

LARRY D. KRAMER

**CONSTITUCIONALISMO POPULAR  
Y CONTROL  
DE CONSTITUCIONALIDAD**

Traducción de  
Paola Bergallo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

## ÍNDICE

	Pág.
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN. EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR</b> .....	15
<b>CAPÍTULO I. LA CONSTITUCIÓN CONSUECUDINARIA. En sus- tancia, y en principio, la misma de ayer</b> .....	21
1. «Qué más que una utilización inmemorial» .....	22
2. «Y declaren nula dicha ley» .....	32
3. «Responsable frente a la comunidad» .....	40
4. Constitucionalismo popular, <i>circa</i> 1765 .....	46
<b>CAPÍTULO II. LOS ORÍGENES DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Una regla obligatoria para todos los de- partamentos</b> .....	53
1. «Para apoyar su ley constitucional y fundamental» .....	54
2. «Sólo el pueblo mismo [...] puede declarar su significado verda- dero» .....	58
3. El constitucionalismo popular, <i>circa</i> 1786 .....	70
4. «Siendo jueces para beneficio de todo el pueblo» .....	80
5. «Un poder así en los tribunales implicaría la destrucción de la li- bertad» .....	89
<b>CAPÍTULO III. LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. El po- der bajo la Constitución siempre residirá en el pueblo</b> .....	97
1. «La Ley Suprema de los Respetivos Estados» .....	97
2. El perro que no ladró – y el que sí lo hizo .....	104

	Pág.
<b>CAPÍTULO IV. LA ACEPTACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Los tribunales, al igual que los otros departamentos, están obligados por ese instrumento .....</b>	123
1. «Una cuestión de gran gratificación para todo republicano y amigo de la libertad».....	125
2. «Por favor, decidan a favor del pueblo».....	130
3. El Constitucionalismo Popular, <i>circa</i> 1800.....	138
4. <i>Marbury v. Madison</i> .....	149
<b>CAPÍTULO V. RECHAZANDO LA SUPREMACÍA JUDICIAL. Aquello de lo que debe depender todo verdadero republicano.....</b>	165
1. «El guardián adecuado y deseado de nuestras constituciones limitadas».....	168
2. «Defenderlos de sus peores enemigos, ellos mismos».....	177
<b>CAPÍTULO VI. EL CAMBIANTE CONTEXTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Sin perjuicio de esta visión abstracta .....</b>	185
1. «Jamás olviden que lo que estamos exponiendo es una constitución...»	188
2. «El derecho, caballeros, es una ciencia de gran dificultad».....	198
3. Ganando la «confianza del pueblo» .....	208
<b>CAPÍTULO VII. LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA. Preservar la Constitución como perpetua prenda de unión.....</b>	215
1. «El fin de esto es la guerra, la guerra civil» .....	218
2. «Un árbitro supremo o la autoridad para interpretar» .....	231
3. «Estamos preparados para ser aconsejados e instruidos por el partido, por el pueblo mismo».....	236
4. El Constitucionalismo Popular, <i>circa</i> 1840.....	245
<b>CAPÍTULO VIII. LA CONTINUA LUCHA POR EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR. El documento de un lego, no el contrato de un abogado .....</b>	257
1. «La acción presente saludable y beneficiosa de la opinión pública» ...	259
2. «Los amos y no los siervos de la más alta Corte de esta Tierra» .....	264
3. «Desde <i>Marbury</i> ».....	271
<b>CAPÍTULO IX. CONSTITUCIONALISMO POPULAR, CIRCA 2004. Como un estadounidense .....</b>	279
1. «Dejando el cuidado de sus libertades a sus legisladores más sabios.»	280
2. «El expositor más seguro de la Constitución» .....	286

	<u>Pág.</u>
3. «Una cuestión de sensatez».....	295
4. «Un respeto adecuado por la gente» .....	300
<b>EPÍLOGO. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD SIN SUPREMACÍA JUDICIAL.....</b>	<b>303</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>309</b>

