

ARTÍCULO

“The People Themselves”: Sobre el constitucionalismo popular y su implementación

“The People Themselves”: On popular constitutionalism and its implementation

Ramón Ruiz Ruiz
Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad de Jaén
ORCID: 0000-0002-7770-0465

Fecha de recepción 10/05/2022 | De aceptación: 07/09/2022 | De publicación: 15/12/2022

RESUMEN.

En este artículo se abordan, por un lado, los principales argumentos que esgrimen los proponentes del constitucionalismo popular para reivindicar que sea la ciudadanía de forma colectiva quien ostente la máxima autoridad a la hora de resolver desacuerdos en relación con la interpretación de la constitución y, por otro, algunos de los procedimientos esbozados por la doctrina para implementar en la práctica el constitucionalismo popular.

PALABRAS CLAVE.

Derechos; interpretación constitucional; justicia constitucional; democracia; ciudadanía.

ABSTRACT.

This article addresses, on the one hand, the main arguments exposed by the proponents of popular constitutionalism to claim that it is the citizenry collectively who holds the highest authority when it comes to resolving disagreements in relation to the interpretation of the constitution and, on the other, some of the procedures outlined by the doctrine to implement popular constitutionalism in practice.

KEY WORDS.

Rights; constitutional interpretation; judicial review; democracy; citizenry.

Sumario: 1. Introducción. 2. Sobre las tesis del constitucionalismo popular. 3. Sobre la implementación del constitucionalismo popular. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

1. Introducción

La legitimidad de la revisión judicial de la legislación ha sido cuestionada en los Estados Unidos prácticamente desde el momento de la instauración de esta práctica, si bien en los últimos años las críticas a la misma han arrojado¹. Una de las doctrinas más relevantes en este sentido en nuestros días –hasta el punto de que se ha escrito que pocas corrientes de pensamiento constitucional han suscitado más atención en los años recientes²– es la que se ha dado en llamar “constitucionalismo popular”. Este movimiento surgió como una revisión crítica de la historia del constitucionalismo estadounidense que reivindica el papel esencial que ha tenido el pueblo de aquel país en la interpretación e implementación de su constitución³, si bien sus proponentes no se han quedado en el aspecto historiográfico, sino que también plantean la recuperación por parte de la ciudadanía de dicho papel protagonista.

En este sentido, Tushnet (uno de sus más egregios representantes junto con Kramer) escribe que la doctrina del constitucionalismo popular contemporáneo tiene dos vertientes, “una vertiente descriptiva que subraya el hecho de que las opiniones populares sobre el significado de la constitución han jugado un importante rol en el desarrollo constitucional de la nación”, junto con “una vertiente normativa que exhorta a que las opiniones de la gente ordinaria sobre el significado de la constitución deberían jugar un papel al menos tan relevante en la construcción de las interpretaciones constitucionales de la nación como las opiniones de las élites, y especialmente las de los magistrados del Tribunal Supremo”⁴.

Kramer⁵, por su parte, sostiene que el constitucionalismo norteamericano ha consistido, prácticamente desde sus orígenes, en una lucha entre dos principios que podemos llamar “constitucionalismo popular”

¹ ARONSON, O.; “Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 43, 2010, pp. 974-975.

² POZEN, D.; “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, *Columbia Law Review*, vol. 110, 2010, p. 2048.

³ ALTERIO, A.M.; “Constitucionalismo popular”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 10, 2016, pp. 158-161.

⁴ TUSHNET, M.; “Popular Constitutionalism and Political Organization”, *Roger Williams University Law Review*, vol. 18, nº 1, 2013, p. 1.

⁵ KRAMER, L.D.; “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, nº 4, 2004, p. 959. En similares términos escribe en su célebre obra *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*: “En el siglo XXI tendemos a dividir el mundo en dos ámbitos distintos: el ámbito de la política y el ámbito del derecho. En la política, el pueblo manda, pero no en el derecho,

y “constitucionalismo jurídico”. Según él, en un sistema de constitucionalismo popular, el rol del pueblo no está confinado a ocasionales actos constituyentes, sino que ejerce un control activo y continuado sobre la interpretación y la implementación del derecho constitucional; el constitucionalismo jurídico, en cambio, traslada la autoridad final para interpretar e implementar la norma fundamental al poder judicial.

Aunque ambas doctrinas han estado presentes en los EE.UU. casi desde su nacimiento como nación, el constitucionalismo popular surgió primero y fue dominante durante la mayor parte de la historia norteamericana, cuando “the People themselves” –esto es, los ciudadanos ordinarios– asumían un rol central en el mismo hasta el punto de que en sus manos estaba la autoridad interpretativa final, en tanto que los tribunales, al igual que los representantes electos, estaban subordinados a las interpretaciones realizadas por aquellos.

Y añade que cuando los estadounidenses de la época de la independencia invocaban a “the People”, no se referían a una abstracción vacua o a una “mítica justificación filosófica” de su forma de gobierno, sino a un pueblo que había luchado en una revolución y que había debatido y adoptado una constitución para gobernarse a sí mismo y que se consideraba responsable de decidir si esta era adecuadamente interpretada e implementada, por lo que para ellos la idea de ceder esta responsabilidad a los jueces era simplemente impensable⁶.

Sin embargo –continúa–, parece que esta afirmación sorprende hoy a los académicos, jueces y juristas en general, quienes aunque reconocen trazas de constitucionalismo popular en el pasado, las ven como excepcionales y como momentos peligrosos, revolucionarios y vagamente ilegítimos que denotaban una ruptura en el orden jurídico. Para la gran mayoría de estos, por tanto, el monopolio judicial de la interpretación judicial es algo natural y deseable y, en efecto, hoy –se lamenta–, aparte de un puñado de académicos disidentes, todo el mundo parece en nuestros días dispuesto a aceptar la palabra del Tribunal Supremo como final, independientemente del asunto abordado o de la decisión que se adopte, lo cual seguramente se deba, al menos en gran parte, “a que no han reflexionado debidamente sobre esta cuestión

que está reservado para una élite cualificada de jueces y juristas cuya labor profesional consiste en implementar las decisiones formales producidas en el ámbito de la política. Conforme a esta moderna visión, la constitución es una especie de ley que solo se diferencia de las demás en tanto establece los límites dentro de los cuales se desarrolla la política, pero en tanto ley, su interpretación y aplicación se reserva para esa élite bajo la supervisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos” (KRAMER, L.D.; *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 7).

⁶ KRAMER, L.D.; *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, cit., p. 7.

y asumen, bien que la supremacía judicial se deriva naturalmente del hecho de que la constitución sea, al fin y al cabo, una ley, bien que esta supremacía fue establecida ya en los primeros tiempos”. No obstante, “el cambio está en el aire y la tradicional desazón con la autoridad judicial parece estar agitándose de nuevo –al menos en el ámbito académico–”⁷.

Porque, en efecto y como ya se ha adelantado, el constitucionalismo popular no se ha quedado en una propuesta meramente “descriptiva” sino que los citados autores han desarrollado también un aspecto “normativo” que les ha llevado, junto a otros académicos de distintas procedencias, a reflexionar sobre esta doctrina más allá de sus orígenes históricos “para formular apelaciones normativas a la teoría constitucional dominante y, en este sentido, poner en jaque a las justificaciones a los modelos institucionales vigentes, especialmente al control judicial de constitucionalidad”⁸.

El problema está –denuncia, entre otros, Pozen– en que precisamente porque son muchos los pensadores que se han sumado a esta doctrina, sus propuestas presentan ciertas diferencias, lo cual, sumado al hecho de que, por lo general, estas se han planteado con un alto nivel de abstracción, da lugar a que no sea fácil tener una idea clara de lo que sus proponentes quieren decir con “constitucionalismo popular”⁹.

En cualquier caso, sí es posible identificar una premisa básica y común a todas las propuestas enmarcadas en esta corriente de pensamiento, toda vez que coinciden, por un lado, en denunciar que la soberanía popular ha dejado paso a la supremacía judicial y, por otro, en proclamar que la constitución no puede

⁷ KRAMER, L.D., “Popular Constitutionalism, circa 2004”, cit., p. 960.

