

# Otra revisita al constitucionalismo popular\*

## *Revisiting Popular Constitutionalism*

Francisco M. MORA-SIFUENTES\*\*

### RESUMEN

Desde hace al menos dos décadas el discurso del autogobierno y las demandas de una lectura más democrática del constitucionalismo han cobrado fuerza en el ámbito académico. El denominado «constitucionalismo popular» es una aproximación que, basada en una estrategia historiográfica con fines normativos, constituye una parte central de ese esfuerzo intelectual que clama por la necesidad de incorporar al “pueblo” en nuestra comprensión y forma de interpretar la Constitución. Este trabajo analiza críticamente tanto la metodología como las pretensiones del constitucionalismo popular basado en la obra de Larry D. Kramer *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Una vez analizadas algunas de sus problemáticas, se argumenta que el constitucionalismo popular en tanto categoría puede entenderse como una parte de la literatura que enfatiza la importancia que la participación política debe tener al establecer el alcance del control de constitucionalidad de las leyes. Su contribución puede cifrarse en abrir espacio a nuevas formas de articular el perenne conflicto entre constitucionalismo y democracia.

### PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo popular, control de constitucionalidad de las leyes, supremacía judicial, departamentalismo.

### ABSTRACT

For at least two decades now, the discourse of self-government and demands for a more democratic reading of constitutionalism have been gaining momentum in academia. So-called “popular constitutionalism” approach, based on historiographical strategy for prescriptive purposes, calls for the need to incorporate the “people” into our understanding and interpretation of the Constitution. This paper critically analyses both the methodology and claims of popular constitutionalism based on Larry D. Kramer’s *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. After analyzing some of popular constitutionalism issues, it is argued that it can be understood as a part of the literature that emphasizes the important role that political participation should play in establishing the scope of judicial review of legislation. Popular constitutionalism contribution is to pave the path for new ways of articulating the perennial conflict between constitutionalism and democracy.

### KEYWORDS

Popular constitutionalism, Judicial Review, Judicial Supremacy, Departmentalism.

---

\*Artículo de Investigación

\*\*Universidad de Guanajuato. (fm.mora@ugto.mx) Orcid: 0000-0002-9881-2730

**SUMARIO:**

1. Introducción
2. *Locke et praeteria nihil*
3. Larry D. Kramer y el constitucionalismo popular
4. ¿El “pueblo mismo”? Críticas al constitucionalismo popular
5. A modo de conclusión
6. Referencias

**1. INTRODUCCIÓN**

Desde hace al menos dos décadas el discurso del autogobierno y las exigencias de una lectura más democrática del constitucionalismo han cobrado fuerza en el ámbito académico. Aunque no se trata de pretensiones nuevas, lo cierto es que su articulación alcanzó cierta entidad en escritos que apelaban a una idea básica: la importancia de incorporar al “pueblo” en nuestra comprensión y forma de interpretar la Constitución. En ese *momentum* el trabajo de Larry D. Kramer *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* constituyó, creo, una especie de “síntesis” del constitucionalismo popular (CP en adelante), así como en su “manifiesto”<sup>1</sup>. Digo síntesis del CP porque busca construir su postura sobre la base de una “narración alternativa” de la historia constitucional estadounidense. Para ello se apela a otras fuentes, extraviadas en el tiempo, que brindarían una visión más contestataria de la vida política y jurídica. En segundo lugar, se trataría de un manifiesto porque sus pretensiones no son neutrales sino claramente normativas: defenestrar el control de constitucionalidad de las leyes y, sobre todo, una de sus piezas centrales, la denominada “supremacía judicial”.

Mucho se ha escrito desde la aparición del libro de Kramer. No exagero si digo que el “constitucionalismo popular” se convirtió en otra rama (o concepción) dentro de una literatura (o concepto) que ha devenido en los últimos años casi inabarcable: el constitucionalismo. Por ello, en la presente contribución pretendo hacer tres cosas con la finalidad de criticar la visión “crítica” ahí contenida. En primer lugar, me gustaría aludir a la estrategia operada por los constitucionalistas populares. Dicha estrategia no es otra sino apuntalar, como

<sup>1</sup> Kramer, L.D. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press [hay trad. al castellano de P. Bergallo como: (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons].

avancé, un relato diverso a la forma “hegemónica” en que se ha interpretado el constitucionalismo americano. Esto es, explicitar el recurso metodológico que proviene no de la teoría constitucional sino de la historiografía. En segundo término, me gustaría visitar el libro de Kramer para destilar sus tesis y, sobre todo, analizar algunos puntos centrales en su estrategia discursiva. Luego, en la parte más importante de mi escrito, volveré a las críticas más comunes que se han formulado a Kramer o a su versión del CP. Por último, diré algo sobre lo que, entiendo, podría ser el constitucional popular como categoría. Pero antes de comenzar, permítaseme algunas notas preventivas.

Me parece que existen al menos dos argumentos que justifican retomar el libro en cuestión. En primer lugar, porque es una versión coherente y articulada de la estrategia metodológica e implicaciones del CP, cuyo impacto queda de manifiesto en la vasta literatura que ha generado. En segundo lugar, porque se trata, tal vez, de la visión más militante del CP que facilita la identificación de sus tesis y su crítica. Nada importa, en mi opinión, el hecho de que *The People Themselves* haya sido publicado hace poco menos de veinte años. Por último, y como queda patente en mi planteamiento, este trabajo no es una revisión de la bibliografía latinoamericana que sobre el constitucionalismo popular se haya escrito.

## 2. *LOCKE ET PRAETERIA NIHIL*

Una estrategia perceptible en los escritos sobre CP, particularmente en *The People Themselves*, es proponer una lectura alternativa de la etapa fundacional estadounidense. Esto apenas debería sorprender si tenemos en cuenta que la revolución americana ha sido vista a menudo como el paradigma liberal en el establecimiento de un marco para la convivencia social. Simplificando en exceso: se ha teorizado como la traslación de las ideas de John Locke al ámbito constitucional, de la idea de los derechos naturales, así como de la forma de entender las instituciones políticas y jurídicas con una impronta netamente contramayoritaria. *Locke et praeteria nihil*<sup>2</sup>. Pues bien, ese entendimiento antipopular fue el preciso objetivo al que los revisionistas constitucionales estadounidenses

<sup>2</sup> Esta es la expresión acuñada -que significa "Locke y nada más"- por la historiografía crítica para hacer referencia a la postura "ortodoxa" que ha dominado por mucho tiempo los estudios sobre la historia del pensamiento político estadounidense. Véase: Shalhope, Robert E., "Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography", *The William and Mary Quarterly*, vol. 29, núm. 1, 1972, pp. 49-80, p. 49 (nota al pie núm. 1).

dirigieron su atención. Pero ¿qué es en concreto lo que se impugna? Un vistazo a un manual de historia de las ideas políticas puede servirnos como ejemplo.

En el libro *Political Thought. The European Tradition* se afirma que “las ideas dominantes en el pensamiento político norteamericano durante el periodo revolucionario fueron las de los derechos naturales y constitucionales, el contrato social y el derecho de resistencia”<sup>3</sup>. Cuando la Corona devino tiránica para los colonos, se subrayaron más los derechos naturales que los derechos de los ingleses como en el caso de Thomas Paine, quien no tuvo ninguna veneración por la constitución británica. Ello quedó patente en la Declaración de Independencia en donde –se afirma– la teoría de los derechos naturales “ha encontrado su expresión final”<sup>4</sup>. Lo interesante es que el pensamiento político durante el periodo siguiente se ocupó de la “soberanía popular”, redactándose declaraciones de derechos con la preocupación fundamental de impedir invasiones del poder ejecutivo. En este rubro, la influencia de Thomas Jefferson fue capital. Como se recordará, Jefferson, además de férreo opositor al ejecutivo fuerte y al antiguo régimen, defendía que las leyes y las constituciones tenían fuerza obligatoria solo para quienes habían manifestado su voluntad expresa de someterse a ellas<sup>5</sup>. No obstante, “a pesar del tono decididamente igualitario de su doctrina, no puede considerarse a Jefferson como un defensor de la democracia en sentido moderno” pues “su libertad era la de las clases terratenientes que intentaban impedir la implantación de una burocracia central fuerte”<sup>6</sup>.

Los latifundistas, afirma Kecskemeti, defendían una suerte de “Estado mínimo”, un aparato burocrático pequeño que les permitiera dirigir sus negocios, seguros de poder prosperar, pensaban, sin la ayuda del gobierno. “Cuando los expositores de la democracia jeffersoniana hablaban en nombre del ‘pueblo’ no se daban cuenta de que bajo su sistema sólo una minoría tenía derechos políticos”<sup>7</sup>. En definitiva, se trataba de una libertad “agraria”, de unos cuantos, y poco funcional para un país en expansión que tuvo menos repercusión que el pensamiento federalista, aunque mantuvo su influencia. El problema que se planteó en la convención constitucional fue si los Estados podían seguir conformando

<sup>3</sup> Cito por la traducción al castellano: Kecskemeti, Paul, “El pensamiento político en Norteamérica”, en: J.P. Mayer (ed.), *Trayectoria del pensamiento político*, trad. de V. Herrero, México, FCE, 5ª reimp., 1985, pp. 258-303, p. 264.

<sup>4</sup> Cfr. Kecskemeti, Paul, “El pensamiento político en Norteamérica”, cit., p. 266.

<sup>5</sup> “Ninguna sociedad –sostuvo Jefferson– puede hacer una Constitución perpetua, ni siquiera una ley perpetua. [Los individuos] son amos de sus propias personas y, por consiguiente, pueden gobernarse como les plazca. [...] La Constitución y las leyes de sus predecesores se extinguen en su curso natural junto con quienes dieron su ser”. Véase: JEFFERSON, Thomas, “Letter to James Madison (September 6, 1789)”, en: *Id., Political Writings*, J. Appleby y T. Ball (eds.), Cambridge, CUP, 1999, pp. 593-598, p. 593.

<sup>6</sup> Cfr. Kecskemeti, Paul, “El pensamiento político en Norteamérica”, cit., p. 266.

<sup>7</sup> Cfr. Kecskemeti, Paul, “El pensamiento político en Norteamérica”, cit., p. 267.

una confederación de unidades independientes, ligadas por lazos débiles o colocar por encima de los poderes locales una autoridad federal, siendo esta última la opción adoptada<sup>8</sup>. Con todo, la impronta del elemento agrario se mantuvo. Fue lo bastante potente como para asegurar un amplio grado de autonomía de los Estados, en la recién creada Constitución federal. Y aquí es donde comienza a advertirse un cambio. Sostiene P. Kecskemeti:

“la Constitución, tal y como fue adoptada en 1787, era un compromiso. Había, sin embargo, un fuerte contraste entre esta Constitución federal y las constituciones de los estados aprobadas en la década anterior. *Desapareció la supremacía de las legislaturas, que había caracterizado las primeras constituciones de los estados*. En vez de ello se adoptó un ingenioso sistema de ‘frenos y contrapesos’ que oponía a las distintas ramas del gobierno entre sí. El presidente debería ser independiente, tanto de la legislatura como del ejecutivo. Se establecía un sistema federal de impuestos. Por otra parte, los estados conservaban un carácter de semi-soberanos de manera que no se trazó una línea clara de separación entre la autoridad federal y la estatal –hecho que condujo posteriormente a conflictos de extrema gravedad. La época de la reacción de la Constitución se caracterizó por la democracia”<sup>9</sup>.