## INTRODUCCIÓN

# EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Algunas escenas de los comienzos de la República americana:

Lunes 29 de julio de 1793. Un jurado absolvió a Gideon Henfield del cargo de violación del derecho de gentes al servir a bordo de un buque de guerra francés<sup>1</sup>. Los hechos del caso *Henfield* no fueron controvertidos, y su defensa giró en torno a una cuestión de derecho. Henfield argumentó que era inconstitucional juzgarlo porque sus acciones no habían sido proscritas por ninguna norma o legislación vigente de los Estados Unidos. El tribunal —integrado por los jueces de la Corte Suprema James Wilson y James Iredell y el juez del tribunal de distrito Richard Peters— instruyó a los jurados haciéndoles saber que la defensa de Henfield era jurídicamente espuria. Ha sido «opinión conjunta y unánime del tribunal», les informó Wilson, que las acciones de Henfield podrían ser ilegales por representar una ofensa del *common law* contra los Estados Unidos<sup>2</sup>. El jurado no estuvo de acuerdo, y su veredicto provocó celebraciones en todo el país. Relata John Marshall que la absolución de Henfield fue celebrada con «señales extravagantes de alegría y exultación» por un público que cuestionaba la posición de la administración<sup>3</sup>. Se encendieron hogueras y se celebraron fiestas en ciudades y pueblos de Maine a Georgia. En Charleston, Carolina del Sur, un «número de ciudadanos respetables» pasó una noche de «gran hilaridad y armonía» al brindar en honor a «(e)l patriótico jurado de Filadelfia que absolvió a Gideon Henfield, y defendió los derechos del hombre (*Tres brindis*)»<sup>4</sup>. La *National Gazette* elogió al jurado del caso *Henfield* por

---

<sup>1</sup> Las narraciones completas del caso *Henfield* pueden hallarse en JAY, 1997: 127-128, 138-142; CASTO, 1995: 130-136; y PRESSER, 1991: 68-76.

<sup>2</sup> Acusación del *Petit Jury*, en *United States v. Henfield*, II F. Cas. 1099, 119-20 (C.C.D. Pa. 1793) (No. 6360).

<sup>3</sup> MARSHALL, 1807: 273-274.

<sup>4</sup> Sociedad Republicana de Carolina del Norte, Brindis por una Victoria Francesa, 29 de agosto de 1793, citado en FONER, P. S., 1976: 380.

defender la Constitución contra un tribunal y una Administración con visiones corrompidas por «motivaciones políticas»:

Cuando los siete obispos (hombres buenos y célebres) fueron juzgados por demandar a Jacobo II, surgió una diferencia similar de opinión entre el tribunal y el jurado, entonces, como ahora, el pueblo estaba exultante por el veredicto de absolución; y nuestra posteridad venerará, probablemente, a este jurado como nosotros veneramos a aquél, por su contribución a asegurar los derechos y libertades de la humanidad<sup>5</sup>.

\* \* \*

Sábado 18 de julio de 1795. Al menos 5.000 personas se reunieron frente al *Federal Hall* en la Ciudad de Nueva York para protestar contra el *Jay Treaty*<sup>6</sup>. La manifestación había sido planeada durante semanas por los Republicanos ansiosos de lograr la declaración de nulidad del tratado. La multitud, en su mayoría integrada por comerciantes y trabajadores, se vio inesperadamente acompañada por algunos integrantes de la elite de la ciudad; reunidos a toda prisa por los comerciantes federalistas liderados por Alexander Hamilton. Los federalistas decididos trataron de tomar el control de la manifestación. Cuando el encuentro iba a comenzar, Hamilton subió a los escalones de un edificio cercano rodeado de sus seguidores y comenzó a hablar. Los líderes republicanos le solicitaron que se detuviera, a lo cual Hamilton rehusó con altanería. La muchedumbre reaccionó enfurecida, ahogando a Hamilton con «silbidos, escupitajos y abucheos»<sup>7</sup>. Hamilton ofreció una resolución escrita, que exigió fuese adoptada como reflejo de la verdadera voluntad de la ciudad. La muchedumbre se detuvo a escuchar, pero explotó furiosa al oír que era «innecesario dar una opinión sobre el tratado» porque el pueblo tenía «confianza total en la sabiduría y la virtud del Presidente de los Estados Unidos, a quien, junto con el Senado, le correspondía constitucionalmente la discusión de la cuestión»<sup>8</sup>. Hamilton y sus acompañantes fueron desalojados al grito de «no escucharemos más» y «rómpanlo»<sup>9</sup>. Se dijo que alguien en la multitud arrojó una piedra que golpeó a Hamilton en la cabeza. Escenas similares se repitieron por todo el país.

