

## APUNTACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE LOS PODERES, EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD, LA DIFICULTAD “CONTRAMAYORITARIA” Y SU DISTORSIÓN\*

*NOTES ON THE PRINCIPLE OF DIVISION OF POWERS, JUDICIAL  
CONTROL OF CONSTITUTIONALITY, THE “COUNTER-MAJORITY”  
DIFFICULTY AND ITS DISTORTION*

*Juan Manuel Aparicio\*\**

**Resumen:** El presente trabajo al estudiar la Constitución Nacional y sus antecedentes en materia de división de poderes, el control judicial de constitucionalidad, la dificultad contramayoritaria y su distorsión, reflexiona desde distintas dimensiones el principio de separación de los poderes, en tanto sistema de pesos y contrapesos que persigue evitar la concentración del poder en uno de los órganos del gobierno, susceptible de generar un atentado contra la libertad y dignidad de las personas y el abandono del estado de derecho.

**Palabras-clave:** Constitución Nacional - División de poderes - Control judicial de constitucionalidad.

**Abstract:** This paper, by studying the National Constitution and its background in terms of the division of powers, judicial control of constitutionality, the difficulty of the majority and its distortion, reflects from different dimensions the principle of separation of powers, as a system of checks and balances that seeks to avoid the concentration of power in one of the organs of government, which could generate an attack on the freedom and dignity of people and the abandonment of the rule of law.

---

\* Trabajo recibido el 15 de octubre de 2024 y aceptado para su publicación el 15 de noviembre del mismo año.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor Emérito de la UNC. Profesor Emérito de la Universidad Blas Pascal. *l.a.* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (ANDECS). Miembro de la Mesa Directiva de la ANDECS. Director del Instituto de Derecho Civil de la mencionada Academia. Director del Instituto de Derecho Privado de la Universidad Blas Pascal.

**Keywords:** National Constitution - Separation of powers - Judicial control of constitutionality.

**Sumario:** I. La forma de gobierno de la Constitución Nacional. II. La Constitución de los Estados Unidos de América. III. El contralor judicial de la constitucionalidad. IV. Personalidad de los convencionales. Fallos de la Corte. V. La etapa posterior a la guerra de secesión. VI. Cuestionamiento del control judicial de la constitucionalidad. La dificultad “contramayoritaria”. VII. Sistemas de control constitucional.

## **I. La forma de gobierno de la Constitución Nacional**

1. El principio de separación de los poderes. Los constituyentes de 1853 adoptaron como forma de gobierno la representativa, republicana y federal, siguiendo los lineamientos, con algunas variantes, de la constitución norteamericana.

La república que organiza el sistema constitucional es la democrática, pues es el pueblo el que elige a sus representantes. Presupone la periodicidad en el desempeño de los cargos electivos, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los gobernantes, la igualdad ante la ley y la división más el control del poder.

Este último rasgo denominado el principio de separación de los poderes, se traduce en un sistema de pesos y contrapesos que persigue evitar la concentración del poder en uno de los órganos del gobierno, susceptible de generar un atentado contra la libertad de las personas.

## **II. La Constitución de los Estados Unidos de América**

2. La convención constituyente. Resulta conveniente hacer referencia al proceso que desembocó en la sanción de la constitución de los Estados Unidos de América, para esclarecer el alcance con el que terminó conformado este principio.

Finalizada la guerra de la independencia, los estados debieron afrontar los problemas propios de los tiempos de la sobrevenida paz. Era menester organizar un poder central que garantizara la consolidación de la unión entre los estados y la gestión de los intereses comunes. Se tornaba necesario imponer la ley y el orden amén de recaudar impuestos para pagar una cuantiosa deuda pública que originó el conflicto revolucionario; asimismo, regular el comercio y la navegación de los ríos entre estados muy celosos de su independencia.

Por iniciativa de Alexander Hamilton se convocó a una reunión de los representantes de los estados que tenía por objeto revisar los artículos de la confederación, para adecuarlos a las exigencias del gobierno y a la preservación de la unión. La Convención se inauguró oficialmente en Filadelfia, en el Independence Hall, el 25 de mayo de 1787 y se integró con 55 representantes de los estados, que fueron escogidos entre sus ciudadanos más notables. Doce estados respondieron a la convocatoria. Rhode Island se negó a enviar delegados porque no quería que el estado nacional se inmiscuyera en sus asuntos internos.

La mayoría de los delegados coincidieron en que, en lugar de introducir algunas modificaciones al estatuto de la confederación existente, debían proyectar una constitución que programara la organización una nueva forma de gobierno. La discusión fue muy apasionada e intensa, debido a los conflictos que debían resolverse y a los contradictorios intereses en juego. Los delegados de la convención tuvieron clara conciencia de su misión dada la trascendencia y la asumieron en un marco de solemnidad y de enfervorizado ánimo. Por ello decidieron que las deliberaciones se llevarían a cargo a puertas cerradas, con un compromiso de reserva, juramentándose los delegados por su honor que no revelarían a terceros el contenido de los debates, mientras ellos se desarrollaran.

La constitución de los Estados Unidos, bien se ha dicho, fue hija de la sabiduría y del secreto<sup>1</sup>.

