyo preferente de las capas de la sociedad virginiana más cercanas a la antigua subordinación política. Hacer de la Iglesia anglicana una más de entre todas las confesiones disminuía su presencia, al tener que recaudar fondos voluntarios para su sostenimiento y liberaba a los creyentes de otras confesiones a un mantenimiento paradójico. Además se debilitaba tanto un recuerdo del dominio británico, como una de las instituciones de la jerarquía social británica.

Pese a que la propuesta jeffersoniana databa de 1777<sup>1860</sup>, la ley no se aprobó hasta 1786<sup>1861</sup> y causó tal perplejidad y curiosidad que Jefferson le comentó a Madison que en Francia le pedían copias de la ley virginiana y que se había traducido al francés y al italiano para remitirlas a todos los centros de poder de Europa<sup>1862</sup>.

La Primera Enmienda a la Constitución Federal prohibió al Congreso que estableciera una religión o prohibiera el libre culto religioso, pero esta disposición solamente era únicamente aplicable al Gobierno Federal<sup>1863</sup> y no a los estados hasta que se declaró su incorporación en 1940 y en 1947<sup>1864</sup>, de manera que los estados conservaba la posibilidad de tener una religión establecida o de no tenerla, como hizo Virginia.

Entendió Jefferson que uno de los remedios contra las divisiones aristocráticas y jerárquicas propias de la política de Nueva Inglaterra era la concesión de la libertad religiosa en aquellos estados, porque mantenía que una clase de abogados y de clérigos dominaba esa región y hacía que lucharan contra los principios republicanos de la Constitución<sup>1865</sup>. La propuesta de la ley de libertad religiosa y su poca participación en los actos religiosos fueron utilizadas para calificarlo de ateo y para atacarlo por este motivo<sup>1866</sup> y, pese a estas acusaciones, los creyentes de confesiones minoritarias formaron parte de los apoyos políticos y electorales de Jefferson y los republicanos<sup>1867</sup>.

---

<sup>1860</sup> *A Bill for Establishing Religious Freedom*, 18 de junio de 1779. Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0082>

<sup>1861</sup> *An Act for establishing religious freedom*, 12 Va. Stat. 84 (1786).

<sup>1862</sup> *Carta a James Madison*, 16 de diciembre de 1786. Volumen VI. Págs. 10-11.

<sup>1863</sup> *Carta a Benjamin Rush*, 23 de septiembre de 1800. Volumen X. Pág. 175.

<sup>1864</sup> La cláusula relativa al libre ejercicio se hizo obligatoria en 1940 para los estados (*incorporación*) y las entidades locales en el caso y la cláusula relativa al establecimiento en el caso de 1947. Cf. respectivamente *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) y *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

<sup>1865</sup> *Carta al Fiscal General (Levi Lincoln)*, 12 de enero de 1802. Volumen X. Pág. 305. *Carta a John Adams*, 28 de octubre de 1813. Volumen XIII. Págs. 400-401.

<sup>1866</sup> *Carta a Margaret Bayard Smith*, 6 de agosto de 1816. Volumen XV. Pág. 60.

<sup>1867</sup> Thomas S. Kidd: *God of Liberty. A Religious History of the American Revolution*. Basic Books. Nueva York, 2010. Págs. 229-243. Richard E. Ellis: *Op. Cit.*, Págs. 253-254. Robert M. S. McDonald: "Was There a Religious Revolution of 1800?" en James Horn, Jan Ellen Lewis y Peter Onuf (eds.): *Op. Cit.*, Pág. 187.

Rechaza cualquier alianza entre la Iglesia y el Estado como perjudicial en tanto que ha sido empleada tradicionalmente por el clero en su beneficio<sup>1868</sup> y para establecer una inquisición sobre las ideas<sup>1869</sup>. Precisamente por la influencia que él atribuye al clero católico y al grado de fanatismo que supone en la población considera que las colonias españolas en América son incapaces de implantar un sistema republicano exitoso tras su independencia<sup>1870</sup>.

Thomas Jefferson mantiene que la religión es una cuestión personal entre Dios y el ser humano sin que haya ninguna necesidad de institucionalización<sup>1871</sup> y que ninguna de las confesiones se debe arrogar la exclusividad de la salvación<sup>1872</sup>. El deber religioso más alto, el mayor acto de culto a Dios es, para Jefferson, la enemistad eterna con la tiranía<sup>1873</sup>.

Unas de las primeras preocupaciones como legislador en Virginia fue la Educación. Propuso una ley que pretendía el establecimiento de un sistema general de educación primaria, posibilitada el acceso a la secundaria y buscaba el establecimiento de instituciones universitarias no dependientes de organizaciones religiosas, como era su *alma mater* el *College William and Mary*, institución para la que propuso una serie de reformas para que dejara de ser un centro destinado preferentemente a la formación de ministros sagrados<sup>1874</sup>. Sin educación no puede haber autogobierno<sup>1875</sup>.

El proyecto de ley de Educación<sup>1876</sup> se articulaba sobre una subdivisión del condado, los *hundreds*<sup>1877</sup> que serán las entidades encargadas de la escuela primaria y

---

<sup>1868</sup> *Carta a Nehemias Dodge, Ephraim Robbins y Stephen S. Nelson*, 1 de enero de 1802. Volumen XVI. Págs. 281-282. *Carta a John Adams*, 28 de octubre de 1813. Volumen XIII. Págs. 400-401.

<sup>1869</sup> *Carta al Reverendo Jared Sparks*, 4 de noviembre de 1820. Volumen XVIII. Pág. 288.

<sup>1870</sup> *Carta al marqués de la Fayette*, 14 de mayo de 1817. Volumen XIV. Págs. 116-117. *Carta al barón Alexander von Humboldt*, 13 de junio de 1817. Volumen XV. Pág. 127. Pág. 464. *Carta a John Adams*, 22 de junio de 1821. Volumen XV. Págs. 309-310. *Carta a John Adams*, 4 de septiembre de 1823. Volumen XV. Pág. 464.

<sup>1871</sup> *Carta a Margaret Bayard Smith*, 6 de agosto de 1816. Volumen XV. Pág. 60.

<sup>1872</sup> *Carta a William Canby*, 18 de septiembre de 1813. Volumen XIII. Pág. 377. *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Monroe)*, 24 de septiembre de 1814. Volumen XIV. Pág. 198. Gordon S. Wood piensa que estas ideas jeffersonianas se habían extendido a la mayor parte de los estadounidenses de su tiempo. Vid. Gordon S. Wood: *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815. Op. Cit.*, Págs. 576-589.

<sup>1873</sup> *Carta a Benjamin Rush*, 23 de septiembre de 1800. Volumen X. Pág. 175.

<sup>1874</sup> *A Bill for Amending the Constitution of the College of William and Mary, and Substituting More Certain Revenues for Its Support*, 18 de junio de 1779.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0080>

<sup>1875</sup> *Carta a Joseph C. Cabell*, 14 de enero de 1814. Volumen XIV. Pág. 74.

<sup>1876</sup> *A Bill for the More General Diffusion of Knowledge*, 18 de junio de 1779.

Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0079>

que con el paso del tiempo, denominándolas *wards*<sup>1878</sup>, las haría la única básica del Federalismo estadounidense, asignándole muchas más funciones que las meramente educativas.

Su preocupación por la educación permaneció, pese a no ver aprobado su proyecto de ley en Virginia, y siendo Presidente lanzó la idea de enmendar la Constitución otorgar al Congreso el poder suficiente para poder invertir en las escuelas públicas de los condados y para crear una institución educativa federal<sup>1879</sup>.

Tampoco tuvo éxito, pero sí lo encontró en la fundación de la Universidad de Virginia con un pensamiento ilustrado y alejado de los planteamientos religiosos de William and Mary, Harvard o Yale. Desde su retirada a su estado natal, Jefferson puso todo su empeño, conocimiento y relaciones en esta institución a la que pudo ver abrir sus puertas<sup>1880</sup>.

Para Jefferson la educación era una condición indispensable para que pudiera ejercerse correctamente la ciudadanía. No la comprendía ciudadanía sin saber leer y escribir y por ello aplaudió con entusiasmo la disposición de la Constitución Española de 1812 que solamente confería el voto a quien hubiera salido del analfabetismo, que era el pueblo estaba preparado para refrenar las tendencias aristocráticas<sup>1881</sup>.

¿Qué le proporcionaba saber leer al ciudadano? Fundamentalmente la capacidad de informarse a través de los periódicos acerca de la realidad de su entorno, del país y del mundo. Jefferson vivió una época de eclosión de la prensa política y él mismo incentivó que los republicanos fundasen numerosísimos periódicos para informar desde su perspectiva a la ciudadanía<sup>1882</sup>.

<sup>1877</sup> El *hundred* es una subdivisión tradicional de los condados ingleses a efectos judiciales y militares. Harrington toma los *hundreds* como unidad básica para su Oceana. Vid. Pablo Badillo O'Farrel: *La filosofía político-jurídica de James Harrington*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1977. Pág. 113.

<sup>1878</sup> Thomas Jefferson tras dejar la Presidencia, volvió a este asunto intentando que la legislatura de Virginia aprobara el proyecto que él mismo había presentado en 1779. Vid. *Carta a John Tyler*, 26 de marzo de 1810. Volumen XII. Págs. 393-394. *Carta a John Adams*, 5 de Julio de 1814. Volumen XIV. Págs. 150-151. *Carta al gobernador Wilson C. Nicholas*, 2 de abril de 1816. Volumen XIV. Págs. 541. *Carta a Joseph Cabell*, 28 de noviembre de 1820. Volumen XV. Págs. 291-293.

<sup>1879</sup> *6th Annual Message*, diciembre de 1806. Volume III. Págs. 423-424.

<sup>1880</sup> *Carta a James Monroe*, 30 de mayo de 1813. Volume XIII. Págs. 254-255.

<sup>1881</sup> *Carta a Luis de Onís*, 28 de abril de 1814. Volumen XIV. Págs. 130-131. *Carta a Dupont de Nemours*, 24 de abril de 1816. Volumen XIV. Pág. 492.

<sup>1882</sup> Sobre el papel de la prensa en los primeros años de los Estados Unidos, véase: Jeffrey L. Pasley: *The Tyranny of Printers. Newspaper Politics in the Early American Republic*. University Press of Virginia. Charlottesville y Londres, 2001. En episodios concretos puede verse, por ejemplo, para el proceso de ratificación Pauline Maier: *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*. Simon & Schuster Paperbacks. Nueva York y otros, 2010. Pág. 70-95. Jeffrey L. Pasley: "1800 as Revolution in Political Culture: Newspapers, Celebrations, Voting, and Democratization in Early Republic" en James Horn, Jan Ellen Lewis y Peter Onuf (eds.): *Op. Cit.*, Págs. 121-147.

Siendo ministro en Francia, Jefferson puso de manifiesto que las barreras institucionales de contención del monarca en Francia sencillamente absolutamente eran inoperantes: Pero sí ve en la opinión pública la única barrera real al poder omnímodo del rey<sup>1883</sup>, hasta el punto de considerar que es la opinión pública, junta a la falta de dinero en la Hacienda Real, lo que fuerza al rey a ceder y convocar los Estados Generales<sup>1884</sup>.

Juzgaba que, si bien esto había sido un logro en Francia, era insuficiente en los Estados Unidos donde el derecho de petición y, sobre todo, el derecho de voto eran lo que hemos denominado formas de resistencia institucionalizada<sup>1885</sup>, a las que podríamos unir la prensa que recibió protección del Gobierno Federal en la Primera Enmienda<sup>1886</sup>.

## 5. Comercio, política internacional y aislamiento hemisférico

Jefferson, desde su temprano cargo en el servicio diplomático, mantuvo que el objetivo de los tratados comerciales y de toda la política exterior de los Estados Unidos debía ser primariamente la apertura de mercados extranjeros a los excedentes agrícolas<sup>1887</sup>. Esta labor se vio dificultada por la poca relevancia internacional de la joven República<sup>1888</sup> y por el hecho de que los estados no ejecutaban convenientemente los tratados adoptados y ratificados por el Congreso de la Confederación<sup>1889</sup>. La necesidad del establecimiento de un sistema fiscal razonable y eficaz para gravar el comercio exterior común a todos los Estados Unidos y el requisito de poseer relaciones consulares, dado que los tratados comerciales al uso en el siglo XVIII conferían determinados poderes jurisdiccionales a los cónsules sobre los comerciantes nacionales, fueron dos de las causas que llevaron a Jefferson a apoyar la reforma de los Artículos de la Confederación, ampliando los poderes federales<sup>1890</sup>.

---

<sup>1883</sup> *Carta al coronel Edward Carrington*, 16 de enero de 1787. Volumen VI. Pág. 58. *Carta a John Adams*, 30 de agosto de 1787. Volumen VI. Pág. 288. *Carta a John Jay*, 22 de septiembre de 1787. Volumen VI. Pág. 315. *Carta a John Brown Cutting*, 24 de Julio de 1788. Volumen VII. Págs. 86-87.

<sup>1884</sup> *Carta a Madame de Brehan*, 14 de marzo de 1789. Volumen VII. Pág. 307. *Carta al coronel Humphreys*, 18 de marzo de 1789. Volumen VII. Págs. 320-321. Reconoce que en la Francia de Luis XVI había libertad de prensa, mientras que en la Francia napoleónica dejó de existir: *Carta a Thomas Cooper*, 25 de agosto de 1814. Volumen XIV. Pág. 125.

<sup>1885</sup> *Carta a Edmund Pendleton*, 14 de febrero de 1799. Volumen X. Pág. 105.

<sup>1886</sup> *Constitución de los Estados Unidos*. Primera Enmienda: "Congress shall make [...] abridging the freedom of speech, or of the press [...]."

<sup>1887</sup> *Autobiography*. Volumen I. Págs. 89-90.

<sup>1888</sup> *Ibidem*. Págs. 93-94.

<sup>1889</sup> *Carta a John Jay*, 17 de enero de 1786. Volumen V. Pág. 268.

<sup>1890</sup> *Carta a James Monroe*, 17 de junio de 1785. Volumen V. Págs. 16-20. *Carta a John Adams*, 7 de julio de 1785. Volumen V. Págs. 31-33.



Pese a las expuestas dificultades, la adopción de la Constitución Federal en sustitución de los Artículos de la Confederación salvó esta dificultad constitucional entregándole al Congreso de la Unión la regulación del comercio con las naciones extranjeras, las tribus indias y el comercio interestatal.

El problema con el que se enfrentaron los dirigentes estadounidenses a partir de entonces fue aprender que el comercio internacional no se daba aisladamente, como un fenómeno económico independiente, sino que se interrelacionaba con todos los demás fenómenos económicos y políticos, de forma que querer comerciar con las naciones europeas, y especialmente con sus colonias, conllevaba verse insertos en la turbulenta política internacional de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.

El Tratado de Jay introdujo a los Estados Unidos dentro de la esfera británica. Esto le llevó a la guerra naval no declarada con Francia que conocemos como *Quasi-War*. En 1799, durante este conflicto Jefferson sostuvo que:

Soy favorable al libre comercio con todas las naciones; la conexión política con ninguna; pocos o ningún establecimiento diplomático. Tampoco soy favorable a vincularnos por medio de nuevos tratados con las peleas de Europa, ingresando en ese campo de matanza para preservar su equilibrio o uniéndonos a la confederación de reyes para hacer la guerra contra los principios de la libertad.<sup>1891</sup>

Los decretos napoleónicos sobre comercio de los neutrales (Decretos de Berlín) y sus réplicas británicas en *orders-in-council* llevaron a los Estados Unidos<sup>1892</sup> a una

---

<sup>1891</sup> *Carta a Elbridge Gerry*, 26 de enero de 1799. Volumen X. Págs. 77-78. "I am for free commerce with all nations; political connection with none; and little or no diplomatic establishment. And I am not for linking ourselves by new treaties with the quarrels of Europe; entering that field of slaughter to preserve their balance, or joining in the confederacy of kings to war against the principles of liberty." En el mismo sentido vid. *Carta a Thomas Lomax*, 12 de marzo de 1799. Volumen X. Pág. 125; *Carta a Gideon Granger*, 13 de agosto de 1800. Volumen X. Pág. 167.

<sup>1892</sup> En el Derecho Internacional del siglo XVIII se consideraba vigente la norma consuetudinaria barcelonesa que se recogió en la compilación valenciana conocida como *Consolato del Mar*. Cf. *Código de las costumbres marítimas de Barcelona*. Imprenta de D. Antonio de la Sancha. Madrid, 1791. Págs. 214-293. Existe una nueva edición de varios cuerpos normativos sobre Derecho Marítimo medieval: Margarita Serna Vallejo (ed.): *Textos jurídicos marítimos medievales*. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2018.

En el Título XII podemos comprobar, en mitad de prolijas costumbres y casos, que se establece que los bienes enemigos que estuvieran en un barco neutral podían ser objeto de presa legal, mientras que los bienes neutrales en barcos enemigos no podían ser capturados. Frente a esta norma general surgió la norma incluida en numerosos tratados, impulsada por los neerlandeses, de considerar que todos los bienes en un barco neutral habían de ser considerados neutrales y todos los bienes en un barco enemigo habrían de ser considerados enemigos. De acuerdo con la estructura normativa del Derecho Internacional en caso de que no hubiera norma convencional sería de aplicación la norma del *Consolato*. Ya a principios del siglo XIX, con ocasión de los bloqueos de las Guerras Napoleónicas, comenzó a utilizar la costumbre neerlandesa como norma consuetudinaria general en sustitución de la del *Consolato*. Jefferson mantenía en 1801 que la costumbre neerlandesa solamente era aplicable a casos concretos, los sometidos expresamente a ella, pero no a la generalidad. Cf. *Carta a Robert. R. Livingston*, 9 de

salida que no fue otra que la suspensión del comercio internacional con las dos grandes potencias a menos que derogasen sus regulaciones. Napoleón y Madison negociaron el levantamiento de la suspensión comercial respecto de Francia y, a cambio de los estadounidenses vieran reconocida su neutralidad y poder comerciar con Europa sin necesidad de tocar puerto francés. Y aunque este acuerdo no prosperó en la práctica, supuso una afrenta para los británicos como la captura de la fragata estadounidense *Chesapeake* por parte de la británica *Leopard* en las aguas de Virginia en 1807 fue un ataque al honor de los Estados Unidos.

Las repetidas experiencias de conflictos en torno al comercio internacional hacen que Jefferson se replantee algunos de los puntos fundamentales que habían orientado su quehacer diplomático en París y en Washington. Tomó conciencia de las implicaciones políticas del comercio y en su primer discurso inaugural lo sintetiza magistralmente en la célebre sentencia: “paz, comercio y amistad sincera con todas las naciones, alianzas problemáticas con ninguna”.<sup>1893</sup>

El comercio sin compromiso político era imposible ya que la apertura de los mercados requería un entendimiento político previo que trascendía lo meramente comercial. Pese a que Jefferson insistió en que las normas del Derecho Internacional prohibían a los beligerantes condicionar a los buques neutrales, salvo en el caso del bloqueo de puertos, la emergencia de un nuevo escenario marítimo, con una sola potencia mundial (Gran Bretaña) tras la derrota hispano-francesa en Trafalgar, modificó las reglas hasta entonces vigentes.

Thomas Jefferson contempla los mares como una posesión inglesa, y no se confunde, donde la *Royal Navy* impone las reglas del gobierno británico y somete a sus condiciones económicas a todo el que quiere utilizar el mar para comerciar, desapareciendo el grociano *mare liberum* y transformándose en un *mare clausum*, todo ello inserto en el triángulo que antes describimos en el epígrafe 1.3 del presente capítulo. Para Jefferson la política marítima de Gran Bretaña es irreformable y es deudora de la corrupción de su sistema político, por lo que los compromisos que se alcancen con los británicos no tienen garantía de cumplimiento<sup>1894</sup>.

Se niega a competir marítimamente con la flota británica, porque ello conllevaría la asunción de una política financiera basada en el endeudamiento, dados los costes de

septiembre de 1801. Volumen X. Págs. 277-279. En 1823 admite que ha habido una modificación de la norma consuetudinaria en el sentido de que deja de estar vigente la norma recogida en el *Consolato*. Cf. *Carta a Edward Everett*, 21 de febrero de 1823. Volumen XV. Págs. 410-411.