Con todo, el “nuevo sentido” de la Constitución federal fue de franca oposición a la idea de democracia ilimitada, presente en algunas de las entidades constituyentes. De nuevo cito en extenso:

“En tanto que la época revolucionaria era casi sacrilegio dudar de la verdad de la consigna *el pueblo no puede obrar mal*, los pensadores políticos de la década siguiente tenían muchas dudas respecto a la posible tiranía y abuso del poder del pueblo. Ese modo de ver encontró su expresión más nítida en las obras de John Adams: *A Defense of the Constitution of Government of*

<sup>8</sup> Tal y como ha sido destacado, tres fueron los problemas principales a los que tuvieron que afrontar los redactores del texto constitucional. El primer reto fue crear “una unión más perfecta” para mejorar las relaciones entre los Estados. El segundo, era diseñar un sistema federal con poderes delegados y claramente delimitados pero suficientes para gobernar con eficacia. A la vez, reservaron a los Estados y a sus ciudadanos poderes originarios, en aras de proteger sus derechos y libertades fundamentales –previniendo con ello alguna usurpación por parte del poder central-. El tercer problema consistió en implementar un “gobierno por consentimiento” a fin de conferir legitimidad al recién creado gobierno central sobre la base del principio de soberanía popular. Todo ello sin sacrificar la propia soberanía de los Estados que acordaron incorporarse a dicha Unión. Véase: J. Carey y A. McClellan, “Editor’s Introduction”, p. xix en: Hamilton, Alexander, Jay, John y Madison, James, *The Federalist* (The Gideon Edition), edited and introduced by J. Carey y A. McClellan, Indianapolis, Liberty Fund Press Inc., 2001.

<sup>9</sup> Kecskemeti, Paul, “El pensamiento político en Norteamérica”, cit., p. 267-8 (énfasis añadido).

*the United States* de 1787-1788. “Podemos –dice [Adams]– encontrar en cualquier página de la historia... pruebas irrefutables de que el pueblo, cuando no ha tenido contrapesos, ha sido tan injusto, tiránico y brutal, bárbaro y cruel, como cualquier rey o senado poseedor de un poder incontrolado. La mayoría ha usurpado eternamente y sin excepción los derechos de la minoría”<sup>10</sup>.

Las barreras frente al poder de la mayoría se hicieron más notables con la aparición de *The Federalist*, que sirvió de recurso argumentativo mientras se discutía en los Estados el problema de la ratificación de la Constitución. Ahí “se expresa la desconfianza hacia una democracia excesiva y se tiende a una forma mixta de gobierno”. En efecto, en *El Federalista* se buscó de forma expresa “salvaguardar los intereses privados contra las invasiones de la mayoría”, recomendando la separación de poderes. Su doctrina “era que el poder de las distintas ramas del gobierno debía tener contrapesos, tomando especiales precauciones contra la influencia excesiva del legislativo. Éste constituía –según *The Federalist*– el mayor peligro que amenazaba al gobierno republicano”<sup>11</sup>. Si al texto de *El Federalista* No. 51, añadimos el problema de las facciones denunciado por Alexander Hamilton en el celeberrimo No. 10, la historia constitucional estadounidense amplía las bases para su lectura contramayoritaria. Por último, y como es muy conocido, el mismo control de constitucionalidad de las leyes también tiene una justificación “democrática” en *El Federalista* No. 78. Todo lo anterior constituye el núcleo de la interpretación estándar del constitucionalismo norteamericano que sus críticos atacan.

“El resultado sobre la historia intelectual americana de la simbólica declaración *Locke et praeteria nihil* ha sido tanto profundo como lamentable”<sup>12</sup>. De esta manera comienza Robert E. Shalhope su trabajo sobre la “síntesis republicana”. Publicado en 1972, se trata, en mi opinión, de una pieza clave para entender la batalla librada para construir una interpretación contrahegemónica del constitucionalismo norteamericano. La lectura en cuestión, como resulta obvio, es aquella que invisibiliza a autores o políticos defensores de una “democracia plena”. Shalhope instancia ese tipo de literatura en George M. Dutcher, quien fuera profesor de historia en la Universidad Wesleyana, por minimizar la influencia de las ideas radicales en la formación de la nueva nación. Para Dutcher el conocimiento de las antiguas repúblicas que tenían los americanos en 1776 y sobre todo su impacto, “fueron claramente irrelevantes en los orígenes de la

<sup>10</sup> Cfr. Kecskemeti, Paul, “El pensamiento político en Norteamérica”, cit., p. 267 (énfasis añadido).

<sup>11</sup> Kecskemeti, Paul, “El pensamiento político en Norteamérica”, cit., p. 270

<sup>12</sup> Shalhope, Robert E., “Toward a Republican Synthesis”, cit., p. 49.

discusión sobre las instituciones republicanas en América”. Asimismo, sostuvo que “las ideas republicanas y democráticas del periodo revolucionario se volvieron impopulares, cayendo en el olvido con la Restauración en 1660, y no fueron revitalizadas y popularizadas nuevamente sino hasta el siglo diecinueve”. En un contexto en el que los americanos acudieron a John Locke y al *Bill of Rights* inglés -afirmaba el profesor de la Universidad Wesleyana-, “las ideas republicanas fueron prácticamente tabú y no se hizo ninguna contribución directa a su desarrollo”<sup>13</sup>. Este es el relato estándar o la medula de la interpretación ortodoxa que se busca impugnar.

En efecto, a lo largo de treinta páginas, Robert E. Shalhope va describiendo una serie de trabajos en los que se arroja una “mejor luz” a la influencia del republicanismo en la formación ideológica de la revolución norteamericana. Concretamente, de escritos que enfatizaban la importancia de que un “pueblo combativo” se mantuvieran en guardia para defender sus libertades contra la tiranía. Tal sería el caso del libro de Caroline Robbins *The Eighteenth-Century Commonwealthman*. En él, nos dice Shalhope, se rescata otra tradición en la que se revivifican ideas de “Harrington, Nedham, Milton, Ludlow, Sidney, Neville y Marvel. Esos ‘Real Whigs’ que admiraban a herencia *Leveller* pero la moderaban con una admiración por la Constitución inglesa”; autores que “lucharon por la libertad de pensamiento y por la soberanía del pueblo frente a lo que consideraban una creciente corrupción y tiranía tanto del monarca como del parlamento”<sup>14</sup>. El libro de Robbins fue un parteaguas “ya que exploró a fondo el pensamiento en el que se basaron los estadounidenses y comenzó el cambio histórico esencial para alejarse de Locke”<sup>15</sup>. Su influencia llega a Bernard Baylin quien, en su *Pamphlets of the American Revolution, 1750-1776*, instancia otro ejemplo de ese “renovado” canon. Baylin también interpretó la teoría política pre-revolucionaria marcada por la ambición de poder, y de ella deriva una teoría política de los colonos bajo una *lógica de la rebelión*. En opinión de este último autor: “los colonos vieron un ominoso intento de extender la corrupción británica en América mediante el engaño. Su creencia de que las acciones británicas procedían de la corrupción ‘dieron un nuevo significado radical a sus reivindicaciones (americanas); las transformó en argumentos constitucionales de un

<sup>13</sup> George M. Dutcher citado por: Shalhope, Robert E., “Toward a Republican Synthesis”, cit., p. 50.

<sup>14</sup> Cfr. Shalhope, Robert E., “Toward a Republican Synthesis”, cit., pp. 57-58.

<sup>15</sup> Shalhope, Robert E., “Toward a Republican Synthesis”, cit., pp. 58-9.

credo regenerativo del mundo'. Los americanos se debían a la luz de la libertad. Sería una traición no rebelarse"<sup>16</sup>.

Gordon S. Wood, en ese mismo espíritu, defendió que durante la etapa fundacional americana cristalizó un discurso que llegó a persuadir a la sociedad en su conjunto, un relato que recuperaba la tradición clásica, así como la importancia de la educación moral del pueblo en las virtudes cívicas necesarias para el mantenimiento de toda comunidad política "buena". Por tal razón, Shalhope lo considera el primer autor que identificó y analizó tanto la dinámica como características definitorias del republicanismo. Los rasgos que se destilan del libro *The Creation of the American Republic* de Wood, según Shalhope, eran los siguientes:

"los americanos creían que lo que hacía grandes a las repúblicas o las destruía en última instancia no eran las armas, sino el carácter y el espíritu del pueblo. La virtud cívica pasó a ser preeminente. Un pueblo que se caracterizaba por su frugalidad, por su trabajo, su templanza y su sencillez era de estirpe republicana. Los que se regodean en el lujo sólo podían corromper a los demás. Lo crucial era el cuerpo político en su conjunto, ya que el bienestar público era el fin exclusivo del buen gobierno y requería un sacrificio constante de concebirlo como un cuerpo homogéneo (especialmente cuando se enfrentaba a sus gobernantes), se convirtió en el gran determinante de si una república vivía o moría. El requisito esencial para el buen gobierno era el mantenimiento de la virtud. Las fuerzas que podían minar o corromper la virtud eran antirrepublicanas y debían ser purgadas antes de que destruyeran la sociedad buena"<sup>17</sup>.

Tales características desvelarían también el "verdadero sentido" de la revolución, al involucrar el "carácter moral" de la sociedad como un todo, además de suministrar "una lógica para la acción política". Así, en la síntesis republicana que se operó durante la segunda mitad del siglo pasado, se destacó, por sobre todas las cosas, las implicaciones que dichos análisis tendrían desde el punto de vista ideológico. De lo que se trataba, por tanto, no era entender el pasado sino de transformar el presente. En mi opinión, lo que Shalhope sostiene es que la historiografía republicana pretendía servir, más que como dispositivo de conocimiento, como "herramienta" para reivindicar una visión más democrática

<sup>16</sup> Baylin citado por Shalhope, Robert E., "Toward a Republican Synthesis", cit., pp. 58-9. Ese libro de Bernard Baylin –se señala– fue modificado con posterioridad y devino en el más conocido *The Ideological Origins of the American Revolution*.

<sup>17</sup> Shalhope, Robert E., "Toward a Republican Synthesis", cit., p. 70.

del constitucionalismo y, con ella, abrir nuevas rutas para comprender de forma distinta la sociedad norteamericana.

En definitiva: el revival republicano no pretendía, según Shalhope, eliminar por completo la influencia de Locke sino de colocarla en el lugar que le corresponde. Es decir, colocarla al lado de una tradición más radical que recupera un discurso de las virtudes cívicas. Pasar del *Locke et praeteria nihil* a un *Locke et multum praeteria*<sup>18</sup>.