3. Conflictos que debieron superarse. Diferencias entre los estados Los conflictos que debieron ser resueltos concernían, en primer lugar, a los existentes entre los estados grandes y populosos con respecto a los pequeños. Los estados grandes argüían que la representación en la legislatura debía computarse en proporción a la población de cada uno de los estados (Plan Virginia). Los estados más pequeños pretendían que correspondía la participación por parte iguales (Plan New Jersey). Prosperó la solución propugnada por la delegación de Connecticut: consistió en la creación de un Senado con una participación igualitaria y de una Cámara de Representantes integrada de manera proporcional a la población<sup>2</sup>.

4. La esclavitud. Otra cuestión era el comercio de esclavos. Se discutió si el Congreso debería tener facultad para prohibir el comercio exterior de esclavos y, a la postre, para abolir la esclavitud. Se optó por reconocer sólo la facultad del Congreso de regular ese tráfico exterior, a partir de 1808. Finalmente, como a los esclavos no se les reconocía la calidad de ciudadanos, ni tenían ni voz ni voto y eran una mera forma de propiedad, se debatió si el número de ellos debía ser tenido en cuenta para determinar la población de cada estado, lo cual tenía gravitación para computar el número correspondiente a cada estado en la Cámara de Representantes. En contra del buen sentido, como fruto de una transacción, se admitió que tres quintas partes del número de esclavos serían incluidos para integrar la población a los fines expresados. Fue una solución, a todas luces, absurda; empero, para la concreción de difíciles compromisos, se vuelve indispensable el avenimiento a tolerar flagrantes expresiones de sinrazón a los fines de aquietar las pasiones.

---

(1) MAUROIS, André. "Historia de los Estados Unidos", en *Obras completas*. Historia, Plaza y Janés Editores, Barcelona, 1961, p. 1352. Asimismo, es ilustrativa la lectura de pp. 1347 a 1359.

(2) Entre la amplia bibliografía sobre el tema puede mencionarse, en especial, DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Sobre Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*, Oficina de Programa de información internacional, 2004 (<http://usinfo.state.gov/>).

5. La firma de la Constitución. Finalmente, el 17 de setiembre de 1787, 39 delegados firmaron la Constitución. Se decidió que cada estado debía organizar una convención para discutir y votar su ratificación. También se acordó que ella tendría vigencia cuando nueve estados la aprobaran. Se abrió un período en que se manifestó una enérgica oposición a la ratificación pendiente. Los que apoyaban la Constitución se denominaron *federalistas* y los que formulaban impugnaciones *antifederalistas*. Se objetaba que la constitución no incluía una declaración de derechos, la demasiada independencia del presidente y el carácter aristocrático del senado.

6. “El Federalista”. Para neutralizar la oposición, sobre todo en el estado de Nueva York que era encabezada por su gobernador, Alexander Hamilton asumió la tarea de escribir una serie de artículos junto con James Madison y John Jay, publicados en tres periódicos de Nueva York, entre octubre de 1787 y mayo de 1788, con el seudónimo de Cartas de Publio, a fin de ocultar la identidad del autor, como era costumbre de la época. Fueron recopilados en un libro en el que se agregaron ocho artículos más, editado con el título de “El Federalista”.

7. La ratificación. El 7 de diciembre de 1787, menos de tres meses desde la firma de la Constitución, Delaware, fue el primer estado que la ratificó. Nueva Hampshire fue el noveno que lo hizo, con lo cual la Constitución entró en vigor el 21 de junio de 1788. Virginia la ratificó el 25 de junio de 1788, seguido por Nueva York el 26 de junio de ese año. A principios de 1789 se designaron electores presidenciales mediante asambleas legislativas o por voto directo de la población, salvo Nueva York que lo hizo en la fecha límite. El 4 de febrero de 1789 los electores de los estados designaron como primer presidente de los Estados Unidos a George Washington quien tomó posesión del cargo el 30 de abril del mencionado año. En el primer Congreso formado bajo el imperio de la Constitución, Madison lideró la formulación de propuestas dirigidas a concretar las primeras enmiendas que contenían una declaración de derechos. Sugirió 15 enmiendas, de las cuales fueron aprobadas 12. Presentadas a las legislaturas estatales para su ratificación, conforme con el procedimiento fijado por el art. V de la Constitución, el 15 diciembre de 1791, las tres cuartas partes de las asambleas legislativas habían coincidido en la aprobación de diez de las Enmiendas propuestas que son conocidas como la Carta de Derechos<sup>3</sup>.

### III. El contralor judicial de la constitucionalidad

8. El principio de separación de los poderes y el poder judicial. Los fundadores pensaban que el éxito de la comunidad británica radicaba en la separación de los poderes. La justicia mereció una atención especial en cuanto constituía una salvaguarda en contra de la mayoría demagógica.

---

(3) Para la lectura de las Enmiendas, traducidas al español, véase *Sobre Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos (...)*, cit., pp. 33 a 43; y su comentario, pp. 70 a 88.

La importancia del poder judicial se acentuó con el papel privilegiado que se le atribuyó de controlar la constitucionalidad. Se traduce en la denominada *constitutional review*, esto es, la facultad de dejar sin efecto cualquier acto del poder público o de nulificar una ley cuando contrariaban la Constitución Nacional. Se convirtió a la Suprema Corte en el máximo intérprete de la Constitución con la facultad de desestimar actos o de invalidar una ley en la medida en que pudieran transgredirla. Esa potestad le dio a la Suprema Corte un enorme poder, con una repercusión notable en el desenvolvimiento de la vida institucional de la Nación.