⁸ ALTERIO, A.M.; “Constitucionalismo popular”, cit., p. 163. A juicio de Tushnet, el constitucionalismo popular se inició como una teoría desarrollada por críticos izquierdistas de la revisión judicial de constitucionalidad. A algunos, especialmente en el Reino Unido, les preocupaba que conceder a los tribunales potestad para anular leyes podría generar resultados antidistributivos (como había sucedido en los EE.UU. al principio del siglo XX) como consecuencia del presunto conservadurismo de los jueces. Otros estaban preocupados por que la revisión judicial ofrecería una falsa esperanza a los izquierdistas de que podrían lograr en los tribunales lo que no podían obtener a través del proceso político y de este modo podrían desviar sus esfuerzos de la organización política a la litigación. Por su parte, la motivación en los EE.UU. radicaba en que el Tribunal Supremo, que había sido un aliado de los liberales en los sesenta y los setenta, se convirtió en un razonablemente estable aliado de los conservadores a partir de entonces, por lo “Taking the Constitution Away from the Courts” privaría a los conservadores de un arma que estaban esgrimiendo con gran éxito en asuntos que esencialmente eran disputas políticas (TUSHNET, M.; *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 44-45).

⁹ POZEN, D.; “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, cit., p. 2048. También Chemerinsky era de la opinión en 2004 (aunque parece que la situación no ha cambiado mucho en estos años) de que supone una gran frustración a la hora de discutir la literatura académica que propugna el constitucionalismo popular la falta de concreción de sus propuestas. Así, lamenta que Kramer defienda “el constitucionalismo popular pero un lector que intente encontrar su definición buscará en vano” y que la única definición de esta doctrina que proporcione Tushnet sea esta sentencia: “el derecho constitucional populista se basa en la idea de que todos nosotros deberíamos participar en la creación del derecho constitucional por medio de nuestras acciones en la política”. Y concluye afirmando que es común a todos los constitucionalistas populares su deseo de reducir el papel del poder judicial, aunque cómo y de qué modo hacerlo por lo general no suelen especificarlo, sino que sus propuestas son confusas y a menudo discrepantes entre sí (CHEMERINSKY, E.; “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, pp. 676-677).

ser comprendida como un documento meramente jurídico o técnico. Ciertamente, a su juicio, la norma fundamental contiene los compromisos más fundamentales asumidos por cada sociedad y que, por ello, solo pueden ser definidos por medio de la participación directa y activa del pueblo –a quien se considera plenamente capacitado para interpretar e implementar la constitución basándose en principios¹⁰– que será, así, quien de forma colectiva ostente la máxima autoridad cuando se trata de resolver desacuerdos acerca de lo que la constitución permite, prohíbe o requiere.¹¹

En palabras, nuevamente, del propio Kramer¹², al igual que no hay dudas sobre la autoridad del pueblo para hacer o enmendar la ley fundamental (de hecho, según él, ni siquiera “el más legalista de los constitucionalistas legales” lo ha dudado o negado), tampoco debería haberlas sobre que la autoridad para su interpretación no habría de estar depositada de modo exclusivo ni definitivo en los tribunales, sino que tendría que permanecer en “the People themselves” a través de formas directas (por ejemplo, movilizaciones) e indirectas (por medio de sus representantes) –si bien, como se puede observar en estas palabras, los constitucionalistas populares no se oponen necesariamente a la *judicial review*, sino que el Tribunal Supremo o un órgano similar podrían ser uno más entre los varios responsables de la definición del significado de la constitución, pero no el único ni el definitivo¹³–.

Estas y otras tesis son las que se abordarán en este trabajo, que se divide en dos partes. En la primera, trataré de dar cuenta de los principales argumentos que esgrimen los proponentes de la doctrina analizada para reivindicar el protagonismo de la ciudadanía, de las personas ordinarias, a la hora de interpretar la constitución y de atribuirle un significado determinado a sus preceptos más ambiguos cuando sea preciso aplicarlos a situaciones concretas, en tanto que en la segunda explicaré sucintamente cuáles son algunos de los procedimientos esbozados por la doctrina para implementar en la práctica el constitucionalismo popular.

Soy consciente, por otro lado, de que los argumentos analizados aquí han sido elaborados por autores estadounidenses que han analizado el constitucionalismo histórico de aquel país y cuyas propuestas están

¹⁰ POZEN, D.; “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, cit., p. 2058.

¹¹ KRAMER, L.D.; “Undercover anti-populism”, *Fordham Law Review*, 73, 2005.

¹² KRAMER, L.D.; “Popular Constitutionalism, circa 2004”, cit., 2004, p. 960.

¹³ FRIEDMAN, B.; “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 101, nº 8, 2003, p. 2598.

también diseñadas para el sistema jurídico y político norteamericano, sin embargo, creo que, *mutatis mutandi*, sus razonamientos pueden ser de interés también para cualquier ordenamiento constitucional de “inspiración kelseniana”.

2. Sobre las tesis del constitucionalismo popular

Los proponentes de esta doctrina entienden que política y derecho se requieren recíprocamente y confluyen en la constitución que, por ello, se configura como una norma jurídico-política¹⁴, frente a la consideración estrictamente jurídica de la misma, conforme a la cual ésta sería algo así como una ley más –esto es precisamente lo que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos argumentó en *Marbury v. Madison*–, lo que justificaría la profesionalización de su lectura y, con ello, su distanciamiento de la lectura popular.¹⁵

Señala Tushnet¹⁶ en relación a esta cuestión que para desarrollar su argumento contra la supremacía judicial y a favor de un derecho constitucional popular¹⁷ es preciso distinguir entre constitución gruesa (*thick*) y constitución delgada (*thin*). La primera contiene un gran número de provisiones detalladas que describen cómo se deben organizar los poderes públicos, provisiones sobre las que los tribunales raramente se pronuncian (acaso porque sus términos son tan claros que nadie pensaría en apartarse de sus obvias estipulaciones) y que no “estremecen el corazón”, no generan declaraciones apasionadas. Esta sería la parte “jurídica” de la norma fundamental que *grosso modo* podría asimilarse a lo que tradicionalmente se ha conocido como “parte orgánica”.

La constitución delgada, que es la que reivindica el constitucionalismo popular, sería, en cambio, la parte política (la “parte dogmática”), que “contiene las garantías fundamentales de la igualdad y la libertad, el

¹⁴ POST, R.; “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics”, *California Law Review*, vol. 98, n° 4, 2010.

¹⁵ LOVERA, D.; “¿Tres son multitud? Constitucionalismo popular, cortes y protesta”, en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013, pp. 130-131.

¹⁶ TUSHNET, M.; *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999, pp. 9-14.

¹⁷ En sus obras Tushnet emplea el término constitucionalismo “populista” pero recientemente ha reconocido que el término “popular” es más adecuado: “en mis primeros trabajos lo llamé “constitucionalismo populista”, mientras que Kramer lo llamaría al mismo tiempo y de forma más correcta “constitucionalismo popular” (TUSHNET, M.; “Derecho constitucional crítico y comparado”, en *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p. 11).

principio de que todas las personas fueron creadas iguales, de que todas tienen derechos inalienables” y que Tushnet sitúa en la Declaración de Independencia de los EE.UU. y en el Preámbulo de su Constitución. Se trata de unos principios sustantivos cuya interpretación no es unívoca, por lo que inevitablemente surgirán discrepancias sobre cómo interpretarlos y cómo aplicarlos a las circunstancias concretas, las cuales el profesor de Harvard entiende que deben ser dilucidadas por el pueblo en las instancias ordinarias del debate político.

En otras palabras, la constitución delgada, la que incluye contenidos materiales relativos a los derechos, no se puede considerar un texto meramente legal, sino un documento jurídico-político, producto de la voluntad popular en un momento dado y, por ello, revisable y susceptible de actualización a lo largo de la historia conforme a las circunstancias de cada momento, actualización que ha de ser llevada a cabo por el pueblo a través de un debate público, abierto y democrático¹⁸. La constitución gruesa, por su parte, sería básicamente el resto de la norma fundamental, donde se encuentran las cláusulas que disponen el modo en que deben constituirse y funcionar los órganos representativos, la manera en que deben celebrarse las elecciones, las relaciones entre los estados, etc. y cuya función es la de ofrecer un marco para expresar los principios contenidos en la constitución delgada¹⁹.

Esto no quiere decir –como a veces se ha afirmado– que la constitución no sea vinculante o que los límites que impone no deban ser respetados, puesto que el propio Kramer²⁰ reconoce que el constitucionalismo popular acepta que los preceptos constitucionales imponen límites a la acción política y a los poderes públicos. En lo que el constitucionalismo popular difiere de la doctrina mayoritaria es en que no asume que la única interpretación autorizada sea la llevada a cabo por los tribunales, sino que un

¹⁸ GODOY, M.G.; “Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía judicial: Posibles lecciones para Brasil”, en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, cit., p. 178. Y, en efecto, coinciden Grewal y Purdy en que los teóricos políticos y constitucionalistas del siglo XVIII no concebían el proceso constituyente como un acto irreversible en el que una mayoría soberana ejercería una autoridad perenne sobre las generaciones posteriores; más bien, lo que otorgaba a la constitución heredada su autoridad en el presente podría ser únicamente el *consentimiento presente* de aquellos que vivían bajo la misma (GREWAL, D.S. y PURDY, J., “The Original Theory of Constitutionalism”, *The Yale Law Journal*, 127 (3), 2018, p. 683).