<sup>1893</sup> *First Inaugural Address*, 4 de marzo de 1801. Volumen III. Pág. 321. “peace, commerce, and honest friendship, with all nations—entangling alliances with none;”

<sup>1894</sup> *Carta a John Langdon*, 5 de marzo de 1810. Volumen XII. Pág. 376. *Carta a James Olgivie*, 4 de agosto de 1811. Volumen XIII. Pág. 69.

construcción y mantenimiento de una flota capaz de enfrentarse a la británica. Su buen amigo y corresponsal Thomas Paine había propuesto justamente eso en su célebre escrito *Common sense*, eso sí asumiendo que sería necesaria un parte de deuda, aunque estima que los beneficios serían superiores a los costes<sup>1895</sup>.

La consecuencia principal de la propuesta jeffersoniana de reducir permanentemente el comercio internacional al mínimo sería la disminución de las importaciones y el incremento de la demanda interna de manufacturas, que debía satisfacerse por medio de la producción interior, especialmente la de los estados del Norte<sup>1896</sup>.

Jefferson potenció la perspectiva, que ya veíamos en 1799, de que los Estados Unidos renunciaran a casi todas las relaciones internaciones con Europa, especialmente las comerciales, y se centraran en el incremento de la demanda interna. Solamente la desconexión con Europa haría posible la paz y la felicidad en América, teniendo al Océano Atlántico como frontera entre los Estados Unidos y las nacientes naciones sudamericanas con los intereses del Viejo Mundo.

En 1803, siendo Presidente, le propuso al Príncipe Regente de Portugal<sup>1897</sup> que los Estados Unidos y Brasil mantuvieran relaciones comerciales cercanas y procurasen entre los dos la exclusión de las potencias europeas del hemisferio americano para garantizar la paz y la felicidad<sup>1898</sup>. Cuando Brasil se constituyó en Estado, aún unido a Portugal aunque con visos de independencia, Jefferson soñó con una flota conjunta brasileño-estadounidense que guardara el hemisferio americano<sup>1899</sup>. En ese mismo año escribe al gobernador del Territorio de Orleans, W.C.C. Claiborne, considerando que era preferible que México y Cuba siguieran bajo la dependencia española, que él juzga débil, a que pasasen a la francesa o inglesa que pondría en peligro a todo el hemisferio, lo cual tiene relación directa con la posibilidad o imposibilidad de eliminar la deuda y

---

<sup>1895</sup> Thomas Paine: *Common sense and other writings*. Modern Library Paperback Editions. Nueva York, 2003. Págs. 34-35.

<sup>1896</sup> *Carta a John Adams*, 21 de enero de 1812. Volumen XIII. Págs. 122.

<sup>1897</sup> La corte portuguesa se había trasladado a Brasil en 1807 tras la invasión francesa de Portugal. Se instaló en Río de Janeiro y mantuvo su imperio bajo el gobierno directo de la monarquía lusa. El Príncipe Regente lo era por la incapacitación de su madre, la reina María, y solamente asumió la corona por propio derecho en 1816 al morir su progenitora. Lo que Jefferson no menciona en su carta y es posible que fuera el motivo de ésta, es que el Príncipe Regente había abierto los puertos brasileños al comercio directo con Gran Bretaña y posteriormente firmó un tratado comercial sumamente ventajoso para los británicos. Cf. Leslie Bethell: "The independence of Brazil" en Leslie Bethell (ed.): *The Cambridge History of Latin America*. Volume III: *From Independence to c. 1870*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1985. Págs. 168-175.

<sup>1898</sup> *Carta al Príncipe Regente de Portugal (João Maria José Luis)*, 5 de mayo de 1808. Volumen XII. Págs. 49-50.

<sup>1899</sup> *Carta a William Short*, 4 de agosto de 1820. Volume XV. Pág. 263.

de no ir a la guerra, pues la vecindad terrestre con una potencia militar impide restringir el gasto en el ejército y en la marina<sup>1900</sup>.

En 1811 retomó la cuestión indicando que el sistema europeo para con América era pura tiranía y que el hemisferio debía poder librarse de ese yugo porque América y Europa eran dos realidades diferentes, dos mundos diferentes. La única opción era separar ambos continentes y que en unos se siguieran alimentando las pasiones y las guerras y en el otro la independencia, el libre comercio y la amistad<sup>1901</sup>.

La línea de demarcación entre Europa y América habría de situarse en el meridiano medio del Atlántico y las naciones de un hemisferio no podrían interferir en las naciones del otro<sup>1902</sup>. Jefferson concibe al mundo occidental separado en dos sistemas, el europeo monárquico engolfado en sus guerras, con prácticas comerciales y con luchas por el dominio de los mares y el sistema americano republicano dedicado al cultivo de la paz, de la tierra y al libre comercio de sus excedentes agrícolas en un mar abierto<sup>1903</sup>.

El 24 de octubre de 1823, Thomas Jefferson escribió al entonces Presidente, James Monroe<sup>1904</sup>:

Nuestra primera y fundamental máxima debería ser que no nos enredásemos nunca en las peleas de Europa. Nuestra segunda máxima: nunca ser víctima de Europa para entrometerse en los asuntos más allá del Atlántico. América, norte y sur, tiene un conjunto de intereses distintos de los de Europa y peculiarmente propios. América debería por tanto tener un sistema propio, separado y aparte del de Europa. Mientras que Europa está trabajando para llegar a ser la sede del despotismo, nuestro esfuerzo debería ser seguramente hacer de nuestro hemisferio la sede de la libertad. Una nación, sobre todas, podía interferir en esta búsqueda. [...] Su objeto es introducir y establecer el sistema americano, para dejar fuera de nuestra tierra a todas las potencias extranjeras, y nunca permitir a éstas entrometerse en los asuntos de nuestras naciones. Es mantener nuestro propio principio, no separarnos de él. Y si, para facilitar esto, podemos efectuar una división en el cuerpo de las potencias europeas y atraernos a su miembro más poderoso, seguramente deberíamos hacerlo.<sup>1905</sup>

<sup>1900</sup> *Carta a W.C.C. Claiborne*, 29 de octubre de 1809. Volumen XII. Págs. 286-287.

<sup>1901</sup> *Carta a Clement Caine*, 11 de septiembre de 1811. Volumen XIII. Págs. 89-90.

<sup>1902</sup> *Carta a John Crawford*, 12 de enero de 1812. Volumen XIII. Pág. 119.

<sup>1903</sup> *Carta a Alexander von Humboldt*, 6 de diciembre de 1813. Volumen XIV. *Carta a William Short*, 4 de agosto de 1820. Volumen XV. Págs. 262-263.

<sup>1904</sup> En este escrito a Monroe le informa sobre el ofrecimiento de Gran Bretaña de interferir en los intentos españoles por recobrar sus colonias en proceso de independización. R. B. Bernstein: *Thomas Jefferson. The Revolution of Ideas*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2004. Págs. 205-207.

<sup>1905</sup> *Carta al Presidente de los Estados Unidos (James Monroe)*, 24 de octubre de 1823. Volumen XV. Pág. 478. "Our first and fundamental maxim should be, never to entangle ourselves in the broils of Europe. Our second, never to suffer Europe to intermeddle with cis-Atlantic affairs. America, North and South, has a set of interests distinct from those of Europe, and peculiarly her own. She should therefore have a

El Presidente James Monroe, en un discurso al Congreso el 2 de diciembre de 1823 enuncia la famosa “Doctrina Monroe”:

Nunca hemos tomado parte en las guerras de los europeos sobre asuntos concernientes a ellos mismos, y hacerlo no coincide con nuestra política. Solamente cuando nuestros derechos sean invadidos o seriamente amenazados, estaremos ofendidos por las heridas o prepararemos nuestra defensa. Estamos, necesariamente, más unidos a los sucesos de este hemisferio por motivos que deben ser obvios a todos los observadores imparciales e ilustrados. El sistema político de los poderes aliados [Santa Alianza]<sup>1906</sup> es esencialmente diferente en este asunto respecto del de América. La diferencia procede a partir de eso que subsiste en sus respectivos gobiernos; y para la defensa de nuestro gobierno, que ha sido logrado mediante la pérdida de mucha sangre y patrimonio, y madurado gracias a la sabiduría de los más ilustrados ciudadanos y bajo el cual nosotros hemos disfrutado de una felicidad sin par, la totalidad de la Nación es fiel. Por tanto debemos, por la honestidad y por las relaciones amistosas existentes entre los Estados Unidos y estos poderes, declarar que consideraremos cualquier intento de su parte de extender su sistema a cualquier porción de este hemisferio como peligroso para nuestra paz y seguridad.<sup>1907</sup>

Podemos observar la continuidad e incluso la identidad entre el pensamiento de Thomas Jefferson y la Doctrina Monroe, normalmente atribuida a su secretario de Estado y siguiente Presidente, John Quincy Adams.

---

system of her own, separate and apart from that of Europe. While the last is laboring to become the domicile of despotism, our endeavor should surely be, to make our hemisphere that of freedom. One nation, most of all, could disturb us in this pursuit; [...] Its object is to introduce and establish the American system, of keeping out of our land all foreign powers, of never permitting those of Europe to intermeddle with the affairs of our nations. It is to maintain our own principle, not to depart from it. And if, to facilitate this, we can effect a division in the body of the European powers, and draw over to our side its most powerful member, surely we should do it.”

<sup>1906</sup> James Monroe advierte a la Santa Alianza sobre las consecuencias de sus tentaciones intervencionistas seis meses después de su intervención en España (“Los cien mil hijos de San Luis”) y por temor a que se extendiera a la América Española que estaba inflamada de guerras y conflictos entre los proclives a la independencia y los partidarios de mantener la Unión con España y el propio gobierno español. Cf. James Monroe: “Séptimo mensaje anual al Congreso de los Estados Unidos” en *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States*. Volumen XLI: *Eighteen Congress – First Session*. Gales and Seaton. Washington DC, 1856. Págs. 23.

<sup>1907</sup> *Ibidem*. Págs. 22-23. “In the wars of the European powers in matters relating to themselves we have never taken any part, nor does it comport with our policy to do so. It is only when our rights are invaded or seriously menaced that we resent injuries or make preparation for our defense. With the movements in this hemisphere we are of necessity more immediately connected, and by causes which must be obvious to all enlightened and impartial observers. The political system of the allied powers is essentially different in this respect from that of America. This difference proceeds from that which exists in their respective Governments; and to the defense of our own, which has been achieved by the loss of so much blood and treasure, and matured by the wisdom of their most enlightened citizens, and under which we have enjoyed unexampled felicity, this whole nation is devoted. We owe it, therefore, to candor and to the amicable relations existing between the United States and those powers to declare that we should consider any attempt on their part to extend their system to any portion of this hemisphere as dangerous to our peace and safety.”

La reducción del comercio con Europa permitiría que los Estados Unidos pudieran abstenerse de mantener vínculos políticos con estos países, que tienen un sistema político incoherente con el Republicanismo estadounidense. Estas relaciones llevan indefectiblemente a la guerra y a tener que emplear el dinero, que podría dedicarse a obras públicas y escuelas, a mantener ejércitos mercenarios o costosísimas flotas. A través de estos gastos entran en la sociedad la deuda pública permanente, el rentismo, la primacía de los sectores especulativos sobre los productivos, los altos impuestos, el desequilibrio social apareciendo una clase opulenta y otra mísera, la desaparición de la clase media y el advenimiento de una aristocracia, de una plutocracia, que destruiría las bases republicanas de la Constitución de los Estados Unidos e importaría el sistema constitucional inglés.

La distancia entre América y Europa es vista en términos de ocasión y no de lejanía. Tener nada menos que un océano de distancia debería permitir a los Estados Unidos liberarse de los asuntos europeos que eran una sucesión de durísimas guerras. La distancia debía ser una eficazísima barrera que el Gobierno Federal habría de emplear para evitar la extensión de los sistemas políticos absolutistas y sus políticas al Hemisferio americano.

La distancia geográfica y la inhibición política y comercial de los Estados Unidos habrían de ser condiciones para el mantenimiento de la libertad. Una condición dada, la distancia, y otra política, la no participación en el comercio y la política internacional, conformarían una resistencia a la opresión europea que podemos denominar “aislacionismo hemisférico”, en tanto y cuanto no es un aislacionismo radical sino una circunscripción al continente americano que en aquellos momentos era tierra de nuevas repúblicas<sup>1908</sup>. No sería una resistencia institucionalizada jurídicamente, pero sí una resistencia establecida a través de lo que Jefferson pensaba que había de ser una política exterior permanente.

---

<sup>1908</sup> Jefferson, como ya indicamos anteriormente, pese a tener simpatía por la independencia de la América Española siempre consideró que los pueblos sudamericanos no estaban lo suficientemente preparados para adoptar la forma republicana de gobierno. Mantuvo que esta falta de preparación, motivada principalmente por el fanatismo religioso, llevaría a las nuevas repúblicas a convertirse en despotismos militares. Mantuvo que era necesario apoyar sin comprometerse y prefería la emergencia de múltiples Estados a uno solo, que pudiera ser un adversario de inmensos recursos. Llegó a proponer a ministro español que España propiciase una independencia amistosa e incluso el establecimiento de un protectorado español provisional hasta que las nuevas repúblicas madurasen. Véanse *Carta a Alexander von Humboldt*, 6 de diciembre de 1813. Volumen XIV. Pág. 21; *Carta a Luis de Onís*, 28 de abril de 1814. Volumen XIV. Pág. 131. *Carta a James Monroe*, 4 de febrero de 1814. Volumen XIV. Págs. 431-432; *Carta al Marqués de la Fayette*, 14 de mayo de 1817. Volumen XV. Págs. 116-117; *Carta a Albert Gallatin*, 16 de junio de 1817. Págs. 132-133; *Carta a John Adams*, 17 de mayo de 1818. Volumen XV. Pág. 170; *Carta a Alexander von Humboldt*, 13 de junio de 1817. Volumen XV. Pág. 127. *Carta a John Adams*, 13 de junio de 1817. Volumen XV. Págs. 309-310.

## CONCLUSIONES

### 1.- Síntesis del concepto jeffersoniano de derecho de resistencia

La concepción que Thomas Jefferson tiene del derecho de resistencia se encuentra inscrita dentro de la tradición filosófica y en especial con los autores anglosajones que más inspiraron a la Revolución Americana, como son John Locke o Algernon Sidney. Jefferson propone un concepto de derecho de resistencia anclado en el Derecho Natural, pero éste se actualiza, no únicamente en virtud de necesidades teóricas, sino en la necesidad de responder a las cuestiones que, en la vida política de los Estados Unidos y de su entorno internacional, surgen durante su existencia personal y política.

Tiene nuestro autor el honor de que su definición del derecho de resistencia se halle en unos de los documentos políticos y jurídicos más importantes de la época contemporánea en lo que a este asunto se refiere: la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*.

Sostenemos que estas verdades son autoevidentes: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables [de derechos inherentes e inalienables]; que entre ellos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar estos derechos son instituidos los gobiernos entre los hombre, procediendo sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que si alguna forma de gobierno llega a ser destructiva de esos fines, existe el derecho del pueblo de cambiar o abolir el gobierno e instituir un nuevo gobierno, colocando su fundamento sobre tales principios y organizando sus poderes en tal forma como a ellos les parecerá más adecuado a su seguridad y felicidad.<sup>1909</sup>

El derecho de resistencia en Jefferson es un derecho natural y esto quiere decir que es plenamente una facultad concedida por un Derecho Objetivo, porque cuando se

---

<sup>1909</sup> *Autobiography*, Volumen I. Pág. 29. En la Autobiografía Jefferson reproduce el texto aprobado por el Congreso y entre corchetes o en columna paralela indica las diferencias entre ese texto y su último borrador:

“We hold these truths to be self evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain [inherent and] inalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.”

refiere al Derecho Natural no lo entiende como un orden moral o un orden jurídico “débil”, sino como un verdadero Derecho.

El derecho de resistencia por tanto es un derecho natural y de titularidad y ejercicio colectivo. En este punto Jefferson se atiene no solamente a sus antecesores *whigs*, sino también a toda la tradición que, con pocas excepciones, ha mantenido que el derecho era colectivo y que el ejercicio también lo era, salvo en muy pocas excepciones. Es un derecho imprescriptible de forma que el plazo del tiempo no lo elimina ni lo menoscaba.

En el recorrido histórico en torno a diversas formas de ejercicio del derecho de resistencia, durante la vida de Jefferson, hemos visto que eran colectivos los que resistían y que decidían la resistencia y la forma de llevarla a cabo también de forma colectiva y, en la mayoría de las ocasiones, a través de instituciones extraordinarias y *ad hoc*: el Congreso Continental, la Asamblea Nacional francesa, las legislaturas de Virginia y Kentucky en reacción a las *Aliens and Sedition Acts*, una eventual nueva Convención constitucional y/o las instituciones de Virginia y Pennsylvania en 1801 con ocasiones de las Elecciones Presidenciales, las Juntas de Defensa en la América Española, la Convención de Hartford en Nueva Inglaterra como reacción a las consecuencias del embargo al comercio o las convenciones con ocasión de las revueltas del Whiskey en reacción a los impuestos indirectos sobre las bebidas espirituosas.

A pesar de las contradicciones prácticas de Jefferson respecto de la esclavitud siempre se expresó en contra de la institución, aunque no a favor de una emancipación inmediata y generalizada. Valoraba la esclavitud como denigrante e inhumana de forma que juzgaba razonable y justificada cualquier rebelión de los esclavos a causa de su miserable situación. A la resistencia ejercida por los esclavos no le exigía, ni explícita ni implícitamente, la menor institucionalización, aunque sí esperaba que el ejercicio fuera colectivo.

En cambio, los indios no tienen derecho de resistencia, al menos hasta la Constitución, porque tienen el *ius in bellum* como entidad política diferenciada. A lo largo del tiempo se irá consolidando el concepto de “nación doméstica dependiente”, es decir, como una comunidad política diferenciada, no sometida a los estados, pero sin los derechos propios de una entidad soberana.

En las dos declaraciones trascendentales de las que Thomas Jefferson fue el autor, la *Declaración sobre ‘Las causas y la necesidad de tomar las armas’* y la *Declaración de Independencia*, se plantearon el ejercicio del derecho de resistencia no solamente como derecho, sino también como obligación. No se puede permanecer sin



respuesta a situaciones que superan todo lo que un ser humano debe soportar por el bien social y se hace necesario el ejercicio de la resistencia, esto es, no es un derecho cuyo ejercicio sea potestativo, sino que se transforma en ineludible. El derecho se transforma en obligación.

Toda la tradición coincide con que el derecho de resistencia, al menos en sus formas más intensas y violentas, debe ser el último recurso ante un gobierno tiránico y opresivo. No quiere decir ello que no haya que hacer nada, todo lo contrario, hay que emplear todos los medios existentes para intentar modificar la situación o, al menos, protestar para dejar constancia de que no se asiente a la tiranía ni a la opresión.

En la *Declaración de Independencia*, que es un documento muy elaborado, Thomas Jefferson distinguió dos tipos de causas habilitantes para la resistencia: las usurpaciones y los agravios. La usurpación, que es ejercer el poder sin título para hacerlo, tiene en la tradición filosófica y jurídica consecuencias diferentes que los agravios realizados por gobernantes legítimos. Al usurpador, que en la *Declaración de Independencia* es el Parlamento, se le puede resistir sin esperar ningún tipo de agravio porque al no tener título de gobierno todo lo que haga es tiránico. En cambio, en los agravios, que corresponden al gobernante con título, se han de dar una intensidad, actualidad y sistematicidad que no dejen otra salida, que convierte la resistencia en obligación como arriba señalamos. La sistematicidad de los agravios es fundamental porque Jefferson y los miembros del Segundo Congreso Continental no los veían como una sucesión de hechos graves y reprobables, sino como la ejecución de un plan para dejar a las colonias sin sus libertades.

El derecho de resistencia no incluye medios legales de oposición, por ello Madison escribió de *interposition* (un elenco de medios legales y políticos de oposición a unas leyes que se consideraban inconstitucionales) y Jefferson habló de *nullification*, un procedimiento no reconocido por la Constitución, consistente en la declaración de inconstitucionalidad de una ley federal por parte de un estado y el rechazo de la aplicación en su territorio de la ley objeto de la *nullification*. Es obvio que no es un procedimiento violento, pero sí fuera del ordenamiento jurídico y la oposición a la aplicación de la norma en el territorio, incluso por medios exclusivamente federales, produciría conflictos entre el gobierno del estado y el Gobierno Federal. Es una resistencia a participar en algo ilegítimo, ya que todo lo inconstitucional lo sería.