### 3. LARRY D. KRAMER Y EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

La anterior estrategia republicana es asumida de forma manifiesta por Kramer en su *The People Themselves*. No es casual que su libro comience con varias alusiones al momento fundacional estadounidense para argumentar lo que, en su opinión, sería “el significado profundo de la Revolución”: la importancia y el rol decisivo que jugó el gobierno popular<sup>19</sup>. Líneas más adelante desliza la tesis básica que le une al revival republicano aludido cuando señala que los comentaristas modernos, sobre todo los jurídicos, hacen una lectura anacrónica de la historia constitucional. Dicha lectura es errónea por otorgar “demasiado peso, o el peso equivocado, a las quejas contra los excesos de la democracia”<sup>20</sup>. Tomemos una cita de Jon Elster para ejemplificarla. Según el profesor noruego, los padres fundadores de los Estados Unidos y los constituyentes franceses:

“se referían constantemente al riesgo de las mayorías populares bajo un impulso repentido por pasiones pasajeras’. En Filadelfia –escribe Elster– encontramos referencias a ‘la turbulencia y las veleidades de la democracia’, ‘la furia de la democracia’, ‘las pasiones populares que se extienden como el fuego y se tornan irresistibles’, ‘volubilidad y pasión’, ‘la turbulencia y violencia de la pasión desbordada’ y ‘la precipitación, la veleidad y los excesos de la rama legislativa’. En París –continúa Elster– Lally-Tollendal aludía a la Asamblea ‘cautivada por la grandilocuencia, seducida por sofismas, engañada por las intrigas, inflamada por las pasiones que despierta, transportada por los repentinos movimientos que suscita, paralizada por los terrores que inspira’. Otros advertían –por último– contra los ‘prestigios de la elocuencia, la efervescencia

<sup>18</sup> Cfr. Shalhope, Robert E., “Toward a Republican Synthesis”, cit., p. 66 (nota 46).

<sup>19</sup> KRAMER, Larry, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, cit., p. 17. No es casual, desde luego, que Kramer haga referencia aquí, y en muchos otros pasajes de su obra, a Gordon S. Wood.

<sup>20</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 18.

del entusiasmo’, ‘las acusas del error, de precipitación o de seducción oratoria’ o ‘el error, la precipitación y la ambición’<sup>21</sup>

De esa interpretación se deriva la percepción de que los constituyentes buscaron “crear un sistema autocorregible de frenos y contrapesos cuyas operaciones fundamentales podrían funcionar totalmente desde el gobierno mismo, con una implicación o interferencia mínima del pueblo”<sup>22</sup>. El problema es que la prevalencia de ese relato estándar no solo supone ignorancia sino, en el peor de los casos, en desprecio consciente del papel que habrían jugado los ciudadanos en él. Pero hay algo todavía más preocupante en la opinión de Kramer: que tal relato se ha mantenido a cambio de pagar un precio demasiado alto: sacar “al pueblo mismo” de la dinámica constitucional. Este es el error básico que los constitucionalistas populares denuncian.

En efecto, para Kramer, en el caso estadounidense se habría actualizado como nunca antes la idea “de un gobierno fundado explícitamente en el consentimiento del pueblo, manifestando un acto distintivo e identificable, y que quienes habían dado su consentimiento eran intensa y profundamente conscientes de ello”<sup>23</sup>. Eso implica una relación más estrecha con la idea de soberanía popular. Ahora, lo anterior no significa que niegue del todo la preocupación, ciertamente existente, de los potenciales desvaríos del gobierno mayoritario. No obstante, lo que en cualquier caso habría que destacar es que, en la visión que él ofrece de los padres fundadores, “la Constitución seguía siendo fundamentalmente un acto de voluntad popular: la carta del pueblo y hecha por el pueblo”<sup>24</sup>, y que tal acto de voluntad no se limitaba al momento constituyente. Era *más bien* el caso contrario, pues seguía siendo “el pueblo mismo, trabajando a través de y respondiendo a sus agentes en el gobierno, el que seguía siendo el responsable de ver que la Constitución fuera interpretada e implementada de forma adecuada. La idea de entregar tal responsabilidad a los jueces –según señala Kramer– era simplemente impensable”<sup>25</sup>. Detengámonos en estas dos últimas afirmaciones que no dejan lugar a dudas de la exaltación antijudicialista operada por ese autor.

Dada la proximidad del constitucionalismo norteamericano con la tradición británica de derechos y libertades –la “Constitución consuetudinaria”–, se

<sup>21</sup> ELSTER, Jon, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en: S. Shute y S. Hurley (eds.), *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 165-199, pp. 173-174.

<sup>22</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 18.

<sup>23</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 17.

<sup>24</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 19.

<sup>25</sup> *Ibidem*. Esta es una afirmación que Kramer hace en varias partes del texto, por ejemplo, p. 305.

avalaría desde sus inicios tanto la idea de no dejar al judicial como responsable de la Constitución como la idea de que todos los departamentos del gobierno están vinculados por igual a la Ley Fundamental. Además de esta implicación, interesa señalar la respuesta que da a la pregunta de quién era el responsable de la interpretación y exigibilidad de la Constitución. En todo el libro de Kramer no hay lugar a dudas: es “el pueblo mismo” quien tiene dicha encomienda. No la tienen los jueces. Ni siquiera los legisladores<sup>26</sup>. En efecto, el pueblo, o la muchedumbre – “expresión directa de la soberanía popular”–, se organizaba para “defender los valores de la comunidad contra los funcionarios públicos indiferentes o ineficaces y contra la acción ilegal o inconstitucional del gobierno”<sup>27</sup>. Entre los remedios utilizados estaban los disturbios: “una forma aceptada pero no ciertamente admirada de acción política –común en Inglaterra y en el continente, tanto como en América”–<sup>28</sup>. En su relato, el poder de la gente “permea” por todas partes. Empezando por la comunidad, las asociaciones, hasta llegar a las instituciones mismas. Otro punto a tener en consideración es que la protesta representa para él la forma y estructura básica del constitucionalismo popular<sup>29</sup>. Que así fuera se consideraba como “una de las mayores garantías de la libertad misma”<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Ahora bien, que se diga que era el pueblo quién era el responsable por la interpretación y exigibilidad de la Ley Fundamental no es, según Kramer, mera palabrería. Se trataba “de la invocación de un conjunto específico de remedios mediante los cuales ‘el pueblo’ –concebido como un cuerpo colectivo capaz de acción independiente– tenía el poder para hacer cumplir la Constitución contra los gobernantes errados. La comunidad misma tenía tanto el derecho como la responsabilidad de actuar cuando el proceso legal ordinario fracasaba, y las leyes inconstitucionales podrían ser resistidas por los miembros de la comunidad que continuaban profesando lealtad al gobierno y cumpliendo otras normas”. Véase: KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 40.

<sup>27</sup> Cfr. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 43.

<sup>28</sup> Tales muchedumbres, explica, “no consistía en criminales, ni bandas, ni borrachos, y otra suerte de chusma sino en lo que los contemporáneos referían como los sectores medios –comerciantes, artesanos, granjeros y trabajadores– a veces liderados por uno de los suyos, pero con frecuencia conducidos por la élite local”. Además, tenía una considerable resolución y decisión discriminadora al seleccionar sus objetivos y al ocuparse de no infligir daños colaterales. Se trataba pues, de una acción popular, “que seguía reglas consuetudinarias implícitas sobre la proporción de la violencia adecuada y los objetivos permitidos, lo que permitía que los contemporáneos tuvieran la posibilidad de distinguir la acción constitucional de la multitud de un simple levantamiento”. Por último, nos dice, la muchedumbre observaba tales reglas con una fidelidad sorprendente (aunque no obviamente perfecta), y la culpa por los daños o la muerte, cuando ocurría, residía típicamente en las autoridades constituidas. Cfr. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pp. 43–44.

<sup>29</sup> El legislativo y el poder judicial están, afirman quienes protestaban, al “servicio del pueblo”. En tal carácter, actuando con las intenciones correctas y en ejercicio de su mejor entendimiento, deben tratar de cumplir con la Constitución. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 65.

<sup>30</sup> El caso de los jurados sirve a Kramer para ilustrar este extremo: los jurados populares, señala, si bien podían ser instruidos por jueces profesionales se configuraban en una posición dominante frente aquellos. Así, se introducía una ‘combinación de poder popular’ en la ejecución de la ley, lo que era ‘una importante protección de la libertad’. Esto, no dice, era particularmente cierto en lo concerniente al derecho fundamental, ya que el jurado, era la ‘voz del pueblo’, la comunidad personificada para juzgar un caso particular. Si los grandes principios de la Constitución son

Kramer busca recuperar la imagen de los ciudadanos estadounidenses viéndose como artífices de su lucha por el imperio de su Constitución. Pero no en un sentido metafórico sino luchando de verdad, esto es, luchando a través de “formas de oposición constitucionales”. También busca cuestionar que los ciudadanos americanos del siglo XVIII se hubiesen planteado llevar sus disputas constitucionales ante un juez para su resolución, algo que, a su juicio, ni siquiera les pasó por la mente<sup>31</sup>. Este es uno de los puntos centrales en su construcción. Los jueces no pueden ni deben gozar de primacía o supremacía puesto que es el pueblo mismo quien sigue siendo el soberano. Los jueces son “un departamento más” en el entramado de división de poderes. Y si ocasionalmente pueden ejercer algún tipo de control es precisamente porque ellos también tienen el *deber de resistir* las leyes inconstitucionales. Son, para decirlo brevemente, “otra instancia del derecho de cada ciudadano a rechazar reconocer la validez de una ley inconstitucional –un deber y una responsabilidad ‘político-jurídica’ más que estrictamente jurídica”–.<sup>32</sup>

En el planteamiento de Kramer, el *sentido profundo* de la revolución norteamericana no sería otro sino “afirmar los principios de la soberanía popular y la Constitución ordinaria”<sup>33</sup>. Tal era el caso de J. Madison en la lectura que de él se nos ofrece. Para Madison era claro –a pesar de los riesgos de la política popular– que las disputas constitucionales no podían resolverse en última instancia “sin una apelación al pueblo mismo, quien, como otorgante de las comisiones, es el único que puede declarar su sentido verdadero y su cumplimiento”. El hecho de que se haya establecido un mecanismo de reforma constataría que así habría sido. No es consecuente con la idea de soberanía popular la pretensión de que el pueblo haya ejercido en una única ocasión su poder constituyente o, dicho de otra forma, que se haya dado “de una vez y para siempre” su Constitución. Además, con la introducción de un mecanismo de este tipo se obtienen, al menos, dos beneficios: un proceso regular, “normado”, para modificar el Derecho vigente y, sobre todo, que las modificaciones puedan hacerse de forma pacífica (no haría falta acudir a la revolución). Es ejemplificativo de la apuesta de Kramer su afirmación de que, con mecanismo de reforma constitucional institucionalizado

---

íntimamente conocidos, son sensatamente percibidos por cada británico, ¿quién podía asegurar mejor el respeto a la ley fundamental? Cfr. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 45.

<sup>31</sup> Cfr. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 56.

<sup>32</sup> Cfr. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 58.

<sup>33</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., aquí pp. 70–71.

o sin él, “el pueblo retiene en todo momento la autoridad para corregir o cambiar el rumbo”<sup>34</sup>. Este es tipo el tipo de relato estándar de todo el libro.