¹⁹ GONZÁLEZ BERTOMEU, J.F.; “Tushnet y el control de constitucionalidad: Una teoría ligeramente desenfocada”, en *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, cit., p. 105. Quien añade que es incorrecto afirmar, como a su juicio hace Tushnet, que un demócrata o la ciudadanía no se preocupan (o no deberían preocuparse) por la constitución gruesa puesto que esta da forma en parte a la democracia con sus cláusulas sobre cómo funcionan las instituciones políticas (quién es ciudadano, quién vota, quién puede ser votado y cuándo y cómo se reúne el parlamento, y una larga lista de ejemplos). Por ello, la constitución gruesa es esencial y no solo en cuanto a la especificación de los órganos y procedimientos por ella creados, sino también en relación con los derechos de las personas.

²⁰ KRAMER, L.; “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *Stanford Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2007, p. 5.

proceso de interpretación igualmente válido puede ser realizado también por los órganos políticos y por la comunidad en general, dado que tanto el pueblo como sus representantes están plenamente capacitados para distinguir el derecho de la política y saben cómo tienen que actuar en cada caso.

Y esto es así porque, ciertamente, es inevitable que surjan desacuerdos racionales y de buena fe sobre la interpretación de los contenidos materiales (especialmente de los derechos fundamentales) y puesto que no es posible establecer ningún criterio de verdad externo para resolver esas diferencias y dado que en una democracia se deben respetar de igual modo y deben tener el mismo peso todas las diferentes opiniones, no es aceptable que sea un reducido grupo de personas (los jueces) quienes impongan su propia opinión, pues como sostiene Alterio²¹, esto sería tanto como afirmar que sus opiniones son superiores a las de los demás (los ciudadanos o sus representantes).

Por tanto, debe ser el pueblo mismo (ya veremos a través de qué cauces) quien decida en caso de controversia, pues esta es la forma de legitimar la decisión que se adopte, además de que cuando se permite que el poder judicial decida en última instancia cuál es la interpretación adecuada de la constitución se excluye a la ciudadanía y a sus representantes, sin ninguna justificación, de dirimir cuestiones trascendentales y polémicas y de hacer lo que les compete hacer y de definir los rumbos de sus propias vidas²².

Tal restricción de la posibilidad de debate público, abierto y no condicionado daría lugar, por su parte, a otra consecuencia perversa como es la disminución de los incentivos para que los ciudadanos sean responsables a la hora de decidir. Señala en este sentido Becker²³ que el mejor argumento que puede esgrimirse contra la revisión judicial es uno que raramente se usa: atrofia el crecimiento político de los individuos dentro de la sociedad. Esto a su juicio es así porque, entre otras cosas, la revisión judicial exonera al pueblo de su responsabilidad por su propio bienestar. Si los ciudadanos han de crecer como seres políticos, si una sociedad ha de ganar su propia madurez, el pueblo no puede ser tratado como inmaduro y necesitado de algún remoto supervisor paternal –o cuasi-tutor, como diría Dahl–. En el Reino Unido, el legislativo, los partidos políticos y el pueblo cuentan con plenos poderes: si obtienes la mayoría

²¹ ALTERIO, A.M.; “Constitucionalismo popular”, cit., p. 160.

²² GODOY, M.G.; “Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía judicial: Posibles lecciones para Brasil”, cit., p. 179.

²³ Vid. BECKER, T.L.; *Comparative Judicial Politics. The Political Functionings of Courts*, Rand McNally, Chicago, 1970, p. 228.

en el Parlamento, puedes cambiar legalmente el tejido político y social del Estado, lo que supone un estímulo para los ciudadanos para participar y comprometerse. En los Estados Unidos, en cambio, el Congreso está en un estado perpetuo de minoría de edad y el pueblo sometido por un testamento que hicieron sus antepasados²⁴.

Indica en este mismo sentido Bickel²⁵ que la revisión judicial, además de suponer un control contramayoritario contra el poder legislativo, a la larga puede llegar a debilitar seriamente el proceso democrático. Y ya Thayer²⁶ escribía a principios del siglo pasado que los legislativos se están acostumbrando a la desconfianza y a inhibirse de consideraciones de contención constitucional, cediéndolas a los tribunales. Y “el pueblo, mientras tanto, se vuelve más despreocupado respecto a quienes les representan en el Congreso, demasiado a menudo votan a la ligera a hombres a quienes no confiarían un asunto privado importante, y cuando estas personas incompetentes aprueban leyes malas y absurdas y los tribunales intervienen y las dejan sin efecto, el pueblo se muestra contento de que estos caballeros de la judicatura, poco más sabios, estén tan dispuestos a protegerlos contra sus más inmediatos representantes [...] debería recordarse que el ejercicio de la revisión judicial, incluso cuando es insoslayable, implica siempre un importante perjuicio, a saber, que la corrección de los errores del legislativo procede desde el exterior, y de este modo el pueblo pierde la experiencia política, la educación moral y el estímulo que proporciona resolver las cuestiones por el procedimiento ordinario y corregir sus propios errores”. Concluye por ello que “la proclividad a recurrir a este procedimiento, ahora lamentablemente demasiado común, empequeñece la capacidad política del pueblo y su sentido de responsabilidad moral”.

En definitiva, otorgar la última palabra a los tribunales en relación con cuestiones básicas de justicia social y política, supone excluir a los ciudadanos de la participación en la actividad esencial de una comunidad política. Es más, “algunos sostienen que una sociedad que confía en los tribunales para tomar

²⁴ Escribe en este sentido Waldron que el control judicial de constitucionalidad “es en parte una respuesta a los fallos detectados en las instituciones democráticas o en parte una respuesta al hecho de que mucha gente no toma en serio los derechos [...] así que necesitan un tribunal que lo haga por ellos” (WALDRON, J., “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, n° 115, 2006, p. 1401).

²⁵ Vid. BICKEL, A.M.; *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986, p. 21.

²⁶ Citado en BICKEL, A.M.; *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 21-22.

las decisiones importantes políticas y morales es una sociedad que ha perdido el contacto con lo que realmente significa el autogobierno”²⁷.

Sin embargo, Kramer²⁸ reconoce que si bien hay un pequeño círculo de académicos que apuestan por abandonar la supremacía judicial, la mayoría de estos, así como la mayoría de los juristas, los políticos y la gente común, no solo están a favor de ceder la última palabra al Tribunal Supremo, sino que se muestran convencidos de que el sistema constitucional funcionaría significativamente peor de no ser así. Pero esta convicción no tendría nada que ver con la lógica, la evidencia o la historia, sino que tendría su origen en un extendido sentimiento antipopulista conforme al cual la gente ordinaria es emotiva, ignorante, ingenua e impulsiva, además de interesada más por su propio interés que por el interés público, y actúa más de forma arbitraria que conforme a principios, por lo que en realidad son como niños y, como tales, son fácilmente manipulables. Por eso, sería peligroso dejar decisiones de tamaño trascendencia en sus manos y es conveniente ponerlas en las de una élite reflexiva, informada y menos susceptible de ser presa de la demagogia y del cortoplacismo²⁹.

Kramer³⁰ añade que “los comentaristas y filósofos jurídicos han sido maravillosamente hábiles para explicar que el hecho de dar a los jueces la última palabra sobre el significado constitucional no es incongruente con la democracia”. Pero la objeción a la supremacía judicial no depende de argüir que no se puede conciliar con la democracia, sino que descansa más bien en la idea de que dicha supremacía es innecesaria y reduce el ámbito de la participación popular basándose en ideas inadecuadas, pues implica una desconfianza en la comunidad en su conjunto. Sin embargo –concluye–, al fin y al cabo, no desconfían del gobierno mayoritario, sino sobre qué mayoría ha de gobernar, porque, ciertamente, los jueces frecuentemente no están menos divididos que la ciudadanía en relación a cómo deben resolverse determinadas disputas constitucionales concretas, por lo que los proponentes de la supremacía judicial

²⁷ PACELLE, R.L.; *The role of the Supreme Court in American politics. The Least Dangerous Branch?*, Westview Press, 2002, cit., p. 60.

²⁸ KRAMER, L.D.; *The People Themselves*, cit., p. 241.

²⁹ Señala Kramer que no hay ninguna razón para creer que otros miembros de la sociedad no están abordando las cuestiones con la misma buena fe que nos atribuimos a nosotros mismos y que el hecho de que lleguen a conclusiones que nosotros desaprobamos no puede llevarnos a presuponer que “nosotros” tenemos razón mientras que “ellos” necesitan disciplina y control (KRAMER, L.D.; *The People Themselves*, cit., p. 242).