Los Estados Unidos de América son fruto de la secesión de un conjunto de colonias bajo la soberanía de Gran Bretaña que fue el paso final a la resistencia, comenzada en múltiples puntos y que alcanzó sus puntos culminantes con la *Declaración sobre 'las causas y necesidad de tomar las armas'* (1775) y con la propia

*Declaración de Independencia* (1776) cuando se creó un ejército para resistir al ejército británico y al año siguiente se declaró roto el vínculo con el Rey y se proclamó el nacimiento de un nuevo Estado. La secesión como forma de resistencia dentro de los Estados Unidos se manifestó con intensidad en la reunión de los estados de Nueva Inglaterra en la Convención de Hartford durante la Guerra (1814-1815) y se mantuvo latente en la historia estadounidense hasta que nueve estados sureños declararon su independencia y voluntad de formar una nueva unión en 1861, dando comienzo a la Guerra Civil.

Jefferson perteneció al núcleo que impulsó la independencia, pero no por ello consideró que la secesión fuera un remedio para los problemas y las tensiones regionales dentro de la joven República. El problema de la secesión para nuestro autor es que es un proceso sin fin, porque si cada cuestión se solventa con una secesión, los Estados Unidos quedarían reducidos a dos estados que también encontrarían la forma de separarse.

Lo normal es que la opresión tenga que ser eliminada por medio de las armas. Para Jefferson los levantamientos armados son un termómetro del carácter despótico de los regímenes políticos. De hecho afirma, con una sagacidad adelantada a su tiempo para los datos empíricos, que las revueltas y rebeliones son más habituales en regímenes absolutamente despóticos que en los que tienen un carácter más moderado y que en los Estados Unidos, pese a ser un Estado libre, el número de sublevaciones es ridículo comparado con otros lugares del mundo. Sostuvo que una rebelión cada cierto tiempo era prueba de que el pueblo se mantenía vivo y que era un mínimo tributo a pagar por la libertad.

Es cierto que cuando estuvo a cargo del Estado fue menos condescendiente con las revueltas y las oposiciones al Gobierno, promulgando leyes contrarias a la insurrección y empleando fuerzas militares en su represión. No en vano la Rebelión de Shays había abierto los ojos a los dirigentes de los estados acerca de la necesidad de tener un Gobierno Federal con suficientes recursos como para poder sofocar un levantamiento armado.

Un Estado nacido de una sublevación, de una revolución armada contra el poder establecido, un rey que debía su trono a su vez a la Revolución de 1688, establece mecanismos especiales para reprimir el ejercicio de la resistencia contra él. No es ninguna paradoja, sino la propia lógica de la preservación del Estado.

## 2. La representación y el derecho de resistencia

Thomas Jefferson poseía un gran patrimonio, que él había heredado, y vivió una existencia conforme a los privilegios que el dinero le proporcionó. También tuvo que afrontar numerosas deudas, igualmente heredadas. No era un político emergido de las masas populares, como la mayoría de los líderes revolucionarios en América del Norte, que habían ganado su popularidad como oradores. A diferencia de otros “padres fundadores” Jefferson no tiene un temor inveterado a la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones, temor a las masas a las que socialmente no pertenecía, pues su aproximación antropológica a la representación política parte de otros presupuestos, inversos a los de las tendencias más aristocratizantes.

La Filosofía Política tradicional, que bebe de fuentes platónicas con mayor o menor cercanía, tiene una visión sumamente negativa del ciudadano como actor político y aún peor concepción del conjunto de los ciudadanos en el mismo papel; en cambio mantiene una idea positiva o básicamente positiva del gobernante. El ciudadano (en el mejor de los casos) era ignorante y tenía una tendencia irrefrenable a la codicia y a dejarse llevar por sus bajos instintos, mientras que el gobernante está capacitado y sacrificará los propios intereses a favor de unos intereses generales.

Los presupuestos de Jefferson son los contrarios. El ciudadano, también de acuerdo con su ideal, era el depositario de los principios de la *res publica* y solamente él estaba capacitado para dictar los grandes principios del gobierno y hacer que el Estado no se desviara de ellos. Razones técnicas hacían imposible que, con la excepción de ciertas formas de la vida local, el gobierno pudiera ser ejercido directamente por los ciudadanos, de modo que Jefferson aceptó la representación como democracia en segundo grado. La representación se hace necesaria, y más en comunidades políticas tan extensas como los Estados Unidos, siendo además el modo de presentar un contraejemplo a la teoría de Montesquieu de la imposibilidad de gobierno republicano [democrático] en estados que superasen el ámbito de la ciudad.

La representación siempre ha de ser representación real, esto es, el representante lo es por un acto de voluntad expreso de los representados. Determinadas disposiciones (mandatos muy largos o las continuas reelecciones) pueden alterar la necesaria conexión entre la voluntad de los representados y el representante, de forma que la representación deja de serlo o se virtualiza.

Thomas Jefferson concibió la forma republicana de gobierno, la forma representativa, como un modo natural de gobierno y no un proceso intelectual, artificial que se superpone a las formas históricas de gobierno. No son la monarquía, ni la

aristocracia formas políticas que tengan frente a la república la característica favorable, en aquellos tiempos, de la naturalidad, sino que Jefferson sostiene la naturalidad y por tanto la primigeneidad de la forma republicana, frente a consideraciones clásicas que realizaban analogías entre el patriarcado familiar y la monarquía política.

La ciudadanía política jeffersoniana era amplia, pero no cercana a las ideas contemporáneas tendentes a que población y ciudadanía fueran conjuntos prácticamente coextensos. Nuestro autor mantuvo una idea de ciudadanía a la que solamente podían optar los varones blancos libres y, por tanto, no incluía a las mujeres, a los esclavos y a otros hombres libres que no fueran blancos.

Frente a la lucha de muchos demócratas por bajar las exigencias patrimoniales o de pago de impuestos para poder acceder al derecho de sufragio, Thomas Jefferson se encaminó a que los ciudadanos pudieran adquirir una porción suficiente de tierra de la que vivir cómodamente, y así obtener la autosuficiencia que les otorgaría el derecho al voto.

A Jefferson le preocupó lo que hoy llamaríamos la “integración en la sociedad” de los inmigrantes provenientes de ámbitos no anglosajones y el peligro de formación de guetos nacionales, oponiéndose en consecuencia a las decisiones que entendía que podía favorecerlos y proponiendo ideas (por ejemplo una nueva ortografía inglesa), pero nunca pensó en establecer siquiera el conocimiento de inglés como requisito para adquirir la nacionalidad y luchó en 1798 contra la extensión a catorce años del requisito de residencia para adquirir la nacionalidad. Impidiendo la formación de guetos nacionales, la integración se daría gracias a la escasa proporción de inmigrantes no anglosajones entre la totalidad de la población de los Estados Unidos.

Nuestra concepción (acostumbrados a un sistema parlamentario) nos lleva inconscientemente a considerar que la representación se encuentra únicamente en el poder legislativo, pero en la concepción jeffersoniana las tres ramas del Gobierno o los tres poderes del Estados deberían representar al pueblo. Es por ello que todo lo que se predique de la representación para los legisladores, es aplicable al ejecutivo y también al judicial. Todo el Gobierno, en sus tres ramas, debe ser representativo.

Territorialmente distingue Jefferson cuatro niveles de gobierno, frente a los tres habituales (Federal, estatal y condal). Jefferson añade el nivel del *ward*. En el *ward* no habría representación porque sería una democracia directa (*pure democracy*), pero en el momento en el que las unidades territoriales son más extensas, la representación toma el relevo de la democracia directa. Los cuatro niveles no forman una pirámide electoral, porque todos penden en última instancia de la elección directa del votante.

Los niveles más reducidos de gobierno, especialmente el del *ward*, serían un entrenamiento en la práctica de gobernar y un semillero de gobernantes. La involucración de la ciudadanía en labores de gobierno dificulta el ascenso del déspota, porque el gobierno no es una noción abstracta, sino una realidad cotidiana y generalizada. Una ciudadanía acostumbrada a decidir por sí misma no dejaría de hacerlo y entregaría todas sus decisiones a un tirano o a un delegado del tirano.

La posibilidad de elegir al gobernante constituye una forma de resistencia institucionalizada, que puede cambiar el gobierno sin necesidad de recurrir a la fuerza. Pero, para que esta resistencia institucionalizada sea verdaderamente efectiva, debe darse limpieza en las elecciones, unos distritos que permitan la representación de las minorías, fórmulas no hipermayoritarias como el *general ticket* y sobre todo elecciones frecuentes y rotación en los puestos (limitación de mandatos).

Los mandatos cortos y las elecciones frecuentes hacen posibles que los ciudadanos controlen y evalúen a su gobierno continuamente y que los representantes no caigan en la tentación de olvidar a sus electores formando una aristocracia para la que las elecciones serían un mero formalismo. La limitación de mandatos y la rotación de personas que impedirían largas permanencias en el gobierno derivaran fácilmente en despotismo al emplear los beneficios del puesto en la neutralización de cualquier alternativa política. La actividad política para el ciudadano ha de ser una ocupación más en su vida, primero porque ha de estar informado, segundo porque ha de elegir sus representantes, tercero porque puede ser llamado como jurado y cuarto porque tiene que estar dispuesto a ser elegido en cualquiera de los niveles.

La quiebra del remedio electoral frente al gobierno supone una ruptura de la Constitución y una vuelta a una situación primigenia. Si el resultado electoral es irrelevante, bien puede el pueblo declararse constituyente o bien conseguir el cambio de gobierno por medio de la llamada a las armas.

Buena parte de la reflexión sobre el derecho de resistencia se hacía particularmente imprecisa por la inexistencia de mecanismos políticos y jurídicos que permitiesen el cambio de un gobierno o de un gobernante sin tener que recurrir a la fuerza o a la amenaza de la fuerza. La elección de los gobernantes (en el legislativo, ejecutivo o judicial) y los mecanismos ordinarios y frecuentes de remoción de sus cargos hace que el ejercicio del derecho de resistencia sea no sólo un recurso último, sino ultimísimo. La crisis, como en 1800-1801, aparece cuando la voluntad del votante no se traduce en la representación querida.

La antropología del gobernante es negativa. Todo gobernante puede convertirse en un tirano, en un déspota y lo es quien no gobierna “republicanamente”, es decir, se convierte en un tirano quien suplanta la voluntad del pueblo (de la mayor parte) por la propia voluntad. Pero entendemos que no es solamente una posibilidad, sino que en Jefferson se convierte en una inclinación necesaria, de modo que la conservación de la república requiere la adopción de medidas preventivas, de resistencias, a la inclinación del gobernante.

Que el despotismo se dé en formas de gobierno monárquicas o aristocráticas es algo que no sorprende a Thomas Jefferson, porque entra dentro de la propia definición. Su preocupación se centra lógicamente en las derivas despóticas de las repúblicas y en la forma de evitarlas, las cuales son formas institucionalizadas de resistencia. Los arquetipos de esta degeneración son Julio César y Napoleón Bonaparte en tanto que los dos alcanzaron magistraturas extraordinarias para salvar la república y ambos emplearon su poder para convertirse en autócratas. La ausencia de resistencias institucionalizadas facilitó su ascenso, junto a la existencia de ejércitos de los que ambos eran generales. En definitiva, el gran peligro del republicanismo es convertirse en cesarismo, un régimen de apariencia republicana, con una alma monárquica y que configura aristocráticamente la sociedad: una república virtual. El gran fracaso de la libertad clásica es no haber sido capaz de desarrollar instituciones eficaces para proteger esta libertad.

El pensamiento político de Thomas Jefferson se sitúa en la tradición lockeana donde el miedo a la opresión no ha de provenir del cercano, sino de quien ejerce el poder. La experiencia política personal de Jefferson y el contexto de construcción de una forma de gobierno *quasi ex nihilo* (casi de la nada), así como las necesidades del momento, hacen que nuestro autor desplace el centro desde el poder a los representados, al convertir en ordinarias lo que en muchas ocasiones han sido resistencias extraordinarias.

La libre elección del gobernante es un derecho natural. La imposición de un gobernante a un pueblo es una violación de ese derecho y autorizaría al pueblo a resistir violentamente al nuevo gobernante. Los pueblos tienen derecho natural al autogobierno, tanto *ad intra* como *ad extra*, de modo que la suplantación de un pueblo, y más de un pueblo inocente, es un acto intolerable.

No queremos caer en exageraciones al ver en Thomas Jefferson un preclaro precursor del derecho de autodeterminación de los pueblos, pero sí, como sostuvimos, hemos de señalar que esta postura es coherente con un Republicanismo que pone en el centro la voluntad del pueblo. No tiene sentido afirmar rotundamente que un gobierno

republicano es el que se funda la *lex maioris partis* para condescender con la elección por los gobernantes por parte de personas que no solamente no representan a esa mayoría, sino que no pertenecen a esa comunidad política.

### **3.- Resistencia institucionalizada en la Presidencia y en el Congreso**

La mejor definición sobre la separación de poderes, los equilibrios y controles entre ellos y la actitud moral y política respecto al Gobierno que escribió Jefferson la encontramos en las Resoluciones de Kentucky cuando afirma que la Constitución se estableció en “el celo y no en la confianza”. Solamente un gobierno republicano se mantendrá sano, si hay desconfianza, si la candidez o ingenuidad no ciegan a los ciudadanos para hacerles creer en la inmutable bondad de los gobernantes.

#### **a) La Presidencia**

La Presidencia jeffersoniana manifiesta varias vertientes. Es una Presidencia popular, es decir, no es un poder neutro sin connotaciones políticas que se limita al ejercicio de unos poderes y a proponer anualmente medidas. Jefferson es consciente de haber sido elegido por el pueblo de los Estados Unidos para restaurar los verdaderos principios de la Constitución y para que el Gobierno Federal, de diseño aristocrático, retornase a ser un gobierno popular.

Dicha Presidencia permite que el Gobierno Federal sea empleado de acuerdo con la voluntad del pueblo frente a las instituciones menos populares y las formas sociales aristocráticas. De hecho, la Presidencia popular reequilibra las instituciones federales, dada la naturaleza aristocrática del Senado y de la Judicatura. Es por ello que vio en la Presidencia una forma de resistencia frente al gobierno de unos pocos y de ahí su empeño empeño por conseguirla. Una vez alcanzada la Presidencia la transformó.

Como representante del pueblo, Jefferson no se arredra ante el Congreso, antes bien defendió su posición y dirigió a sus partidarios. Igualmente explotó el máximo potencial de todos los poderes presidenciales.

El veto es la gran arma de la Presidencia, la gran forma de resistencia institucionalizada con la que la Constitución dota a los presidentes. Para Jefferson es un instrumento de defensa constitucional y no un instrumento político. El veto es el último recurso ordinario que tiene el Presidente para proteger al régimen constitucional de los ataques del Poder Legislativo.

Y como hemos hecho notar la mera posesión de esta facultad produce modificaciones en las decisiones legislativas incluso sin recurrir a su ejercicio. Precisamente la naturaleza de último recurso ordinario de salvaguarda constitucional, que Jefferson le otorga al veto, explica el hecho de que nunca lo ejerciera, a pesar de que habría con total seguridad disposiciones en las leyes aprobadas que no fueran de su agrado.

La Presidencia fue concebida como una institución de control de las clases aristocráticas frente al pueblo tras el temor despertado por las legislaturas democráticas en los primeros años desde la Independencia. Jefferson transformó la Presidencia para convertirla de una institución aristocrática a una forma de resistencia institucionalizada para proteger al pueblo de las tentativas aristocráticas.

Pese a la transformación política operada, Jefferson siguió manteniendo la necesidad de la limitación de mandatos del Presidente y de los senadores, la necesidad de elecciones frecuentes y el papel estructurador de los partidos políticos. La limitación de mandatos resiste a las tendencias tiránicas, así como los mandatos cortos y los partidos son capaces que todos, y no solamente unos pocos, puedan organizar un proyecto político para el país.

## **b) *El Congreso***

Thomas Jefferson es sumamente precavido con el legislativo en lo que se refiere a la política virginiana, dada la experiencia de dominio del legislativo de Virginia sobre los otros dos poderes. Pese a sus intentos y a su innegable liderazgo no consiguió la reforma de la constitución estatal que se mantendría en vigor hasta 1830, cuatro años después de la muerte de nuestro autor.

Pese a que Jefferson y todos los demócratas-republicanos se enfrentaron con absoluta dedicación a las *Aliens and Sedition Acts* no culparon al Congreso como institución de la aprobación de las leyes, sino al Partido Federalista. Es cierto que Jefferson y también Madison se opusieron sobre bases constitucionales, pero no sólo responsabilizaron al legislativo, sino al Gobierno Federal en su conjunto.

Tras dejar la Presidencia, Jefferson sí pensó que los legisladores deben tener una mayor conciencia de los límites de su poder, de la finalidad de éste y de la imposibilidad de nombrar a sus propios jueces (en referencia al Tribunal Supremo enjuiciando los conflictos entre el Gobierno Federal y los estados). Esta afirmación tardía de Jefferson no responde a una constante, pues él es consciente de que normalmente los congresistas



votan en línea con el *caucus* de su partido, de acuerdo con los intereses de su estado o circunscripción, o de otras variables más accidentales.

De hecho, durante su Presidencia consiguieron aprobar una amplia legislación sin especial oposición, aunque con muchísimo trabajo diario tanto del Presidente, de los secretarios ejecutivos como de los lugartenientes del Presidente en la colina donde se asienta el Capitolio.

Tanto teóricamente, en sus cartas, como en lo que fue su práctica política Jefferson se cuidó de ser consecuente con su teoría republicana, según expuso en su “Primer Discurso Inaugural”, donde defendió el derecho al voto como remedio a la revolución y la necesidad de someterse a las decisiones mayoritarias como regla general. Aunque dirigió con acierto a los demócratas-republicanos cuando fue Presidente, nunca suplantó el lugar del Congreso y de hecho se cuidó de que el ornato externo no recalcará a la persona del Presidente sobre el Congreso.

El problema que Jefferson veía en el legislativo virginiano era su primacía que llevaba a anular a los otros poderes, en cambio el problema del Congreso de la Unión era su fuerza expansiva respecto de los estados, aunque puso más el énfasis en el Tribunal Supremo que en el propio Congreso, pues el Tribunal Supremo fue el artífice de la mayor nacionalización o consolidación constitucional al declarar inconstitucionales numerosas leyes de los estados, como se expuso en el Capítulo VI.

Defendió que la Cámara de Representantes era la más republicana de las ramas del Gobierno Federal, por popular y por la brevedad de sus mandatos, y que el Senado estaba por detrás de la Presidencia. Del Senado criticó su elección indirecta, sus mandatos de seis años, pero sobre todo la posibilidad de reelección ilimitada de los senadores, que construían lo que sería una cámara tendente a la aristocracia.

Procedente tanto de la tradición inglesa como del ideal republicano, la Ley ocupa el centro de la vida pública y por tanto el poder legislativo se encuentra en torno a esa centralidad. Como hemos visto en su opinión sobre la decisión del Congreso de trasladar la sede del gobierno, distingue entre la opinión de las cámaras y la ley, pues la ley implica que la tercera rama, el Presidente, ha concurrido a la misma voluntad. La ley es la voluntad de los Estados Unidos que no sólo concreta los poderes constitucionales, sino también los derechos naturales que le corresponden de acuerdo con su naturaleza pacticia (*Compact Theory*).

La naturaleza pacticia de los Estados Unidos marca al poder legislativo, porque no puede legislar sobre todas las materias, como cualquier legislativo de un Estado

soberano, sino únicamente en relación con los poderes expresamente delegados y los poderes implícitos que sean estrictamente necesarios para la efectividad de los poderes expresamente delegados. La cuestión de los poderes y del alcance de estos no es primariamente un debate sobre los poderes del legislativo, sino sobre los del Gobierno Federal en su conjunto.

No podemos ver en Thomas Jefferson un defensor del gobierno mixto en el sentido clásico. Su ideal es un gobierno representativo en todos los departamentos (poderes o ramas), pero no un gobierno representativo de cualquier índole, sino la forma más democrática posible de gobierno representativo. El peligro no es que el pueblo domine el poder legislativo, sino que el pueblo esté ausente del legislativo, razón por la que se opone a la forma de elección de los senadores, pero no a lo que representan, los estados, en cuanto que Jefferson no objeta a que estos tengan alguna forma de participación en el proceso de toma de decisiones del Gobierno Federal.