Luego, el autor de *The People Themselves* se cuestiona en qué momento cambió esa forma de comprender la Ley Fundamental. Esto es, cuándo se pasó de una “concepción contestataria”, de democracia directa o participativa, a una especie de “triumfalismo judicial”<sup>35</sup>. Tal triunfalismo de los jueces puede apreciarse “en la excesiva celebración de *Marbury v. Madison* cuyo significado exagerado parece inmune a la corrección histórica”<sup>36</sup>. Esa aceptación acrítica hacia la autoridad judicial también se aprecia entre los académicos quienes en lugar de controvertir tal modelo que perpetúa la supremacía constitucional del Tribunal Supremo, lo que intentan es hacerlo cambiar de opinión o bien que cambie su integración<sup>37</sup>. Pero cualquiera de estas dos opciones son un error para Kramer. Lo que debería cuestionarse siempre son las razones que existen para aceptar tal supremacía judicial *tout court*. Éste es el *quid* del asunto. Así, el resultado más perverso de aceptación –“excesivamente anómala” en los tiempos constitucionales actuales–, está a la vista de todos: con ella se ha removido como cuestión conceptual, a la gente común del proceso de moldear el Derecho constitucional<sup>38</sup>.

Ahora, ¿cómo puede articularse la forma de entender la Constitución propuesta por Kramer? Me parece que aquí hay que decir algunas cosas. Por un lado, que su estrategia se centra en defenestrar la supremacía judicial está fuera de toda duda<sup>39</sup>. Suponiendo que se acepta su planteamiento, lo que corresponde es hacer el tránsito del plano de los principios al del diseño institucional. Entonces surgen un par de problemas no menores. Primero, ¿quién es el “pueblo” aludido por Kramer? Segundo, ¿cómo articular un diseño a la altura de las pretensiones del CP que sea funcional, esto es, que haga factible que “el pueblo mismo” determine el significado Constitucional con carácter autoritativo final dentro del sistema? Este es uno de los puntos más oscuros de esta bibliografía y, creo, todavía pendiente de desarrollo. Entre las vías transitadas por los populares para

<sup>34</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 74.

<sup>35</sup> Aunque es difícil determinarlo con precisión desliza que fue en algún momento de la generación pasada. En sus palabras: “como quiera que sea, esto representa un cambio profundo sobre lo que hemos visto era en la práctica histórica Ni la generación de los fundadores ni sus hijos ni los hijos de sus hijos, ni dus descendientes hasta la generación de nuestros abuelos fueron tan pasivos en su rol de ciudadanos republicanos”. KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 280.

<sup>36</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 281.

<sup>37</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 280.

<sup>38</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 286.

<sup>39</sup> Cfr. KRAMER, Larry D., “The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”, *Valparaiso Law Review*, núm. 41, 2006, pp. 697-754, p. 697 y ss.

tal fin destaca el “departamentalismo” [*departmentalism*]<sup>40</sup>. En términos sencillos, el mismo se entienda a través de la siguiente premisa: la autoridad interpretativa sobre la Constitución es compartida entre –o está dividida en– las tres ramas del gobierno<sup>41</sup>. Aquí, debe hacerse notar, la propuesta resulta muy ambigua. Y lo es, en mi opinión, porque todo su discurso va en línea de dar al pueblo la autoridad final sobre la Constitución; y, sin embargo, se termina suscribiendo el departamentalismo donde, si bien no se materializa su pretensión central *al menos* no “da por buena” la supremacía judicial.

El departamentalismo rescata las presuntas bondades de un esquema de distribución de competencias más flexible, “dialógico”, en el que la tarea de asignar significado a la Constitución sea compartida por todos los actores constitucionalmente relevantes y, sobre todo, que en la misma se incluya a las personas ordinarias. Ahora bien, esta forma de ver las cosas no sólo incluiría la apuesta ‘departamentalista’. En realidad, la literatura académica ha hecho muchas propuestas que, aunque con distintas denominaciones, tienen como objeto primordial la crítica a la supremacía judicial<sup>42</sup>. Los actores relevantes en el departamentalismo van desde “el pueblo mismo” pasando, obviamente, por los poderes públicos que *prima facie* gozan de mayor legitimidad democrática, hasta cualquier manifestación pública contestataria. Tal forma compartida de asignar significado no sería nueva. Como sabemos, para los constitucionalistas populares, de hecho, es el que obedece al diseño original plasmado por los *Framers* en la Constitución americana<sup>43</sup>. Es la mejor descripción de cómo había operado

<sup>40</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit.; Íd., “The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”, cit., pp. 740 y ss.

<sup>41</sup> Véanse: JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism and Non Judicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, pp. 105-147, p. 106; GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, num. 24, 1996-1997, pp. 359-440; POST, Robert Et SIEGEL, Reva, POST, Robert Et SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review*, núm. 92, 2004, p. 1031.

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, se habla de control de constitucionalidad “coordinado” o “presidencial”, “protestantismo constitucional”, “constructivismo constitucional”, “diálogo constitucional”, “constitucionalismo populista” o “constitucionalismo policéntrico”. En todo caso, debe tenerse presente que todas estas denominaciones parecen estar marcadas por la experiencia norteamericana y que, en muchos casos, sólo tienen sentido dentro de ella. Es decir, tienen sentido en su “mantra” contra la Corte Rehnquist y su autoatribuida soberanía competencial en materia de interpretación constitucional. Cfr. JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism and Non-Judicial Interpretation”, cit. p. 111.

<sup>43</sup> Aunque es cierto, que en otras ocasiones se muestra un tono más vacilante, porque en realidad el enemigo es la supremacía judicial y, quizás de modo más fundamental, la manera en que ésta fue ejercida, como he señalado, por la “Corte Rehnquist”. Escribe L. D. Kramer en su *We The Court*: “la historia no puede obligar a abrazar que la comprensión exacta de los padres fundadores sea la del constitucionalismo popular, pero sí sugiere que una posición, al menos, no es plausible, la adoptada por la “Corte Rehnquist”, que niega que el constitucionalismo popular sea un concepto válido. De hecho, tanto nuestra teoría y nuestra práctica siempre ha reservado un espacio importante para que las personas tengan algo que decir en la interpretación de la Constitución, aunque con el tiempo se hayan vuelto más complejas. El constitucionalismo popular no es una curiosidad pintoresca en el mundo de los *Founding*

la práctica constitucional en el siglo XIX, sobre todo, teniendo en cuenta que su Constitución no instituyó la *Judicial Review*<sup>44</sup>. En ella, no se reconoce una prerrogativa tal que sea única o exclusiva de alguna de las ramas del gobierno (este es la parte historiográfica del planteamiento, como vengo señalando). No obstante, y por distintos motivos, poco a poco fue asentándose un modelo fuerte de control de constitucionalidad de las leyes, mismo que, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, terminó propagándose por el mundo y, con él, la idea misma de supremacía judicial<sup>45</sup>. Esta forma de concebir el constitucionalismo parece ser, en efecto, la visión dominante no sólo en el ámbito jurídico sino también en el político y social. E incluye, desde luego, a aquellos juristas que estudian, enseñan o practican el Derecho desde el precedente judicial<sup>46</sup>.

Detengámonos en esto último que, considero, es clave para comprender qué se defiende desde el constitucionalismo popular. La supremacía judicial descansa en varios pilares: el primero es, obviamente, la competencia misma del órgano judicial para revisar la compatibilidad de normas o actos con la Constitución. El segundo pilar, es la pretensión de carácter autoritativo final. El tercer pilar, es el carácter vinculante para las demás ramas de gobierno de las interpretaciones que haga la Corte, con independencia de si se consideran erróneas o no. La vinculatoriedad va del caso concreto, pasa por el precedente, hasta la obligatoriedad de la doctrina judicial. Este es el punto discutible: que con ello se “fija” con carácter autoritativo final el significado de la Constitución<sup>47</sup>. Sin

---

*Fathers*. Es un principio fundamental que ha sido parte de nuestra tradición constitucional desde el principio. Véase: KRAMER, "The Supreme Court 2000 Term Forward: We The Court", *Harvard Law Review*, núm. 115, 2001, p. 163.

<sup>44</sup> Cfr. TUSHNET, Mark, "Alternatives to Judicial Review", *Michigan Law Review*, núm. 101, 2002-2003, pp. 2781-2802, p. 2783.

<sup>45</sup> TUSHNET, Mark, "Alternatives to Judicial Review", cit., p. 2784.

<sup>46</sup> Cfr. JOHANSEN, Dawn E., "Functional Departmentalism", cit., p. 106. Sobre la educación y, en cierta medida, socialización a favor de la supremacía judicial, destacando la importancia de referencias anti-populares de los libros de texto, análisis incluido, véase: POZEN, David, "Popular constitutionalism, Civic Education, and the Stories We Tell Our Childrens", *The Yale Law Journal*, núm. 118, 2009, pp. 948-1001.

<sup>47</sup> Según W. E. Murphy, la supremacía judicial es esto último, es decir, la *obligación* que tienen los demás funcionarios a proceder según no sólo lo señalado en un fallo determinado sino a seguir el mismo razonamiento dado por la corte en deliberaciones futuras. Los argumentos derivan básicamente también de las alegaciones hechas por el juez Marshall en *Marbury vs. Madison* donde se sostiene específicamente que: 1) la Constitución es Derecho; 2) que es competencia y función del Poder Judicial "decir lo que el Derecho es"; 3) que el control de constitucionalidad de las leyes es una parte integral del sistema norteamericano. De ahí muchos han argüido dicha supremacía en el sentido de que la interpretación que haga el Tribunal Supremo de la Constitución deviene preceptiva para todos los demás operadores jurídicos. En contra de la lectura y defensa de la supremacía judicial se ha aducido: 1) que la Constitución nada dice de esa competencia específica, sobre la *Judicial Review*, a favor del Tribunal Supremo; 2) que la *Judicial Review* tampoco debe implicar necesariamente la obligatoriedad de la doctrina judicial para las demás ramas del gobierno; y 3) que la interpretación hecha por el juez Marshall era de corte departamentalista y no suponía, en ningún caso, asumir dicha supremacía judicial. Véase: MURPHY, Walter E., "Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter", *The Review of Politics*, vol. 48, núm. 3, 1986, pp. 401-426, aquí pp. 406-

embargo, visto con atención, cada una de tales implicaciones son perfectamente distinguibles. En esto han insistido algunos autores al defender que en *Marbury v. Madison* pudo asumirse sólo el primer pilar, pero nunca el segundo (y mucho menos la vinculatoriedad de la doctrina judicial)<sup>48</sup>. En este sentido, M. Tushnet sostiene dicha sentencia posee espíritu departamentalista tanto en una acepción débil como en otra fuerte: en la primera, porque el Tribunal estimó que el Ejecutivo había afectado a su propio funcionamiento; defendiendo, por así decir, su “parcela constitucional”. En la segunda porque el Tribunal ejerció su derecho, o mejor, su deber, de hacer valer la que estima es la mejor interpretación de la Constitución a pesar o no obstante lo que las otras ramas hayan dicho al respecto<sup>49</sup>. Sin embargo, su articulación no resulta tan fácil. Veamos por qué.

Para abordar el departamentalismo, hay que intentar distinguir dos planos. Por una parte, habría un sentido meramente descriptivo, que puede solventarse atendiendo a la pregunta ¿quién interpreta la Constitución? Por la otra, tendríamos uno prescriptivo que atendiera a la cuestión ¿quién debería interpretarla y con qué carácter? Esta última es la que importa a los populares. La primera cuestión daría como resultado una suerte de departamentalismo competencial: bastaría con acudir al texto constitucional o a la práctica para afirmar que las tres ramas de gobierno ‘aplican’ (‘concretizan’, ‘moldean’, ‘interpretan’) la Constitución. Todo ello, en la medida que cumplen con las funciones que le han sido encomendadas. En este sentido, se entiende que su interpretación no es una actividad exclusiva del poder judicial. Acudiendo al diseño institucional plasmado, habría que analizar a qué rama de gobierno se asignan qué competencias y sobre qué materias. Luego, habría que precisar, cuando sea el caso, a cuál de ellas se le asigna la interpretación con carácter definitivo, esto es, de órgano con competencia última. De esta forma, dependiendo de la provisión en cuestión, la interpretación que la rama del gobierno competente hace sobre ella, obliga (políticamente) a las demás.