³⁰ KRAMER, L.D.; “The Interest of the Man”, cit., p. 7.

sencillamente confían en una mayoría de nueve (los miembros del Tribunal Supremo de los EE.UU.) más que una mayoría del conjunto de la comunidad.

Y en sentido similar también Pettys denuncia que la defensa de la supremacía judicial no parece cimentarse principalmente en una laudable defensa del constitucionalismo, sino más bien en la creencia de sus partidarios de que es más probable que los tribunales tomen las decisiones que ellos personalmente desean a que lo haga el pueblo americano pero, a su juicio, “estos no son unos cimientos satisfactorios sobre los que construir un sistema constitucional”³¹.

Porque –continúa su argumento en relación al caso concreto de los EE.UU. pero que se podría extrapolar a otros lugares–, lo cierto es que aunque se pueda discrepar profundamente sobre lo que la constitución ordena, los americanos de hoy están plenamente comprometidos con el constitucionalismo en general y con los valores esenciales de su constitución en particular, por lo que hay razones para esperar que si se les diera la máxima autoridad para interpretar la norma suprema, los ciudadanos ordinarios se tomarían en serio el mandato de distinguir entre sus responsabilidades constitucionales a largo plazo y sus deseos políticos a corto plazo y de asegurarse de que las primeras no serían sacrificados a los segundos³².

Y, por otro lado, los tribunales (aun los supremos y los constitucionales) también pueden equivocarse, y así lo denuncia Tushnet³³, quien escribe que el apoyo al control judicial de constitucionalidad se vio reforzado tras la Segunda Guerra Mundial ante la evidencia de que los legislativos podían violar derechos –señalando los ejemplos de la Alemania nazi o la Rusia soviética–, por lo que los tribunales podrían servir como una salvaguardia en estas situaciones. Sin embargo, a su juicio, esta postura parece olvidar que los legislativos también pueden promover los derechos (y no solo violarlos), y que los tribunales constitucionales pueden equivocadamente declarar inconstitucional alguna ley que los promueva como sucedió, por ejemplo, cuando los tribunales americanos no solo rechazaron que los derechos de segunda generación fueran justiciables, sino que la legislación que los promovía era incompatible con los derechos

³¹ PETTYS, T.E.; “Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People Be Trusted?”, *Washington University Law Review*, 86(2), 2008, p. 361.

³² PETTYS, T.E.; “Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand”, cit., p. 347.

³³ TUSHNET, M.; “Derecho constitucional crítico y comparado”, cit., p. 10.

de primera generación. Y en esta misma línea, Hirchl³⁴ nos recuerda que el Tribunal Supremo de los EE.UU. no abolió el estatus legal de la esclavitud antes de la Guerra de Secesión ni protegió a los japoneses norteamericanos que fueron detenidos en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, ni evitó la persecución de los miembros del Partido Comunista durante el periodo de McCarthy.

Por estas y similares razones, una de las batallas del constitucionalismo popular es combatir la extendida creencia de que los jueces hacen un mejor trabajo que el resto de nosotros al interpretar la constitución, algo sobre lo que no hay evidencia alguna. En cualquier caso, los proponentes de esta doctrina no quieren decir que la interpretación del pueblo sea la única, ni siquiera la mejor, sino recordarnos que tanto el pueblo como los jueces se pueden equivocar³⁵.

3. Sobre la implementación del constitucionalismo popular

Ahora bien, nos podemos preguntar, con Kramer, ¿qué significa, en la práctica, que las controversias constitucionales deban ser resueltas por el pueblo? ¿cómo puede el pueblo decidir en estos casos? Esto es, ¿cómo pueden “the People themselves” interpretar y aplicar la constitución?³⁶.

Frente a estas preguntas nos encontramos con varios tipos de respuestas, desde quienes critican a esta doctrina por la supuesta “imposibilidad práctica” de establecer mecanismos concretos para tal fin³⁷ hasta quienes sostienen que “el constitucionalismo popular es una teoría simple con una constelación de enfoques que tratan de ponerla en práctica.”³⁸.

³⁴ HIRSCHL, R.; “Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective”, *University of Richmond Law Review*, 34 (2), 2000, p. 417.

³⁵ NIEMBRO, R.; “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía*, nº 38, 2013, pp. 197-198.

³⁶ KRAMER, L.D.; “The Interest of the Man”, cit., p. 7. Quien reconoce que, aunque para él el diseño institucional para lograr tal fin era evidente, no fue capaz de transmitirlo adecuadamente a sus lectores. Escribe así que “el que yo no lograra explicar adecuadamente cómo funciona el constitucionalismo popular ha sido probablemente la crítica más habitual hecha a *The People Themselves*. Esto me sorprendió al principio, porque yo pensaba que estaba bien claro en el libro. Pero cuando esta cuestión continuó apareciendo, y no siempre por parte de revisores hostiles a la sensibilidad y el enfoque del libro, me di cuenta de que las dimensiones teóricas del constitucionalismo popular – cómo encaja en nuestro sistema político y cómo está diseñado para funcionar – están incrustadas en la narración histórica y, así, dispersas a lo largo de todo el libro. La teoría era evidente para mí porque yo tenía la imagen completa en la mente cuando lo escribí”. Y añade que hay innumerables configuraciones institucionales para hacer realidad el control popular (ibidem) –sin embargo, a pesar de sus palabras, tampoco en esta obra da cuenta concreta de ninguna de estas “innumerables” configuraciones institucionales–.

³⁷ ALTERIO, A.M.; “Constitucionalismo popular”, cit., p. 162.

³⁸ ROSS, B. L.; “Administrative Constitutionalism as Popular Constitutionalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 167, 2019, p. 1792.

Lo cierto es que son variadas las propuestas que se han hecho al respecto y así señala Pettys³⁹ que algunos constitucionalistas populares estarían a favor del departamentalismo, conforme al cual los tribunales comparten el poder interpretativo con los otros dos poderes del Estado; otros apuestan por un sistema de supremacía legislativa, en la que la autoridad interpretativa soberana reside en los representantes democráticamente elegidos por el pueblo, esto es, en el parlamento; y hay quienes, en fin, podrían sentirse atraídos por la opción popular de que el pueblo declare directamente el contenido de la constitución por medio de iniciativas ciudadanas y referéndums.

No obstante, por lo general se trata de propuestas ambiguas y poco concretadas por el momento⁴⁰, hasta el punto de que el propio Tushnet ha escrito que “como uno de los “fundadores” de la teoría contemporánea del constitucionalismo popular, me parece que un siguiente paso importante radica en identificar mecanismos institucionales que permitan el ejercicio regular de la soberanía popular”⁴¹.

En cualquier caso, las diferentes propuestas que se han llegado a concretar en mayor o menor medida podemos agruparlas en dos bloques: aquellas que apuestan por la movilización popular y las que son más proclives a que por opinión popular se entienda la manifestada por los parlamentarios.

En relación a las primeras, señala Alterio⁴² que esta doctrina considera valiosas e incentiva las movilizaciones populares espontáneas o los movimientos sociales que proponen sus propias interpretaciones constitucionales, diferentes a las dominantes en los tribunales, y que las manifiestan sin tener cuotas formales de poder, ni un líder que pretenda adquirirlas. Ahora bien, conviene aclarar desde el principio que, por lo general, estas protestas o manifestaciones populares de todo tipo no tratan de reemplazar las instituciones, sino de influir en ellas⁴³, lo que desmiente la recurrente crítica al

³⁹ PETTYS, T.E.; “Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand”, cit., p. 340.

⁴⁰ Así, por ejemplo, Alexander y Solum, al referirse a la obra de Kramer –pero de forma extrapolable a otros autores– sostienen que no aclara cómo podría el pueblo ejercer su poder y que da la sensación de que su obra tuviera una imprecisión deliberada en este sentido (ALEXANDER, L. y SOLUM, L.B., “Popular? Constitutionalism?”, Recensión de *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review, Institute on Law and Philosophy*. 75, 2005, p. 1617). También Ross, tan recientemente como en 2019, es de la opinión de que todavía el constitucionalismo popular “sigue siendo una teoría en busca de un método viable” puesto que mientras que está claro a nivel de teoría, los métodos sugeridos para implementarlo continúan siendo vagos e insuficientemente desarrollados (ROSS, B.L., “Administrative Constitutionalism as Popular Constitutionalism”, cit., p. 1785).

⁴¹ TUSHNET, M.; “Prefacio”, en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, cit., p. IX.

⁴² ALTERIO, A.M.; “Constitucionalismo popular”, cit., p. 159.

