

**EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR  
EN LOS ESTADOS UNIDOS**

*Comunicación del académico Fernando N. Barrancos y Vedia  
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, 28 de octubre de 2009*



## **EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR EN LOS ESTADOS UNIDOS**

Por el académico DR. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA

La doctrina del “judicial review” o el control judicial de las normas sancionadas por los otros poderes del Estado nació en los Estados Unidos, si bien sus orígenes se han hecho remontar a Inglaterra. El caso “Marbury v. Madison”, del año 1803, fue el inicial en la consagración de esa doctrina, aunque cuadra reconocer que ya antes, en “El Federalista”, N° 78, del año 1788, Alexander Hamilton había sentado las bases fundamentales de esa doctrina, al consignar que “los tribunales de justicia, fueron designados para formar un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura a efectos, entre otras cosas, de mantener a la legislatura dentro de los límites señalados a su autoridad. La interpretación de la leyes compete privativa y especialmente a los tribunales. La Constitución es y debe considerarse por los jueces como la ley fundamental. En manera alguna supone tal deducción superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior al de ambos, y donde la voluntad de

la legislatura, declarada en sus leyes, está en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta más bien que por aquélla. Deben ajustarse en sus fallos a las leyes fundamentales, antes que a aquellas que no lo sean”.

Sin embargo, es de tener presente, que inmediatamente al dictado del citado fallo en los Estados Unidos comenzaron sus objeciones y sus críticas. Se dijo que el texto de la Constitución no autoriza explícitamente el control judicial de las normas, que los constituyentes de 1787, (the “framers”) no buscaron otorgar al Poder Judicial tan extraordinario poder, y que las teorías y prácticas anteriores a la Convención, no eran suficientemente claras y amplias como para legitimar tal conducta. Jefferson fue uno de los primeros contradictores de esa doctrina. Pocos años después de dictado el fallo “Marbury vs. Madison”, en “Eakin vs. Raub”, de 1825, la Corte Suprema del estado de Pennsylvania, por el voto del juez Gibson se atacaron los fundamentos históricos de la “judicial review” y la decisión del caso “Marbury”, aunque veinte años más tarde el mismo juez Gibson sostuvo que el concepto de la revisión judicial podría adoptarse por necesidad antes que por precisión histórica.

En un famoso artículo publicado por James Bradley Thayer en 1893 en la *Harvard Law Review*, titulado “The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law” se sostenía que los jueces debían actuar con extrema prudencia para poder ejercer el “judicial review” y que un mero error de los poderes políticos no era suficiente para poder declarar la inconstitucionalidad de sus normas o actos.

Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis y Felix Frankfurter siguieron esta postura sugerida por Thayer.

A mediados del siglo XX, en el famoso debate entre Learned Hand, que publicó en 1958, “The Bill of Rights”, de la Harvard University Press, se sostenía que el control judicial “no era sino

una condición práctica para el funcionamiento exitoso del sistema constitucional pues sin un árbitro cuyas decisiones fueran finales, el sistema entero colapsaría”<sup>1</sup>.

Las argumentaciones de Hand fueron contestadas al año siguiente por el profesor Herbert Wechsler, de la Universidad de Columbia, en *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, pub. en *Harvard Law Review*, 1959. Sostenía que los jueces debían aplicar principios valorativos neutrales, que trascendieran cualquier resultado inmediato de la decisión judicial, dependiendo así el “judicial review” de esos parámetros.

Alexander Bickel sostenía en “*The least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*”, Yale University Press, 1962, que los jueces, “careciendo de influencia final y última sobre la espada o la bolsa, podría decirse que carecían de la fuerza o de la voluntad, contando simplemente con discernimiento, y luego podría esperarse que se conserven como la rama de gobierno menos peligrosa” (*The Federalist*, 78). Agrega Bickel, en una opinión que ha llegado ser célebre que el “judicial review” parte de una realidad incontrovertible que llamaba la “dificultad contramayoritaria”: “¿por qué un grupo reducido de personas no elegidas directamente por el pueblo pueden impedir la aplicación de normas dictadas por los representantes del pueblo?”

Es digno de destacarse las agudas observaciones del profesor Charles L. Black en “*The people and the Court. Judicial review in a democracy*”, The Macmillan Company, New York, 1960, quien sostenía que el control judicial cumple una función vital en un sistema de gobierno de poderes limitados, consistente en mantener el sentimiento público de que el gobierno ha cumplido “con las normas de su propia Constitución y por ello la función ‘legitiman-

---

<sup>1</sup> Conf. Manuel José García Mansilla, “Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, separata del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 20 de agosto de 2008, Buenos Aires, pags.13/14 y 16).

te' de las normas por parte de la Corte Suprema –lo cual implica constatar su constitucionalidad– es de inmensa por no decir “vital importancia para el país” agregando que “no veía cómo un gobierno de poderes limitados podría vivir sin la existencia de algún órgano que desempeñe esa función”, así como que el control judicial de constitucionalidad es el medio que el pueblo ha elegido como autorestricción a través del derecho”, sosteniendo que tener votos es una “excusa insuficiente para violar la Constitución”.