Ese tipo de departamentalismo se conoce como “modelo distributivo” [*Allocative-Model*]<sup>50</sup>. Debe hacerse notar que cuando se desarrolla el modelo colapsa,

407. Puede verse también: WHITTINGTON, Kenneth E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton, Princeton University Press, 2007, p. 6.

<sup>48</sup> Por ejemplo: JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism”, cit., p. 118.

<sup>49</sup> TUSHNET, Mark, “Alternatives to Judicial Review”, cit., p. 2782.

<sup>50</sup> De tal forma que no sería una contradicción hablar de ‘supremacías interpretativas’: la habría, en el ámbito de sus competencias constitucionales, tanto del ejecutivo como del legislativo o del judicial, en un esquema clásico de división de poderes. Eso sí, sin que ninguna de ellas tuviera competencia para dirimir con carácter autoritativo último sobre las demás las eventuales disputas de competencia o interpretativas que de la Constitución tuvieran.

en ocasiones, en el principio de división de poderes<sup>51</sup>. Para el caso estadounidense se hace más patente, dada su forma de gobierno presidencial y su forma de Estado federal<sup>52</sup>. Para poner un ejemplo relevante: ahí, el eventual control sobre la legislación no es competencia sólo del poder judicial, sino también del ejecutivo al otorgársele la facultad de veto. Esto se ve en la literatura como ejemplo de interpretación constitucional de corte departamentalista (un control político)<sup>53</sup>. La misma designación de magistrados del Tribunal Supremo sería otra, entre varias más<sup>54</sup>. Ahora bien, si lo anterior es así, se añaden no pocas dificultades a la funcionalidad del modelo departamentalista porque dependiendo de cómo se conciba la división de poderes, puede ser más fuerte o más flexible. Será fuerte cuando las competencias encomendadas a las distintas ramas del gobierno se entiendan como compartimientos estancos, es decir, con carácter más bien formal, exclusivo, sin que medie algún control externo<sup>55</sup>. En cambio, será flexible cuando aquella se entiende en también sentido material, esto es, atendiendo no sólo al órgano sino a la función ejercida; y de modo más básico cuando se hayan asignado competencias cuyo ejercicio precise la mediación o la colaboración de otra rama del gobierno, lo que implica ya algún tipo de control recíproco.

Después de este recorrido, puede apreciarse por qué para algunos constitucionalistas populares son irreconciliables supremacía judicial y departamentalismo. Las razones esgrimidas son dos: la primera, porque si bien los jueces no tienen la única palabra, sí tienen reconocida en muchas ocasiones la palabra con carácter autoritativo final sobre el significado constitucional. No existe otra autoridad más allá de la Corte para dirimir esas cuestiones (¿quién vigila al vigilante?). Quizá por ello las palabras del Juez Jackson: “no tenemos la palabra final

<sup>51</sup> Cfr. JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism”, cit. p. 116.; POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, cit., p. 1032, donde observa que los teóricos del departamentalismo circunscriben sus discusiones en el ámbito de la división o separación de poderes más que en el constitucionalismo popular.

<sup>52</sup> Evidentemente que las cosas se complican si tenemos en cuenta esas otras variables introducidas al departamentalismo: por una parte, si atendemos a la forma de gobierno presidencial y los problemas que plantea un gobierno traído a colación es el de Thomas Jefferson. Véanse: MURPHY, Walter E., “Who Shall Interpret?”, cit., p. 411-412; sobre el veto presidencial y su importancia como contrapeso al control judicial de las leyes, véase: TYLER, David W., “Clarifying Departmentalism.”, cit., p. 2236 y ss.

<sup>53</sup> La supremacía del Poder Ejecutivo ha sido reivindicada con menor fuerza en la historia constitucional estadounidense. Lo que suele reconocerse, más bien, es el reclamo de igualdad dignidad interpretativa. El caso a menudo traído a colación es el de Thomas Jefferson. Véanse: MURPHY, Walter E., “Who Shall Interpret?”, cit., p. 411-412; sobre el veto presidencial y su importancia como contrapeso al control judicial de las leyes, véase: TYLER, David W., “Clarifying Departmentalism.”, cit., p. 2236 y ss.

<sup>54</sup> Esta es la tesis defendida por D. Pozen: que en el constitucionalismo norteamericano ya funcionan “vehículos” o “mecanismos” que sirven a los propósitos del constitucionalismo popular. Entre ellos destacadamente se encuentra la designación de los *Justices* del Tribunal Supremo. Cfr. POZEN, David E., “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, *Columbia Law Review*, núm. 110, pp. 2047-2134, p. 2067 y ss.

<sup>55</sup> POST, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”.

porque somos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la palabra final”<sup>56</sup>. La segunda, y que les resulta más criticable, es que las interpretaciones de los jueces vinculen a los demás poderes. Esto se ve agravado en aquellos casos donde la única vía para contestar dichas interpretaciones de los jueces pase por una eventual reforma constitucional, misma que suele requerir mayorías muy cualificadas. Adviértase que en el hipotético caso de que se haya activado el mecanismo de reforma y superadas las mayorías requeridas, se haría necesario, probablemente, sortear *otro* juicio sobre su constitucionalidad. Esto último parece darles *de facto* la última palabra. En los diseños de constitucionalismo fuerte, este es, de hecho, el esquema parece repetirse con mayor frecuencia y que con tanto ahínco se impugna.

Al hilo de todo lo señalado, los constitucionalistas populares afirman que la supremacía judicial provoca una profunda distorsión en la autocomprensión de los jueces, inoculándoles una imagen exagerada de sí mismos y de su labor. Una percepción que resulta peligrosa tanto para la democracia como para la división de poderes. En tal sentido, el Tribunal Constitucional español llegó a sostener que: “en su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e *indiscutible*— de las categorías y principios constitucionales”<sup>57</sup>. Además, cuando se va afirmando esta dinámica, es decir, cuando en toda su crudeza los jueces se conciben a sí mismos como los “guardianes de la verdad Constitucional”, se deviene en una pendiente que suele culminar con una concepción fortísima del control judicial de la constitucionalidad de la ley. Se puede terminar, de igual forma, en lo que se denomina como “cultura constitucional juricéntrica”<sup>58</sup>. Es decir, en un tipo de cultura donde la participación política y ciudadana brilla por su ausencia, en donde la práctica constitucional en su totalidad termina por asimilarse al Derecho constitucional alentando una suerte de “positivismo cínico”. Este último puede entenderse como una forma de aproximación a la Constitución, al Derecho, que niegue por completo sus dimensiones políticas. Según Scott Gant, ese positivismo se destaca por resaltar que los jueces constitucionales se limitan a “decir lo que la Constitución es” sin ningún tipo de implicaciones políticas. O

<sup>56</sup> Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953). Tomo la referencia de: WHITTINGTON, Kenneth E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, cit., p. 7.

<sup>57</sup> Aquí, como podemos apreciar, no es sólo que el Tribunal tiene jurídica e institucionalmente la última palabra, en el marco del sistema político español, sino que interpreta, a su vez, que ello le da autoridad para cerrar los debates constitucionales, lo que evidentemente es muy censurable. Véase: STC 31/2010 de 28 de junio, FJ 57.

<sup>58</sup> Post, Robert & SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, cit., p. 1029.

para decirlo de otra manera: no habría “brecha interpretativa” alguna al momento de interpretarla<sup>59</sup>.

Pues bien, es a la luz de esas consideraciones que comienza a difuminarse el carácter descriptivo y prescriptivo: se pasa, sin mayores explicaciones, de la pregunta quién interpreta a la de quién debería interpretar la Constitución y con qué carácter. Y no es para menos. No lo es, por supuesto, si tenemos una sensibilidad mínima a la idea de autogobierno. Los constitucionalistas populares estiman que debe adoptarse el departamentalismo en alguna de sus formulaciones en lugar de la supremacía judicial. Para ello, esbozan un diseño institucional en el que el Poder Judicial no tenga –y dificulte que se arroguen para sí– competencia exclusiva o excluyente de interpretar de la Constitución. En concreto, lo que Kramer desea es que en esa labor de asignar significado se cuente con la participación o sea moldeada por las tres ramas del gobierno (y las entidades territoriales). A mi juicio, lo que se haría necesario en todo caso, es prescindir del segundo pilar sobre el que descansa la supremacía judicial; prescindir del carácter autoritativo final de sus decisiones. Con sus eventuales problemáticas, esta sería, pienso, una forma de departamentalismo.

¿Qué beneficios alegan los constitucionalistas populares respecto a ese diseño institucional propuesto? Las virtudes que alegan quienes la defienden son variadas y con distintos énfasis. Algunos destacan su pertinencia en la medida que posibilite un diálogo en pie de igualdad entre los distintos poderes públicos. Otros destacan un eventual aumento de la calidad de la interpretación constitucional al criticar la “arrogante insularidad” que la supremacía judicial imprime a los tribunales, y, en virtud de ello, también una disminución de los ataques políticos provenientes de los otros poderes (en el caso de Estados Unidos, tanto del Presidente como del Legislativo). De igual forma, se aduce que el departamentalismo generaría una profundizaría en la sensibilización pública y en la educación cívica, tanto a los ciudadanos como a sus representantes políticos, toda vez que tanto los unos como los otros se verían abocados directamente a la compleja labor de interpretar o asignar significado a la Constitución<sup>60</sup>.

En *The People Themselves* se aboga por un modelo departamentalista o coordinado de interpretación constitucional con la finalidad básica de los jueces “no

<sup>59</sup> Tomo la expresión de: GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, cit. Véase también: GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 59 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, cit., pp. 404 y ss.

se salgan con la suya”<sup>61</sup> en un sistema de gobierno que afirma ser republicano. En un modelo de tales características, nos dice Kramer, la autoridad de las decisiones judiciales depende formal y explícitamente de las reacciones de los otros poderes y, a través de ellos, del público. La clave, pues, está en remover la supremacía judicial. Así se produciría un cambio profundo en la conducta de los jueces sin que ello redunde en mayores problemas. Las palabras Kramer rebozan de confianza en este punto:

“la remoción de este peso –escribe– no traerá aparejada mayor conflictividad. De hecho, la gran ironía de dejar en claro que podemos y debemos sancionar a una Corte que se extralimita es que luego no será necesario hacerlo prácticamente nunca más. En lugar de más o constante conflicto, veremos en cambio emerger un equilibrio diferente, una Corte aversa al riesgo y potencialmente vulnerable ajustará su comportamiento a una mayor sensibilidad hacia el liderazgo político en los otros poderes”<sup>62</sup>.