A Jefferson le preocupaba que las argucias, como los *general tickets*, el *gerrymandering* o el bloqueo institucional, como sucedió en 1801, puedan servir para pervertir la voluntad del pueblo expresada electoralmente. La destrucción de la representación real del legislativo respecto de los electores sería causa suficiente para resistir por la fuerza, como se especuló en las últimas semanas del mandato de John Adams.

#### **4.- Los tribunales federales: ¿resistencia institucionalizada o despotismo judicial?**

Podemos distinguir dos etapas en el pensamiento jeffersoniano respecto de la *Judicial Review of Laws*. La primera llegaría hasta las *Aliens and Sedition Acts* (1798) y su aplicación por parte de los tribunales federales donde dejará de considerarlos una defensa constitucional. La segunda etapa comienza entonces y tiene dos momentos centrales: la sentencia del Tribunal Supremos en el caso *Marbury contra Madison* (1803) y las sentencias contra algunas leyes estatales, especialmente en el caso *McCulloch contra Maryland* (1819) y en el caso *Cohens contra Virginia* (1821). Es común a las dos etapas la confianza de Jefferson en los jurados, tanto su papel fundamental consistente en el enjuiciamiento de los hechos en un procedimiento judicial, como en la determinación del Derecho en circunstancias especiales.

Durante la Convención y el proceso de ratificación Thomas Jefferson admitió la *Judicial Review of Laws* como un remedio ante las leyes inconstitucionales, fueran tanto normas federales que violasen los derechos reconocidos en el *Bill of Rights*, como en las normas estatales contrarias a la Constitución, que fue una de las causas detonantes de la reunión de la Convención de Filadelfia. Estaba convencido de que los tribunales

estatales no serían capaces de ir contra los intereses del estado: los tribunales institucionalizaban la resistencia contra las violaciones de los poderes federales o de los derechos del *Bill of Rights*. Compartía la convicción general sobre este asunto y no se planteó que la tendencia aristocrática de los tribunales regionales franceses (los parlamentos) pudiera darse en los tribunales federales de los Estados Unidos.

Sylvia Snowiss interpretó los famosos escritos de James Iredell en el sentido de que la *Judicial Review* era un sustituto de la revolución, lo que nosotros hemos denominado resistencia institucionalizada. En este sentido la tesis de Larry Kramer de que el constitucionalismo popular desaparece en la medida que la *Judicial Review* se consolida, apunta hacia una conclusión similar a la Snowiss. Los estadounidenses de la transición del siglo XVIII al siglo XIX vieron en la *Judicial Review* una resistencia institucionalizada.

La crisis ocasionada por las *Aliens and Sedition Acts* (1798) rompe su confianza en los tribunales federales como instituciones que resistieran los envites contrarios a la Constitución. Los tribunales federales aplicaron con celo las disposiciones penales de estas leyes y se atribuyeron el enjuiciamiento de delitos de *Common Law* que Jefferson pensaba que solamente podían hacer los estados, ya que la Constitución no atribuyó ese poder al Gobierno Federal. La segunda causa de desconfianza de Jefferson en los tribunales en la época de estas infames leyes fue que los jueces no admitieron que se instruyera a los jurados sobre la facultad que tenían de emitir un veredicto *in iure* no aplicando esas leyes a causa de su inconstitucionalidad.

La primera reacción de Jefferson acerca del contenido de *Marbury contra Madison* se centró en la cuestión de fondo sobre si la *comission* de un juez de paz era constitutiva o declarativa, pero muy pronto se percató de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad que ha redactado John Marshall y ordena a los fiscales federales que no citen ese precedente como Derecho.

Apenas un año después de la sentencia delimita el problema: los tribunales federales y específicamente el Tribunal Supremo se han convertido en los últimos árbitros de la Constitución. Jefferson no pretende negarles a los tribunales el ejercicio de la *Judicial Review of Laws*, porque estaría haciéndoles aplicar leyes inconstitucionales; lo que sí discute nuestro autor es el efecto tanto de sus declaraciones de inconstitucionalidad, como de su interpretación de la Constitución.

Thomas Jefferson sostiene que la interpretación de la Constitución y las declaraciones de inconstitucionalidad que haga el Tribunal Supremo solamente son obligatorias para los tribunales, pero no para el Ejecutivo ni para el Legislativo. Esta

teoría a la que se le ha llamado “Departamentalismo” plantearía serios problemas jurídicos, porque una ley podría ser constitucional en una rama del Gobierno e inconstitucional en otra rama.

Atribuir, como se estaba haciendo, la decisión última sobre la interpretación constitucional a los tribunales era para Jefferson un ataque a la Constitución y no una forma de defensa de la misma. Si ninguno de los poderes o ramas era superior a las otras, no se justificaba que una fuera la que tuviera la última palabra sobre el significado de la Constitución.

¿Entonces cómo se decidía la constitucionalidad de una ley con autoridad para todos? Jefferson mantiene que el árbitro último de la Constitución no es ninguna de las tres ramas del Gobierno, sino la fuente de la Constitución: el pueblo (de acuerdo con los procedimientos de enmienda constitucional).

La Constitución tiene que estar en situación de *semper reformanda*, es decir, siempre debe poder ser reformada por el pueblo para decidir las cuestiones nuevas o disputadas que de otro modo estarían en manos de la Judicatura. Precisamente porque Jefferson defiende la primacía de la Constitución y porque sostiene que procede del pueblo de los Estados Unidos, la Constitución debe permanecer hermenéuticamente abierta para que sean sus autores sus únicos intérpretes autorizados.

Si la Constitución se vuelve en irreformable en la práctica, queda en manos de los jueces que la interpretarán como las demás normas jurídicas. Para Jefferson la Constitución es una norma jurídica, pero no una norma como las demás, y por tanto no está sometida a la hermenéutica jurídica que le hace decir lo que no consta en su dicción literal. La Constitución debe ser interpretada estrictamente, es decir, de acuerdo con el sentido literal de las palabras, la intención del tiempo en el que se hizo y la de los *Framers*; toda analogía o implícito debe ser absolutamente necesario para la efectividad del precepto. Se opone a la existencia de un Derecho extraído por los tribunales a partir de la Constitución gracias a los artificios de los juristas del *Common Law*, rechaza en definitiva las bases sobre las que se edificó el *Constitutional Law*.

Y no es solamente una cuestión de respeto por la separación de poderes y por la soberanía del pueblo, sino que ve a la Judicatura como la rama menos republicana del Gobierno Federal, elegida indirectamente de por vida e incontrolable en sus acciones (toda vez que comprobó que el *impeachment* era un instrumento difícil de emplear) y que sus miembros forman parte de un aristocracia jurídica, imbuida en sus precedentes históricos, más cercana a los parlamentos franceses que a los *yeomen* estadounidenses.

## 5.- El Federalismo como forma de resistencia

Los Estados Unidos de América fueron creados como una Federación y su propio nombre describe su forma política compleja. Nadie entre los firmantes de la *Declaration of Independence* o entre los *framers* de la Constitución se planteó la desaparición de los estados y que los Estados Unidos fueran un Estado simple. Es cierto que en los diversos planes presentados en la Convención de Filadelfia el grado de nacionalización o de consolidación, por utilizar la terminología jeffersoniana, variaron, pero siempre se mantenían los dos niveles del Gobierno.

Pese a que, como se ha señalado, la cuestión de si primero fueron los estados (que no las colonias) o si primero fueron los Estados Unidos sigue siendo discutida, en Jefferson hay una clara toma de postura: los estados son comunidades políticas plenas, salidas del estado de naturaleza al que se retornó tras romper el vínculo con el Rey de Gran Bretaña, y son los estados los que libremente decidieron crear una Federación para ocuparse de determinadas cuestiones.

Thomas Jefferson mantuvo que determinados asuntos, especialmente las relaciones exteriores, tanto diplomáticas como económicas, debían quedar solamente en manos del Gobierno Federal. El periodo de la Confederación le convenció de que los estados son más tendentes a defender los intereses económicos locales incluso frente al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en tratados internacionales, como sucedió con el comercio exterior desde la Independencia hasta la Constitución de 1787. Esto no puede entenderse como un cuestionamiento de Jefferson a la soberanía de los Estados Unidos en la esfera internacional, en lo que se podría denominar “soberanía *ad extra*”, donde actúa como un solo gobierno y donde los estados tienen prohibida constitucionalmente cualquier actuación.

En el pensamiento de Jefferson los Estados Unidos no tienen una soberanía propia, sino únicamente tienen soberanía en cuanto le ha sido concedida por los estados y por tanto no se puede predicar de ellos la plenitud de poderes propios de un Estado. Sus poderes son únicamente los concedidos expresamente por los estados y que constan principalmente en la sección VIII del Artículo I y los únicos poderes implícitos que admite son los absolutamente necesarios, para que los poderes entregados por los estados sean efectivos.

Dado que la soberanía del Gobierno Federal no es plena, tampoco tiene la posibilidad de tener un Derecho de las mismas características, por lo que solamente podrá ejercer su potestad normativa sobre las materias en la que los estados le hayan conferido expresamente el poder. En este contexto se encuentra la cuestión del *Federal*

*Common Law*, en cuanto que solamente le corresponde a comunidades políticas plenas tener un sistema jurídico pleno como el *Common Law* y que, además, se actualiza y regenera judicialmente en defecto de ley escrita.

Según la *strict construction* jeffersoniana, el Gobierno Federal se encontraría restringido y con poca posibilidad de afectar la vida cotidiana de los ciudadanos. No obstante, nuestro autor era consciente de que existía una tendencia dentro del sistema político a aumentar el poder federal en detrimento del poder de los estados, esto es, a consolidar el gobierno y esa concentración de poder era una vía abierta a la tiranía.

A lo largo de esta tesis se ha puesto de manifiesto que en la Convención de 1787 primó una visión política centralizadora y aristocrática frente a la descentralización y a la cultura radicalmente democrática que en los estados había imperado desde la Revolución. La propia Constitución tiene dos almas: una republicano-democrática y otra aristocrática.

La teoría de los poderes implícitos, las dos cláusulas extensivas (*necessary and proper clause* y *welfare clause*), la utilización de los tratados internacionales para regular la materia que es objeto de la competencia de los estados o la atribución a los tribunales federales de la capacidad para crear su propio *Common Law* a partir del *Common Law of England* son vistas como formas soterradas de consolidación. Una consecuencia de la consolidación es la pérdida de lo republicano-democrático, porque el propio Gobierno Federal solamente tiene una institución republicana (elegida por el pueblo directamente) que es la Cámara de Representantes, mientras que el Presidente y el Senado son elegidos indirectamente y por tanto son menos republicanos, hasta la negación absoluta que es el Poder Judicial, ya que no solamente no es elegido por los ciudadanos, sino que es en la práctica incontrolable.

Thomas Jefferson tuvo una clara conciencia de que no hay nada en la naturaleza de los estados que lo hiciera un mejor gobierno. De hecho escribió hasta tres proyectos de constitución para Virginia y se mostró muy crítico con el grado de representatividad de la legislatura y del ejecutivo de su estado natal. No se trata en Jefferson de que los gobiernos estatales sean mejores por estar más cerca de los intereses locales (a veces es contraproducente) y el Gobierno Federal sea intrínsecamente malo, sino de concentración ilimitada de poder que puede darse en el Gobierno Federal (que es la definición jeffersoniana de despotismo).

Jefferson sospechó del Gobierno Federal porque, como todo gobierno y al ser una sola entidad, tiene una tendencia expansiva que puede llevarle a deglutir a los otros gobiernos existentes. Un gobierno como es el Gobierno Federal, con fuertes carencias

republicanas, es poco controlable y si comienza el camino hacia la tiranía, es más difícil de frenar. Cuando el gobierno es uno, la corrupción de uno, degenera a todo el gobierno; es mejor poseer una pluralidad de gobiernos de forma que cada uno de ellos sea un dique frente a la degeneración de otro. El Federalismo es una forma de gobierno que incluye en sí una resistencia institucionalizada frente a la caída en la tiranía de un gobierno, evitando la extensión de la tiranía a todo el cuerpo político, porque cada uno de ellos podrá resistirse a la tiranía de otro gobierno.

Pero Jefferson no se quedó únicamente en marcar la separación entre el Gobierno Federal y los estados, sino que buscó una profundización en la descentralización del gobierno dentro de cada uno de los estados de la Unión y por ello propuso que una parte del poder fuera entregado a los condados y otra parte a los *wards* y que estuviera garantizada constitucionalmente esta separación vertical de poderes y por tanto para que se introdujeran dos nuevas barreras de resistencia institucionalizada.

¿Había para Jefferson un pueblo de los Estados Unidos o tantos pueblos como estados formaran la Unión? La aceptación expresa de la existencia de un pueblo como depositario de la soberanía hubiera quebrado la argumentación jeffersoniana sobre la naturaleza secundaria e instrumental del Gobierno Federal, que es lo que hace el Tribunal Supremo en el caso *Chisholm contra Georgia* al decir que es el pueblo de los Estados Unidos el soberano en cuyo nombre se estableció la Constitución.

Los escritos de Jefferson referentes a la *Compact Theory* no mencionan esta cuestión, pero hay otros muchos escritos en los que sí se refiere al “pueblo de los Estados Unidos” como es cuando se refiere a quiénes representaba el Congreso de la Confederación, a los rechazaron el *Jay's Treaty*, en relación a la popularidad del Presidente Adams, acerca de la elección del Presidente o sobre la necesidad de convocar una Convención Constitucional para decidir cuestiones que el Tribunal Supremo estaba dilucidando.

La mención más sorprendente que hace al “pueblo de los Estados Unidos” esta contenida en una carta en la que considera que el estándar de interpretación de la Constitución lo dio la intelección de ésta por parte del “pueblo de los Estados Unidos” en el momento de su adopción. Otorga al “pueblo de los Estados Unidos” al menos una comprensión de la labor constituyente y un criterio hermenéutico normativo, sin la mediatización de los estados.

Es cierto que la Presidencia de Jefferson no supuso una profundización en los poderes de los estados a costa de los poderes del Gobierno Federal, antes bien se enfrentó como vimos a los estados de Nueva Inglaterra que tomaron prestada su

doctrina a la hora de declarar inconstitucionales las leyes de embargo. Pese a que, en los postreros años, Thomas Jefferson mantuviera una versión cada día más radical de la *Compact Theory*, era también consciente que había emergido una conciencia de que existía un pueblo de los Estados Unidos y que éste no era reducible a la suma de los pueblos de los estados.

## 6.- El ideal jeffersoniano

La deuda había destruido el que era el gobierno más poderoso del siglo XVIII, el de Francia. Los gobiernos de todo el mundo recurrían constantemente a la deuda para financiar su principal gasto que no era otro que el ejército y la marina. El endeudamiento para armarse implicaba tener que ir a la guerra para que la victoria permitiera ingresar dinero suficiente para poder devolver lo prestado. Ni siempre se conseguía la victoria, ni siempre era fácil devolver el dinero, con lo que había que subir la presión fiscal para obtener nuevos ingresos. Era un ciclo continuo e infernal de deuda, ejércitos e impuestos.

Si el principal destino del endeudamiento era el ejército y la marina, los Estados Unidos habían de procurar tener las mínimas unidades imprescindibles. Ello permite liberar una gran parte del presupuesto para terminar antes con la deuda y gastar ese dinero en inversiones como infraestructura y educación. Las necesidades de la defensa han de estar provistas, al menos en los primeros meses de un conflicto, por una parte de la Milicia, formada por jóvenes jurídicamente obligados a prestar servicio militar. Esta *select Militia* permitirá cultivar espíritus republicanos y hacer aparecer una ciudadanía en armas que defenderá los principios de su República, algo que un ejército mercenario nunca haría. La ciudadanía en armas no era una institucionalización de un derecho de resistencia, sino un servicio, y por ello los ciudadanos habrían de tener las armas para defender su estado de acuerdo con el mando militar y las disposiciones constitucionales.

Para que este sistema pudiera funcionar correctamente, las posibilidades de conflicto bélico deberían reducirse. Jefferson propuso aislar a los Estados Unidos de toda influencia de Europa, que entonces era un continente envuelto en guerras, incluso aceptando el aislamiento comercial. Comprobó que los acuerdos comerciales con otros Estados sin implicaciones políticas eran imposibles, de forma que consideró mejor prescindir de ellos que asumir el costo político de tenerlos. Además la inhibición respecto del comercio internacional hacía que los Estados Unidos no tuvieran conflictos con los británicos, que controlaban los mares, y pudieran permitirse tener una barata flota costera y no una costosísima armada de línea.



Caer en el círculo de deuda, guerra e impuestos provocaría la pérdida de la República, porque la deuda pone el dinero en manos de banqueros y comerciantes, con intereses transatlánticos, que armarían un ejército permanente de mercenarios fieles a ellos y no a la Constitución y los Estados Unidos serían un satélite británico en los mares. Una situación que sería financiada con impuestos internos que, a diferencia de los impuestos a la importación, solamente afectan a los sectores menos favorecidos de la población.

La alternativa es hacer de los Estados Unidos un país que pueda satisfacer por sí mismo su demanda los intereses agrícolas. La grandísima extensión de tierras que se abría al Oeste permitía dotar a un precio bajo a todos los habitantes del país de tierras suficientes para que con un esfuerzo moderado pudieran mantenerse ellos y sus familias. Este patrimonio familiar les otorgaba la autosuficiencia requerida por la tradición republicana para ejercer la ciudadanía de forma directa en su *ward* y de forma indirecta en el condado, en el estado y en el gobierno Federal.

Este ideal de propietarios agrarios, en una igualdad sustancial, y aislado de los avisperos internacionales pudiera ser intitulado como “utopía jeffersoniana”. Sería correcto este título si Thomas Jefferson estuviera proyectando un ideal, pero sus propuestas políticas se tornan rápidamente parte del programa de gobierno de los demócratas-republicanos. Jefferson no describió una entidad ideal, sino que proyectó para una entidad real que ya existía.

Jefferson era consciente de que el modelo político de los Estados Unidos suponía una novedad. Nunca un territorio tan grande y con tanta población, aunque la densidad fuera menor, había adoptado una forma republicana. Para nuestro autor el gobierno de los Estados Unidos era un “experimento” sobre la posibilidad de un gobierno llevado por los ciudadanos, sin necesidad alguna de tutela. Del triunfo o fracaso del experimento estadounidense dependía la expansión al mundo de la forma republicana de gobierno.

Frente a un pensamiento apriorístico con un plan cerrado, Jefferson creía que se debían realizar constantes ajustes constitucionales. Fue especialmente consciente en los tiempos de la Confederación cuando el diseño constitucional de los *Artículos* dio muestras sobradas de incapacidad para gestionar un Gobierno General para los trece estados primigenios, de modo que la primera concreción del experimento republicano hubo de ser modificada a favor de una segunda, la Constitución de 1787 redactada por la Convención de Filadelfia.

Cuando la segunda gran república, Francia, comienza a darse un gobierno digno de tal nombre Jefferson emplea el término *experiment* para referirse a los modelos de ejecutivo ensayados, uno en Estados Unidos y otro en Francia. De hecho, había una conciencia clara de que la nueva era, tras la Revolución Americana y la Revolución Francesa, constituía una etapa experimental en la que se ensayarían nuevas formas de gobierno.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Fuentes primarias**

*Writings of Thomas Jefferson*. Editados por Andrew Adgate Lipscomb, Albert Ellery Bergh y Richard Holland Johnston. 20 volúmenes. Thomas Jefferson Memorial Association of the United States. Washington DC, 1907.

“Founders” (<https://founders.archives.gov/>) es un portal web, gestionado por *National Archives and Records Administration* (NARA), donde se incluyen documentos, en junio de 2019, se incluyen más de 183000 documentos de los fundadores de los Estados Unidos. Se articula sobre seis de ellos (Adams, Franklin, Hamilton, Jefferson, Madison y Washington) y recopila y pone a disposición tanto las ediciones (normalmente no paginadas) de los escritos de estos fundadores, así como cartas a ellos remitidas, junto a transcripciones de manuscritos que no están en las ediciones que participan en el proyecto.

Salvo los escritos de Madison, Hamilton y Jay reunidos bajo el clásico título *The Federalist Papers*, los demás de los fundadores proceden de este portal, con muy pocas excepciones como la de la obra *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* de John Adams.

### **Fuentes secundarias**

Adams, John: *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America*. Hall y Sellers y otros. Filadelfia, 1787.