Es de recordar aquí que los redactores del texto constitucional de los Estados Unidos no quisieron colocar un poder ilimitado en las manos de la mayoría aritmética, desde que sabían que ello habría de conducir a la tiranía de la mayoría, sino que por el contrario, buscaban el gobierno de la mayoría con el consentimiento de la minoría, o sea querían mayorías razonables, cuyo poder estuviera frenado por intereses opuestos<sup>2</sup>.

Al declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Poder Judicial ratifica y hace efectiva la supremacía de la Constitución Nacional, que es el texto básico que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. Como lo señaló la Corte Suprema argentina en una decisión perdurable, “la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que el mismo ha establecido al sancionar el art. 30 de la Constitución”. (Fallos: 137:47, caso “Horta c/ Harguindeguy”, del 21 de agosto de 1922, voto mayoritario de los Dres. Damaso Palacio, José Figueroa Alcorta, Ramón Méndez).

---

<sup>2</sup> Conf. Judith A. Best, “The electoral college: paradigm of American democracy”, pub. En “This Constitución - A bicentennial chronicle”, núm. 12, págs. 19/22, fall 1986, ed. Project '87, The American Historical Association and The American Political Science Association.

A continuación analizaremos el impacto que ha tenido sobre el control judicial de constitucionalidad en los últimos diez años la doctrina del llamado “constitucionalismo popular (popular constitutionalism)”. Esta posición doctrinaria parte de la idea central que la Constitución fue creada por el pueblo y pertenece al pueblo y no a los jueces. Aquí seguiremos en lo substancial el análisis del tema formulado por García Mansilla (op. Cit. Págs 19/25).

Mark Tushnet, profesor en la Universidad de Harvard, en libro “Taking the Constitution away from the Court”, Princeton University Press, 1999, sostiene la incompatibilidad del “judicial review” con el sistema democrático, que los problemas constitucionales podrían ser resueltos adecuadamente por el pueblo a través de los mecanismos ordinarios de discusión política, y que los líderes políticos hablan por el pueblo y son los únicos que pueden identificar sus intereses vitales. Cita que ni en Gran Bretaña ni Holanda cuentan con control de constitucionalidad de las leyes y que una enmienda constitucional debiera prohibir dicha práctica.

Tushnet alienta a la población a que asuma la responsabilidad de proteger por sí misma sus derechos y sus libertades. Pues –dice– custodiarlas no es el dominio de los jueces, sino una obligación de la ciudadanía de definirse como “nosotros, el pueblo de los Estados Unidos”.

Larry D. Kramer, Decano de la Escuela de Derecho de la universidad de Stanford, publicó “We the Court” en la Harvard Law Review (2001) y “The people themselves. Popular Constitutionalism and judicial review”, Oxford University Press, 2004, New York, donde cuestiona la atribución de la Corte Suprema de ser la intérprete final de la Constitución, sosteniendo que el pueblo es quien debe interpretada, así como que las decisiones de la Corte Suprema deben ser sometidas a una discusión popular pudiendo ser rechazadas por el pueblo.

Kramer se manifiesta partidario del modelo europeo de control concentrado de constitucionalidad, así como que los jueces deben designarse por mayorías especiales y deben acortar su duración en el cargo.

Aunque Kramer en “The people themselves” hace del “constitucionalismo popular” el centro de su obra no resulta muy claro en definitiva en qué consiste esa construcción. Las interpretaciones constitucionales de la Corte Suprema dice deben ser sometidas a una especie de conversación nacional y estar sujetas a ser rechazadas por el pueblo.

Es de agregar que esta discusión está entre los partidarios y los críticos del “popular constitutionalism”; hay muchos otros prestigiosos autores que han desarrollado sus posiciones a favor o en contra de esa postura: así Jeremy Waldron en contra del judicial review, y Larry Alexander, Laurence Tribe y Barry Friedman, a favor.