\* \* \*

2 de julio de 1798. Durante un debate en el Congreso por la adopción de la *Alien Act* —que dio al Presidente poderes unilaterales para poner en prisión o deportar extranjeros, incluso en tiempos de paz— Edward Livingston de Nueva York reprochó a los defensores del proyecto. «Si estamos dispuestos a violar la constitución que hemos jurado defender», advirtió: «¿El pueblo se

<sup>5</sup> *National Gazette*, 3 de agosto de 1793, citado en BUEL, Jr.: 1972, 25.

<sup>6</sup> El relato completo de este encuentro se encuentra disponible en YOUNG, 1967: 449-454 y FREEMAN, 2001.

<sup>7</sup> *The Argus, or Greenleaf's New Daily Advertiser*, 20 de julio de 1795.

<sup>8</sup> Citado en FREEMAN, 2001: xiii, y MILLAR, 1959: 424.

<sup>9</sup> YOUNG, 1967: 450.

someterá a nuestros actos desautorizados? ¿Los estados respetarán nuestros poderes usurpados? Señor, no deben someterse. Si no resisten, se merecerán las cadenas para las cuales han sido concebidas estas medidas»<sup>10</sup>. Las respuestas a las admoniciones de Livingston fueron inmediatas y extendidas. En encuentros públicos en Kentucky, Virginia, y los estados del Atlántico Medio fueron denunciadas la *Alien Act* y la *Sedition Act*, declaradas insubsanablemente nulas<sup>11</sup>. Una compañía militar en un condado de Virginia anunció que no colaboraría para hacer cumplir las leyes, al tiempo que un regimiento en el condado de Madison, Kentucky, resolvió que aquellas leyes «violaban la Constitución, y los derechos naturales, y que [...] No podemos ni aprobarlas ni someternos a ellas»<sup>12</sup>. Los federalistas respondieron a éstas y a declaraciones similares reclamando que los juicios de constitucionalidad quedaran al arbitrio de los tribunales, una posición que sus oponentes rechazaron con fuerza. Afirmar que «la decisión sobre la constitucionalidad de todos los actos legislativos reside sólo en el poder judicial», escribió un corresponsal en el *Albany Register*, «es remover la piedra fundamental sobre la que se asienta nuestro acuerdo federal; es sustraer al pueblo su soberanía suprema»<sup>13</sup>.

\* \* \*

En éstas y en incontables escenas del mismo tipo, los estadounidenses de la época de la fundación revelan la forma en la que comprendían su rol en el gobierno popular con un alcance que nosotros, que damos mucho por sentado, no podríamos comprender. Los Estados Unidos eran entonces el único país del mundo con un gobierno fundado explícitamente en el consentimiento del pueblo, manifestado en un acto distintivo e identificable, y quienes habían dado ese consentimiento eran intensa y profundamente conscientes de ello. Y estaban orgullosos. Este orgullo, esta percepción de la fragilidad e importancia de su proyecto de gobierno popular, estuvieron presentes en todo lo que hizo la generación de los fundadores. Fue, como ha señalado Gordon Wood, «el significado profundamente percibido de la Revolución»<sup>14</sup>.

Los comentaristas modernos, especialmente los jurídicos, leen las cartas y los discursos de los Fundadores de forma anacrónica; otorgándole demasiado peso, o el tipo de peso equivocado, a las quejas sobre los «excesos de democracia»<sup>15</sup>. Presentamos a los hombres que concibieron y ratificaron la

---

<sup>10</sup> Discurso de Edward Livingston ante la Cámara de Diputados, citado en el *Washington Herald of Liberty*, 16 de agosto de 1789.