#### 4. ¿EL “PUEBLO MISMO”? CRÍTICAS AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Después de toda esa exaltación populista, una primera duda parece imponerse: ¿qué entiende Kramer y los constitucionalistas populares por “pueblo”? ¿Quiénes son aquellos que deberían resolver las disputas sobre el sentido de la Constitución? Me parece que aquí hay algo que deberían clarificar, porque su alusión básica afirma que es “el pueblo mismo” quien posee autoridad final sobre todo aquello que tenga que ver con el modelo de convivencia social. Partiendo de esa duda conceptual no menor, se pasa por lo general a ensayar dos tipos de críticas desde sus propias pretensiones: históricas y normativas. En el primero de los casos, se plantea en qué medida el esfuerzo de Kramer por construir un “discurso alternativo” de la historia constitucional estadounidense se condice con los hechos o está respaldado desde la propia historia. En el segundo de los casos, se cuestiona su justificación como “ideal regulativo”, y de modo más concreto, la propuesta de Kramer de abolir la supremacía judicial. En este último supuesto, se atendería también de qué modo, si es posible y si resulta deseable articular un

<sup>61</sup> Decía Kramer al cerrar su *The Supreme Court Foreword* de 2001: “¿Qué clase de república quita su constitución del proceso de autogobierno? No ciertamente la que nuestros padres fundadores nos heredaron. ¿Es acaso lo que nosotros preferimos? La elección, después de todo, es nuestra. El Tribunal Supremo se ha extralimitado en sus funciones. ¿Dejaremos que esa extralimitación quede impune? KRAMER, Larry D., “We The People”, cit., p. 169.

<sup>62</sup> KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 307.

diseño institucional como la plasmada en su obra. Comenzaré por la primera, la crítica histórica.

Morton J. Horwitz sostuvo que, si bien *The People Themselves* es un loable esfuerzo, resulta muy cuestionable desde el punto de vista historiográfico. En tal sentido, afirma que no es en ningún sentido creíble que el *Dr. Bonham Case* no haya sido citado –como sostiene Kramer– por los juristas ingleses como argumento de autoridad respecto a “un Derecho superior ejecutable judicialmente”<sup>63</sup>. Más adelante dice Horwitz: “creo que el relato positivo de Kramer sobre el surgimiento de la supremacía judicial es inexacto, tanto en términos políticos como cuestión histórica. Aunque los partidos políticos pueden servir como vehículo para una forma de constitucionalismo popular como imagina Kramer, en general ha resultado difícil materializarlo. En cambio, los partidos políticos están profundamente implicados en la dinámica política que da origen a la supremacía judicial en los Estados Unidos”<sup>64</sup>. Y lo que resulta más cuestionable es que, para Horwitz, Kramer distorsiona el propio relato que hicieran tanto Bernard Baylin como Gordon S. Wood de la etapa anterior a la Revolución Americana:

“se ha dicho lo suficiente para ver qué tan diferente es la imagen de Kramer del constitucionalismo colonial de los relatos ahora estándar de Baylin y Wood. Todos están de acuerdo que, en Inglaterra, en vísperas de la Revolución Americana, la revisión judicial había sido marginada y la soberanía parlamentaria se había convertido en la norma constitucional. Pero tanto Baylin como Wood enfatizan que la constitución inglesa con “c” minúscula no se entendía entonces como un cuerpo de leyes fundamentales sino como un marco para el gobierno. Para ellos el surgimiento de la idea de una Constitución que incorpore la ley fundamental es uno de los logros más importantes de la Revolución Americana”<sup>65</sup>.

Si interpreto bien a Horwitz, el cambio nuclear que operó en la etapa revolucionaria fue convertir la ley fundamental en una Constitución con “C” mayúscula, esto es, dejar de lado la concepción “política” de la misma para convertirla en “norma jurídica” en el sentido técnico de la expresión (garantizada jurisdiccionalmente). Este mismo autor, afirma que lo que encontraríamos en las vísperas de la reunión de Filadelfia, según Wood y contra lo que se sostiene en *The People*

<sup>63</sup> HORWITZ, Morton J., “Historiography of The People Themselves and Popular Constitutionalism”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, núm. 3, 2006, pp. 813-823, p. 814.

<sup>64</sup> HORWITZ, Morton J., “Historiography of The People Themselves”, cit., p. 815.

<sup>65</sup> HORWITZ, Morton J., “Historiography of The People Themselves”, cit., p. 817.

*Themselves*, es una teoría de la soberanía popular como justificación del control de constitucionalidad. Eso explicaría, en opinión de Horwitz, las “ansias” de Kramer por interpretar *El Federalista* No. 78 haciéndola compatible con la teoría departamentalista. En realidad, lo que ahí encontramos es el núcleo del argumento ya señalado: el uso de la soberanía popular tanto para restringir la misma toma de decisiones colectivas como su uso para justificar democráticamente la *Judicial Review*. Dice Horwitz: “debido a que Kramer está tan ansioso por leer de forma compatible *The Federalist* No. 78 con una teoría departamental, no es tan escéptico del carácter ideológico del giro de los federalistas hacia la soberanía popular para justificar el control judicial de las leyes”<sup>66</sup>. En definitiva, los propios historiadores encuentran infundado desde su parcela el CP de Kramer; incluso, afirman que fue más allá que Baylin y Wood, los autores asociados al *revival* republicano, y quienes, recordemos, no pretendían suprimir la influencia lockeana sino colocarla en su lugar preciso. *Locke et multum praeteria*.

Otro espectro de críticas al CP va desde constitucionalistas liberales o progresistas hasta defensores de aproximaciones pragmatistas al Derecho. En el primero caso estarían E. Erwin Chemerinsnky o Lawrence H. Tribe. En el segundo, un autor como Richard Posner, por poner algunos ejemplos. Con todo, me parece que el recibimiento que ha tenido el CP de Kramer oscila en dos extremos. Por una parte, hay quienes lo ven como una propuesta peligrosa. Si su simpatía mostrada por la protesta como vía legítima para reclamar e impugnar el significado de la Constitución puede levantar ya algunas suspicacias, su beneplácito por los disturbios o la revuelta corre el peligro de verse como una suerte de incitación a la violencia. Por otra parte, su tesis central también se ve carente de interés por inviable. Es decir, la idea de que *el pueblo mismo* pueda ser el intérprete último de la Constitución, tomada en su literalidad, sería algo imposible de llevar a la práctica. Aquí, por el contrario, aparece como inofensiva por lo que de irrealizable tiene.

R. Posner formula una crítica en este último sentido, no sin una buena dosis de sarcasmo<sup>67</sup>. Cuestiona su idea central, según la cual la gente común tiene competencia para decidir con carácter autoritativo las cuestiones sometidas a su juicio. Su argumento comienza *–¡cómo no!*– recordando que un sistema de mercado sólo florece en un marco de reglas claras y estables, así como de

<sup>66</sup> HORWITZ, Morton J., “Historiography of The People Themselves”, cit., p. 820.

<sup>67</sup> POSNER, Richard, “The People’s Court”, Larry D. Kramer ‘The People Themselves’ Book Review”, *The New Republic*, 10 de Julio de 2004, p. 32. Cito por la versión disponible en: <http://www.new-republic.com/article/the-peoples-court> [última consulta 03/12/2013]. Una respuesta de Kramer a Posner puede verse en el siguiente trabajo: KRAMER, Larry D., “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, núm. vol. 100, 2012, pp. 621-634.

procedimientos administrados de forma razonable por un cuerpo imparcial de profesionales. Este sería el caso estadounidense, como nación que se modernizó durante el siglo XIX, donde se llegó a estimar que “la Constitución es Derecho en sentido propio”. En ese panorama, dice Posner, “era natural que con el tiempo se considerase dominio exclusivo del poder judicial”. Ahora bien, esto es precisamente lo que se disputa por los críticos<sup>68</sup>. Si concedemos a su argumentación, e intentamos “volver” al constitucionalismo popular, tal y como se nos propone, la pregunta que sigue en pie es: ¿cómo hacerlo? Es decir, ¿cómo podría materialmente constituirse en autoridad final al pueblo mismo para poner a su consideración los conflictos constitucionales? Escribe Posner:

“No hay ninguna ciudad capaz de albergar una reunión para que 200 millones de norteamericanos mayores de edad puedan deliberar y votar. Incluso existiendo, no sería realista suponer que su voto se base en un juicio formado sobre el Derecho constitucional. Se basaría en su visceral aprobación o desaprobación de la decisión jurisdiccional que fuese recurrida ante ellos como máxima instancia constitucional. En la práctica el Constitucionalismo popular –nos dice Posner– sería ‘populismo *tout court*’<sup>69</sup>.”

Por su parte, Lawrence Tribe<sup>70</sup> advierte cierto peligro en la obsesión del CP por revertir la idea de que la interpretación constitucional debe recalar en un órgano especializado. Sobre todo, encuentra desconcertante su planteamiento de que las sentencias de la Corte Suprema no son definitivas, sino que tienen que estar siempre en la discusión nacional, prestas no solo para ser criticadas sino incluso para ser revocadas por el pueblo<sup>71</sup>. En la narración que ofrece Kramer, o como dice Tribe “en su edén”, así es como habría sido siempre. La actual supremacía judicial no es sino un periodo de “exilio de su paraíso”. Pero el cuadro que pinta *The People Themselves* es, para Tribe, no sólo falso sino también carente de

---

<sup>68</sup> Hay un pasaje explícito de Kramer: “La mayoría de quienes apoyan la supremacía de la Corte en el derecho constitucional de hoy lo hacen sin pensar demasiado en ello, basándose en la presunción de que la supremacía judicial se sigue con naturalidad del estatus de la Constitución como Derecho, o en una creencia de que esta supremacía fue originalmente concebida o definida de forma temprana: ambas afirmaciones han sido contradichas en los ocho capítulos anteriores”. Véase: KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular*, cit., p. 287.

<sup>69</sup> POSNER, Richard, “The People’s Court”, cit.

<sup>70</sup> Cfr. TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, *The New York Times Review of Books*, 24 de noviembre de 2004. Cito por la versión disponible en: <https://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/the-people-themselves-judicial-populism.html> [última visita: 17/10/2020] el núm. de página indica el paginado de la impresión de esta versión electrónica.

<sup>71</sup> TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, cit., p. 2

perspectiva<sup>72</sup>. Sólo desde una visión desenfocada, en la que se colapse el tiempo y los años en un único punto podría arrojar esa visión idílica en la que “el pueblo mismo” decide qué forma parte de su historia constitucional (por encima de los tribunales) o respecto de lo que, por el contrario, habría que desprenderse. Para Tribe esto no es más que un “mito”. La idea de “*el pueblo mismo* diciéndole a los jueces que ‘hay alguien con mayor autoridad fuera las Cortes’ con el poder de revertir sus decisiones”, a decir de Tribe, nunca ha funcionado como una medida rápida o eficaz tal y como Kramer pretende hacérselo creer.

Para L. Tribe, como para R. Posner, el constitucionalismo popular es poco menos que retórica. Su tesis principal no se sostiene. Además, Tribe afirma que no es cierto que el pueblo haya perdido su facultad de definir en última instancia y con carácter vinculante el significado de la Constitución porque, contra el relato de Kramer, nunca la tuvo. Sin embargo, Tribe no deja de advertir cierta amenaza en su apuesta. Dicha amenaza radica en que la propuesta de Kramer podría dar como resultado un *Derecho constitucional en el que se elimine la Constitución misma –ésta es una crítica que a menudo se formula*<sup>73</sup>. Ninguna sociedad que se haya “atado constitucionalmente”, señala Tribe, es tan ingenua como para creer que la tiranía de la mayoría es sólo un eslogan. Y concluye su escrito señalando:

“al sucumbir al canto de las sirenas de moda de aquellos cuyos sentimientos constitucionales fugaces hicieron que algunas facciones tuvieran la corte bajo su control, L. Kramer se arriesga a jugar al Flautista de Hamelin con un universo potencialmente grande de lectores y estudiantes. Al hacerlo, por desgracia, pierde de vista el significado del gran recordatorio del Juez Marshall: ‘es de una Constitución de lo que hablamos’”<sup>74</sup>.