⁴³ LOVERA, D.; “¿Tres son multitud?”, cit., p. 146. Aclara, en este sentido, Tushnet que “a veces los críticos con el constitucionalismo popular entienden que las opciones del pueblo se obtendrían de manifestaciones, cartas al director o alternativas similares lo que le da la

constitucionalismo popular basada en la imposibilidad de su puesta en práctica por entender que si se le otorga al pueblo la capacidad de interpretar la constitución inevitablemente aparecerán muchas interpretaciones diferentes e inconsistentes, las cuales “no pueden cumplir la función de una interpretación autorizada que vincule a las autoridades públicas [...] esa función requiere un mecanismo institucional por medio del cual las múltiples voces de la opinión popular puedan ser unificadas en una única voz de autoridad interpretativa”⁴⁴.

En efecto, en muchas de las formulaciones sus proponentes plantean la necesidad de “mediar” la voluntad popular a través de los partidos o de las instituciones políticas, rechazando otras posibilidades como, por ejemplo, referéndums sobre cuestiones constitucionales o modelos de democracia directa –lo que contradice la anterior afirmación de Pettys–.

Así lo evidencia el propio Tushnet⁴⁵ cuando indica que algunos piensan equivocadamente que el constitucionalismo popular propone la celebración de consultas populares o un tipo de democracia plebiscitaria, en la que todo se consulta al pueblo, o en la que el significado de la constitución se determina mediante encuestas. Sin embargo, aclara que “para mí, y creo que para Kramer también, el constitucionalismo popular es una práctica que es parte de las estructuras ordinarias de la lucha política, particularmente asociada con la contienda entre partidos políticos sobre cuestiones constitucionales fundamentales”. Por tanto, la discusión “entre el pueblo no quiere decir una discusión por el pueblo solamente” pues, a su juicio, la política no tiene lugar sin políticos y los líderes políticos juegan un rol importante en la versión de constitucionalismo popular que él propone⁴⁶.

impresión de que estos no entienden que la política, incluso la política popular, funciona dentro de las instituciones y por medio de estas” (TUSHNET, M.; “Popular Constitutionalism and Political Organization”, cit., pp. 1-8).

⁴⁴ ALEXANDER, L. y SOLUM, L.B., “Popular? Constitutionalism?”, cit., p. 1621. Grewal y Purdy distinguen entre “modo unívoco” y “modo multitudinario” de cambio constitucional. El primero sería aquel en el que un “pueblo” constituido por individuos naturalmente distintos (una multitud) se constituye en un agente político unificado que actúa con una sola voz a través de un proceso legalmente reconocido, como cuando se convoca al pueblo a un proceso formal de reforma constitucional por medio de un referéndum o una convención constitucional. El problema está en que la reforma formal de la Constitución de los EE.UU., conforme a su artículo V es muy compleja, por lo que la práctica constitucional estadounidense ha fraguado una concepción “multitudinaria” de la soberanía popular que es cada vez más influyente. Aquí, el pueblo no es “reunido en su potestad formalmente autoconstituyente”, no es un pueblo “institucionalmente unificado” capaz de actuar políticamente, sino una masa de individuos, una multitud, pero aun así ejerce su influencia sobre el derecho constitucional a través de otros canales tales como la discusión pública y la movilización social. En tal caso, si el pueblo no puede actuar unívocamente para resolver una disputa constitucional, entonces esa disputa se llega a una contienda entre multitudinarias movilizaciones e interpretaciones oficiales (GREWAL, D.S. y PURDY, J., “The Original Theory of Constitutionalism”, cit., 2018, pp. 686-690).

⁴⁵ TUSHNET, M.; “Derecho constitucional crítico y comparado”, cit., p. 11.

⁴⁶ TUSHNET, M.; *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., p. 14. Y así lo reitera en una muy reciente obra cuando escribe que el populismo podría recurrir a los referéndums con más frecuencia de lo que se hace habitualmente, pero también deja un espacio sustancial

De este modo, las propuestas populares en materia constitucional pueden originarse fuera de las instituciones políticas, de forma más o menos organizada o más o menos espontánea, pero para que sean llevadas a la práctica van a necesitar la mediación de las instituciones, mediante la influencia y la presión que ejercen sobre estas, de modo que tomen decisiones en forma de enmiendas constitucionales, leyes, decisiones ejecutivas o incluso decisiones judiciales que plasmen sus demandas⁴⁷.

Señala en este sentido Turégano⁴⁸ que se suele pensar que en los estados en los que existen constituciones escritas rígidas el procedimiento formal de reforma es la vía exclusiva para hacer posible la actualización democrática de las mismas, pero en la realidad la práctica constitucional dominante ha sido la del cambio de la constitución de modo informal por vía interpretativa⁴⁹. Estos cambios informales pueden provenir de las propias instituciones o de un activismo social que altera el sentido aceptado socialmente de preceptos constitucionales. Pero en todo caso, son las instituciones las que generan las decisiones y prácticas en cuyo marco se produce el cambio en la norma constitucional.

Los movimientos sociales, asociaciones civiles, opinión pública y, en general, espacios y redes de socialización desempeñan un papel fundamental en la articulación de una interpretación alternativa de preceptos constitucionales, pero la dimensión institucional no desaparece en este planteamiento, puesto que el fin último de la movilización social es alguna transformación dentro de las propias instituciones que son las que tienen la responsabilidad y la capacidad de decidir si el desarrollo interpretativo que viene demandando está de tal modo justificado que hace admisible o demanda una acción institucional que suponga una mutación constitucional.

Lo más habitual, por su parte, es que la influencia la ejerzan a través de los partidos políticos tanto desde dentro como desde fuera de los mismos, toda vez que como una vez más indica Tushnet⁵⁰, la política,

a la decisión política por medio a la legislación “ordinaria” fruto de las reglas procedimentales ordinarias (TUSHNET, M. y BUGARIČ, B.; *Power to People. Constitutionalism in an Age of Populism*, Oxford University Press, 2021, p. 251).

⁴⁷ KRAMER, L.D.; “The Interest of the Man”, cit., p. 62. En algunos estados es posible proponer una enmienda constitucional por la vía de las iniciativas populares, pero aun en estos casos es preciso contar con la anuencia de los parlamentarios para que las acepten y las aprueben.

⁴⁸ TURÉGANO MANSILLA, I., “Democracia y cambio constitucional”, *Eunomía*, n° 22, 2022, pp. 35-39.

⁴⁹ Lo que en el ámbito anglosajón se ha dado en denominar “living constitution” y que en nuestra tradición jurídica se suele denominar mutación constitucional, tal y como fue teorizada –nos ilustra Turégano– por la dogmática alemana de finales del siglo XIX y principios del XX y que arraigó en la doctrina constitucional europea ante la insuficiencia de mecanismos formales de reforma para dar plena cuenta de la realidad constitucional (ibídem).

⁵⁰ TUSHNET, M.; “Popular Constitutionalism and Political Organization”, cit., pp. 1-8.

incluso la política popular, funciona dentro de las instituciones y por medio de estas. Por ello, la expresión popular sobre cuestiones constitucionales implica algún tipo de organización que de forma directa o indirecta involucrará a los partidos políticos, pues solo a través de estos las propuestas políticas tienen alguna oportunidad de ser tomadas en serio, dado que las propuestas que se formulan por la sociedad civil al margen de los partidos suelen pasar inadvertidas o ser tachadas de utópicas; en cambio, estas pueden tener una gran influencia en el desarrollo constitucional –y, de hecho, a lo largo de la historia norteamericana la han tenido– si logran atraer la atención de una formación política que las asuma, así sea por la ventaja electoral que puedan obtener de ellas.

También pueden los movimientos sociales incorporarse en un partido y constituir una facción con la que tratar de influir en su programa electoral, sus actuaciones, etc. O, en fin, pueden constituirse en un “tercer” partido; es cierto que como consecuencia del sistema electoral basado en circunscripciones uninominales, en los EE.UU. un tercer partido no tiene apenas opciones de obtener buenos resultados a nivel federal y pocas a nivel estatal o incluso local, pero aun así puede ejercer una relevante influencia en el devenir de la política nacional, pues algún candidato de los dos partidos mayoritarios puede encontrar electoralmente ventajoso adoptar parte del programa de aquel, de modo que los potenciales votantes de ese tercer partido, al ver que su candidato no tiene opciones de resultar elegido, puede decidir votar a quien haya hecho suyas sus propuestas⁵¹.