Althusius, Johannes: *Politica methodice digesta*. Harvard University Press. Cambridge (Ma), 1932.

Aristóteles: *Ética a Nicómaco*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999.

Aristóteles: *Política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.

Bartolus de Sassoferato: *Consilia, questiones et tractatus*. Lyon, 1582.

Bayard, James A.: *Papers of James A. Bayard*. 2 Volúmenes. American Historical Association. Washington. 1913.

Beza, Theodor: *Du droit des magistrats sur leurs subiets*. s/l. 1574.

Blackstone, William: *Commentaries on the Laws of England*. 4 Volúmenes. Oxford University Press. Oxford. 2016.

Bodino, Juan: *Les six liures de la République*. Jacques du Puys. París, 1577.

Burke, Edmund: *Selected Writings*. 4 Volúmenes. Liberty Fund. Indianapolis, 1999.

Calvino, Juan: *Institución de la Religión Cristiana*. Fundación Editorial de Literatura Reformada. Barcelona, 1999.

Cicerón, Marco Tulio: *Filípicas*. Gredos. Madrid, 2006.

Coke, Edward: *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. 3 Volúmenes. Indianapolis. Liberty Fund. 2003.

Cornelio Tácito: Historias IV-V. Anales I-III. Libro I.1-8. University of Harvard/Loeb Classical Library. Londres y Nueva York, 1931.

De Salisbury, Juan: *Policraticus*. Editora Nacional. Madrid, 1984. Págs. 303-304.

De Tocqueville, Alexis: *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica. México, 2005.

De Tracy, Destutt: *A commentary and review of Montesquieu's Spirit of Laws*. Editado por Thomas Jefferson. Impreso por William Duane. Philadelphia, 1811.

De Vattel, Emmerich: *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduit et aux affaires des Nations et des Souverains*. s/e. Londres, 1758.

Denzinger, Henricus (ed.): *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*. Herder. Friburgo de Brisgovia, 1955.

Grocio, Hugo: *De iure belli ac pacis*. Johannes Blaeu. Ámsterdam, 1570.

Hamilton, Alexander James Madison y John Jay: *The Federalist Papers*. Oxford University Press. Nueva York. 2008.

Hobbes, Thomas: *Leviathan*. Oxford University Press. Oxford y Nueva York, 1998.

Hobbes, Thomas: *On the Citizen*. Cambridge University Press. Cambridge, 2009.

Hooker, Richard: *Of the Laws of the Ecclesiastical Polity en The works of Richard Hooker*. 3 Volúmenes. Clarendon Press. Oxford, 1888.

Hotman, François: *Francogallia*. Ex officina Iacobi Stoerii. Ginebra, 1573.

Hume, David: "Of Public Credit" en *The Philosophical Works of David Hume*. 4 Volúmenes. Adam Black and William Tait. Edimburgo, 1826.

Isidoro de Sevilla: *Etimologías*. BAC. Madrid, 2004.

Jarvis, William Charles: *The Republican*. Phinebas Allen. Pittsfield. 1820.

Kant, Immanuel: *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*. Tecnos. Madrid, 1994.

Kant, Immanuel: *Sobre la paz perpetua*. Tecnos. Madrid, 1998.

Kant, Immanuel: *Metafísica de las Costumbres*. Tecnos. Madrid, 2008.

Laínez, Diego: *Lainii Monumenta*. Volumen VI. *Monumenta Historica Societatis Iesu*. Gabriel López del Horno. Madrid, 1915.

Locke, John: *An Essay concerning the Human Understanding*. Thomas Tedd y otros. Londres, 1829.

Locke, John: *Second Treatise of Government*. Hackett Publishing Company. Indianapolis y Cambridge. 1980.

Lucio Anneo Séneca: *De Clementia* en Lucio Anneo Seneca: *Moral Essays*. Volume 1. Loeb Classical Library. Londres y Nueva York, 1928.

Lutero, Martín: *Escritos políticos*. Tecnos. Madrid, 1990.

Maquiavelo, Nicolás: *Obras*. Gredos. Madrid, 2001.

Marco Aurelio: *Meditaciones*. Gredos. Madrid, 1977.

Marsilio de Padua: *El Defensor de la paz*. Tecnos. Madrid, 2009.

Milton, John: *The Tenure of Kings and Magistrates*. Henry Holt and Co. Nueva York, 1911.

Montesquieu: *De L'Esprit des Lois* en Montesquieu: *Oeuvres complètes*. Volumen I. L. Hachette. París, 1859.

Müntzer, Thomas: *Tratados y sermones*. Trotta. Madrid, 2001.

Paine, Thomas: *Common sense and other writings*. Modern Library Paperback Editions. Nueva York, 2003.

Platón: *Diálogos*. 6 Volúmenes. Gredos. Madrid, 1988.

Polibio: *Historias V-XV*, Gredos. Madrid, 1981. Págs

Rousseau, Jean-Jacques: *Del Contrato Social. Sobre las ciencias y las artes. Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Alianza Editorial. Madrid, 2003.

Schmitt, Carl: *Teología política*. Trotta, Madrid, 2009.

Algernon Sidney: *Discourses concerning Government*. 2 Volúmenes. Hamilton & Balfour. Edinburg, 1750.

Stephanus Junius Brutus: *Vindiciae contra Tyrannos*. Edimburgi, 1579.

Suárez, Francisco: *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus errores sectae anglicanae*. Fibrenianis. Volumen II. Nápoles, 1777.

Suárez, Francisco: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Volumen II. Texto bilingüe. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967.

Taylor, John: *An Enquiry into Principles and Policy of the Government of the United States*. Routledge. Londres, 1950.

Tomás de Aquino: *Summa Theologica*. I-II. q 94. a 2. Editio Leonina. Volumen VII. Typographia Polyglotta S. C. Propaganda Fide. Roma, 1892.

Tomás de Aquino: *De regno ad regem Cypri. De regno ad regem Cypri*. Editio Leonina. Volumen XLII. Editori di Santo Tomasso. Roma, 1979.

### **Artículos y papers**

Ackerman, Bruce: “The Living Constitution” en *Harvard Law Review*. Vol. 120. Núm. 7 (2007). Págs. 1738-1812.

Ahmed, Farrah y Adam Perry: “Constitutional Statutes” en *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 37. Núm. 2 (2017). Págs. 461-481.

Alfange, Dean: "Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom" en *The Supreme Court Review*. Vol. 1993 (1993). Págs. 329-446.

Amar, Akhil Reed: "The Central Meaning of Republican Government: Popular Sovereignty, Majority Rule, and the Problem of the Denominator" en *University of Colorado Law Review*. Vol. 65. (1994). Págs. 749-786.

Amar, Akhil Reed: "On Impeaching Presidents" en *Hofstra Law Review*. Volumen 28. Núm. 2 (1999). Págs. 291-341.

Ammerman, David: "The British Constitution and the American Revolution: A Failure of Precedent" en *William & Mary Law Review*. Vol. 17. Núm. 3 (1976). Págs. 473-501.

Arias Castaño, Abel: "La Seditio Act y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión" en *Historia Constitucional*. Núm. 10 (2009). Págs. 297-321.

Ascheri, Mario: "'The Roots of Resistance: Medieval Contractualism'" en *Progressus. Rivista de Storia*. Núm. 1 (2014). Págs. 1-7.

Aylsworth, Leon E.: "The Passing of Alien Suffrage" en *The American Political Science Review*. Vol. 25. Núm. 1 (1931). Págs. 114-116.

Berutti, Ronald A.: "The Cherokee Cases: The Fight to Save the Supreme Court and the Cherokee Indians" en *American Indian Law Review*, Vol. 17, Núm. 1 (1992). Págs. 291-308.

Bergman, Matthew P.: "Montesquieu's Theory of Government and the Framing of the American Constitution" en *Pepperdine Law Review*. Número 1. Volumen 18 (1990).

Black, Barbara A.: "The Constitution of Empire. The case for the Colonist" en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 124. (1976). Págs. 1157-1211.

Calabresi, Steven G., Mark E. Berghausen y Skylar Albertson: "The Rise and Fall of the Separation of Powers" en *Northwestern University Law Review*. Vol. 106. Núm. 2. (2012). Págs. 1-42.

Calabresi, Steven G., y Nicholas Terrel: "The Number of States and the Economics of American Federalism" en *Florida Law Review*. Vol. 63. Núm. 1 (2013). Págs. 1-45.

Caldwell, L. K.: "Alexander Hamilton: Advocate of Executive Leadership" en *Administration Review*. Vol. 4. Núm. 2 (1944): Págs. 113-126.

Casto, William R.: "James Iredell and the American Origins of Judicial Review" en *Connecticut Law Review*. Vol. 27. Núm. 2 (1995). Págs. 329-363.

Clavero Salvador, Bartolomé: "La idea de código en la ilustración jurídica" en *Historia. Instituciones. Documentos* Núm. 6 (1979). Págs. 49-88.

Cohen, Morris L.: "The Common Law in the American Legal System: The Challenge of Conceptual Research" en *Law Library Journal*. Vol. 81. Núm. 13 (1989). Págs. 13-32.

Cueva Fernández, Ricardo: "Una Constitución Republicana Inglesa. El *Instrument of Government* de la *Commonwealth* (1653-1657)" en *Derecho y Libertades*. Núm. 26. Época II (2012). Págs. 261-296.

De Benoist, Alain: "The first Federalist: Johannes Althusius" en *Telos* Núm. 118. (2000). Págs. 25-58.

De Bunes Ibarra, Miguel Ángel: "Bases y logística del corso berberisco" en *Cuadernos Monográficos de Instituto de Historia y Cultura Naval*. Núm. 61 (2010). Págs. 83-102.

De los Mozos Touya, José Javier: "La 'provocatio ad populum' como garantía jurídica del ciudadano romano y manifestación de cohesión social" en *Helmántica. Revista de Filología Clásica y Hebrea*. Vol. 45. Núms. 136-138 (1994) Págs. 177-188.

De Mendizábal, Rafael: "Control de constitucionalidad y poder judicial" en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Núm. 45 (2001). Págs. 81-116.

Díaz Saldaña, Nieves: "El poeta de la Revolución Inglesa: Teoría Política de John Milton" en *Historia Constitucional*. Núm. 2 (2001). Págs. 161-200.

Dorn, Walter L.: "The Prussian Bureaucracy in the Eighteenth Century" en *Political Science Quarterly*. Volumen 46. Núm. 3 (1931). Págs. 403-423.

D'Ors y Pérez-Peix, Álvaro: "Cicerón, sobre el estado de excepción" en *Cuadernos de la Fundación Pastor*. Núm. 3 (1961). Pág. 11-31.

Dunlap, Charles J.: "Revolt of the Masses. Armed civilians and the insurrection theory of the Second Amendment" en *Tennessee Law Review*. Volumen 62 (1995). Págs. 643-677.

Duplá Ansuategui, Antonio: "El 'senatus consultum ultimum': ¿medida de salvación pública o práctica de depuración política?" en *Latomus* 49 (1990). Págs. 75-80.



Elías de Tejada, Francisco: “Ideas política y jurídicas de San Isidoro de Sevilla” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Septiembre (1960) [separata]

Ervin, Sam J.: “Separation of Powers: Judicial Independence” en *Law and Contemporary Problems*, Volumen 35 (1970). Págs. 108-121.

Fairle, John A.: “The Veto Power of the State Governor” en *The American Political Science Review*. Vol. 11. Núm. 3 (1917). Págs. 473-493.

Fernández García, Eusebio: “La ética de Antígona. Las leyes no escritas y el error de Creonte” en *Derechos y Libertades*. Núm. 34 (2016). Págs. 17-30.

Fernández Segado, Francisco: “Marshall versus Jefferson. El caso *United States v. Burr* (1807)” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 17 (2013). Págs. 95-139.

Font Oporto, Pablo: “Suárez, Mariana y el tiranicidio: divergencias y silencios estratégicos” en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*. Volumen 44 (2017). Págs. 11-34.

Fontán, Antonio: “La monarquía en Séneca” en *Gerión*. Núm. Extra 2 (1989). Págs. 219-246.

García Roca, Javier: “Del principio de división de poderes” en *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 108 (2000). Pág. 41-75.

Giesey, Ralph E.: “When and why Hotman wrote ‘Francogallia’” en *Bibliothèque d’Humanisme et Renaissance*. Vol. 29. Núm. 3 (1967). Págs. 581-611.

Ginsburg, Ruth Bader: “The Role of Dissenting Opinions” en *Minnesota Law Review*. Vol. 95. Núm. 1 Pág. 1-8.

Grady, Robert C.: “Obligation, Consent, and Locke's Right to Revolution: "Who Is to Judge?” en *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 9. Núm. 2 (1976). Págs. 277-292.

Gudridge, Patrick O.: “Ely, Black, Grotius & Vattel” en *University of Miami Law Review*. Vol. 50. Núm. 1 (1995). Págs. 81-106.

Halbrook, Stephen P.: “What de framers intended: a linguistic analysis of the right to ‘bears arms’” en *Law and Contemporary Problems*. Vol. 49. Núm. 1 (1986). Págs. 151-162.

Christopher W. Hammons: “Was James Madison Wrong? Rethinking the American Preference for Short, Framework-Oriented Constitutions” en *American Political Science Review*. Vol. 93. Núm. 4 (1999). Págs. 837-849.

Harrington, Matthew P.: “Judicial Review before John Marshall” en *George Washington Law Review*. Vol. 72. Núm. 1/2 (2003-2004). Pág. 51-94.

Heyman, Steven J.: “Natural Rights and the Second Amendment” en *Chicago-Kent Law Review*. Vol 76. Núm. 1 (2000). Págs. 239-290.

Hidalgo de la Vega, María José: “Algunos aspectos del pensamiento político de Salustio” en *Studia Historica. Historia Antigua*. Números 2-3. (1984-1985). Págs. 103-118.

Hidalgo de la Vega, María José: “Uso y abuso de la normativa constitucional en la República tardía: el ‘Senatus consultum ultimum’ y los ‘imperia extra ordinem’” en *Studia Historica. Historia Antigua*. Núm 4-5. (1986-1987). Págs. 79-99.

Humphrey, Alexander Pope: “The Impeachment of Samuel Chase” en *The Virginia Law Register*. Volumen 5. Núm. 5 (1899). Págs. 281-302.

Jay, Stewart: “Origins of the Federal Common Law: Part One” en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 133. Núm. 5 (1985). Págs. 1003-1116.

Jay, Stewart: “Origins of the Federal Common Law: Part Two” en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 133. Núm. 6 (1985). Págs. 1231-1333.

Jenkins, David: “The Lockean Constitution. Separation of Powers and the Limits of Prerogative” en *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*. Vol. 56. Núm. 3 (2011). Págs. 543-589.

Knudson, Jerry W.: “The Jeffersonian Assault on the Federalist Judiciary, 1802-1805; Political Forces and Press Reaction” en *American Journal of Legal History*. Vol. XIV. Núm. 1 (1970). Págs. 55-75.

Krislov, Samuel: “A Necessary But Not Sufficient Set of Reforms on Science in the Courts” en *The Justice System Journal*. Vol. 14/15. Núm. 3/1 (1991). Págs. 383-389.

Linde, Hans A.: “When Is Initiative Lawmaking Not ‘Republican Government’” en *Hasting Constitutional Law*. Vol. 17 (1989). Págs. 159-173.

López Nadal, Gonçal Artur: “El corsarismo en el Mediterráneo (1516-1830)” en *Cuadernos Monográficos de Instituto de Historia y Cultura Naval*. Núm. 46 (2004). Págs. 17-36.

Lutz, Amy: "Who Joins the Military?: A Look at Race, Class, and Immigration Status" en *Journal of Political and Military Sociology*. Núm. 2. Volumen 36. Págs. 167-188.

Esteban Magoja, Eduardo: "La justificación del derecho de resistencia en el estado constitucional democrático de derecho: algunas reflexiones iusfilosóficas". *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Núm. 47 (2006).

Maltz, Earl M.: "Unenumerated Rights and Originalist Methodology" en *Chicago-Kent Law Review*. Volumen 64. Número 3 (1988). Págs. 981-985.

Maravall, José Antonio: "Ejército y Estado en el Renacimiento" en *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 117-118 (1961). Págs. 5-46.

Marcus, Maeva y Robert Tier: "Hayburn's case: a Misinterpretation of Precedent" en *Wisconsin Law Review*. Núm. 4 (1988). Págs. 527-541.

Marcus, Maeva: "John Marshall Was Not the First Chief Justice" en *Proceedings of the American Philosophical Society*. Vol. 153. Núm. 1 (2009) Págs. 48-55.

McCulloch, Matt: "Johannes Althusius' Política: The Culmination of Calvin's Right of Resistance" en *The European Legacy*, Vol. 11. Núm. 5 (2006). Págs. 981-985.

Mendelson, Wallace: "Jefferson on Judicial Review - Consistency through Change" en *The University of Chicago Law Review*. Vol 29. núm 2 (1962). Págs. 327-337.

Mirete Navarro, José Luis: "Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder político" en *Anales de Derecho*. Núm. 9 (1986). Págs. 65-74.

Moulin, Léo: "Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes" en *Politix*. Vol. 11. núm 43 (1998). Págs. 117-162.

Natelson, Rob: "Guarantee Clause" en Edwin Meese, Matthew Spalding y David F. Forte (eds.): "The Heritage Guide to The Constitution". Disponible en: <https://www.heritage.org/constitution/#!/articles/4/essays/128/guarantee-clause>

Nelson, William E.: "Changing conception of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860" en *Pennsylvania Law Review*. Vol. 120 (1973). Págs. 1166-1185.

Nelson, William E.: "The Eighteenth-Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence" en *Michigan Law Review*. Vol. 76 (1978). Págs. 893-960.

Ostler, Duane L.: "Bills of Attainder and the formation of the American taking clause at the Founding of the Republic" en *Campbell Law Review*. Vol. 32 (2010). Págs. 227-284.

Pangle, Thomas L.: "The Classical Challenge to the American Constitution" en *Chicago-Kent Law Review*. Volumen 66. Núm. 145 (1990). Págs. 145-176.

Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?" en *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 98 (1997.) Págs. 9-24.

Pérez Moreda, Vicente: "La estadística demográfica española en la España ilustrada: recuerdo y elogio del Censo de Floridablanca" en *Índice. Revista de Estadística y Sociedad*. Núm. 43. (2010). Págs. 8-17.

Pfander, James E. y Jonathan L. Hunt: "Public Wrongs and Private Bills: Indemnification and Government accountability in the early Republic" en *New York University Law Review*. Vol. 85. Núm. De diciembre (2019). Pág. 1862-1939.

Prakasht, Saikrishna B. y John C. Yoo: "The Origins of Judicial Review" en *The University of Chicago Law Review*. Vol. 70. Núm. 887 (2003). Págs. 887-982.

Rakove, Jack: "The Second Amendment: the Highest Stage of Originalism" en *Chicago-Kent Law Review*. Núm 1. Volumen 76 (2000). Págs. 103-166.

Rakove, Jack: "Taking the Prerogative out the Presidency. An Originalist perspective" en *Presidential Studies Quarterly*. Vol. 37. Núm.1 (2007). Págs. 85-100.

Raskin, Jamin B.: "Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage" en *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 141. Núm. 4 (1993). Págs. 1391-1470.

Rogger, O. John: "Unenumerated rights" en *California LawReview*. Volumen 47 (1958). Págs. 787-827.

Rowe, Gary D.: "The Sound of Silence: United States v. Hudson & Goodwin, The Jeffersonian Ascendancy, and the Abolition of Federal Common Law Crimes" en *The Yale Law Journal*, Vol. 101, Núm. 4 (1992). Págs. 919-948.

Rubin, Edward: "Judicial Review and the right to Resist" en *The Georgetown Law Journal*. Vol. 97 (2008). Págs. 101-159.

Sanmartín, Javier: "La idea imperial en Napoleón. La simbiosis entre modernización política y tradición ideológica" en *Res Publica. Revista de Filosofía Política*. Vol. 21 (2009) Págs. 177-197.

Schefflin, Alan y Jon van Dyke: “Jury nullification: the Contours of a Controversy” en *Law and Contemporary Problems*. Vol. 43. Num. 4 (1980). Págs. 51-115.

Slaughter, Thomas P.: “‘Abdicate’ and ‘Contract’ in the Glorious Revolution” en *The Historical Journal*. Vol. 24. Núm. 2 (1981). Págs. 323-337.