9. Antecedentes de la consagración del *constitutional review*. La comprensión de los antecedentes de esa potestad requiere una referencia histórica<sup>4</sup>. El 17 de julio de 1801, tras una reñida elección que terminó con un empate virtual en el cuerpo de electores de los estados, cuando se llegó a pensar que debía ser el Congreso el que tendría el presidente de la Nación, después de treinta y seis votaciones, se logró mayoría para la designación de Thomas Jefferson. El presidente saliente, John Adams, quien no logró su reelección, trece días antes logró, con la aprobación del Senado, que su secretario de estado, John Marshall, fuera designado presidente de la Suprema Corte. Asimismo, también consiguió la creación de 16 jueces de circuito y que se cubrieran esos cargos con amigos políticos, amén que se redujera los miembros de la Suprema Corte de seis a cinco, para coartar que su sucesor pudiera cubrir la vacante.

Finalmente, el tres de marzo de 1801, como último acto de su presidencia, un día antes del juramento del nuevo presidente, con la aprobación del Congreso adicto, nombró a 42 miembros de su partido como jueces de paz en el distrito de Columbia y Alexandria. Esas designaciones contaron con la intervención de John Marshall quien puso el sello como secretario de estado, cargo que seguía desempeñando, pese a haber sido designado como presidente de la Suprema Corte. Con la premura del caso, febrilmente, se llevaron a cabo las notificaciones de esos nombramientos, actuando como oficial notificador James Marshall, hermano de John Marshall. No obstante, uno de esos jueces, Williams Marbury, y otros tres, no pudieron ser notificados.

El comprensible malestar que produjeron en el nuevo gobierno estas designaciones que fueron calificadas como nombramientos de medianoche, determinó que el nuevo presidente, Thomas Jefferson, ordenara a su secretario de estado, James Madison, que retuviera las designaciones y no las notificara. Marbury y los restantes tres jueces promovieron, demanda ante la Suprema Corte, solicitando que se ordenara al secretario de estado que los pusiese en funciones mediante el *writ of mandamus*, previsto por la *Judiciary Act*, ley de organización judicial que había sido sancionada por el Congreso con fecha 24 de setiembre de 1789.

---

(4) Puede sumarse a las citas precedentes a VALDEZ SÁNCHEZ, Clemente. *Un ensayo sobre el poder de los jueces de los estados Unidos*, Biblioteca Virtual de del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM ([www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)), p. 351 y ss.

En la resolución de la demanda también tuvo un papel protagónico el ubicuo John Marshall, en su calidad de presidente de la Suprema Corte. Su voto contó con la adhesión de los restantes jueces que la integraban. Todas las circunstancias que rodeaban la cuestión asignaban al pronunciamiento un carácter marcadamente político. El pedido de los jueces no podía ser desestimado por la carencia de derecho de los demandantes, en cuanto significaría desnudar la irregularidad de las designaciones. Tampoco resultaba conveniente hacer lugar a la demanda y ordenar al secretario de estado James Madison la puesta en funciones de los jueces, porque era previsible que esa orden no fuera acatada y que el Tribunal no tuviera medios para hacerla cumplir.

10. *Marbury vs. Madison*. La solución para el dilema planteado que encontró el voto de John Marshall es un modelo de consumada habilidad política.

La primera cuestión que plantea el fallo es si los reclamantes tienen derecho al nombramiento que demandaban. La respuesta es que la designación debe ser considerada hecha porque contaba con los requisitos formales, inclusive, con el sello de los Estados Unidos puesto por el secretario de estado. Los jueces, pues, tienen derecho a desempeñar el cargo por cinco años y la retención de los nombramientos es un acto que no está respaldado por la ley.

En segundo término, se considera que si el derecho existía y había sido violado, la ley debía proveer remedios para la violación. Se estima que el Gobierno de los Estados Unidos es enfáticamente considerado un gobierno de la ley y no de hombres, Siempre existen vías para una reparación cuando la ley es violada.

En tercer término, se considera concretamente si les corresponde a los reclamantes el remedio articulado y, por lo tanto, si la Suprema Corte puede emitir el mandamiento solicitado. Solamente podría hacerlo si le incumbiera el ejercicio de una jurisdicción originaria para entender en el diferendo. Empero, los únicos supuestos de jurisdicción originaria están previstos en la Sección 2ª del art. XIII de la Constitución y están limitados, según la previsión constitucional a los casos que afecten a embajadores o a otros ministros públicos y cónsules o en aquellos en que un estado sea una de las partes. Por lo tanto, la disposición de la *Judiciary Act* que le confiere jurisdicción originaria a la Suprema Corte para emitir el mandato de que se trata es inconstitucional por cuanto, salvo los casos expresamente establecidos por la Sección 2ª del art. XIII de la Constitución, dicho Tribunal Supremo sólo tiene jurisdicción por vía de apelación.