Pero los movimientos populares también pueden ejercer su influencia para ver plasmadas sus propuestas de otro modo. Señala en este sentido Siegel⁵² que con frecuencia con estas movilizaciones populares se persigue que se enmiende el texto de la constitución para que dé cabida a sus pretensiones, lo cual no ha sucedido en los EE.UU. con frecuencia, pero lo que sí se ha logrado en ciertas ocasiones es hacerlo de forma indirecta al modificar la forma en que determinados enunciados constitucionales son interpretados, no solo fuera de los tribunales, sino también dentro de ellos, al hacerse eco los magistrados de estas demandas e interpretaciones alternativas de la constitución. Coincide Tushnet en que los movimientos sociales también pueden repercutir indirectamente en la constitución influyendo en la manera en que los

⁵¹ Recordemos que Tushnet escribe estas líneas en el contexto de los EE.UU. con su característico y tradicional sistema bipartidista.

⁵² SIEGEL, R.B.; “Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective”, *University of Pennsylvania Law Review*, 297, 2001, pp. 311-314.

jueces de un tribunal supremo o constitucional la interpretan, de modo que se puede decir que cuando el tribunal constitucional re-interpreta la constitución esta ha sido reformada “informalmente”⁵³.

Respecto al modo en que “the People themselves” pueden influir en los tribunales, especialmente los supremos o constitucionales, David Pozen⁵⁴ propone una idea ciertamente original y merecedora, al menos, de ser considerada. Reconoce, por un lado que la teoría constitucional ha estado obsesionada durante el pasado medio siglo con la dificultad contramayoritaria –“el ostensible problema democrático que surge cuando jueces designados vitaliciamente contravienen la voluntad de los representantes del pueblo”⁵⁵– y, por otro, que si el objetivo del constitucionalismo popular es que la voluntad del pueblo se vea reflejada a la hora de interpretar la constitución, esto puede lograrse no solamente siendo el pueblo en persona o sus representantes políticos quienes interpreten directamente la constitución y tengan la última palabra al respecto, sino también en un sistema de supremacía judicial, con tal que los jueces hagan suya siempre que sea posible la interpretación popular (esto es lo que él denomina *majoritarian judicial review*).

Y para lograr esto, es decir, para que los jueces se conviertan ellos mismos en representantes del pueblo, existe una fórmula que podría servir para fraguar el constitucionalismo popular y a la que, sin embargo, los proponentes de esta doctrina no le han prestado atención: la elección democrática de los jueces, una práctica genuinamente norteamericana, implantada desde hace casi dos siglos en las tres cuartas partes

⁵³ TUSHNET, M.; “Prefacio”, cit., p. X.

⁵⁴ POZEN, D.; “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, cit., p. 2050.

⁵⁵ KRAMER, L.D.; *The People Themselves*, cit., p. 250. Escribe más adelante, en este sentido, que las naciones europeas han encontrado un modo más adecuado para abordar el problema del control sobre los magistrados: al reconocer que la aplicación constitucional no es y nunca podría ser lo mismo que la interpretación legal ordinaria, las constituciones europeas de posguerra establecieron tribunales especiales cuya única función era revisar cuestiones constitucionales, que no formaban parte del sistema judicial ordinario y a los que se dotaron de salvaguardas adicionales para asegurarse un nivel apropiado de responsabilidad política sin comprometer su independencia innecesariamente, como el que sus miembros sean elegidos generalmente por una supermayoría parlamentaria, garantizándose así que los tribunales constitucionales compartan la ideología mayoritaria. En vistas de la experiencia europea, Kramer sería partidario de enmendar la constitución de los EE.UU. para incorporar alguna de las características de las altas cortes europeas, pero se lamenta de que “hablando en términos realistas, hay pocas posibilidades de que esto ocurra dada la complejidad de nuestro proceso de reforma constitucional” (ibídem, pp. 250-251).

de sus estados, que “otorga a sus ciudadanos un instrumento poderoso con el que controlar las interpretaciones realizadas por los jueces”⁵⁶.

La elección popular de los magistrados de los altos tribunales sería, por tanto, un vehículo para el cambio constitucional por vía interpretativa conforme a la opinión popular y que al instaurar la supremacía del pueblo sobre los jueces contribuiría de este modo a legitimar sus decisiones⁵⁷.

Ahora bien, la revisión judicial mayoritaria lo que en realidad implicaría es, simplemente, que los magistrados habrían de asignar a la opinión pública algún rol significativo a la hora de tomar una decisión, pero esto no quiere decir que los magistrados se convirtieran en meros transmisores de la opinión popular pues, como se plantea en “muchas respetables teorías de la representación política”, podrían apartarse de aquella cuando estimen que a los ciudadanos les falta información relevante, que su postura tiene un muy difícil encaje constitucional dada la claridad de los preceptos afectados o cuando la opinión pública esté muy dividida, reservando la aplicación de las lecturas constitucionales populares a los casos difíciles en los que la respuesta jurídica sea incierta a la vez que el sentimiento popular parezca claro y generalizado⁵⁸.

⁵⁶ Sobre esta cuestión y en sentido contrario a la opinión de los constitucionalistas populares, señala Friedman que la supremacía del Tribunal Supremo es un debate más académico que popular, puesto que una gran parte de la ciudadanía aprueba, en términos generales, la *judicial review* porque habitualmente las decisiones de la alta corte son aceptables para la mayoría, lo cual no es algo causal, sino que se debe, sobre todo, al procedimiento de nombramiento de los magistrados, que son designados por los presidentes quienes están, ellos mismos, sujetos a la influencia popular, por lo que designan a personas cuyas opiniones son compartidas y quienes pueden superar el proceso de confirmación senatorial, siendo esta una de las formas en que la influencia popular es sentida en el alto tribunal (FRIEDMAN, B.; “Mediated Popular Constitutionalism”, cit., pp. 2606-2609).

⁵⁷ Señala en este sentido Serra Cristóbal que el sistema de elección de jueces en Estados Unidos es único entre otras razones porque en la gran mayoría de sus los estados los jueces, bien para su elección o bien para mantenerse en el cargo, tienen que someterse al sufragio del pueblo, lo cual es una práctica extraña para cualquier otro país e incluso parece contradictoria con el concepto mismo de judicatura, siempre unida a principios como la independencia, imparcialidad, neutralidad, apoliticidad, etc. Cuando los padres constituyentes establecieron el sistema de nombramiento de los jueces federales, lo hicieron pensando en un sistema que hiciera que el poder de seleccionar a los miembros del Tribunal Supremo no recayera en una sola rama del poder, sino que participase un órgano que representaba a los estados (el Senado) y otro que derivaba de la elección popular (el Presidente), sin que ninguno de los dos tuviese la tentación de abusar un posible poder de selección de jueces en exclusiva. En cambio, el hecho de que la designación de los jueces estatales fuera mayoritariamente por elección popular surgió en un momento de la evolución de la democracia estadounidense que llevo a situar al pueblo como protagonista en múltiples espacios y entre ellos también en la elección de los que tenían que aplicar la ley, asimilándose así a los cargos representativos. La razón última la encuentra la citada autora en que muchos de los jueces existentes durante lo que se denomina “democracia jacksoniana” (1830-1854) desautorizaron en su aplicación leyes que resultaban populares, lo que generó una reacción en un número importante de Estados hacia un modelo de juez más cercano a los representantes legislativos (SERRA CRISTÓBAL, R., “El federalismo judicial estadounidense”, *Estudios de Deusto*, vol. 65/1, 2017, p. 317-321).

⁵⁸ Indica al respecto Serra Cristóbal que aunque los tribunales norteamericanos han señalado que los jueces electos no son representantes en el mismo sentido que los parlamentarios o el ejecutivo, porque su función es aplicar el Derecho, no defender las causas de un sector o distrito particular, hay algunas sentencias en las que esta respuesta no es tan clara. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha reconocido que los jueces se involucran en el proceso de hacer política en cierto modo en los casos en los que se requiera que actúe con discreción en relación a asuntos de relevancia pública. En cualquier caso, en opinión de la autora, no se puede concebir a los jueces como representantes

Finalmente, otra posibilidad, seguramente la más extendida a la vez que la más posibilista, para implementar el constitucionalismo popular es la esgrimida por quienes apuestan por otorgar la última palabra a la hora de interpretar la norma fundamental a los representantes políticos de la ciudadanía.

La causa última de tal postura deriva en buena medida de la consabida ambigüedad de los preceptos constitucionales, especialmente los que regulan los derechos, cuya determinación por los tribunales, incluidos los constitucionales, abre un espacio de discrecionalidad que obliga a adoptar opciones y criterios morales e ideológicos no claramente establecidos en las constituciones. Señala al respecto Ruiz Miguel que esto puede dar lugar a una “brecha interpretativa” entre lo que los jueces deciden que dice la constitución y lo que podría decidir la voluntad popular a través de la representación parlamentaria ordinaria si pudiera tener la última palabra sobre la interpretación de la misma⁵⁹. A lo que se añade el hecho de que mientras los ciudadanos pueden desafiar las decisiones del legislativo en las siguientes elecciones, no tienen oportunidad de recurrir las sentencias de un tribunal constitucional, que al estar colocado en la cúspide de la jerarquía jurídica se supervisa a sí mismo.