Snowiss, Sylvia: “Text and Principle in John Marshall's Constitutional Law: the Cases of Marbury and McCulloch” en *The John Marshall Law Review*. Vol. 33. Núm 4 (2000). Pág. 973-1021.

Treanor, William Michael Treanor y Gene B. Spelling: “Prospective Overruling and the Revival of 'Unconstitutional' Statutes” en *California Law Review*. Vol. 93 (1993). Pág. 1902-1955.

Treanor, William Michael: The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143. Núm. 2 (1994). Págs. 491-570.

Treanor, William Michael: “Judicial Review before Marbury” en *Stanford Law Review*. Vol. 58. Núm. 2. (2010). Págs. 455-562.

Tribe, Laurence H.: “Reflections on the unenumerated rights” en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Volumen 9 (2014). Págs. 483-500.

Tuckness, Alex Scott: “Discourses of Resistance in the American Revolution” en *Journal of History of Ideas*. Volumen 64. Núm. 4 (2003). Págs. 547-563.

Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio: “El derecho de resistencia y su constitucionalización” en *Revista de Estudios Políticos*. Número 103 (1999). Págs. 213-245.

Varela-Suanzes, Joaquín: “Estado y Monarquía en Hume” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 22 (1995). Págs. 59-90.

Varela-Suanzes, Joaquín: “La Soberanía en la Doctrina Británica” en *Fundamentos*. Volumen 1 (1998). Disponible en:  
<https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/primer/pdf/varela.pdf>

Waldron, Jeremy: “The Core Case Against Judicial Review” en *The Yale Law Journal*. Vol. 150 (2006). Págs. 1346-1406.

Vázquez, Carlos Manuel: “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties” en *The American Journal of International Law*. Vol. 89 (1995). Págs. 695-723.

Wagner, Kevin M.: “Rewriting the Guarantee Clause: Justifying Direct Democracy in the Constitution” en *Willamette Law Review*. Vol. 47. Núm. 1 (2010). Págs. 67-98.

Watkins, Shanea J. y James Sherk: “Who Serves in the U.S. Military? Demographic Characteristics of Enlisted Troops and Officers”. Center Data Analysis. The Heritage Foundation. Disponible en: <https://www.heritage.org/defense/report/who-serves-the-us-military-the-demographics-enlisted-troops-and-officers>

Watson, Richard A.: “Origins and Early Development of the Veto power” en *Presidential Studies Quarterly*. Volumen 17, Núm. 2. (1987) Págs. 401-412.

Roy G. Weatherup: “Standing Armies and Armed Citizens: An Historical Analysis of The Second Amendment” en *Hasting Constitutional Law Quarterly*. Volumen 2 (1975). Pág. 961-1002.

White, Eugene Nelson: “The French Revolution and the Politics of Government Finance, 1770-1815” en *The Journal of Economic History*. Vol. 55, Núm. 2 (1995), pp. 227-255.

White, G. Edward: “Recovering the Legal History of Confederacy” en *Washington and Lee Law Review*. Vol. 68 (2011). Págs. 467-554.

Wood, Gordon S.: “The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less” en *Washington and Lee Law Review*, Vol. 59 (1999). Págs. 787-809.

Woodward, G. Thomas: “The Costs of State–Sponsored Terrorism: The Example of the Barbary Pirates” en *National Tax Journal*. Vol. 57. Núm. 3 (2004). Págs. 599-611.

Yoo, John: “Jefferson and Executive Power” en *Boston University Law Review*. Vol. 88 (2008). Págs. 421-457.

### **Capítulos en libros**

Abellán, Joaquín: “La Reforma Protestante” en Fernando Vallespín (ed.): *Historia de la Teoría Política*. Volumen II. Alianza Editorial. Madrid, 1995. Págs. 171-208.

Alexander, Larry y Emily Sherwin: “Judges as Rules Makers” en Douglas E. Edlin (ed.): *Common Law Theory*. Cambridge University Press. Cambridge, 2007. Págs. 27-50.

Álvarez Turienzo, Saturnino: “El pensamiento político de San Agustín en su contexto histórico-religioso” en Pedro Roche Arnas (coord.): *El pensamiento político en la Edad Media*. Fundación Ramón Areces. Madrid, 2010. Págs. 41-64.

Bethell, Leslie: “The independence of Brazil” en Leslie Bethell (ed.): *The Cambridge History of Latin America*. Volume III: *From Independence to c. 1870*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1985. Págs. 157-196.

Centenero de Arce, Domingo: “¿Republicanismo castellano? Una visión entre la historia de las ciudades y las Actas Capitulares” en Manuel Herrero Sánchez (ed.): *República y republicanismo en la Europa Moderna (siglos XVI-XVIII)*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 2017. Págs. 127-156.

Cooper, Jerry: “Militia and National Guard” en John Whiteclay Chambers II (ed.): *Oxford Companion to American Military History*. Oxford University Press. Oxford y otros, 1999. Págs. 440-443.

Dunn, John: “The Politics of Locke in England and America in the eighteenth century” en John Dunn: *Political obligation in its historical context. Essays in political theory*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1980. Págs. 53-77

Engstrom, Eris J.: “The United States: the Past – Moving from Diversity to Uniform Single-Member Districts” en Josep Maria Colomer (ed.): *Handbook of Electoral System Choice*. Palgrave MacMillan. Houndmills y Nueva York, 2004. Pág. 155-163.

Ferejohn, John y Frances Rosenbluth: “Electoral representation and the aristocratic thesis” en Ian Shapiro, Susan C. Stokes, Elisabeth Jean Wood y Alexander S. Kirshner (eds.): *Political Representation*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2009. Págs. 271-303.

Forrester, Duncan B.: “Richard Hooker” en Leo Strauss y Joseph Cropsey (eds.): *History of Political Philosophy*. University of Chicago Press. Chicago y Londres, 1987. Págs. 356-365.

Klarner, Carl: “Competitiveness in State Legislative Elections: 1792-2014. Democracy in Decline. The collapse of the ‘Close Race’ in state legislatures”. Disponible en: [https://ballotpedia.org/Competitiveness\\_in\\_State\\_Legislative\\_Elections:\\_1972-2014](https://ballotpedia.org/Competitiveness_in_State_Legislative_Elections:_1972-2014)

Konefsky, Alfred S.: “The Legal Profession” en Michael Grossberg y Christopher Tomlis (eds.): *The Cambridge History of Law in American*. Volumen II: *The Long Nineteenth Century (1789-1920)*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008. Págs. 68-105.

Lintott, Andrew: "Aristotle and the Mixed Constitution" en Roger Brock y Stephen Hodkinson (eds.): *Alternatives to Athens. Varieties of Political Organization and Community in Ancient Greece*. Págs. 152-166.

Lipset, Seymour M. y Stein Rokkan: "Cleavage Structures, Party Systems, and Voter Alignments: An Introduction" en Seymour M. Lipset y Stein Rokkan (eds.): *Party Systems and Voter Alignments. Cross-National Perspectives*. The Free Press / Collier-MacMillan. Nueva York y Londres, 1967. Págs. 1-56.

Mason, Cathy: "The Revolution, Constitution, and New Nation" en Stanley L. Engerman y Robert E. Gallman (eds.): *The Cambridge Economic History of the United States*. Volumen I. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007. Págs. 363-401.

McDonald, Robert M. S.: "Was There a Religious Revolution of 1800?" en James Horn, Jan Ellen Lewis y Peter Onuf (eds.): *The Revolution of 1800. Democracy, Race and the New Republic*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 2002. Págs. 173-198.

Mileur, Jerome M.: "American Politics Remade" en Lonce H. Bailey y Jerome M. Mileur: *In Defense of the Founders. Critics of Direct Democracy in the Progressive Era*. Bloomsbury. Nueva York y Londres, 2015.

Nicol, Donald M.: "Byzantine political thought" en J. H. Burns (ed.): *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007. Págs. 51-79.

Parada Navas, José Luis: "Teología moral y política" en José Antonio Merino y Francisco Martínez Fresneda (eds.): *Manual de Teología Franciscana*. BAC. Madrid, 2003. Págs. 415-472.

Pasley, Jeffrey L.: "1800 as Revolution in Political Culture: Newspapers, Celebrations, Voting, and Democratization in Early Republic" en James Horn, Jan Ellen Lewis y Peter Onuf (eds.): *The Revolution of 1800. Democracy, Race and the New Republic*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 2002. Págs. 121-147.

Peces-Barba Martínez, Gregorio: "Los derechos colectivos" en Francisco Javier Ansuátegui Reig (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*. Dykinson. Madrid, 2001. Págs. 67-76.

Radica, Gabrielle: "Trois interprétations de la notion de «loi fondamentale» au XVIII<sup>e</sup> siècle" en Isabelle Moreau (dir): *Les lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII<sup>e</sup> siècle*. ENS-Editions. Lyon. 2009. Págs. 229-253.



Rakove, Jack N.: "The Political Presidency" en James Horn, Jan Ellen Lewis y Peter Onuf (eds.): *The Revolution of 1800. Democracy, Race and the New Republic*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 2002. Págs. 30-58.

Scott, Hamish: "The Fiscal-Military State and International Rivalry during the Long Eighteenth Century" en Christopher Storrs (ed.): *The Fiscal-Military State in Eighteenth-Century Europe*. Ashgate. Surrey y Burlington (VT), 2011. Págs. 23-53.

Sloss, David L., Michael D. Ramsey y William S. Dodge: "International Law in the Supreme Court to 1860" en David L. Sloss, Michael D. Ramsey y William S. Dodge (eds.): *International Law in the U. S. Supreme Court. Continuity and Change*. Cambridge University Press. Cambridge y Nueva York. 2011. Págs. 7-54.

Todisco, Orlando: "Ética y economía" en José Antonio Merino y Francisco Martínez Fresneda (eds.): *Manual de Filosofía Franciscana*. BAC. Madrid, 2004. Págs. 249-327.

Vallespín, Fernando: "Hobbes y la revolución inglesa" en Fernando Vallespín (ed.): *Historia de la Teoría Política*. Volumen III. Alianza. Madrid, 1995. Pág. 254-309.

Veyne, Paul: "Humanistas. Los romanos y los demás" en Andrea Giardina y otros: *El hombre romano*. Alianza. Madrid, 1991. Págs. 395-422.

Whitford, David M.: "The Duty to Resist: The Magdeburg Confession and the Reframing of Romans 13" en David M. Whitford (ed.): *Caritas et Reformatio. Essays on the Church and Society in Honor of Carter Lindberg on his Sixty-fifth Birthday*. Concordia Academic Press. San Luis, 2002. Págs. 89-101.

### **Monografías**

Aaron, Richard I.: *John Locke*. Oxford University Press. Oxford, 1965.

Ackerman, Bruce: *We, the People*. 3 Volúmenes. The Belknap Press of the Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 1991.

Ackerman, Bruce: *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall and the Rise of the Presidential Democracy*. Harvard University Press. Cambridge (Ma), 2005.

Adair, Douglass G.: *The Intellectual Origins of Jeffersonian Democracy. Republicanism, the Class Struggle, and the Virtuous Farmer*. Lexington Books. Oxford y Lamham (MD), 2000.

Adams, Henry: *History of the United States during the first administration of Thomas Jefferson*. 5 Volúmenes. Charles Scribner's Sons. Nueva York, 1917.

Aguilar Fernández, Susana y Elisa Chuliá Rodrigo: *Identidad y opción. Dos formas de entender la política*. Alianza. Madrid, 2007.

Althusser, Louis: *Montesquieu: la Política y la Historia*. Ariel. Barcelona, 1974.

Amar, Akhil Reed: *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*. Yale University Press. New Haven y Londres, 1998.

Amar, Akhil Reed: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We live by*. Basic Books. Nueva York, 2012.

Ames, Herman V.: *The proposed amendments to the Constitution of the United States during the First Century of its History*. American Historical Association. Washington, 1897.

Álvarez Palenzuela, Vicente Ángel: *El Cisma de Occidente*. Rialp. Madrid, 1982.

Arangio-Ruiz, Vicente: *Historia del Derecho Romano*. Editorial Reus. Madrid, 1980.

Arneil, Barbara: *John Locke and America. The Defence of English Colonialism*. Clarendon Press. Oxford, 1998.

Astrain, Antonio: *Historia de la Compañía de Jesús en la Asistencia de España*. 7 Volúmenes. Razón y Fe. Madrid, 1916.

Aubenque, Pierre: *La prudencia en Aristóteles*. Cátedra. Barcelona, 1999.

Badillo O'Farrel, Pablo: *La filosofía político-jurídica de James Harrington*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1977.

Badillo O'Farrel, Pablo: *Fundamentos de Filosofía Política*. Tecnos. Madrid, 1998.

Bagehot, Walter: *The English Constitution*. Chapman and Hall. Londres, 1867.

Bailey, Jeremy D.: *Thomas Jefferson and Executive Power*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007.

Bailey, Lonce H. y Jerome M. Mileur: *In Defense of the Founders. Critics of Direct Democracy in the Progressive Era*. Bloomsbury. Nueva York y Londres, 2015.

Bailyn, Bernard: *The ideological origins of the American Revolution*. The Belknap Press of the Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 1992.

- Bangert, William V.: *Historia de la Compañía de Jesús*. Sal Terrae. Santander, 1981.
- Beard, Charles A.: *Economic Origins of Jeffersonian Democracy*. The MacMillan Company. Nueva York, 1915.
- Beard, Charles A.: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. The MacMillan Company. Nueva York, 1943.
- Bederman, David: *The Classical Foundations of the American Constitution. Revailing Wisdom*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008.
- Bellamy, Richard: *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007.
- Bernstein, R. B.: *Thomas Jefferson. The Revolution of Ideas*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2004.
- Bethell, Leslie (ed.): *The Cambridge History of Latin America*. 3 Volúmenes. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1985.
- Bickel, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of the Politics*. Yale University Press. New Haven y Londres. 1986.
- Bounton, Terry: *Taming Democracy. "The People", the Founders, and the Troubled Ending of the American Revolution*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2007.
- Boyd, Julian P.: *The Declaration of Independence*. Thomas Jefferson Memorial Foundation y Library of Congress. Washington DC, 1999.
- Bright, John: *La Historia de Israel*. Desclée de Brouwer. Bilbao, 2003.
- Brown, Everett Somerville: *The Constitutional History of the Louisiana Purchase 1803-1812*. University of California. Berkeley. 1920.
- Brown, Peter: *Biografía de Agustín de Hipona*. Revista de Occidente. Madrid, 1970.
- Burckhardt, Jacob: *La Cultura del Renacimiento en Italia*. Akal. Barcelona, 2004.
- Bryce, James: *Studies in history and Jurisprudence*. 2 Volúmenes. Clarendon Press. Oxford, 1901.
- Byrd, Elbert M.: *Treaties and Executive Agreements in the United States. Their separate roles and limitations*. Martinus Nijhoff. La Haya, 1960.

Caesar, James W.: *Nature and History in American Political Development*. Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y otros, 2006.

Carey, John M.: *Term limits and legislative representation*. Cambridge University Press. Cambridge y Nueva York. 1998.

Carlyle, Robert W. y Alexander J. Carlyle: *A History of the Mediaeval Political Theory in the West*. 7 Volúmenes. Williams Blackwood and Son. Edimburgo y Londres. 1938.

Cassis, Youssef: *Capitals of capital. A History of International Financial Centres, 1780-2005*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2006.

Chafetz, Josh: *Democracy's privileged few. Legislative privilege and democratic norms in the British and American Constitution*. Yale University Press. New Haven y Londres, 2007.

Chambers, M.: *A Constitutional History of England*. Methuen. Londres, 1911.

Chemersinsky, Erwin : *Interpreting the Constitution*. Praeger. Nueva York y otros, 1987.

Chernow, Ron: *Alexander Hamilton*. Penguin Books. Nueva York, 2005.

Coakley, Robert W.: *The Role of the Federal Military Forces in Domestic Disorders, 1798-1878*. Center of Military History of the United States Army. Washington DC, 2011.

Colomer, Josep María: *Instituciones políticas*. Ariel. Barcelona. 2001.

Corwin, Edward Samuel: *The President, Office and Powers, 1787-1957*. New York University Press. Nueva York, 1957.

Daniels, Roger: *Franklin D. Roosevelt. The War Years, 1939-1945*. University of Illinois. Urbana, Chicago y Springfield. 2015.

De Romilly, Jacqueline: *La ley en la Grecia Clásica*. Biblos. Buenos Aires, 2004.

De Romilly, Jacqueline: *Los grandes sofistas en la Atenas de Pericles. Una enseñanza nueva que desarrolló el arte de pensar*. Seix Barral. Barcelona, 1997.

De Vaux, Roland: *Instituciones del Antiguo Testamento*. Herder. Barcelona, 1976.

Department of State: *The Great Seal of the United States*. Bureau of Public Affairs. Washington DC, 2003.

Dicey, Albert V.: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. MacMillan Press. Londres y otros, 1979.

Díez de Velasco, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional*. Tecnos. Madrid, 2007.

Dunn, John: *Political obligation in its historical context. Essays in political theory*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1980.

Dunn, Susan: *Jefferson's Second Revolution. The Election Crisis of 1800 and the Triumph of Republicanism*. Houghton Mifflin Company. Boston y Nueva York, 2004.

Christopher Duffy: *The Military Experience in the Age of Reason*. Routledge & Kegan Paul. Londres y Nueva York, 1987.

Dworkin, Ronald: *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. Oxford University Press. Oxford, 2005.

Egerton, Douglas R.: *Gabriel's Rebellion. The Virginia Slave Conspirancies of 1800 and 1802*. The University of North Caroline Press. Chapell Hill y Londres, 1993.

Ellis, Joseph J.: *American Sphinx. The Character of Thomas Jefferson*. Vintage Books. Nueva York, 1996.

Ellis, Richard E.: *The Jeffersonian Crisis. Courts and politics in the Young Republic*. Oxford University Press. Nueva York. 1971.

Everitt, Anthony: *Cicero. The Life and Times of Roman's Greatest Politician*. RandomHouse. Nueva York, 2003.

Everitt, Anthony: *Augusto. El primer emperador*. Ariel. Barcelona, 2008.

Keegan, John: *A History of Warfare*. VintageBooks. Nueva York, 1993.

Kern, Fritz: *Los derechos del rey y los derechos del pueblo*. Rialp. Madrid, 1955.

Giardina, Andrea y otros: *El hombre romano*. Alianza. Madrid, 1991.

Grewe, Wilhelm W.: *The Epochs of International Law*. De Gruyter. Berlín y otros, 2000.

Fassò, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*. 3 Volúmenes. Ediciones Pirámide. Madrid, 1982.

Ferling, John: *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2004.

Foley, Edward B.: *Ballot Battles. The History of the Disputed Elections in the United States*. Oxford University Press. Nueva York. 2016.

Gabba, Emilio: *Republican Rome, the Army and the Allies*. University of California Press. Berkeley y Los Ángeles, 1976.

Ganshof, François L.: *El feudalismo*. Ariel. Barcelona y otros, 1979.

García Alonso, Marta: *La Teología Política de Calvino*. Anthropos. Barcelona, 2009. Págs. 240-241.

García-Villoslada, Ricardo: *Historia de la Compañía de Jesús*. Compañía Bibliográfica Española. Madrid, 1940.

García-Villoslada, Ricardo: *Raíces históricas del Luteranismo*. BAC. Madrid, 1969.

González Posada, Adolfo: *Tratado de Derecho Político*. 2 Tomos. Librería de Victoriano Suárez. Madrid. 1894.

Graff, Henry F.: *Grover Cleveland*. Henry Holt and Company. Nueva York, 2002.

Greene, Jack P.: *The Constitutional Origins of the American Revolution*. Cambridge University Press. Cambridge. 2011.

Grodin, Joseph R., Calvin R. Massey y Richard B. Cunningham: *California State Constitution*. Oxford y Nueva York. 2011.

Guthrie, K. C.: *A History of the Greek Philosophy*. 6 Volúmenes. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1978.

Harris, Tim: *Revolution. The Great Crisis of the British Monarchy, 1685-1720*. Penguin. Londres, 2007.

Hatfield, Mark O. y otros: *Vice Presidents of the United States, 1789-1993*. US Government Publishing Office. Washington DC, 1997.

Hernández-Pacheco, Javier: *La conciencia romántica*. Tecnos. Madrid, 1995.