En cuarto lugar, la sentencia plantea el interrogante si una ley que contraría la Constitución puede convertirse en ley vigente en el país. Considera al respecto, que en el Gobierno de los Estados Unidos los poderes de la legislatura están definidos y limitados por la Constitución, la que es escrita para que dichos límites no se confundan u olviden. Por ello hay una alternativa con dos opciones que se presentan claras: o la Constitución controla cualquier ley que la contraría; o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley. En tal alternativa no hay término

medio: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, de tal modo, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera opción, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitado por su naturaleza. Se considera que esta teoría está íntimamente ligada al tipo de constitución escrita y debe ser considerada por la Suprema Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad.

Se termina concluyendo que, si los tribunales deben tener en cuenta a la Constitución como ley suprema y si ella es superior a cualquier ley ordinaria, cuando una ley la contraría, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual se refiere.

#### IV. Personalidad de los convencionales. Fallos de la Corte

11. La personalidad e ideas de los convencionales. Los intervinientes en la Convención de 1787 que elaboraron lo que sería el texto definitivo de la Constitución de los Estados Unidos, eran los ciudadanos más notables de los estados que representaban. Según expresaba Jefferson, se trataba de una asamblea de semidioses, en la cual sólo se advertía la ausencia del propio Jefferson que se desempeñaba como ministro en Francia y John Adams, con igual cargo en Inglaterra<sup>5</sup>. De los cincuenta y cinco delegados, 29 habían estudiado en las más prestigiosas universidades y en los restantes había hombres de la talla de Washington y Franklin. Todos tenían grandes intereses que defender. Catorce delegados contaban con una considerable cantidad de dinero invertido en tierras, cuarenta eran acreedores de la confederación y quince poseían esclavos. Como era propio de esa época, no existía ninguna representación de los pequeños granjeros ni de los obreros de las ciudades. Cabe destacar por su inteligencia a Alexander Hamilton delegado de Nueva York que era oriundo de las Antillas y, especialmente, a James Madison, delegado de Virginia, quien desempeñó un papel fundamental que ha conducido a considerarlo como el padre de la Constitución; ello fue así por su versación en el estudio de antecedentes históricos relativos a la organización de diversas confederaciones y por su espíritu conciliador apto para gestar compromisos que fueron determinantes para el éxito de la Convención<sup>6</sup>.

Como se ha anticipado, los convencionales constituyentes asignaron una particular transcendencia al principio de la división de los poderes y al papel que incumbía al órgano judicial. Bien se ha señalado<sup>7</sup> que, en la clase dirigente, predominaba la

(5) MAUROIS, André. *Historia de los Estados Unidos (...)*, cit., p. 1351.

(6) MAUROIS, ob. cit., p.1351.

(7) GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 26 y ss.

idea que en materia política existían algunos pocos principios verdaderos los cuales no podían ser percibidos por la ciudadanía común. Esta convicción estaba inspirada en esas verdades primarias de Locke en torno a los derechos naturales que, aunque autoevidentes, sin embargo, no podían ser percibidas del mismo modo por todos. A ello se sumaba la convicción que las mayorías tendían a actuar irracionalmente.

Hamilton expresaba que la voz del pueblo pasa por ser la voz del Señor, empero, en realidad, esto no es cierto. “Los pueblos son turbulentos y caprichosos; su juicio raras veces es sensato”. Agregaba que cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea su carácter, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Madison, a su vez, al exponer estas ideas en “El Federalista” n° 10, argüía que el nuevo orden constitucional debía impedir los actos de las facciones. Por facción era dable entender un cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría que actúan por el impulso de una pasión común o por un interés adverso a los de los demás ciudadanos o a la comunidad en general. Según Madison la sociedad estaba dividida en diferentes grupos, particularmente entre ricos y pobres, esto es, aquellos que tienen o no tienen propiedad. Por minoría se entendía a los primeros que eran los más acomodados y de menor número. La mayor posibilidad de actos facciosos era dable que provinieran de las mayorías en cuanto, de acuerdo con los principios republicanos, eran las minorías las que correspondía poner a cubierto de la tiranía de las mayorías susceptible de concretarse mediante el ejercicio del voto. El riesgo de actos facciosos que correspondía prevenir concernía al que era dable ser cometido por las asambleas legislativas, cuyos desbordes podría conducir a desconocer los derechos de la minoría.

Todo gobierno debe ser limitado; el estado, pues, debe ser un estado de derecho. La Constitución establece un acotamiento de las competencias y facultades de los distintos órganos. Favorece los límites del gobierno el hecho que las personas a las cuales se le confía su ejercicio derivan sus poderes de la masa de los gobernados para ser ejercidos durante un cierto tiempo, en vista de garantizar el sistema republicano representativo. Empero, toda organización se completa con la creación de un poder judicial independiente como el órgano encargado de asegurar el equilibrio del sistema.

Estaban sentadas las bases para la consolidación del *constitutional review*. Hamilton en “El Federalista” LXXVIII, lo fundaba en los términos que lo hizo John Marshall, en el recordado caso *Madison c/Marbury*<sup>8</sup>.

---

(8) En “El Federalista” citado, Hamilton hace referencia a la actividad judicial que debe optar por decidir entre la aplicación de dos leyes contradictorias, desde que la aplicación de una excluye la de la otra. En tal caso, debe ajustarse al criterio que la ley última en el tiempo debe prevalecer sobre la anterior. Distinta es la solución del caso en que en que se trate de actos de una autoridad subordinada que resultan incompatibles con una autoridad superior. En dicho conflicto entre un poder original y otro derivado, debe prevalecer el primero. Cuando una ley contraviene la Constitución, los tribunales deben apearse a esta última y hacer caso omiso de la primera.