<sup>11</sup> CHURCHILL, 2000: 113.

<sup>12</sup> Resoluciones del Séptimo Regimiento y los Ciudadanos del Condado de Madison, Aurora, 4 de enero de 1799, citado en *ibid*.

<sup>13</sup> Citado en *ibid*.

<sup>14</sup> WOOD, 1969: 47; para un análisis detallado de la forma en la que los estadounidenses del momento entendían el tránsito de la monarquía a la república, véase BUSHMAN, 1985.

<sup>15</sup> FARRAND, 1937: 48 (comentarios de Elbridge Gerry) (Notas de Madison, 31 de mayo de 1787).

Constitución como luchando por crear un sistema autocorregible de frenos y contrapesos cuyas operaciones fundamentales podrían funcionar totalmente desde el interior del gobierno mismo, con una implicación o una interferencia mínima del pueblo. Nuestra gramática política está saturada de esta lectura de la fundación, que considera al movimiento por la redacción de una nueva Constitución casi exclusivamente en términos antidemocráticos. Según esta concepción —una visión que permea la producción académica tanto histórica como jurídica sobre el asunto—, nuestra Constitución fue adoptada primero y fundamentalmente para instaurar un control sobre el pueblo, para minimizar su rol en el gobierno, para empujar al pueblo tan fuera del escenario como fuera posible sin abandonar técnicamente el republicanismo.

En esta caracterización hay, por supuesto, un componente de verdad. Habiendo sobrevalorado la capacidad de un legislativo ilimitada para gobernar durante la ola de entusiasmo romántico que cubrió al país con la Declaración de la Independencia, en la década de 1780 el liderazgo estadounidense reaprendió dolorosamente el porqué de la necesidad de fragmentar y separar el poder dentro del gobierno. Sin embargo, debemos ser cautelosos, para no exagerar el alcance y la naturaleza de la reacción focalizándonos de forma muy restringida en esa dirección.

Igual de importante es no juzgar las palabras y las acciones de los hombres del siglo XVIII con nuestros estándares sobre lo que significa ser un «demócrata». Incluso las concepciones de los más «anti» de los antifederalistas serían reaccionarias hoy y en muchos sentidos se ubicarían muy lejos del *mainstream* político. En su época, sin embargo, y especialmente en el contexto del mundo en el Atlántico, los fundadores de los Estados Unidos estaban del otro lado del espectro político: eran fervientes radicales apostando arriesgadamente por un gobierno popular. El debate entre los federalistas y los antifederalistas fue, en efecto, una discusión entre facciones de una izquierda democrática; incluso los federalistas «de buen tono» eran populistas de acuerdo a las visiones imperantes, que excluían la opción de un gobierno estable que no tuviera un monarca o una aristocracia formal. La generación fundadora de los Estados Unidos, en audaz contraste, abrazó una ideología política que celebraba el rol central del «pueblo» en la provisión de energía y de dirección al gobierno, un ideal que permaneció en todo momento a la vanguardia de su pensamiento —tanto el de los federalistas como el de los antifederalistas—. La preservación de la libertad requería una constitución cuya arquitectura interna fuera diseñada con cuidado para controlar el poder, al tiempo que exigía líderes con suficiente «personalidad» y «virtud». Pero las innovaciones estructurales y un liderazgo virtuoso eran «dispositivos auxiliares» para canalizar y controlar la política popular; no para aislarla o eliminarla. El pueblo mismo seguía siendo responsable de hacer que las cosas funcionaran.



Esto era especialmente así en lo concerniente a la constitución, la expresión más directa de la voz del pueblo. Escuchemos a St. George Tucker, en el apéndice de su edición de los *Blackstone's Commentaries* de 1803:

[L]a Revolución americana ha generado una nueva época en la historia de las instituciones civiles, al poner en práctica lo que, antes, se suponía que sólo podía existir en las especulaciones visionarias de los escritores teóricos [...] Por primera vez desde el comienzo de la historia de la vida humana, el mundo ha visto un contrato original escrito celebrado por las voces libres e intencionadas de individuos dispuestos a unirse con los mismos lazos sociales; exhibiendo de esta forma un fenómeno político desconocido en eras anteriores [...] [L]as facultades de los diversos poderes del gobierno están definidas, y sus excesos, tanto los del legislativo como los de *otros* poderes tienen límites, que no pueden ser transgredidos sin ofender al poder mayor del cual deriva toda autoridad entre nosotros; a saber, el PUEBLO<sup>16</sup>.