Podemos citar asimismo a James Mc Gregor Burns, autor de “Packing the Court - The rise of Judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court”, The Penguin Press, New York, 2009, quien, sin proclamar expresamente su adhesión al popular constitutionalism, formula severas críticas al control judicial de constitucionalidad y consiguientemente preconiza una enmienda constitucional, no por cierto para prohibirla expresamente en el texto sino para que –con lo que por mi parte me permito calificar de ironía o sarcasmo– los partidarios del control judicial de constitucionalidad hubieran consignado directamente en el texto. Así es como aconseja que los sostenedores del control judicial inicien el procedimiento de enmienda –que llama “el tortuoso proceso de la enmienda constitucional” (pág. 252) –dice– para que el control judicial de constitucionalidad sea eventualmente “legitimado o constitucionalizado”. Pero olvida que en los Estados Unidos el “control judicial” de constitucionalidad existe desde hace más de doscientos años, a partir de la sólida argumentación del caso



“Marbury v .Madison”, sin que los contradictores de ello hayan nunca siquiera enunciado la posibilidad de tacharlo de inconstitucional borrándolo expresamente el sistema. A lo largo de la historia constitucional de los Estados Unidos nunca se ha iniciado un procedimiento de *impeachment* o juicio político contra un juez de la Corte Suprema basado en tal circunstancia.

Es cierto que el procedimiento de enmienda constitucional en los Estados Unidos es confuso y muchas veces extenso y complicado, pero los partidarios del “judicial review” ¿por qué razón habrían de acudir a tal procedimiento, si esta atribución se halla firmemente fundada, establecida y consolidada por el tiempo. Como curiosidad podemos recordar que en 1972 se aprobó por el Congreso Federal el texto de lo que podría haber sido la Enmienda N° 27: “Equal Rights Amendment” que sostenía la igualdad de derechos ante la ley entre hombres y mujeres. Se fijó el plazo de 7 años, luego extendido a 10 años, para que las tres cuartas partes de los Estados aprobaran el texto, que en 1982 sólo lo habían apoyado 35 estados, necesitando el voto de 38 estados, con lo que la enmienda no fue aprobada, pese a la intensa campaña llevada por la “National Organization of Women”. El señor Bums preconiza tal procedimiento para los partidarios del “judicial review”, pero no para sus contradictores entre los que se encuentra. Cabe reiterar aquí que en los Estados Unidos, como también en nuestro país, se estableció un sistema de gobierno fundado en la limitación de los poderes del Estado, como ya lo hemos consignado, y en tal sentido, el control judicial de constitucionalidad, cumple una función vital en un gobierno de poderes limitados, como claramente sostenía Charles Black.

Entre nosotros, el Dr. Genaro R. Carrió, en trabajo publicado en 1990<sup>3</sup>, critica a su vez a quienes se oponen al control judicial

---

3 Carrió, Genaro R. Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría. Propuesta de reformas normativas para hacerlos más compatibles, *La Ley*, tomo 1990-C-1050.

de constitucionalidad en cuanto afirman que es incompatible con el principio de gobierno de la mayoría, y señala que “el principio de la protección de los derechos de las minorías, tan importante como el otro para caracterizar las instituciones democráticas no resulta *prima facie* valorado por esta concepción”.

El Dr. Carrió continúa diciendo, con afirmaciones que cuentan con mi total coincidencia y apoyo que “tal como es inadmisibles designar a los jueces por sufragio popular, también lo sería someter sus proyectos de decisiones a la aprobación de la mayoría del electorado, aun en casos de notorio interés institucional (como por lo común son aquellos en que se debate la validez constitucional de una ley). Lo mismo habría que decir del recurso al referéndum popular para que el electorado decida si debe o no mantenerse un fallo que se ha rehusado a aplicar una ley por considerado inconstitucional. El ciudadano medio carece en principio de suficiente información para pronunciarse respecto de cuestiones constitucionales. Éstas suelen ser complejas y la mayoría de los casos es difícil predecir las implicaciones inmediatas y mediatas de una solución en tal o cual sentido”.

Cabe señalar que entre nosotros, en ocasión de la reforma constitucional de 1994, en el nuevo art. 43, referente a la acción de amparo, luego de indicar que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”. De tal manera se ha reconocido expresamente en el texto constitucional de nuestro país, la atribución de un juez de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

Nuestra Corte Suprema ya había adoptado los principios del control judicial desde los casos “Sojo” de 1887, y “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” de 1888, o aun de casos anteriores lo cual demuestra que por espacio de más de 107 años, el Alto Tribunal había adoptado tal criterio aun sin norma constitucional expresa al respecto.

De tal manera, pensamos que el control judicial de constitucionalidad de las normas y actos emanados del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, continúa siendo uno de los elementos fundamentales del estado constitucional de derecho, basado en la limitación de los poderes del Estado y en la supremacía de la Constitución Nacional y que el llamado “*popular constitutionalism*” habría de desembocar en un populismo amorfo y sin reglas claras ni permanentes, lo cual significaría lisa y llanamente el fin del Estado constitucional de derecho en los Estados Unidos y el derrumbe final de la delicada estructura de frenos y equilibrios fundamentales para la vigencia armónica de la Constitución y de las leyes.