12. El papel de la Corte. La facultad que importaba el “judicial review” determinó que la Corte Suprema estadounidense tuviera una gravitación decisiva en el desenvolvimiento institucional de la Nación según cabe distinguir en diversas etapas que se fueron sucediendo y es dable tener en consideración. Correspondió a la Corte (la presidida por John Marshall) la consolidación del principio. Este *Chief Justice* ejerció la presidencia de la Corte durante 34 años y lideró sus decisiones. De los 1100 fallos que se dictaron durante ese lapso, sólo 8 lo encontraron en una minoría discrepante y 519 sentencias fueron obra de su redacción personal, como bien se ha dicho, en un inglés sólido y elegante<sup>9</sup>. Marshall creía en la necesidad de una autoridad central fuerte para garantizar la unión de los estados y en la necesidad de una vigorosa tutela al derecho de propiedad. En consonancia con estas ideas, reconoció la supremacía del Congreso federal para regular el comercio interestatal (*Gibbons vs. Ogden, 1824*) y el poder de regular la navegación. En plena crisis bancaria, reconoció el derecho del Congreso federal para crear el segundo Banco Central de los Estados Unidos, amén de decidir que los estados carecían de facultades para gravar a dicho banco o sus filiales con impuestos (*Mc Culloch vs. Maryland, 1827*). También resolvió respecto que una ley de quiebras del estado de Nueva York que la protección de los deudores violaba la Constitución respecto de los contratos (*Sturges vs. Cowninshield, 1819*). La afirmación de la fuerza obligatoria del contrato condujo a decidir que el estatuto de una corporación, en cuanto contrato privado, gozaba de inmunidad frente a la interferencia de una legislatura estatal (*Dartmouth College vs. Woodward, 1819*). Sostuvo, asimismo, la fuerza obligatoria del contrato, aun cuando en su formación hubiesen mediado maniobras ilícitas de especuladores (*Fletcher vs. Peck, 1810*). Este fundamento condujo, además, a legalizar despojos cometidos por especuladores sin escrúpulos en tierras de indígenas (*United States vs. Arredondo, 1832*).

13. La esclavitud, hasta llegar a la Corte. Otra etapa que cabe destacar en la gestión de la Corte Suprema se relaciona con la esclavitud. Si bien en el Norte predominaban los estados que habían abolido la esclavitud, en el Sur se había fortalecido como institución. Obedecía este hecho a intereses económicos. El algodón a principios del siglo XIX se había convertido en el producto más importante de exportación de los Estados Unidos y se transformó en una de las fuentes de riqueza más trascendentes del país. En el comienzo de la revolución industrial se introdujeron en Inglaterra las máquinas de hilar. Se difundió el uso de ropas fabricadas con ese producto vegetal que eran frescas y limpias. El algodón ocupó un lugar central en la fase inicial de la revolución industrial. En el sur, el cultivo del algodón se transformó en la máxima riqueza y fuente de ingresos, favorecido con el empleo de la mano de obra servil de los esclavos, cuya manutención exigía costos muy bajos. La situación se vio notablemente favorecida por obra de un genio mecánico, Eli Whitney, quien inventó la desmontadora que permitía separar las

---

(9) JOHNSON, Paul. *El nacimiento del mundo moderno*, trad. Aníbal Leal, Javier Vergara Editor, impreso en España, 1999, p. 801, y pp. 801 a 806.

fibras de algodón de las semillas lográndose que un esclavo pudiera producir 25 kilos de algodón por día en lugar de uno.

En el norte, la esclavitud con el paso de tiempo cada vez se iba tornando más impopular. Políticos del Sur, con descaro y elocuencia, defendieron esa institución que se había transformado en connatural con el mundo en que habitaban y con su modo de vida que los contraponía, según pensaban a la barbarie que atribuían a los yanquis del Norte. Sin embargo, en esa defensa era dable advertir un dejo de inocultable vergüenza íntima cuando al referirse a la esclavitud no la mentaban con su nombre sino con el eufemismo de “peculiar institución”.

14. El compromiso del año 1820. En defensa de sus valores, el Sur que se había constituido con la unidad de un bloque sobre la base de esos intereses comunes, trató de garantizar su fuerza política. A ese fin contribuía la preponderancia que significaba la suma de las tres quintas partes de los esclavos para determinar la cantidad de la población. Esta era la que se tenía en cuenta como criterio para la determinación del número de escaños en la Cámara de Representantes. Asimismo, también se tornaba necesario mantener y defender el equilibrio existente entre estados esclavistas y estados libres frente a la incorporación de nuevos estados para garantizar que ni el Norte ni el Sur tuvieran mayoría en el Senado. Cuando el territorio de Misuri solicitó su incorporación como nuevo estado, se produjo un fuerte enfrentamiento que se zanjó con el compromiso del año 1820, en virtud del cual el estado de Misuri quedaba admitido como estado servil, mientras que Maine, que acaba de separarse de Massachusetts, era admitido como estado libre. Asimismo, se estableció que la esclavitud era ilegal en todo el territorio de los Estados Unidos al norte de la latitud 36° 30', excepto en el estado de Misuri. Bien se ha dicho que los buenos sentimientos, terminaron por triunfar, pero la agitación previa que amenazó gravemente la tranquilidad y el mantenimiento de la Unión fue calificada premonitoriamente por Jefferson, como una campana que anunciaba un incendio en la noche y provocaba sobresalto y temor.