En relación a esta cuestión, se puede sostener con Linares⁶⁰ que el problema de la autoridad final en una democracia debe resolverse apelando a argumentos generales, relacionados con la igualdad y autonomía de las personas, y con el valor epistémico de los procedimientos de toma de decisiones, y resulta indiscutible que, en ambos aspectos, “el procedimiento legislativo califica mejor”. Ahora bien, la crítica a la revisión judicial de constitucionalidad no implica una defensa dogmática de todas las leyes parlamentarias, sino que posiblemente estemos en desacuerdo con algunas de ellas, protestemos e incluso encontremos razones para desobedecerlas. E, igualmente –continúa–, estaremos conformes con algunas o muchas decisiones del Tribunal Constitucional, lo cual no significa que defendamos la institución de la revisión judicial. Pero tales circunstancias no impiden que, “a la hora de fijar la autoridad final de un sistema político, reconozcamos que el Congreso tiene mejores credenciales”.

En este sentido, Prieto Sanchís expone que a veces la objeción contramayoritaria parece pasar por alto que, en realidad, las leyes no pueden considerarse expresión de la voluntad general, sino obra del

del pueblo, por mucho que hayan sido elegidos por él, aunque la ciudadanía no siempre lo perciba así (SERRA CRISTÓBAL, R., *La selección de jueces en Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 40).

⁵⁹ RUIZ MIGUEL, A.; “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, nº 21, 2004, p. 61.

⁶⁰ LINARES, S.; *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 97.

legislador, esto es, “la ley es solo expresión de un órgano del Estado, que representa (mejor o peor, pero esta es otra cuestión) pero que no es el titular de la soberanía popular”⁶¹. Y Alexander y Solum⁶² denuncian, por su parte, que ceder la autoridad interpretativa final al Congreso es inconsistente con la idea central del constitucionalismo popular, puesto que en tal caso el sistema de supremacía judicial simplemente pasaría a ser uno de supremacía parlamentaria, pero “the People themselves” continuarían sin tener la última palabra.

Respecto a estas objeciones, se ha alegado que, en efecto, no es realista considerar a los parlamentos como representaciones perfectas de la sociedad ni las leyes como producto de la voluntad popular, sino del legislador, pero no podemos olvidar que este legislador ha sido elegido por la ciudadanía para que lleve a cabo su labor normativa e interpretativa conforme los intereses, opiniones y valores compartidos mayoritariamente por la sociedad y si actuara en contra, o al margen de los mismos, sería reemplazado por otro que sí conformara su actividad a ellos.

En otro orden de cosas, pero íntimamente relacionado, señala Waldron que en los países que no permiten que la legislación sea invalidada por los tribunales –como es el caso del Reino Unido–, el pueblo mismo puede decidir finalmente, por medio de los procesos legislativos ordinarios, si quieren permitir el aborto, las acciones de discriminación positiva o el matrimonio entre personas del mismo sexo, y si están en desacuerdo con algunos de estos asuntos pueden elegir representantes que delibren y resuelvan la cuestión votando en el parlamento⁶³. En cambio, en los Estados Unidos –o en cualquier otra nación con supremacía judicial–, el pueblo o sus representantes pueden abordar estas cuestiones si así les place, pero no tienen la certeza de que sus decisiones prevalezcan: si cualquiera que no esté de acuerdo con la resolución legislativa decide llevar el asunto ante un tribunal, la opinión que finalmente prevalecerá será la de los jueces.

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 145-147.

⁶² ALEXANDER, L. y SOLUM, L.B., “Popular? Constitutionalism?”, cit., p. 1621.

⁶³ WALDRON, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., pp. 1349-1350, quien añade lo siguiente: “Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en Gran Bretaña en los años sesenta, cuando el Parlamento debatió la liberalización del aborto, la legalización de las relaciones homosexual consentidas entre adultos y la abolición de la pena capital. En cada asunto, una amplia deliberación pública fue acompañada de un debate serio en la Cámara de los Comunes. La calidad de estos debates (y de debates similares en Canadá, Australia, Nueva Zelanda y en otros lugares) desmiente la aseveración de que los legisladores son incapaces de abordar tales cuestiones de forma responsable, así como la habitual asunción de que las mayorías populares no siempre respetarán los derechos de las minorías”.

Surge de aquí otra diferencia esencial entre ambos sistemas y, concretamente, en relación con el modo de debatir y tomar decisiones en sus respectivas cámaras legislativas. Mientras los legisladores británicos pueden entrar a debatir sin cortapisas y centrarse en el fondo de los asuntos discutidos, los legisladores norteamericanos están preocupados en gran medida por la interpretación y la doctrina jurisprudencial considerando asuntos políticos y morales de gran trascendencia como si se tratara de cuestiones legales asépticas. Pero al constreñirse el debate político al marco jurídico, el debate y el sistema político mismo devienen artificiales, hurtando su verdadera naturaleza y dilemas a la ciudadanía, lo cual no es en absoluto funcional para el desarrollo de un genuino sistema democrático. El resultado es que en los Estados Unidos las cuestiones políticas son discutidas por el Congreso, los partidos y la ciudadanía no basándose meramente en sus méritos o deméritos, en sus ventajas o desventajas sociales, sino en relación a su constitucionalidad, lo que le resta profundidad al debate⁶⁴.

4. Conclusiones

Parece apropiado concluir estas páginas recurriendo una vez más a uno de los dos más célebres representantes del constitucionalismo popular, Larry Kramer, quien es de la opinión de que lo que subyace a esta doctrina es una pregunta que los norteamericanos (y por extensión, cualquier ciudadano de un estado donde exista la supremacía judicial) deben hacerse a sí mismos: “si están cómodos entregando su constitución a las fuerzas de la aristocracia, si comparten esta falta de fe en ellos mismos y sus conciudadanos o si están dispuestos a asumir de nuevo plenamente las responsabilidades del autogobierno” –y subraya al respecto que la decisión es nuestra exclusivamente, la constitución no la toma por nosotros, ni la historia, la tradición o el Derecho⁶⁵–.

Ahora bien, él mismo advierte de que esto no quiere decir que los partidarios del constitucionalismo popular sueñen con algún modelo idealizado de democracia directa a la ateniense, sino que reconocen la necesidad de la representación y no objetan los acomodos institucionales diseñados para desacelerar la política, tales como la separación de poderes o el bicameralismo, por ejemplo. Sin embargo, a su juicio, hay una diferencia cualitativa entre limitaciones políticas de este tipo y un sistema de supremacía judicial; es “la diferencia entre los controles que responden directamente a la energía política y aquellos que solo

⁶⁴ BECKER, T.L., *Comparative Judicial Politics*, cit., p. 228.

⁶⁵ KRAMER, L.D.; *The People Themselves*, cit., p. 247.

son indirectamente responsables ante ella, entre controles que explícitamente operan desde dentro de la política ordinaria y aquellos que pretenden operar desde fuera y por encima de ella”⁶⁶.

Es más, proclamarse partidario del constitucionalismo popular ni siquiera implica necesariamente mostrarse contrario al control judicial de la constitucionalidad. Lo que rechazan es la visión elitista conforme a la cual los jueces están mejor preparados para interpretar la constitución que los representantes del pueblo o que la ciudadanía en su conjunto, por lo que no aprueban que un órgano judicial tenga la última palabra, que a juicio debería estar en “the People themselves”, toda vez que no parece muy coherente que el pueblo se considere capacitado para crear una constitución y para decidir sobre su reforma, pero no para interpretarla –“¿creemos realmente que el pueblo es lo suficientemente sabio para darse una constitución, pero lo suficientemente obtuso, torpe y disfuncional para interpretarla, como institución final en caso de incertidumbre empírica?”⁶⁷–.

Por ello, y como colofón, me parece de gran interés hacer referencia aquí a una muy sugerente propuesta para hacer realidad el constitucionalismo popular: el “veto popular”, esbozado por Tom Donnelly⁶⁸. El atractivo de esta propuesta radica en que conjuga los tres mecanismos en liza, la revisión judicial de constitucionalidad, la supremacía parlamentaria y la participación directa de la ciudadanía –al tiempo que da respuesta a la crítica lanzada por Alexander y Solum– y, básicamente, consiste en que en determinadas circunstancias y bajo determinados requisitos, el pueblo directamente podría tomar en consideración las decisiones judiciales en torno a la interpretación constitucional y, en su caso, dejarlas sin efecto.