A continuación, me gustaría detenerme en la articulada crítica de E. Chemerinsky en su trabajo *In a Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*. En el núcleo de su argumento está la afirmación de que el camino propuesto por esta corriente, contrario a lo que se pudiera creerse, “es una estrategia equivocada para los progresistas”<sup>75</sup>. Para este autor, “la suposición de

<sup>72</sup> TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, cit., p. 3 y ss.

<sup>73</sup> Véase: ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, “Popular Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, núm. 118, 2004-2005, pp. 1594-1640, p. 1620.

<sup>74</sup> TRIBE, Laurence H., “The People Themselves”, cit., pp. 6-7.

<sup>75</sup> CHEMERINSKY, Erwin, “En defensa del control de constitucionalidad de las leyes. Los peligros del constitucionalismo populista” en: E. Chemerinsky y R. D. Parker, *Constitucionalismo popular*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011, pp. 61-96, p. 67.

que los derechos y libertades se protegerán tan bien mediante el proceso político como mediante los tribunales no tiene ningún fundamento en la historia constitucional estadounidense o en la cultura contemporánea”<sup>76</sup>. Pero vayamos por partes. A fin de poder apreciar la defensa que hace de la *Judicial Review*, es preciso analizar qué defectos encuentra en el constitucionalismo popular. *Básicamente*, hace dos órdenes de consideraciones. Por una parte, sostiene que sus valedores “caen en la falacia de la composición”<sup>77</sup>. De tal forma que:

- a) sobrevaloran el grado de cumplimiento de las normas constitucionales por las otras ramas del gobierno: el constitucionalismo popular maneja una visión bondadosa de la “fidelidad constitucional”, lo que es cuestionable; sobre todo si se tiene presente también el nivel estatal y no sólo el federal;
- b) no reconocen el papel y funcionamiento de tribunales inferiores en el control constitucional: al centrar su atención exclusivamente a las decisiones del Tribunal Supremo, el constitucionalismo popular no repara en la labor de control realizado por tribunales inferiores y por el cual se invalidan las violaciones cometidas por las administraciones públicas y sus funcionarios a la Constitución;
- c) desatienden el control de constitucionalidad sobre funcionarios electos y no electos: el constitucionalismo popular en sus versiones más fuertes defienden la supresión de cualquier tipo de control constitucionalidad hacia los actos de funcionarios electos. Sin embargo, al hacerlo –para Chemerinsky– erosionan también la función de control que sobre funcionarios ‘no electos’ se realiza;
- d) muestran una fe injustificada en que las ramas electas del poder protegen las libertades: el constitucionalismo popular se basa en la «creencia romántica» de que la gente promoverá el progreso de los valores constitucionales. Para Chemerinsky, en cambio, “si no hay control de la constitucionalidad ni supremacía judicial, entonces los controles a la persecución de las minorías se reducen enormemente, si es que no se suprimen totalmente”;
- e) por último, los defensores del constitucionalismo popular exageran las fallas del Tribunal Supremo. Esta última afirmación de los populares está

<sup>76</sup> CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., p. 96.

<sup>77</sup> Cfr. CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., pp. 73 y ss.

vinculada a una cuestión más general: determinar en qué sentido los fallos del Tribunal sirven o contribuyen al cambio social.

El segundo orden de consideraciones formuladas por este autor tienen que ver con esta última cuestión<sup>78</sup>. Con las precauciones que amerita toda referencia a “causas”, Chemerinsky sostiene que al preguntarnos sobre la capacidad de las decisiones judiciales para producir “cambios sociales”, hay que tener presente al menos dos contextos. Por un lado, cabe preguntarse sobre tal capacidad respecto a la conducta de la administración pública. Pues bien, que las decisiones judiciales puedan obrar algún cambio depende de los tipos de casos que se presenten y, muy especialmente, de los efectos jurídicos de sus decisiones: i) de si la sentencia es en sí misma un acto ejecutivo; ii) de su capacidad o no para rechazar en el futuro casos similares; iii) de si una declaración de constitucionalidad suya anima a otras administraciones públicas a actuar en sentido similar; iv) de la capacidad para castigar el desacato a sus decisiones; v) de que sus decisiones se hagan cumplir a través de la concesión de indemnizaciones a cargo de la administración; o vi) de si la decisión es de aquellas que requieran acciones sustantivas a cargo de la administración; precisando de algún tipo de supervisión a cargo de los jueces. De ahí que afirme que “tener presente esta variedad de situaciones ayuda a evaluar adecuadamente la capacidad de los tribunales de ser relevantes desde el punto de vista social”<sup>79</sup>.

El otro contexto es si ese cambio operado en las administraciones tiene, a su vez, alguna consecuencia para la sociedad. Aquí Chemerinsky se muestra más cauto, puesto que se trata de “una averiguación mucho más difícil de hacer, ya sea sólo porque no hay criterios claros que permitan evaluar o medir el cambio social. El cambio social remite siempre a consecuencias generales importantes para una sociedad. Sin embargo, hay pocas decisiones de un tribunal que puedan tener ese efecto”<sup>80</sup>. Me parece que ello no es sino un recordatorio a todos aquellos que sobrestiman la capacidad de los tribunales constitucionales para “producir cambios sociales”. La idea de que estos funcionen como una suerte de “palanca” para el cambio. Incluso en aquellos casos en los que parece haber mayor correlación entre una decisión judicial –v. gr. las celebradas decisiones sobre la desesgregación escolar y el legado de *Brown v. Board of Education*– y algún cambio social positivo; incluso ahí, las cosas son mucho más complejas

<sup>78</sup> Cfr. CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., pp. 87 y ss.

<sup>79</sup> CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí 91.

<sup>80</sup> CHEMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., aquí 91-92.

de lo que a primera vista parecen<sup>81</sup>. “El relato de la desegregación de las escuelas y la valoración de su éxito -escribe Chemerinsky- son cuestiones complejas que no se responden con un sí o un no. Se consiguió cierta desegregación de las escuelas, aunque gran parte de las expectativas creadas por aquella resolución no se han cumplido”<sup>82</sup>.

¿Cuáles son, pues, los “peligros del constitucionalismo popular”? Para Chemerinsky son básicamente dos. El primero, es el riesgo de que el constitucionalismo popular termine por socavar a largo plazo el control de constitucionalidad de la ley. El segundo, es el peligro de que termine por inhibir a que los “jueces progresistas”, esto es, que los jueces “no hagan nada por hacer cumplir la Constitución con el fin de hacer progresar la libertad y la igualdad”<sup>83</sup>. Su principal defecto, en definitiva, es el no reconocer que la protección de las minorías y sus derechos no se puede confiar a la mayoría. Y esto es a lo que sus planteamientos, quieranlo o no, parecen deslizarse hacia tal pendiente. Pero no se trata de señalar al legislador y confiar ciegamente en los jueces. No. Porque no hace falta ser genio para reconocer que en ocasiones los órganos legislativos protegen las libertades civiles y que los tribunales a veces no lo hacen. Sin embargo, de lo que hay pocas dudas -tal y como escribe Chemerinsky-, “es que a través del tiempo los jueces son esenciales para proteger nuestros derechos más básicos; [que] los jueces con todas sus lacras son esenciales”<sup>84</sup>.

Estas últimas apreciaciones de Chemerinsky me servirán para ir cerrando este apartado. En primer lugar, su denuncia de la “falacia de la composición” en la que dice caen los defensores del constitucionalismo popular, es también una crítica recurrente a los defensores de la *Judicial Review*<sup>85</sup>. Asimismo, debe destacarse la llamada que hace al “progresismo” (a los académicos de izquierdas, si se prefiere), de que su apuesta por esta vía quizá no sea la más adecuada para sacar adelante sus programas. Esto puede entenderse, pienso, si tenemos presente que quienes han liderado una vuelta al departamentalismo en los últimos

<sup>81</sup> Con todo, es importante tener presente que es dudoso que las opiniones de la Suprema Corte hayan marcado “un antes y un después” sobre determinadas materias. Por el contrario, las Cortes, contra lo que *prima facie* un defensor del constitucionalismo popular (o incluso ellos) pudieran pensar, no se aparta demasiado de las opciones del público en general. La referencia clásica aquí es: DAHL, Robert, “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, *Journal of Public Law*, núm. 6, 1957, pp. 279-295, esp. p. 285 y ss. Entre los constitucionalistas populares que reconocen esto de forma más abierta, se encuentra, por ejemplo: FRIEDMAN, Barry, “Las posibilidades normativas del control de constitucionalidad de las leyes”, cit.

<sup>82</sup> CHERMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., p. 93.

<sup>83</sup> CHERMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., p. 94.

<sup>84</sup> CHERMERINSKY, Erwin, “Los peligros del constitucionalismo popular”, cit., p. 96.

<sup>85</sup> BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en: Laporta, Francisco et. al., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, p. 100.

tiempos, tanto en la academia como en la práctica, pertenecen más bien a sectores neo-conservadores<sup>86</sup>. Así, el Fiscal General durante la presidencia de George H. W. Bush, por ejemplo, defendía que el Presidente tiene autoridad suficiente para promover sus propias interpretaciones constitucionales. De igual manera, algunos congresistas de la bancada conservadora han reclamado para sí una competencia similar para legislar basados en interpretaciones contrarias a los precedentes de la Corte Suprema<sup>87</sup>. Considero que esto debería ser una seria llamada de atención. El esquema, por lo demás, parece abonar a la confusión: ¿basta la división de poderes o se precisa alguna instancia que pueda resolver la disputas entre ellos? En los sistemas presidenciales, ¿quién ostenta la ‘verdadera’ representación (la soberanía) popular? ¿el presidente o el parlamento? En caso de que existiera elección popular de los jueces, ¿entonces los problemas aludidos por Kramer se desvanecerían? En un Estado federal ¿quién entre la federación y las entidades federativas?

En el federalismo, finalmente, encontramos también tanto argumentos históricos como normativos contra de las pretensiones del constitucionalismo popular. En primer término, el “departamentalismo” y su funcionalidad es cuestionable desde el punto de vista histórico. Cuando el departamentalismo que se defiende consiste en un modelo en el que los Estados sean intérpretes finales de la Constitución no sólo frente a otros Estados sino frente a la federación misma, no es viable. La historia constitucional norteamericana así lo ha confirmado<sup>88</sup>. No es casual que al pretendido “departamentalismo confederacional”, se le denomine *nullifier departmentalism*, evocando al *Nullifier Party* que propugnaba que los Estados podían dejar sin efectos las leyes federales al interior de sus fronteras. Los problemas que de ello se generaron derivaron en razones en favor de la *Judicial Review* y del carácter autoritativo final de las determinaciones de los jueces, eso sí, en el marco de un sistema federal<sup>89</sup>. Esta es la línea que sigue el “argumento de la anarquía”: ¿qué sucede si entre las distintas ramas del gobierno

<sup>86</sup> Véase: PAULSEN, Michael S., “The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What The Law Is”, *The Georgetown Law Journal*, núm. 83, 1994, pp. 217-345. En este trabajo, se desarrolla un argumento muy similar a la hecha por los constitucionalistas populares en el sentido de que el diseño de la Constitución norteamericana es departamentalista en esencia y se critica, también, la supremacía judicial, así como su “fetichización”. Paulsen defiende, dicho de manera muy sintética, “que el Presidente puede ejercitar un poder de revisión jurídica sobre las determinaciones del Poder Judicial y sobre los actos del Congreso y puede negarse a darles efectos en la medida en que su autoridad constitucional esté en cuestión” (p. 343).