15. El compromiso del año 1850. Como se ha señalado, la desmontadora de algodón transformó su producción y convirtió a los Estados Unidos en el principal proveedor de algodón a la industria manufacturera británica. La institución de la esclavitud se afianzó en el Sur con la revolución industrial, la tecnología más avanzada y el espíritu comercial orientado hacia los mercados masivos de consumidores. El número de esclavos se incrementó considerablemente gracias al aumento de los nacimientos con la elevada tasa del 30 por 1000. Se elevó considerablemente el precio de cada esclavo y su venta a las plantaciones se convirtió, en sí misma, en un excelente negocio. El valor total de los esclavos llegó a representar el 35% de todo el capital del Sur<sup>10</sup>.

---

(10) JOHNSON, Paul. *El nacimiento del mundo moderno*, cit., pp. 328 a 336; MAUROIS, André. *Historia de Los Estados Unidos (...)*, cit., p. 1419 y ss.

El reconocimiento de California como estado libre por el Congreso en 1849, dio lugar a una acalorada controversia y frustró las expectativas de los esclavistas que aspiraban a que el dicho territorio se dividiera en dos estados uno de los cuales debía admitir la esclavitud. El Sur se enfrentó con la amenaza de perder su poder político ante la posibilidad de que los estados libres poseyeran mayoría en el Senado. Era una derrota que no podía consentir y frente a la cual existía la amenaza que se abandonara la Unión.

La crisis se superó con la aprobación de un segundo compromiso en 1850 que había sido proyectado por el Senador Henry Clay y fue aprobado por el Congreso. Aparte de California admitida como Estado libre, se organizaban grupos territoriales en Nuevo Méjico y Utah, dejándose librado a sus habitantes que decidieran sobre el problema de la esclavitud. Se sancionó una ley sobre los esclavos fugitivos en que se confiaba a la autoridad federal los arrestos de los esclavos huidos, castigando a los ciudadanos que los socorrieran. Finamente el tráfico de esclavos quedaba prohibido en el distrito de Columbia.

16. La esclavitud y la Corte. La inicua sentencia en el caso *Dred Scott vs. Sanford*. Si bien los partidarios más prudentes de ambos bandos lograron que se arribara a la concreción de ese Compromiso, la situación que generó permitía presagiar su ruptura. La medida más controvertida fue la concerniente a los esclavos fugitivos. Vinculada con esta espinosa cuestión una inicua sentencia de la Corte Suprema que, finalmente, optó por abordar el tema de la esclavitud contribuyó a recrudecer el estado de agitación existente. Se trata de la tristemente célebre sentencia dictada en el caso *Dred Scott vs. Sanford* que se ha transformado en un baldón en la historia constitucional de los Estados Unidos. El dueño de ese esclavo era un cirujano del ejército que se había radicado en el estado de Illinois adonde llevó al esclavo. Illinois era un estado libre, en el que estaba abolida la esclavitud. Por lo tanto, se argumentaba que al haberse radicado en dicho Estado el esclavo, llevado por su dueño, se había transformado en libre (*once free, always free*) y podría reclamar su condición de tal a la muerte de su dueño pese a su traslado de vuelta a Misuri, en virtud de lo dispuesto por el Compromiso de 1820.

La Corte Suprema Presidida por Roger B. Taney designado Chief Justice, como tal a propuesta de Andrew Jackson, en reemplazo de John Marshall que cesó en dicho cargo por su fallecimiento, optó en el fallo del 6 de marzo de 1856 por abordar el espinoso tema de la esclavitud. Consideró que la Constitución sólo había sido dictada para los hombres blancos; por lo tanto, las personas de color no tenían derecho alguno y no podían ser considerados ciudadanos de los Estados Unidos. Sólo constituían una forma de propiedad que el gobierno federal no podía desconocer. El esclavo quedaba equiparado a una cosa o una mercancía. La protección constitucional que debía prevalecer era la que tutelaba la propiedad de sus dueños. Carecía de efectos el reconocimiento de hombre libre que podía conferirle la legislación local de algún estado. Por consiguiente, se declaraba que el Compromiso de 1820 era inconstitucional.

En aras, pues, de la santidad de la propiedad se sacrificaron los principios más elementales de la dignidad humana. Esa decisión representaba un claro triunfo de los extremistas del Sur. Enardeció el descontrol de las pasiones enfrentadas que condujo a la fratricida y sangrienta guerra civil que se desencadenó a partir del 12 de abril de 1861.

## V. La etapa posterior a la guerra de secesión

17. La priorización del derecho de propiedad. Una vez terminada la guerra de secesión, cuando la Enmienda n° 13 a la Constitución había abolido la esclavitud, se inició el período de la reconstrucción. La situación social de la población de color no mejoró sustancialmente. Entre 1890 y 1936 la Suprema Corte, con una mayoría conservadora, continuó priorizando la tutela del derecho de propiedad y facultó a los empresarios para imponer su voluntad en la fijación de las condiciones de trabajo, fundándose en la libertad contractual. El 17 de abril de 1905, en el caso *Lochner vs. New York*, declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que prohibió a los trabajadores de los hornos de las panaderías trabajar más de diez horas diarias, con un voto en disidencia de Oliver Wendel Holmes. También nulificó leyes que fijaban salarios mínimos (*Adkins vs. Children Hospital*, 1923). Hizo lo propio con leyes que perseguían mejorar las deplorables condiciones de trabajo en las minas de carbón (*Carter v. Carter Coal Co.*, 1936).