Hernández-Pacheco, Javier: *El Duelo de Athenea. Reflexiones Filosóficas sobre Guerra, Milicia y Humanismo*. Encuentro. Madrid, 2008.

Heschel, Abraham J.: *Los profetas*. 3 Volúmenes. Paidós. Buenos Aires, 1973.

Hill, Kat: *Baptism, Brotherhood and Belief in Reformation Germany. Anabaptism and Lutheranism, 1525-1585*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2015.

Israel, Jonathan I.: *Democratic Enlightenment. Philosophy, Revolution, and Human Rights 1750-1790*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2011.

Jedin, Hubert: *Manual de Historia de la Iglesia*. 10 Volúmenes. Herder. Barcelona, 1973.

Jones, Maldwyn A.: *Historia de los Estados Unidos, 1607-1992*. Cátedra. Madrid, 1995.

Kaldellis, Anthony: *The Byzantine Republic. People and the Power in the New Rome*. Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 2015.

Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos. Madrid, 1995.

Kermes, Stephanie: *Creating an American Identity. New England, 1789-1825*. Palgrave McMillan. Nueva York, 2008.

Keyssar, Alexander: *The Right to Vote. The Contested History of Democracy in the United States*. Basic Books. Nueva York, 2000.

Kramer, Larry D.: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. Oxford y Nueva York. 2004.

Kraut, Richard: *Aristotle*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2002.

La Pergola, Antonio: *Vestigios 'contractualistas' y estructura federal en la Constitución de los Estados Unidos*. Tecnos. Madrid, 2016.

Lambert, Edouard: *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation sociale aux États-Unis. L'Expérience Américaine du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois*. Giard. París. 1932.

Lawson, Gary y Guy Seidman: *The Constitution of Empire. Territorial Expansion and American Legal History*. Yale University Press. New Haven (Co.) y Londres, 2004.

Leuchtenburg, William Edward: *The Supreme Court Reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*. Oxford University Press. Nueva York. 1995.

López Vicen, Felipe: *Teoría de la Revolución. Sistema e Historia*. CSIC/Plaza y Valdés. Madrid, 2010.

Maier, Franz Georg: *Bizancio*. Siglo XXI. México y otros, 1974.

Maier, Pauline: *American Scripture. Making the Declaration of Independence*. Vintage Books. Nueva York, 1998.

Maier, Pauline: *From Resistance to Revolution. Colonial Radicals and Development of American Opposition to Britain, 1765-1776*. Alfred A. Knop. Nueva York, 1972.

Maier, Pauline: *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*. Simon & Schuster Paperbacks. Nueva York y otros, 2010.

Malone, Dumas: *Jefferson and his time*. 6 Volúmenes. University of Virginia Press. Charlottesville, 2005.

Mann, Bruce H.: *Republic of Debtors. Bankruptcy in the Age of American Independence*. Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 2002.

Manin, Bernard: *Principles of Representative Government*. Cambridge University Press. Cambridge, 1997.

Mas Torres, Salvador: *Pensamiento romano. Una historia de la filosofía en Roma*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

Mas Torres, Salvador: *Epicuro, epicúreos y el epicureísmo en Roma*. UNED. Madrid, 2018.

Mayer, David N.: *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 1994.

McAfee, Thomas B., Jay S. Bybee y A. Christopher Bryant: *Powers Reserved for the People and the States. A History of the Ninth and Tenth Amendments*. Praeger. Westport (Co.) y Londres, 2006.

McCraw, Thomas K.: *The Founder and Finances. How Hamilton, Gallatin, and Other Immigrants Forged a New Economy*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge (Ma.) y Londres, 2012.



McDonald, Forrest: *States' Rights and the Union. Imperium in imperio, 1776-1876*. University Press of Kansas. Kansas City, 2000.

McIlwain, Charles Howard: *Constitutionalism. Ancient and Modern*. Cornell University Press. Ithaca (NY), 1974.

Morineau, Marta: *Una introducción al Common Law*. UNAM. México, 2004.

Nohlen, Dieter: *Sistemas electorales y partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica. México, 2004.

Oakley, Francis: *The Conciliarist Tradition. Constitutionalism in the Catholic Church 1300-1870*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2003.

O'Neill, Jonathan: *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*. The John Hopkins University Press. Baltimore y Londres, 2005.

Onuf, Peter S.: *The Mind of Thomas Jefferson*. University of Virginia Press. Charlottesville y Londres, 2007.

Ortega y Gasset, José: *Obras completas*. 9 Volúmenes. Revista de Occidente. Madrid, 1966. Pág. 199.

Parker, Kunal M.: *Common Law, History, and Democracy in America, 1790-1900*. Cambridge University Press. Cambridge, 2011.

Pasley, Jeffrey L.: *The Tyranny of Printers. Newspaper Politics in the Early American Republic*. University Press of Virginia. Charlottesville y Londres, 2001.

Pearson, Ellen H.: *Remaking Custom. Law and identity in the Early American Republic*. University of Virginia. Charlottesville y Londres, 2011.

Pérez-Luño, Antonio-Enrique: *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*. Trotta. Madrid, 1992.

Pérez-Luño, Antonio-Enrique: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid, 1995.

Peterson, Erik: *El monoteísmo como problema político*. Trotta. Madrid, 1999.

Peña Eguren, Esteban: *La Filosofía Política de Guillermo de Ockham. Relación entre la potestad civil y la potestad eclesiástica sobre el 'Dialogus, pars III'*. Encuentro. Madrid, 2005.

Pérez, Joseph: *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*. Siglo XXI. Barcelona, 2005.

Peterson, Merrill D.: *Thomas Jefferson and the New Nation. A biography*. Oxford University Press. Oxford y otros, 1975.

Pina Polo, Francisco: *Marco Tulio Cicerón*. Ariel. Barcelona, 2005.

Pirenne, Henri: *Mahoma y Carlomagno*. Alianza. Madrid, 2008.

Pocock, John G. A.: *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton University Press. Princeton y Oxford, 2003. Pág. 183-218.

Pocock, John G. A.: *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of the English Historical Thought in the Seventeenth Century*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1987.

Posadas, Juan Luis: *La rebelión de Espartaco*. Silex. Madrid, 2012. Págs. 21-33.

Rakove, Jack N.: *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. Vintage Books. Nueva York, 1996.

Rawson, Elizabeth: *The Spartan Tradition in European Thought*. Oxford University Press. Oxford y otros, 1991.

Remiro Brotóns, Antonio y otros: *Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

Rehnquist, William H.: *Gran Inquest. The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*. Quill William Morrow. Nueva York. 1992.

Ricoeur, Paul: *Teoría de la interpretación*. Siglo XXI Editores. México. 2006.

Roldán Hervás, José Manuel: *Historia de Roma*. 2 Volúmenes. Crítica. Madrid, 1999.

Rothbard, Murray N.: *A History of Money and Banking in the United States. The Colonial Era to World War II*. Ludwig Mises Institute. Auburn, 2002.

Salado Osuna, Ana: *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Normas Legales. Lima, 2004.

Schuyler, Eugene: *American Diplomacy and the Furtherance of Commerce*. Charles Scribner's Sons. Nueva York, 1886.

Sellers, M. N. S.: *American Republicanism. Roman ideology in the United States Constitution*. MacMillan. Londres, 1995.

Shapiro, Ian, Susan C. Stokes, Elisabeth Jean Wood y Alexander S. Kirshner (eds.): *Political Representation*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2009.

Sicre, José Luis: *El primer libro de Samuel*. Herder y Ciudad Nueva. Barcelona y Madrid, 1997.

Sicre, José Luis: *El profetismo en Israel*. EVD. Estella, 1998. Págs. 142-143.

Skinner, Quentin: *The Foundations of Modern Political Thought*. 2 Volúmenes. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2004. Págs. 114-123.

Skinner, Quentin: *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008.

Snowiss, Sylvia: *Judicial Review and the Law of the Constitution*. Yale University Press. New Haven y Londres. 1990.

Spitzer, Robert J.: *Presidential Veto. Touchstone of the American Presidency*. State University of New York Press. Nueva York. 1988.

Spurlin, Paul Merrill: *Montesquieu in America 1760-1801*. Louisiana State University. Louisiana, 1940.

Sreedhar, Susanne: *Hobbes on resistance. Defying the Leviathan*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2010.

Stewart, Richard W.: *American Military History*. 2 Volúmenes. Center of Military History – US Army. Washington DC, 2009.

Schwartz, Bernard: *A History of the Supreme Court*. Oxford University Press. Oxford y Nueva York. 1993.

Theissen, Gerd: *La religión de los primeros cristianos*. Sígueme. Salamanca, 2002.

Tsebelis, George: *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*. Fondo de Cultura Económica. México, 2006.

Turchetti, Mario: *Tyrannie et tyrannicide de l'Antiquité à nos jours*. Garnier. París, 2013.

Vilanovam Evangelista: *Historia de la Teología*. 3 Volúmenes. Herder. Barcelona, 1989..

Villacañas Berlanga, José Luis: *Teología política imperial y comunidad de salvación cristiana. Una genealogía de la división de poderes*. Trotta. Madrid, 2016.

Martin van Gelderen: *The Political Thought of the Dutch Revolt 1555-1590*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 1992.

Van Gelderen, Martin y Quentin Skinner: *Republicanism. A Shared European Heritage*. 2 Volúmenes. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2002.

Viñas, Antonio: *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*. UAM/Dysinon. Madrid, 2007.

Harlow, Ralph Volney: *The History of Legislation Methods in the period before 1825*. Yale University Press y otros. New Haven (Co.) y otros. 1917.

Von Rad, Gerhard: *Teología del Antiguo Testamento*. 2 Volúmenes. Sígueme. Salamanca, 1993.

Warren, Charles: *The Supreme Court in the United States History*. 2 Volúmenes. Little Brown and Company. Boston, 1922.

Weber, Max: *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.

Weber, Max: *La política como vocación*. Alianza. Madrid, 2009.

White, Leonard D.: *The Federalists. A Study in Administrative History*. The MacMillan Company. Nueva York, 1948.

Wood, Gordon S.: *The Radicalism of American Revolution*. Vintage Books. Nueva York, 1992.

Wood, Gordon S.: *The Creation of the American Republic 1776-1787*. W.W. Norton and Company. Nueva York y Londres. 1993.

Wood, Gordon S.: *The American Revolution. A History*. Modern Library. Nueva York, 2003.

Wood, Gordon S.: *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2009.

Wood, John H.: *Central Banking in Great Britain and the United States*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2011.

Witte, John: *Law and Protestantism. The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2002.

Wright, Robert E.: *One Nation Under Debt. Hamilton, Jefferson, and the History of What We Owe*. McGraw Hill. Nueva York y otros, 2008.

Young, James Sterling: *The Washington Community 1800-1828*. HBJ Book. Nueva York y Londres, 1966.

Zagorin, Perez: *A History of the Political Thought in the English Revolution*. Routledge & Kegan Paul. Nueva York, 1965.

Zagorin, Perez: *The Court and the Country. The beginning of the English Revolution*. Routledge and Kegan Paul. Londres, 1969.

Zimmerman, Joseph F.: *The New England Town Meeting. Democracy in Action*. Praeger. Westport (Co) y Londres, 1999.

### **Obras colectivas**

Bowler, Shaun y Amihai Glazer (eds.): *Direct Democracy's Impact on American Political Institutions*. PalgraveMcMillan. Nueva York, 2008.

Brock, Roger Brock y Stephen Hodkinson (eds.): *Alternatives to Athens. Varieties of Political Organization and Community in Ancient Greece*.

Burns, J. H. (ed.): *The Cambridge History of Medieval Thought c. 350-c. 1450*. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007.

Chambers, John W. (ed.): *Oxford Companion to American Military History*. Oxford University Press. Oxford y otros, 1999.

Colomer, Josep María (ed.): *Handbook of Electoral System Choice*. PalgraveMcMillan. Houndmills y Nueva York, 2004.

Edlin, Douglas E. (ed.): *Common Law Theory*. Cambridge University Press. Cambridge, 2007.

Engerman, Stanley L. y Robert E. Gallman (eds.): *The Cambridge Economic History of the United States*. Volumen I. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2007.

Grossberg, Michael y Christopher Tomlis (eds.): *The Cambridge History of Law in American*. 3 Volúmenes. Cambridge University Press. Cambridge y otros, 2008.

Gilreath, James y Douglas L. Wilson (eds.): *Thomas Jefferson's Library: A Catalog with the Entries in His Own Order*. Library of Congress. Washington DC, 1989.

Herrero Sánchez, Manuel (ed.): *República y republicanismo en la Europa Moderna (siglos XVI-XVIII)*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 2017.

Lipset, Seymour M. y Stein Rokkan (eds.): *Party Systems and Voter Alignments. Cross-National Perspectives*. The Free Press / Collier-MacMillan. Nueva York y Londres, 1967.

Merino, José Antonio y Francisco Martínez Fresneda (eds.): *Manual de Teología Franciscana*. BAC. Madrid, 2003.

Merino, José Antonio y Francisco Martínez Fresneda (eds.): *Manual de Filosofía Franciscana*. BAC. Madrid, 2004.

Moreau, Isabelle (dir): *Les lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII<sup>e</sup> siècle*. ENS-Editions. Lyon. 2009.

Roche Arnas, Pedro (coord.): *El pensamiento político en la Edad Media*. Fundación Ramón Areces. Madrid, 2010.

Sloss, David L., Michael D. Ramsey y William S. Dodge (eds.): *International Law in the U. S. Supreme Court. Continuity and Change*. Cambridge University Press. Cambridge y Nueva York. 2011.

Storrs, Christopher (ed.): *The Fiscal-Military State in Eighteenth-Century Europe*. Ashgate. Surrey y Burlington (VT), 2011.

Strauss, Leo y Joseph Cropsey (eds.): *History of Political Philosophy*. University of Chicago Press. Chicago y Londres, 1987.

Vallespín, Fernando (ed.): *Historia de la Teoría Política*. 6 Volúmenes. Alianza Editorial. Madrid, 1995.

Whitford, David M. (ed.): *Caritas et Reformatio. Essays on the Church and Society in Honor of Carter Lindberg on his Sixty-fifth Birthday*. Concordia Academic Press. San Luis, 2002.

### **Seminarios, conferencias, ponencias y comunicaciones**

Buergenthal, Thomas: "Self-executing and not self-executing Treaties in National and International Law" en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1992-IV. MartinusNijhoff. Dordrecht y otros, 1993.

Calleja Salado, Manuel: “El Estado complejo y el Estado simple en la encrucijada de los principios de identidad y diferencia. Una reflexión sobre la descentralización” en *Derecho constitucional para el siglo XXI : actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 2. Thompson/Aranzadi. Madrid, 2006. Págs. 4595-4603

Scalia, Antonin: *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting Constitutional Laws*. Tanner Lectures on Human Values. Dictadas el 8 y 9 de marzo de 1995 en la Universidad de Princeton. Disponible en: [https://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf](https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf)

Pina Polo, Francisco: “El tirano debe morir: el tiranicidio preventivo en el pensamiento político romano” en *Actas y Comunicaciones del Instituto de Historia Antigua y Medieval*. Volumen 2 (2006).

### **Estudios preliminares e introducciones**

Bassols de Climent, Mariano: “Introducción” en Cayo Suetonio Tranquilo: *Vida de los doce Césares*. CSIC. Madrid, 1990. Págs. IX-LVIII.

Duch, Lluís: “Introducción” en Thomas Müntzer: *Tratados y sermones*. Trotta. Madrid, 2001. Págs. 9-78.

Forte Monge, Juan Manuel: “Estudio introductorio” en Nicolás Maquiavelo: *Op. Cit.*, Págs. IX-CXXIX.

Moralejo, José Luis: “Introducción” en Cornelio Tácito: *Anales*. Gredos. Madrid, 1979. Págs. 7-41.

Robles, Laurena y Ángel Chueca: “Estudio preliminar” en Tomás de Aquino: *La Monarquía*. Tecnos. Madrid, 1995. Págs. XI-LXV.

Urdanoz, Teófilo: “Introducción a la relección primera sobre la potestad eclesiástica” en Francisco de Vitoria: *Obras. Relecciones teológicas*. BAC. Madrid, 1955.

Uríbarri Bilbao, Gabino: “Estudio preliminar” en Erik Peterson: *El monoteísmo como problema político*. Trotta. Madrid, 1999. Pág. 9-46.

Villacañas Berlanga, José Luis: “La leyenda de la liquidación de la Teología Política” en Carl Schmitt: *Teología política*. Trotta, Mdrid, 2009. Págs. 135-180.

### **Artículos en obras enciclopédicas y diccionarios**

MacDowell, D. M.: “Eisangelía” en *The Oxford Classical Dictionary*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2012. Pág. 494.

“Act of Parliament” en *Oxford Dictionary of Law*. Oxford University Press. Oxford y otros, 2003. Págs. 9-10

Johnson Samuel (ed.): *Dictionary of English Language*, D. Buchanan. 1802.

### **Tesis doctorales y tesinas**

Calleja Salado, Manuel: *Paz Perpetua, Derecho Cosmopolita y Utopía Moral en Immanuel Kant*. Trabajo de investigación para el DEA. Departamento de Filosofía y Lógica y Filosofía de la Ciencia (Universidad de Sevilla). Inédito. Sevilla, 2013.

Centenera Sánchez-Seco, Fernando: *El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana: un estudio sobre uno de los referentes más extremos de la cuestión*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Alcalá de Henares. 2005.

López Bofill, Hector: *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. Tesis doctoral defendida en 14 de junio de 2002 en la Universidad Pompeu Fabra. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/7279>

Lorenza de la Puente, Felipe: *La representación política en el Antiguo Régimen. Las Cortes de Castilla 1655-1834*. Tesis doctoral en el Departamento de Historia de la Universidad de Extremadura, defendida el 14 de diciembre de 2010. 2 Volúmenes. Cáceres, 2010.

Pérez Carrandi, Juan: *La alta traición en el Derecho Penal romano: de la perduellio a la maiestas*. Tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, defendida 7 de julio de 2017.

### **Dictámenes jurídicos**

Office of Legal Counsel: “A Sitting President's Amenability to Indictment and Criminal Prosecution. Memorandum Opinion for the Attorney General”. 16 de octubre de 2000. Disponible en: <https://www.justice.gov/file/19351/download>

Rotunda, Ronald D.: “Memorandum from University of Illinois College of Law Professor Ronald D. Rotunda Memorandum to the Honorable Kenneth W. Starr Regarding whether a Sitting President is Subject to Indictment”. Disponible en: <https://digitalcommons.unl.edu/usjusticematls/32/>



## **Repertorios y compilaciones legales**

### a) Estados Unidos

- United States Statutes at Large: <https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/>
- Charles C. Tansill (ed.): *Documents illustrative of the Formation of the Union of the American States*. Government Printing Office. Washington DC, 1927.
- Francis Newton Thorpe (ed.): *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the State, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*. Volumen VII. Government Printing Office. Washington DC, 1909.
- *The Revised Code of the Laws of Virginia* (Volumen I. Thomas Ritchie. Richmond. 1819.
- John Joseph Wallis (dir.): “NBER/University of Maryland State Constitution Project”. Disponible en: [www.stateconstitutions.umd.edu](http://www.stateconstitutions.umd.edu)
- “Number of state constitutional amendments in each state”. Disponible en: [https://ballotpedia.org/Number\\_of\\_state\\_constitutional\\_amendments\\_in\\_each\\_state](https://ballotpedia.org/Number_of_state_constitutional_amendments_in_each_state)
- “Measures Proposed to Amend the Constitution”. Disponible en: <https://www.senate.gov/legislative/MeasuresProposedToAmendTheConstitution.htm>

### b) Reino de Gran Bretaña, Reino Unido y Reino de Irlanda

- *The Statutes at Large*. Volumen XIV. George Eyre. Londres, 1800.
- *The Statutes at Large*. Volumen IX. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f. Págs. 67
- *The Statutes at Large*. Volumen X. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, 1764.
- *The Statutes at Large*. Volumen XIV. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f.
- *The Statutes at Large*. Volumen XXX. Edición de Danby Pickering. John Archdeacon. Cambridge, 1773.
- *The Statutes at Large*. Volumen XXXI-I. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f.
- *The Statutes at Large*. Volumen XXXIV-I. Edición de Danby Pickering. Joseph Bentham. Cambridge, s/f.
- *The Statutes at Large*. Volumen III. Edición de Ruffhead. Londres, 1763.