Cuando Tucker y sus contemporáneos invocaban al «pueblo,» además, no estaban conjurando una abstracción hueca ni presentando una justificación filosófica mítica del gobierno. El «pueblo» que ellos conocían podía expresarse, y lo había hecho. El «pueblo» que ellos conocían había peleado una revolución, había expresado su insatisfacción con los primeros frutos de la independencia, y había debatido y adoptado una nueva carta para gobernarse a sí mismo. Los fundadores estaban ciertamente preocupados por los peligros del gobierno popular, algunos de ellos lo estaban con obsesión. Pero también habían sido cautivados por sus posibilidades y sentían un respeto reverencial por su importancia. La constitución seguía siendo fundamentalmente un acto de la voluntad popular: la carta del pueblo, hecha por el pueblo. Y, como veremos, era «el pueblo mismo» —trabajando a través de y respondiendo a sus agentes en el gobierno— el responsable de ver que la constitución fuera interpretada e implementada de forma adecuada. La idea de entregar esta responsabilidad a los jueces era simplemente impensable.

Es cierto que la práctica del control judicial de constitucionalidad surgió, y de forma temprana —mucho antes que *Marbury v. Madison*, que en su mayoría repetía los argumentos ya desarrollados por otros—. Elucidar la naturaleza de esta práctica inicial, que se parecía poco al control judicial de constitucionalidad de hoy, está entre los objetivos de este libro. Pero la historia que sigue es más que una historia revisionista (si bien también lo es, por cierto) de los orígenes del control judicial de constitucionalidad. Ello porque los esfuerzos por definir un rol para los tribunales han sido parte de una lucha mayor y más fundamental para mantener la autoridad de los ciudadanos comunes sobre la constitución. Una y otra vez, la generación de los fundadores y sus sucesores respondieron a las condiciones sociales, políticas y culturales en evolución improvisando soluciones institucionales e intelectuales para preservar el con-

---

<sup>16</sup> TUCKER, 1803.

trol popular sobre el decurso del derecho constitucional —un tipo de control que parece que hemos perdido o abandonado en la actualidad—.

En el siglo XXI tendemos a dividir el mundo en dos terrenos distintos: el ámbito de la política y el ámbito del derecho. En la política, el pueblo gobierna. Pero no lo hace en el derecho. El derecho queda al margen para la elite entrenada de jueces y abogados cuya tarea profesional es implementar las decisiones formales producidas en y por la política. La constitución, según este entendimiento moderno, es una especie del derecho —especial sólo en la medida en la que establece los límites dentro de los cuales discurre la política—. Como derecho, la constitución queda reservada a esta elite para que la maneje, con sujeción a la supervisión superior de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La política constitucional, en la cual el pueblo tiene un rol, es el proceso de producción del nuevo derecho constitucional. Se diferencia de la interpretación y la exigibilidad del derecho constitucional vigente —tareas éstas desarrolladas totalmente y con autoridad para nosotros en los tribunales y por los jueces—. Gerald Leonard lo describe de manera elegante al observar cómo nos inclinamos hoy «a ver a la política como *trabajando dentro* de un orden constitucional en lugar de *trabajando para* ese orden constitucional»<sup>17</sup>.