Concretamente, este veto podría ejercerse contra aquellas decisiones del Tribunal Supremo de los EE.UU. que fueran tomadas por la mínima, esto es, por cinco votos a cuatro. En tal caso, la decisión sería remitida al Congreso para que la tomara en consideración y decidiera, si así lo estima conveniente, por una mayoría cualificada en ambas cámaras someterla al escrutinio de la ciudadanía por medio de un referéndum nacional.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 242-246.

⁶⁷ SANÍN RESTREPO, R.; “En nombre del pueblo. Destruyendo a *Marbury v. Madison*”, *Criterio Jurídico*, vol. 6, 2006, p. 62.

⁶⁸ DONNELLY, T.; “Making Popular Constitutionalism Work”, *Wisconsin Law Review*, 2012.

El hecho de que esta medida se aplique únicamente a este tipo de decisiones tomadas por tan exigua mayoría se debe a que, a su juicio, el pueblo norteamericano valora la supremacía judicial primordialmente por la estabilidad que otorga al sistema jurídico, pero el hecho de que una decisión sea tomada por apenas un voto de diferencia suele indicar que una parte del Tribunal está tratando de modificar la doctrina constitucional consolidada, rompiendo así el consenso habido hasta el momento, por lo que en estos casos debería escucharse la palabra del pueblo al respecto.

Reconoce que esta propuesta necesita ser aún madurada y desarrollada y que, en cualquier caso, habrían de tenerse en cuenta dos consideraciones: primero, que el procedimiento debería prever un periodo de tiempo suficiente entre la decisión del Tribunal y la celebración del referéndum para que se posibilite un debate popular genuino sobre la cuestión en liza; segundo, que la decisión del Congreso de someter el asunto al escrutinio popular debería requerir de una supermayoría con el fin de limitar el número de ocasiones en que la ciudadanía fuera llamada a decidir sobre cuestiones constitucionales, reservándose el posible veto del pueblo para los asuntos especialmente controvertidos.

No obstante, esta propuesta no es nueva, sino que el mismo autor reconoce que se basa en una antigua idea de Theodore Roosevelt quien hace un siglo, al dirigirse a una asamblea reunida para revisar la constitución estatal de Ohio, presentó su “Charter for Democracy”, a juicio de Donnelly “la defensa más completa del constitucionalismo popular ofrecida por cualquier figura importante en la historia política estadounidense”.

Espoleado por algunas decisiones judiciales que habían derogado varias leyes laborales, Roosevelt pidió reformas que aseguraran que los ciudadanos tuvieran la última palabra sobre las cuestiones constitucionales relevantes, atacando de ese modo la supremacía judicial, por creer “a la vez absurdo y degradante hacer un fetiche de un juez o de cualquier otra persona”. La propuesta esencial de reforma central de Roosevelt era simple: cuando los jueces deciden sobre una cuestión constitucional, “el pueblo debería tener derecho a revocar esa decisión si la considera incorrecta”. Y añadía:

“Si un número considerable de personas siente que la decisión es contraria a la justicia, debe concedérseles el derecho por petición de consultar a los votantes en la misma elección subsiguiente, especial o de otro tipo, según se decida, y después de la mayor oportunidad para la deliberación y el debate, si se sustenta o no la interpretación de la Constitución por parte de los jueces. Si se sustenta, muy

bien. Si no, el veredicto popular debe aceptarse como definitivo, la decisión debe tratarse como revocada y la interpretación de la Constitución decidida definitivamente”⁶⁹.

Ahora bien, el propio Roosevelt limitaba esta propuesta a las “decisiones tomadas por una mayoría estrecha” de jueces (en otras palabras, a casos donde sería “necio” hablar de cualquier consenso legal sobre el tema abordado), pues quería preservar un papel para la independencia judicial en aquellos casos en que existiera consenso –y, de hecho, él mismo admitió que las decisiones judiciales no serían impugnadas en la mayoría de los casos–.

Subyacente a la propuesta de Roosevelt estaba su temor a que el pueblo norteamericano pudiera perder el poder de abordar los grandes temas políticos, sociales y económicos del momento y de que su voluntad fuera reemplazada por la de una élite judicial, por lo que tendría que concedérsele ser el “intérprete final de la Constitución”.

En definitiva, el veto popular –señala su proponente– sería un modo concreto de hacer realidad el constitucionalismo popular, dándole una voz decisiva al pueblo en asuntos controvertidos de relevancia constitucional. La revisión judicial se conservaría –demostrándose así que ambas instituciones pueden ser compatibles– e incluso el Tribunal Supremo continuaría teniendo la última palabra en la inmensa mayoría de los casos, pero el concederle a la ciudadanía un control razonable sobre “una Corte agresiva” tendría la importancia simbólica de situar a “the People themselves” en lo más alto de la jerarquía constitucional, toda vez que, como afirmaba el propio Roosevelt, el pueblo americano debe ser “el amo y no el sirviente incluso del más alto tribunal” de la nación.

⁶⁹ Hon. Theodore Roosevelt, Former President of the U. S., Address before the Ohio Constitutional Convention: A Charter of Democracy (Feb. 21, 1912) in S. Doc. No. 62-348 (1919).

5. Bibliografía

- ALEXANDER, L. y SOLUM, L.B., “Popular? Constitutionalism?”, Recensión de *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *Institute on Law and Philosophy*. 75, 2005
- ALTERIO, A.M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coords.); *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013
- ALTERIO, A.M.; “Constitucionalismo popular”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 10, 2016
- ARONSON, O.; “Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 43, 2010
- BECKER, T.L.; *Comparative Judicial Politics. The Political Functionings of Courts*, Rand McNally, Chicago, 1970
- BICKEL, A.M.; *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986, p. 21.
- CHEMERINSKY, E.; “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 3, 2004
- DONNELLY, T.; “Making Popular Constitutionalism Work”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1, 2012
- FRIEDMAN, B.; “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 8, 2003
- GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coords.); *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016
- GODOY, M.G.; “Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía judicial: Posibles lecciones para Brasil”, en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013
- GONZÁLEZ BERTOMEU, J.F.; “Tushnet y el control de constitucionalidad: Una teoría ligeramente desenfocada”, en *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016
- GREWAL, D.S. y PURDY, J., “The Original Theory of Constitutionalism”, *The Yale Law Journal*, 127 (3), 2018
- HIRSCHL, R.; “Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective”, *University of Richmond Law Review*, 34 (2), 2000
- KRAMER, L.; “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *Stanford Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2006
- KRAMER, L.D.; “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, Vol. 92, Nº 4, 2004
- KRAMER, L.D.; “Undercover anti-populism”, *Fordham Law Review*, 73, 2005
- KRAMER, L.D.; *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004
- LINARES, S.; *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008

- LOVERA, D.; “¿Tres son multitud? Constitucionalismo popular, cortes y protesta”, en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013
- NIEMBRO, R.; “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía*, nº 38, 2013
- PACELLE, R.L.; *The role of the Supreme Court in American politics. The Least Dangerous Branch?*, Westview Press, 2002
- PETTYS, T.E.; “Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People Be Trusted?”, *Washington University Law Review*, 86(2), 2008
- POST, R.; “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics”, *California Law Review*, Vol. 98, n. 4, 2010
- POZEN, D.; “Judicial Elections as Popular Constitutionalism”, *Columbia Law Review*, Vol. 110, 2010
- PRIETO SANCHÍS, L.; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003
- ROSS, B.L.; “Administrative Constitutionalism as Popular Constitutionalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 167, 2019
- RUIZ MIGUEL, A.; “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, nº 21, 2004
- SANÍN RESTREPO, R.; “En nombre del pueblo. Destruyendo a Marbury v. Madison”, *Criterio Jurídico*, V. 6, 2006
- SERRA CRISTÓBAL, R.; *La selección de jueces en Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011
- SERRA CRISTÓBAL, R.; “El federalismo judicial estadounidense”, *Estudios de Deusto*, vol. 65/1, 2017
- SIEGEL, R.B.; “Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective”, *University of Pennsylvania Law Review*, 297, 2001
- TURÉGANO MANSILLA, I.; “Democracia y cambio constitucional”, *Eunomía*, nº 22, 2022
- TUSHNET, M.; *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999
- TUSHNET, M.; “Popular Constitutionalism and Political Organization”, *Roger Williams University Law Review*, Vol. 18, No 1, 2013
- TUSHNET, M.; “Prefacio”, en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013
- TUSHNET, Mark; *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014
- TUSHNET, M.; “Derecho constitucional crítico y comparado”, en *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016
- TUSHNET, M. y BUGARIČ, B.; *Power to People. Constitutionalism in an Age of Populism*, Oxford University Press, 2021
- WALDRON, J.; “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, nº 115, 2006