- *Statutes at Large passed in the Parliaments held in Ireland*. Volumen I. Boulter Grierson. Dublin, 1765.
- Bémont, Charles (ed.): *Chartes des libertés anglaises (1100-1305)*. Alphonse Picard. París, 1892.
- Gardiner, Samuel R. (ed.): *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1666*. Clarendon Press. Oxford, 1999.
- John Comyns: *A Digest of the Laws of England*. 8 Volúmenes. Laval, Brasford, Collins y Hannay. Filadelfia y Nueva York, 1826.
- Portal Legislación del Reino Unido: <http://www.legislation.gov.uk>

#### c) España

- Juan Tejada y Ramiro (ed.): *Concilios de la Iglesia Española*. Tomo I. Imprenta Anselmo S<sup>a</sup> Coloma y Compañía. Madrid, 1850.
- Constitución Española de 1812.
- Disponible en:  
[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)

#### d) Francia

- Caporal, Stéphane, Jörg Luther y Olivier Bernier: *Constitutional documents of France, Corsica and Monaco 1789-1848*. Walter de Gruyter. Leipzig y Göttingen. 2009.

#### e) Derecho del Mar

- *Código de las costumbres marítimas de Barcelona*. Imprenta de D. Antonio de la Sancha. Madrid, 1791.
- Serna Vallejo, Margarita (ed.): *Textos jurídicos marítimos medievales*. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2018.

### **Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos**

Recopilación oficial: U.S. Reports: <https://www.loc.gov/collections/united-states-reports/>

Anteriores a la Presidencia del TS de John Marshall (1790-1801)

- *Hayburn's Case*, 2 U.S. 409 (1792).
- *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).
- *Georgia v. Brailsford, Powell & Hopton*, 3 US 1, 4 (1794).
- *United States v. Peter*, 3 U.S. 121 (1795).

- *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).

#### Durante la Presidencia del TS de John Marshall (1801-1835)

- *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
- *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 199 (1803).
- *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810).
- *United States v. Hudson*, 11 U.S. 32 (1812).
- *New Jersey v. Wilson*, 11 U.S. 164 (1812).
- *Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S. 382 (1813).
- *Terrett v. Taylor*, 12 U.S. 43 (1815).
- *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816).
- *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819).
- *McMillan v. McNeill*, 17 U.S. 209 (1819).
- *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).
- *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819).
- *Farmers' and Mechanics' Bank v. Smith*, 19 U.S. 131 (1821).
- *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).
- *Green v. Biddle*, 21 U.S. 1 (1823).
- *Society for the Propagation of the Gospel v. New Haven*, 21 U.S. 464 (1823).
- *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. 543 (1823).
- *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824).
- *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 314 (1829).
- *Cherokee Nation v. Georgia*, 20 U.S. 1 (1831).

#### Posteriores a la Presidencia del TS de John Marshall (1835 en adelante)

- *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842).
- *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849).
- *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857).
- *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1869).
- *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).
- *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832).
- *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).
- *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).
- *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
- *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 346 (1946).
- *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).
- *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S., 579 (1952).
- *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).
- *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).
- *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982).
- *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).
- *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995).

- *District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 570 (2008).
- *Trump v. United States*, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

### **Sentencias de tribunales federales de circuito**

- United States v. Aaron Burr
- *United States v. Ravara*, 2 U.S. 297 (1793).
- *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144.
- *Reports of the Trials of Colonel Aaron Burr for Treason and for a Misdemeanor. Volumen I. James Cockcroft and Company. Nueva York, 1875.*

### **Sentencias de tribunales estatales**

- Francis Wharton (ed.): *State Trials of the United States during the Administration of Washington and Adams*. Carey y Hart. Filadelfia, 1849.
- *Collection of cases decided by the General Court of Virginia*. James Webster. Philadelphia. 1815.
- *Winthrop v. Lechmere* (1728) se
- *Holmes v. Watson* (1780) en Nueva Jersey
- Caso de los Prisioneros (1782) en Virginia
- *Rutgers v. Waddington* (1784) en Nueva York
- *Synsbury Case* (1785) en Connecticut
- *Trevett v. Weeden* (1786) en Rhode Island
- *Bayard v. Singleton* (1787) en Carolina del Norte.
- *Kamper v. Hawkins* (1793) en Virginia

### **Parlamentos franceses**

- Flammermont, *Remonstrances du Parlement de Paris*. Tono III. París. 1895. Págs. 745-746. Disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k63740233/>

### **Documentación parlamentaria**

#### a) La Confederación

- *Journals of the Continental Congress* puede consultarse en <https://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwjc.html>

#### b) Proceso Constituyente

- *Debates of the Virginia State Convention of 1829-1830*. Ritchie and Cook. Richmond, 1830.
- Jonathan Elliot (ed.): *State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*. 4 Volúmenes. Jonathan Elliot. Washington, 1836.
- James Madison: *The Debates in the Federal Convention of 1787, which Framed the Constitution of the United States of America*. Oxford University Press. Nueva York, 1920.

c) Tras la entrada en vigor de la Constitución

- *Journal of the Executive Proceedings of the Senate of the United States of America* puede consultarse en <https://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwej.html>
- *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States*, también conocidos como *Annals*, pueden consultarse en <https://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwac.html>
- Andrew R. Dodge y Betty K. Koed (eds.): *Biographical Directory of the United States Congress*. Government Printing Office. Washington DC, 2006.  
Datos actualizados en: <http://bioguide.congress.gov>
- *Riddick's Senate Procedure. Precedents and Practices*. U.S. Government Publishing Office. Washington DC, 1992.

d) Congressional Research Service

- Mildred Amer: “Members Who Have Served in the U.S. Congress 30 Years or More”. Congressional Research Service – Library of Congress.
- Mildred Amer: “Secret sessions of the House and the Senate”. Congressional Research Service – Library of Congress. Washington DC, 2008.
- Vanessa K. Burrows: *Executive orders: Issuance and Revocation*. Congressional Research Service. Washington DC, 2010.
- Matthew Eric Glassman y Erin Hemlin: “Average Years of Service for Members of the Senate and House of Representatives, 1st - 111th Congresses”. Congressional Research Service – Library of Congress. Disponible en: [https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc29655/m1/1/high\\_res\\_d/RL32648\\_2010Nov02.pdf](https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc29655/m1/1/high_res_d/RL32648_2010Nov02.pdf)

- Jennifer E. Manning: “Membership of the 115<sup>th</sup> Congress: A Profile”. Congressional Research Service – Library of Congress. 18 de enero de 2018. Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44762>
- Daniel P. Mulhollan (dir.): *Treaties and other international agreements: the Role of the Senate of the United States*. Congressional Research Service - U.S. Government Printing Office. Washington DC, 2001.
- Term Limits Constitutional Amendment: Final Vote Results for Roll Call 21. Disponible en: <http://clerk.house.gov/evs/1997/roll021.xml>

e) Vetos presidenciales:

- <https://www.senate.gov/reference/Legislation/Veto/vetoCounts.htm> y <https://history.house.gov/Institution/Presidential-Veto/Presidential-Veto/>

f) Convención de Hartford

- *Public documents, containing proceedings of the Hartford convention of delegates; report of the commissioners while at Washington; letters from Massachusetts members in Congress*. Senado de Massachusetts. Boston, 1815.

**Datos estadísticos y económicos**

- Louis Johnston y Samuel H. Williamson: “What was the U.S. GDP then?” disponible en <http://www.measuringworth.org/usgdp/>
- Tiffany Julian: “Language segregation in U.S. Metro Areas”, 12 de abril de 2013. United States Census Bureau. Disponible en: [https://www.census.gov/library/working-papers/2013/demo/2013\\_Julian.html](https://www.census.gov/library/working-papers/2013/demo/2013_Julian.html)
- William Lemer (dir): *Historical Statistics of the United States. Colonial times to 1970*. 2 Volúmenes. US Census Office. Washington DC, 1975.
- Census for 1790 disponible en: <https://www2.census.gov/prod2/decennial/documents/1790a.pdf>
- *Census for 1820*. Gales and Seaton. Washington DC, 1821. Disponible en: <https://www.census.gov/library/publications/1821/dec/1820a.html>
- *American Community Survey 2009-2013. Language Data*.
- Disponible en: <https://www.census.gov/topics/population/language-use/data.html>

- “Authorized judges”. Disponible en:  
<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/allauth.pdf>

### **Comentarios legales**

- Janck N. Rakove: *The annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence*. Harvard University Press. Cambridge (Mass.) y Londres. 2009.
- *The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation*. Prepared by Congressional Research Service of Library of Congress. U.S. Government Publishing Office. Washington DC, 2016.

### **Leyes federales citadas**

#### Congreso de la Confederación

- *Ordinance for the Government of the Territory of the United States north-west of the river Ohio*, 1 Stat. 51 (1787).

#### Leyes bajo la Presidencia de George Washington (1789-1797)

- *Act for establishing an executive department, to be denominated the Department of Foreign Affairs*, 1 Stat. 28 (1789).
- *An act to establish an executive department, to be denominated the Department of War*, 1 Stat. 48 (1789).
- *An Act to provide for the Government of the Territory Northwest of the river Ohio* 1 Stat. 50 (1789)
- *An Act to establish the Treasury Department*, 1 Stat. 65 (1789).
- *An Act to provide for the safe-keeping of the Acts, Records and Seal of the United States, and for other purposes*, 1 Stat. 68 (1789).
- *An Act to establish the Judicial Courts of the United States* 1 Stat. 73 (1789).
- *An Act providing for the enumeration of the Inhabitants of the United States*, 1 Stat. 102 (1790).
- *An Act for establishing the temporary and permanent seat of the Government of the United States*, 1 Stat. 130 (1790).
- *An Act declaring the assent of Congress to certain acts of the states of Maryland, Georgia, and Rhode Island and Providence Plantations*, 1 Stat. 184 (1790).
- *An Act repealing, after the last day of June next, the duties heretofore laid upon Distilled Spirits imported from abroad, and laying others in their stead; and also upon Spirits distilled within the United States, and for appropriating the same*. 1 Stat. 199 (1791).

- *An Act relative to the Election of a President and Vice President of the United States, and declaring the Officer who shall act as President in case of Vacancies in the offices both of President and Vice President, 1 Stat. 239 (1792).*
- *An Act for apportioning Representatives among the several States, according to the first enumeration, 1 Stat. 253 (1792).*
- *An Act providing for the settlement of the Claims of Persons under particular circumstances barred by the limitations heretofore established, 1 Stat. 245 (1792).*
- *An Act more effectually to provide for the National Defence by establishing an Uniform Militia throughout the United States, 1 Stat. 271 (1792).*

#### Leyes bajo la Presidencia de John Adams (1797-1801)

- *An Act to Establish an Uniform Rule of Naturalization, 1 Stat. 566 (1798).*
- *An Act to establish an Executive department, to be denominated the Department of the Navy, 1 Stat. 553 (1798).*
- *An Act authorizing the President of the United States to raise a Provisional Army. 1 Stat. 558 (1798).*
- *An Act concerning Aliens, 1 Stat. 570 (1798).*
- *An Act supplementary to, and to amend the act, intituled "An act authorizing the President of the United States to raise a provisional army". 1 Stat. 570 (1798).*
- *An Act providing Arms for the Militia throughout the United States, 1 Stat. 576 (1798).*
- *An Act respecting Alien Enemies, 1 Stat. 577 (1798).*
- *An Act in addition to the act, entitled "An Act for the Punishment of Certain Crimes against the United States", 1 Stat. 596 (1798).*
- *An Act giving eventual authority to the President of the United, 1 Stat 725 (1799).*
- *An act to suspend in part an act entitled 'An act to augment the army of the United States, and for other purposes', 2 Stat. 7 (1800).*
- *An Act to divide the territory of the United States northwest of the Ohio, into two separate governments, 2 Stat. 58 (1800).*
- *An Act to supplemental to the act intituled "An Act for an amicable settlement of limits with the State of Georgia; and authorizing the establishment of a Government in the Mississippi territory", 2 Stat. 69 (1800).*
- *An act supplementary to the act to suspend part of an act, entitled 'An act to augment the army of the United States, and for other purposes', 2 Stat. 85 (1800).*
- *An act to provide for the more convenient organization of the Courts of the United States, 2 Stat. 89 (1801).*
- *Act concerning the District of Columbia, 2 Stat. 103 (1801).*
- *An Act providing for a Naval peace establishment, and for other purposes, 2 Stat. 110 (1801).*



Leyes bajo la Presidencia de Thomas Jefferson (1801-1809)

- *An Act for the protection of the Commerce and Seamen of the United States, against the Tripolitan Cruisers*, 2 Stat. 129 (1802).
- *An Act to repeal certain acts respecting the organization of the Courts of the United States; and for other purposes* 2 Stat. 132 (1802).
- *An Act fixing the military peace establishment of the United States* 2 Stat. 132 (1802)
- *An Act to regulate trade and intercourse with the Indian tribes, and to preserve peace on the frontiers*, 2 Stat. 139 (1802).
- *An Act making appropriation for defraying the expense of a negotiation with the British government, to ascertain the boundary line between the United States and Upper Canada* 2 Stat. 148 (1802).
- *An Act making an appropriation for defraying the expenses which may arise from carrying into effect the convention made between the United States and the French Republic* 2 Stat. 148 (1802).
- *An Act to repeal the Internal Taxes*, 2 Stat. 148 (1802).
- *An Act authorizing the erection of certain Lighthouses; and for other purposes* 2 Stat. 150 (1802).
- *An Act to amend the Judicial System of the United States*, 2 Stat. 165 (1802).
- *An Act making provision for the redemption of the whole of the Public Debt of the United States*, 2 Stat. 167 (1802).
- *An Act to incorporate the inhabitants of the City of Washington, in the District of Columbia*, 2 Stat. 169 (1802).
- *An Act to revive and continue in force, an act intituled "An act for establishing trading houses with the Indian tribes"*, 2 Stat. 173 (1802).
- *An Act to revive and continue in force, an act intituled "An act for establishing trading houses with the Indian tribes"*, 2 Stat. 173 (1802).
- *An Act making an appropriation for carrying into effect the Convention between the United States of America and His Britannic Majesty* 2 Stat. 192 (1802).
- *An Act to amend an act intituled "An act for the relief of sick and disabled Seamen" and for other purposes*, 2 Stat. 192 (1802)
- *An Act to provide an additional armament for the protection of the seamen and commerce of the United States*, 2 Stat. 206 (1803).
- *An Act for extending the external commerce of the United States*, 2 Stat. 206 (1803).
- *An Act in addition to an act, intituled 'An act more effectually to provide for the National defence, by establishing an uniform Militia throughout the United States'*, 2
- *An Act to provide an additional armament for the protection of the seamen and commerce of the United States*, 2 Stat. 206 (1803).
- *An Act for continuing in force a law, intituled "An act for establishing trading houses with the Indian tribes"*, 2 Stat. 207 (1802).
- Stat. 207 (1803).

- *An Act supplementary to the act intituled "an act providing passports for the ships and vessels of the United States", 2 Stat. 208 (1803).*
- *An Act in addition to the act, intituled "an act concerning the registering and recording of ships and vessels of the United States," and to the act, intituled "An act to regulate the collection of duties on imports and tonnage", 2 Stat. 209 (1803)*
- *An Act to make Beaufort and Passamaquoddy, ports of entry and delivery; to make Easton and Tiverton, ports of delivery; and to authorize the establishment of a new collection district on Lake Ontario, 2 Stat. 228 (1803).*
- *An Act for the relief of Insolvent Debtors within the Distric of Columbia, 2 Stat. 237 (1803).*
- *An Act directing a detachment from the Militia of the United States, and for erecting certain Arsenals, 2 Stat. 241 (1803).*
- *An act to divide the Indiana Territory into two separate governments, 2 Stat. 309 (1805).*
- *An Act further providing for the government of the territory of Orleans, 2 Stat. 322 (1805).*
- *An act for the relief of the captors of the Moorish armed ships Meshouda and Mirboha [no se llegó a publicar].*
- *An Act to repeal in part, the fourth section of an act, intituled "An act to authorize a grant of lands to the French inhabitants of Gallipolis, andf or other purposes therein mentioned.", 2 Stat. 350 (1806).*
- *An Act authorizing a detachment from the militia of the United States, 2 Stat. 383 (1806).*
- *An Act making provision for the compensation of witnesses who attended the trial of the impeachment of Samuel Chase: 2 Stat. 389 (1806).*
- *Act respecting the claims to land in the territories of Orleans and Lousiana,2 Stat. 440 (1807).*
- *An Act authorizing the employment of the land and naval forces of the United States, in cases of insurrection, 2 Stat. 443 (1807).*
- *An Act disapproving of an act passed by the governor and judges of the territory of Michigan, intituled "An act concerning the Bank of Detroit."2 Stat. 444 (1807).*
- *An Act confirming claims to land in the district of Vincennes; and for other purposes, 2 Stat. 447 (1807).*
- *An Act laying an Embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States, 2 Stat. 451 (1807).*
- *An Act supplementary to the act, intituled "An act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United State", 2 Stat. 453 (1808);*
- *An Act extending the right of suffrage in the Mississippi territory; and for other purposes, 2 Stat. 455 (1808).*
- *An Act extending the right of suffrage in the Indiana territory, 2 Stat. 469 (1808).*

- *An Act in addition to the act, intituled "An act supplementary to the act, intituled in act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States", 2 Stat. 473 (1808).*
- *An Act authorizing a detachment from the Militia of the United States, 2 Stat. 478 (1809).*
- *An Act in addition to the act intituled "An act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States," and the several acts supplementary thereto, and for other purposes, 2 Stat. 499 (1808).*
- *An Act to enforce and make more effectual an act intituled "An Act laying an embargo on all ships and vessels in the ports and harbors of the United States," and the several acts supplementary thereto, 2 Stat. 506 (1809)*
- *An Act for dividing the Indiana Territory into two separate, 2 Stat. 514 (1809).*
- *Act extending the right of suffrage in the Indiana territory; and for other porpuses, 2 Stat. 525 (1809).*
- *An Act freeing from postage all letters and packets to Thomas Jefferson: 2 Stat. 527 (1809).*
- *An Act for the relief of certain Alibama and Wyandott Indians: 2 Stat. 527 (1809).*

#### Leyes bajo la Presidencia de James Madison (1809-1817)

- *An Act to interdict the commercial intercourse between the United States and Great Britain and France, and their dependencies; and for other purposes, 2 Stat. 528 (1809).*
- *An Act concerning the commercial intercourse between the United States and Great Britain and France, and their dependencies, and for other purposes, 2 Stat. 605 (1810).*
- *An Act to incorporate the subscribers to the Bank of the United States, 3 Stat. 266 (1816).*

#### Leyes bajo presidencias posteriores a James Madison (1817 en adelante)

- *An Act to regulate and improve the civil service of the United States, 22 Stat. 403 (1833).*
- *Act for the apportionment of Representatives among the several States according to the sixth census, 5 Stat. 491 (1842)*
- *An Act to establish a Court for the Investigation of Claims against the United States, 10. Stat. 612 (1855).*
- *Congressional Budget and Impoundment Control Act, 88 Stat. 297 (1974)*
- *Ethics in Government Act, 92 Stat. 1824 (1978)*

#### Leyes de Virginia

- *An Act for establishing religious freedom*, 12 Va. Stat. 84 (1786) en *The Statutes at Large being a collection of all the Law of Virginia*. Volumen XII. William Waller Hening. Richmond, 1823.

### Tratados

- *Treaty of amity, commerce, and navigation, between his Britannic Majesty and the United States of America, by their President, with the advice and consent of their Senate*, 8 Stat. 116 (1794).
- *Additional article to the treaty with Great Britain*, 8 Stat. 130 (1796)
- *Explanatory article, to be added to the treaty with Great Britain*, 8 Stat. 131 (1798).

### Textos legales federales actualmente vigentes

- U.S. Code. Disponible en: <http://uscode.house.gov/> Se citará primer el número del volumen, luego el propio nombre de la compilación, el número de la sección y el año de la edición empleada.
- Code of Federal Regulations. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/help/cfr>

### **Resultados electorales**

Registro oficial de las Elecciones Presidenciales:

<https://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/scores.html>

*A New Nation Votes. American Election Returns 1787-1825*, de Tufts University:

<https://elections.lib.tufts.edu/>

### **Catálogos virtuales de Exposiciones**

“Creating the United States. Election of 1800”. Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América. Disponible en: <http://www.loc.gov/exhibits/creating-the-united-states/election-of-1800.html>