Esta comprensión moderna es, como veremos, de cosecha sorprendentemente reciente. No refleja ni la concepción original del constitucionalismo ni su desenvolvimiento durante la mayor parte de la historia americana. Tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo estadounidense asignó un rol central y crucial a los ciudadanos para la implementación de su constitución. La autoridad interpretativa final residía en «el pueblo mismo», y los tribunales al igual que los representantes electos estaban subordinados a los juicios del pueblo. La historia de esta práctica de «constitucionalismo popular» es la que aparece a través de nuestro estudio del control judicial de constitucionalidad. Muchos, quizás la mayoría, de los académicos creen hoy que la «soberanía popular» sólo puede expresarse en momentos raros, creen que con la excepción de esos momentos «el pueblo» está ausente o presente sólo como abstracción. Ésa no era la creencia de los Padres Fundadores ni de sus hijos ni de los hijos de sus hijos, y al trazar el mapa de la forma en la que ellos construyeron la idea del control judicial de constitucionalidad también trazaremos el mapa de sus esfuerzos por explicar y preservar la soberanía activa del pueblo sobre la Constitución. Y en el camino, quizás, encontraremos algunas razones para redespertar nuestras propias sensibilidades adormecidas en ese sentido.

---

<sup>17</sup> LEONARD, 2002: 15.

# CAPÍTULO I

## LA CONSTITUCIÓN CONSUECUDINARIA

### En sustancia y en principio, la misma de ayer

La idea de una «constitución» no era nueva en 1787 ni en 1776. Los estadounidenses tenían un concepto del derecho constitucional e ideas bien desarrolladas sobre la naturaleza de una constitución mucho antes de sentarse a redactar cualquiera de sus constituciones. Desde la perspectiva del historiador, este concepto se remonta por lo menos a las luchas entre Jacobo I y el Parlamento<sup>1</sup>, aunque a los hombres de los siglos XVII y XVIII les gustaba referirse a una «Constitución Ancestral» cuyas prácticas se seguían desde «tiempo inmemorial»<sup>2</sup>. Los estadounidenses de la Colonia se aferraban a los principios de esta constitución muy familiar en sus términos, y estaban convencidos de su esencia de corrección y sabiduría<sup>3</sup>. Naturalmente, las pautas de pensamiento y de acción marcadas por esta experiencia moldearon la comprensión de la tarea de redacción de nuevas constituciones tras la Revolución y proveyeron, por tanto, el punto de partida necesario para la recuperación de la Constitución original.

---

<sup>1</sup> GOUGH, 1955: 12-65, ha encontrado antecedentes del derecho fundamental en la Edad Media, pero ubica el inicio de su versión del derecho fundamental en los esfuerzos frustrados de Sir Edward Coke para desafiar la autoridad de la Corona y los reclamos de Jacobo I frente a las prerrogativas reales. Por otra parte, fue aproximadamente en esta época cuando el pueblo angloparlante comenzó a utilizar la palabra «constitución» para referirse a su ley fundamental y poner marco al gobierno (STOURZH, 1988: 35, 38). Existía una historia más antigua aún del constitucionalismo pero ésta tenía una relación apenas tangencial con la tradición iniciada en Europa en la Edad Media tardía. SARTORI, 1962: 853.

<sup>2</sup> POCOCK, 1987: 30-55; REID, 1993: 169-176, 211-222.

<sup>3</sup> BAYLIN, 1968: 52-54; GREY, T. C., 1978: 843, 849-850.

## 1. «QUÉ MÁS QUE UNA UTILIZACIÓN INMEMORIAL»

La palabra «constitución» tenía significados diferentes en los siglos XVII y XVIII, y no todos se correspondían con su comprensión moderna. Según uno de los usos, una «constitución» era simplemente el arreglo de leyes y prácticas existentes que, literalmente, constituían el gobierno, no era ni anterior ni superior al gobierno ni al derecho ordinario, por lo cual resultaba posible que una ley fuera considerada inconstitucional sin que ésta fuera además ilegal<sup>4</sup>. En el sentido opuesto, otro uso del concepto equiparaba la constitución al derecho ordinario y la constitucionalidad a la legalidad. Al escribir en 1788, William Paley describió la constitución como nada más que «una sección principal, un encabezamiento, sección, o título del código de derecho público»<sup>5</sup>. «Los términos *constitucional* o *inconstitucional* significan *legal* o *ilegal*», explicaba, dado que el derecho constitucional «se funda en la misma autoridad que el derecho aplicable\* sobre cualquier tema; y debe ser interpretado por los mismos métodos».