<sup>87</sup> Véase: SCHAUER, Frederik, “The Modest Constitution”, *California Law Review*, núm. 92, 2004, pp. 1045-1067, p. 1050. Véase también: JOHANSEN, Dawn E., “Functional Departmentalism”, cit., p. 118-119.

<sup>88</sup> GANT, Scott E., “Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution”, cit., p. 383

<sup>89</sup> Cfr. TYLER, David W., “Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy”, *William & Mary Law Review*, vol. 50, 2009, 2215-2264, p. 2231 y ss.

o los distintos niveles (sub-unidades territoriales) hay intromisiones a los ámbitos competenciales respectivamente asignados en la Constitución? ¿Quién se encargará de mantenerlos dentro de los límites de su autoridad? Alexander y Solum lo plantean de un modo un tanto retórico: “sin un mecanismo para resolver las disputas sobre los casos limítrofes de las competencias podría socavar persistentemente la capacidad misma de la Constitución para resolver las disputas de forma pacífica, de brindar estabilidad y de proporcionar previsibilidad. Peor aún, tales conflictos pueden degenerar en luchas por el poder desnudo, invocando el fantasma hobbesiano del caos social”<sup>90</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El libro de Larry D. Kramer es una referencia obligada en la literatura del “constitucionalismo popular”. Sus pretensiones son claramente identificables: formular un argumento de corte histórico que sirva para impugnar (normativamente) la supremacía judicial. Más allá de las dudas metodológicas que esto pueda plantear, de la combinación de ambos elementos se busca que emerja una visión en la que se empodere al “pueblo” frente al “elitismo rampante” de nuestras sociedades. Sin embargo, no puede pasarse por alto que su planteamiento se entiende en el preciso contexto del Derecho constitucional estadounidense y su historia judicial. El esfuerzo de Kramer destila una marcada aversión a determinadas integraciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos; en particular, al desempeño y política judicial de la Corte Renquist. Eso explicaría su potente carácter ideológico contra el funcionamiento de la *Judicial Review*, su inflada retórica anti-judicialista y la exaltación populista por él operada. Todo ello queda cristalizado, pienso, si se toma en serio la pretensión de que es o debe ser el “pueblo mismo” quién debería tener la última interpretación autoritativa sobre cuestiones en materia constitucional frente a los jueces, e incluso frente a los demás poderes del Estado. Este sería en mi opinión, el principal problema que presenta el constitucionalismo popular planteado por Kramer en *The People Themselves*. Quizá todo ello fue necesario para hacer frente al “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” denunciado por Robert Unger según el cual los juristas tienen una profunda “disconformidad con la democracia”. Su visión del constitucionalismo y sobre todo de la democracia son poco refinadas: se trata de una potente defensa del autogobierno para contrarrestar

<sup>90</sup> Véase: ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, “Popular Constitutionalism?”, cit., p. 1660-1661.

una potente visión *Judicial Review*, que parece colapsar simple y llanamente en una democracia plebiscitaria. Pero hay otras alternativas.

Si algo puede decirse del “constitucionalismo popular” como categoría, en mi opinión, es que debe entenderse de una forma más amplia a como nos lo presenta Larry D. Kramer en *The People Themselves*. Dicho autor formaría parte de una serie de autores que pueden aglutinarse por insistir en la importancia que la participación política *lato sensu* tiene para el constitucionalismo. Con tal insistencia buscan colocar en el centro del discurso el ideal del autogobierno. En un sentido más restringido, pienso, la clave de su propuesta está en su reivindicación de la importancia que deberían jugar las opiniones, juicios, argumentos, etc., del ciudadano común al momento de asignar significado a la Constitución. Esto es parte irrenunciable del *equal concern* que debemos a todas las personas en nuestras sociedades plurales donde rige el hecho del desacuerdo, de tenerlas como merecedoras de la misma consideración y respeto. Ahora, para equilibrar esa legítima pretensión del autogobierno con la igualmente irrenunciable exigencia de unos derechos individuales, esta literatura nos revela que hay alternativas al modelo “fuerte” de control de constitucionalidad de las leyes. Acudiendo a diversos diseños institucionales, nos muestran que hay propuestas para aminorar el déficit de participación ciudadana que aqueja a nuestras democracias: el establecimiento de mecanismos de participación en procesos de toma de decisiones políticas, otras concepciones de la democracia misma –v. gr. sus variantes “deliberativas”–, de la división de poderes o, inclusive, otras maneras de entender la función de la justicia constitucional<sup>91</sup>, en la que no se arroguen la última palabra en materia de interpretación constitucional, por mencionar algunos. De ahí que la contribución del constitucionalismo popular pueda cifrarse en abrir espacio a otras formas de comprender el perenne conflicto entre constitucionalismo y democracia<sup>92</sup>. Para que ello sea así, finalmente, es perentorio que no se sacrifique en el altar de la mayoría la garantía de los derechos

<sup>91</sup> El propio Kramer, moderando en no poca medida su posición original, señaló, de forma más reciente, que el constitucionalismo popular no necesita “reducir drásticamente” el control de constitucionalidad de las leyes para sostener ahora que la Corte puede servir como “un dispositivo más para fomentar la deliberación pública que es la esencia del gobierno republicano”. Así, el constitucionalismo popular no tendría que plantear necesariamente abolir la *Judicial Review*, sino que podría transformarla “fomentando cuándo y en dónde” debería tener lugar en la resolución de los conflictos. Al jugar este rol, nos dice, la Corte debe conducirse en igualdad ante las otras ramas del gobierno absteniéndose de cerrar las discusiones constitucionales de forma paternalista. Véase: Kramer, Larry D., “Popular Constitutionalism in the Age of Trump”, 24 de octubre de 2019, visible en: <https://www.legbranch.org/about-legbranch/> [última visita: 28/11/23]. Agradezco al dictaminador anónimo que me sugirió esta referencia actualizada al trabajo de Kramer.

<sup>92</sup> He intentado reconstruir dos concepciones del imperio del Derecho que atienda a estas cuestiones de forma más detallada en: MORA-SIFUENTES, Francisco M., *Legalismo y constitucionalismo*, prólogo de M.C. Barranco Avilés, México, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 329 y ss.

individuales y un constitucionalismo más democrático puede lograrse, en mi opinión, en tanto se logre mantener dentro de los márgenes republicanos del *Locke et multum praeteria*.

## 6. REFERENCIAS

- ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, "Popular Constitutionalism?", *Harvard Law Review*, núm. 118, 2004-2005, pp. 1594-1640.
- BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en: F. Laporta *et. al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004.
- CAREY, J. y McCLELLAN, A., "Editor's Introduction", en: Hamilton, Alexander, Jay, John y Madison, James, *The Federalist* (The Gideon Edition), edited and introduced by J. Carey y A. McClellan, Indianapolis, Liberty Fund Press Inc., 2001.
- CHEMERINSKY, Erwin, "In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism", *University of Illinois Law Review*, núm. 3, 2004 [trad. cast. de C. Morales de Setien, "En defensa del control de constitucionalidad de las leyes. Los peligros del constitucionalismo populista" en: E. Chemerinsky y R. D. Parker, *Constitucionalismo popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011, pp. 61-96, por donde se cita].
- DAHL, Robert, "Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law*, núm. 6, 1957.
- ELSTER, Jon, "Régimen de mayorías y derechos individuales", en: S. Shute y S. Hurley (eds.), *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.
- GANT, Scott E., "Judicial Supremacy and Non-Judicial Interpretation of Constitution", *Hasting Constitutional Law Quarterly*, num. 24, 1996-1997.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- HORWITZ, Morton J., "Historiography of The People Themselves and Popular Constitutionalism", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, núm. 3, 2006.
- JEFFERSON, Thomas, "Letter to James Madison (September 6, 1789)", en: *Id.*, *Political Writings*, J. Appleby y T. Ball (eds.), Cambridge, CUP, 1999.
- JOHANSEN, Dawn E., "Functional Departmentalism and Non Judicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning", *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004.
- KECSKMETI, Paul, "El pensamiento político en Norteamérica", en: J.P. Mayer (ed.), *Trajectoria del pensamiento político*, trad. de V. Herrero, México, FCE, 5ª reimp., 1985.
- KRAMER, Larry D., "Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint", *California Law Review*, núm. vol. 100, 2012.
- KRAMER, Larry D., "The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy", *Valparaiso Law Review*, núm. 41, 2006.

- KRAMER, Larry, "The Supreme Court 2000 Term Forward: We The Court", *Harvard Law Review*, núm. 115, 2001.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004 [hay trad. al castellano de P. Bergallo como: *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011].
- KRAMER, Larry D., "Popular Constitutionalism in the Age of Trump", 24 de Octubre de 2019, visible en: <https://www.legbranch.org/about-legbranch/> [última visita: 28/11/23]
- MORA-SIFUENTES, Francisco M., *Legalismo y constitucionalismo*, prólogo de M.C. Barranco Avilés, México, Tirant Lo Blanch, 2021.
- MURPHY, Walter E., "Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter", *The Review of Politics*, vol. 48, núm. 3, 1986, pp. 401-426.
- PAULSEN, Michael S., "The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What The Law Is", *The Georgetown Law Journal*, núm. 83, 1994.
- POSNER, Richard, "The People's Court", Larry D. Kramer 'The People Themselves' Book Review", *The New Republic*, 10 de Julio de 2004.
- POST, Robert & SIEGEL, Reva, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review*, núm. 92, 2004.
- POZEN, David, "Popular constitutionalism, Civic Education, and the Stories We Tell Our Children", *The Yale Law Journal*, núm. 118, 2009.
- POZEN, David E., "Judicial Elections as Popular Constitutionalism", *Columbia Law Review*, núm. 110, pp. 2047-2134
- SCHAUER, Frederik, "The Modest Constitution", *California Law Review*, núm. 92, 2004.
- SHALHOPE, Robert E., "Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography", *The William and Mary Quarterly*, vol. 29, núm. 1, 1972.
- TRIBE, Laurence H., "The People Themselves", *The New York Times Review of Books*, 24 de noviembre de 2004. Visible en: <https://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/the-people-themselves-judicial-populism.html> [última visita: 17/10/2020].
- TUSHNET, Mark, "Alternatives to Judicial Review", *Michigan Law Review*, núm. 101, 2002-2003.
- TYLER, David W., "Clarifying Departmentalism: How the Framers' Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy", *William & Mary Law Review*, vol. 50, 2009.
- WHITTINGTON, Kenneth E., *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton, Princeton University Press, 2007.