18. La presión de Franklin Delano Roosevelt. Otra etapa se abre o la llegada a la Presidencia de Franklin Delano Roosevelt, para dar solución a la grave crisis desencadenada con el derrumbe financiero de 1929, debió implementar diversas medidas, tropezando con la traba que significaba la jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte. Se vio constreñido a ejercer una presión política con ese Tribunal a través de un paquete de proyectos dirigido a su reorganización, propugnando el aumento de sus integrantes, con el lema que era necesario salvar la Constitución del dominio de la Corte ("*save the Constitution from the Court*"). Esas leyes no fueron aprobadas por el Congreso, aunque no fue necesario porque la Corte se rectificó a sí misma, por ejemplo, declarando la constitucionalidad de leyes que fijaban salarios mínimos o, dando un giro de 180 grados, al pronunciarse por la constitucionalidad de la *Warren Act*, primera ley federal que regulaba las relaciones entre patronos y trabajadores.

19. La Corte progresista. *Brown vs. Board of Education of Topeka*. Esa revolución judicial de 1937 abrió el camino para la conformación de una Suprema Corte de carácter progresista. Tal ocurrió con la Corte presidida por Earl Warner, con un intenso activismo, preocupada por garantizar la tutela de derechos básicos de la persona humana. Merece especial mención la célebre sentencia dictada el 17 de mayo de 1954 en el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. La igualdad de las razas que establecía la Enmienda 14ª de la Constitución, no impidió la discriminación de la población de color. Leyes estatales prohibían a afroamericanos, por

ejemplo, el libre acceso a transportes públicos, concurrir a la misma escuela o entrar en los mismos establecimientos. Tal discriminación fue aceptada por los jueces con el fundamento que las personas afectadas eran iguales, pero podían ser separadas (*separate but equal*). Se pensaba que la igualdad de las razas no significaba la eliminación de las distinciones basadas en el color o el *status* social. Un fallo de la Suprema Corte dictada el 18 de mayo de 1896 en el fallo *Plessy vs Ferguson*<sup>11</sup>, había acogido el contradictorio criterio que pretendía armonizar la discriminación con la igualdad, aun cuando se trata de términos antitéticos. La Sentencia del caso *Brown vs. Board of Education* decidió que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para para estudiantes blancos y afroamericanos negaban la igualdad de oportunidades educativas y permitían que los afectados recibieran un trato desigual. Las escuelas separadas no eran respetuosas del trato equitativo entre razas y se quebrantaba la décimo cuarta enmienda.

20. La cuestión del aborto. Marcha y contramarcha. *Jane Roe vs Harvey Wade*. En esta sintética reseña de antecedentes destacables de la Corte Suprema de los Estados Unidos cabe mencionar otra sentencia que generó una controversia política. Fue la dictada en los autos *Jane Roe vs. Harvey Wade*. Este último, era el Fiscal del distrito de Dallas que defendía la ley estatal que prohibía el aborto. Jane Roe, cuyo verdadero nombre era Norma Mc Corvey, mujer soltera de 25 años, afirmaba la existencia de un embarazo fruto de una violación e impugnaba dicha ley de Texas que prohibía el aborto, salvo cuando peligraba la salud de la madre. Pretendía ponerle fin a dicho embarazo de un modo seguro y legal. La sentencia de la Suprema Corte de fecha 22 de enero de 1973, que contó con siete votos afirmativos y dos disidencias, resolvió que las leyes estatales que prohibían el aborto y el derecho a ponerle fin al embarazo por esa vía, antes de la viabilidad del feto, contrariaban la libertad en asuntos familiares protegida por la Constitución y el derecho a la privacidad bajo la cláusula del debido proceso tutelado en la décimo cuarta enmienda.

El derecho a interrumpir el embarazo estaba protegido por la Constitución en los tres primeros meses. En los tres meses siguientes se admitían ciertas regulaciones gubernamentales de modo excepcional. En el último trimestre, se manifestaba la viabilidad del feto, esto es, su posibilidad de supervivencia fuera del útero y los

---

(11) Una ley de Luisiana obligaba al ferrocarril a tener vagones separados para blancos y negros. Plessy que era un mulato o criollo, deliberadamente pudo adquirir un pasaje para un vagón de blancos. Cuando se le exigió que se trasladara a un vagón para personas de color se negó a hacerlo e incurrió en desobediencia. Se lo arrestó y se le aplicó una multa. El cuestionamiento de ese proceder lo planteó ante los tribunales de Luisiana lo que le permitió llegar ante la Suprema Corte, la cual entendió que las enmiendas 13 y 14 de la Constitución que establecían la igualdad de las razas, no impedían las separaciones basadas en el color o el *status* social. La sentencia contó con la adhesión de siete de los jueces de la Corte y la disidencia de un solo magistrado, John Marshall Harlan, quien vaticinó que el fallo devendría tan infame como Dred Scott. Hubo que esperar sesenta años para que comenzara su rectificación.

estados podían prohibir el aborto, salvo la existencia de un peligro a la vida o la salud de la madre.