Incluso, un tercer significado, el más pertinente aquí por haber sido el que seguían los revolucionarios estadounidenses, asimilaba la constitución a la «ley fundamental». Sin embargo, la frase ley fundamental en sí no siempre se utilizaba con consistencia<sup>6</sup>. En algunas instancias, la expresión ley fundamental se empleaba de forma tal que resultaba intercambiable con las costumbres antiguas y valiosas, costumbres que podrían o no tener la capacidad de controlar al soberano. En otras instancias, describía las reglas que establecían los procedimientos para el funcionamiento del poder legislativo, tales como el requisito de que los tres estamentos —Rey, Lores y Comunes— dieran su consentimiento antes de que un proyecto se convirtiera en ley. Sin embargo, la expresión ley fundamental era utilizada de forma más común como sinónimo de lo que todavía hoy consideramos derecho constitucional: un cuerpo de principios inmutables más allá del alcance de cualquier institución gubernamental.

Para complicar nuestra confusión sobre el significado de la ley fundamental estaba (para los ojos modernos) su enmarañada relación con el *common law*, el cuerpo de reglas y principios consuetudinarios que gobernaban las cuestiones legales ordinarias en los tiempos que precedieron al funcionamiento de las legislaturas. La ley fundamental se basaba en el *common law* y compartía muchos de sus principios. Gran parte de la ley fundamental derivaba,

<sup>4</sup> REID, I. J. P.: 1968.

<sup>5</sup> PALEY, W., 1788, citado en WILSON, J., 1967: 310.

\* *N. de T.*: *The law of the land* en inglés. Esta expresión es equivalente a la expresión latina *lex terrae* y se refiere al derecho vigente y de aplicación en un determinado país.

<sup>6</sup> GOUGH, 1955: 2; REID, 1968: 76.

de hecho, del *common law* —el derecho a un juicio por jurados ejemplifica de forma obvia e importante esa relación—. No obstante, no todo el *common law* era la ley fundamental, y mucho de lo que se reconocía como parte de la ley fundamental tampoco derivaba del *common law*. A pesar de la importante superposición, la ley fundamental conformaba entonces un cuerpo de principios y costumbres conceptualmente diferenciado. Es posible que sus límites precisos frente al *common law* fueran confusos, incluso para los escritores y comentaristas de entonces. Pero, no obstante, esos límites existían, y los participantes parecían capaces de distinguir uno de otro y detectar cuándo alguien quería invocar la ley fundamental en su sentido fuerte.

La relación entre la ley fundamental y el derecho natural era más compleja que la relación entre la ley fundamental y el *common law*. La existencia de una «ley de la naturaleza» (o, como preferían identificarla algunos en el siglo XVIII, una «ley de la razón») se consideraba un hecho, al igual que la trascendencia y superioridad del derecho natural frente al derecho positivo producto de las instituciones humanas<sup>7</sup>. Las declaraciones en este sentido eran lugar común en las obras contemporáneas de teoría jurídica y política. Incluso el propio Sir William Blackstone, el gran positivista, comenzaba sus *Commentaries* reconociendo un derecho natural que «por supuesto es superior a cualquier otro en la generación de obligaciones. Es obligatorio en todo el planeta, en todos los países, y en todos los tiempos: ninguna ley humana es de ninguna validez, si lo contradice; y todas las leyes válidas derivan de él toda su fuerza, y toda su autoridad, de forma mediata o inmediata»<sup>8</sup>. Pero la importancia de la preeminencia del derecho natural era menos clara en la práctica porque la ley humana siempre se las arreglaba de alguna forma para ofrecer una solución aceptable<sup>9</sup>. Como lo explicó un juez del siglo XVI:

[N]o debemos creer que los fundadores de nuestro derecho fueron remisos en la búsqueda del derecho natural, o que lo ignoraban. Tampoco encontramos ninguna razón, en el derecho que ellos crearon, para concebir opinión tan pobre de ellos, ya que sus leyes indican lo contrario, y demuestran que ellos, quienes las hicieron, eran hombres del más grande y profundo juicio, y estaban familiarizados tanto con el derecho natural como con el derecho de la razón, y la ley de Dios. Ya que no hay nada que nuestras leyes ordenen que contradiga la naturaleza o la ley de Dios, nuestro derecho está más bien de acuerdo con aquellas<sup>10</sup>.

Deslizamientos interpretativos de este tipo eran comunes en relación con la ley fundamental. Si bien la ley fundamental y el derecho natural podían diferenciarse, la generalidad y la apertura de sus respectivos contenidos quitaba importancia práctica a la distinción. Los escritores podían (y

<sup>7</sup> HAINES, 1914: 21.

<sup>8</sup> BLACKSTONE, 1765: 41.

<sup>9</sup> GOUGH, 1955: 17-19.

<sup>10</sup> *Sharinston v. Strotten* (7 & 8 Elizabeth), I Plowden 298, 304.

de hecho lo hacían) presumir que la ley fundamental se adecuaba al derecho natural y en igual sentido podían (y de hecho lo hacían) basarse de forma intercambiable en ambos para la elaboración de argumentos. La ley fundamental era, en parte, la corporización o la expresión de la naturaleza y la razón en el derecho positivo. En palabras de un escritor anónimo de panfletos del siglo xvii, la ley fundamental era «una definición de las leyes de la naturaleza y el *common equity* (por consentimiento común) en una forma política y de gobierno que las hace administrables entre nosotros con honor y seguridad»<sup>11</sup>.

La tradición del derecho constitucional del siglo xviii colapsaba así argumentos del derecho natural con argumentos de moralidad, costumbre y el *common law* y el derecho legislativo de forma tal que difuminaba las distinciones que el abogado moderno asume deben articularse con precisión<sup>12</sup>. La preocupación persistente por la precisión sobre las jerarquías y las fuentes del derecho surgió más tarde para convertirse en el sello del pensamiento jurídico del siglo xix —y el siglo xx—. Los abogados en el siglo xviii estaban al tanto de estas distinciones, pero de forma raras veces formulada con exactitud porque un acuerdo de principios compartidos hacía innecesario enfatizar diferencias puramente conceptuales. Entonces, si bien los límites pueden haber sido borrosos, todavía existían, y una noción positiva de la ley fundamental proveía el núcleo en torno al cual se organizaba la discusión constitucional. En síntesis, antes y después de la Revolución, los *whigs* estadounidenses creían que existía una ley fundamental o constitucional cuyos términos «demarcaban y fijaban las principales líneas y límites entre la autoridad de los gobernantes, y las libertades y privilegios del pueblo»<sup>13</sup>.

¿Cuáles eran las características o las propiedades de esta ley? Primero y principal, se basaba en el consentimiento: el consentimiento de los gobernados. La constitución británica corporizaba un contrato entre el pueblo y sus gobernantes, por el cual el pueblo confería ciertos poderes, se reservaba ciertos privilegios, y establecía en general los términos en los que acordaba ser gobernado<sup>14</sup>. Este acuerdo era «la esencia misma de [...] la Jurisdicción», dado que la autoridad para gobernar podía derivarse sólo a través de un «Pacto» cuyo comienzo «incluía en él [...] el Consentimiento de todas las Partes»<sup>15</sup>. Era, necesariamente, un acuerdo implícito, ya que ningún acto podía ser identificado como marca del comienzo formal del gobierno constitucional. Pero ello afectaba de forma alguna su origen popular, que reposaba en la prescripción.

<sup>11</sup> ANÓNIMO, 1643: 100, citado en GOUGH, 1955: 100.

<sup>12</sup> GREY, 1988: 151-152; DESAN, 1988: 1381, 1470-1471; GREY, 1978: 852-853. La práctica de confundir las leyes, la costumbre en evolución, y la razón era característica de ciertas vertientes de la jurisprudencia estadounidense durante el siglo xix. SIEGEL, 1990: 1431.

<sup>13</sup> FISKE, 1774: 31.

<sup>14</sup> GOUGH, 1955: 175-176; GREY, 1978: 862-865; BUSHMAN: 1985: 4-5.

<sup>15</sup> WOODSON, 1766: 26-31, citado en GREENE, 1986: 85-86.