21. “*Dobbs vs Jackson Womens Health Organization*”. El 24 de junio de 2022 en la sentencia dictada en el caso “*Dobbs vs Jackson Womens Health Organization*”<sup>12</sup>, la Suprema Corte examinó una ley del estado de Mississippi que prohibía los abortos después de la décimo quinta semana de gestación, esto es, dos meses antes que el fijado en el caso *Casey*. Ese tratamiento fue el vehículo para incluir el examen de los dos principales precedentes en la materia. Uno, *Roe vs Wade*, al cual se ha hecho referencia. El otro, que data del año 1992, fue la sentencia dictada por la Corte en el caso *Planned Parenthood vs Casey*. Tal sentencia prescindió de la división trimestral, estableciendo que las mujeres tenían un derecho al aborto siempre y cuando el feto no fuera viable. Aun en la hipótesis de que lo fuere, los estados podrían prohibir el aborto por vía de excepción para proteger la vida y salud de la madre. El estado tiene un interés legítimo en proteger la vida del de la madre y del feto, desde el momento de la concepción, siempre que no resultare una “carga indebida” (*undue burden*) para el derecho de la madre de acceder al aborto.

Ambos precedentes fueron revocados por decisión de la mayoría de la Suprema Corte. En el desarrollo de la opinión mayoritaria por el Juez Alito, se considera que el aborto plantea una profunda cuestión moral respecto de la cual los americanos sostienen conflictivas opiniones. Algunos creen firmemente que la persona humana existe a partir de la concepción y que el aborto pone fin a la vida de una persona inocente. Otros creen vehementemente que toda regulación del aborto atenta contra los derechos de la mujer al control de su propio cuerpo y le impide su desarrollo en un plano de entera igualdad. En un tercer grupo, otros piensan que el aborto debería ser permitido en ciertas circunstancias y existe una variedad de opiniones en lo concerniente a las restricciones que deberían ser impuestas.

Tras un análisis de los precedentes, se concluye que la Constitución no ha privado a los estados de la atribución de regular o de prohibir el aborto. Asimismo, que no existe un derecho al aborto cuya fuente sea el derecho a la privacidad que se considera comprendido en la Décimo Cuarta enmienda de la Constitución. Dicha Enmienda fue incorporada en 1868, cuando la mayoría de los estados criminalizaban el aborto e, inclusive, durante décadas posteriores lo siguieron haciendo. Si se amplían los antecedentes y se remontan al *common law* inglés, no existió tal derecho al aborto. No forma parte, por ende, de la tradición inglesa ni estadounidense. Ella garantiza derechos constitucionales, pero resulta necesario que tales derechos estén arraigados en la historia y en la tradición de la Nación y puedan considerarse implícitos en la libertad ordenada. El aborto en cuanto susceptible de privar la vida potencial de un ser humano no nacido plantea una decisión moral crítica, ajena al invocado derecho de privacidad que pueda servirle de sustento.

---

(12) [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf)

La decisión sobre el particular corresponde al pueblo y a los representantes de éste y no a los tribunales, La Suprema Corte en los precedentes *Roe* y *Casey* se ha arrogado esta facultad. En consecuencia, de modo excepcional, apartándose de la regla consagrada en la fórmula latina *stare decisis*, se resuelve su revocación. Dicha resolución de la sentencia contó con el apoyo de una mayoría de cinco jueces contra cuatro de la minoría que votaron en disidencia. Entre estos últimos, los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, en un voto conjunto, fundaron la mencionada disidencia. Consideran que, a partir de 1973, durante casi media centuria, el criterio de la Suprema Corte se ha fundado en la protección de la libertad e igualdad de las mujeres. Controvierten el análisis de los antecedentes y los fundamentos de la decisión de la mayoría. Critican, especialmente, el abandono del *stare decisis*, principio central del *rule of law*, que ha contribuido a la integridad del sistema institucional del gobierno americano.

## VI. Cuestionamiento del control judicial de la constitucionalidad. La dificultad “contramayoritaria”

22. La observación de Bickel. Con respecto a la potestad que constituye el *judicial review* se ha formulado la observación que los jueces sólo tienen una legitimidad indirecta en cuanto su designación proviene de otros órganos democráticos, con la singularidad de que sus mandatos una vez obtenidos, no están sujetos a un término predeterminado, pues duran mientras tengan buena conducta. Se plantea, así, el interrogante de ¿por qué jueces que no son elegidos por el pueblo pueden tener la potestad de invalidar leyes del Congreso y actos del presidente que son elegidos en forma democrática?

Esta dificultad de conciliar el sistema democrático representativo con lo que Bickel con una difundida expresión calificó como la dificultad contramayoritaria del *judicial review*<sup>13</sup>, es lo que provocó continuos cuestionamientos que hoy perduran y que parten desde la aprobación de la Constitución en 1787.

23. Jefferson. Durante su primera presidencia, Jefferson promovió una dura embestida contra el poder judicial federal que se concretó en la remoción del juez federal John Pickering y en el *impeachment* al Juez la Corte Suprema Samuel Chase, que en definitiva resultó absuelto, salvándose de la remoción, e impidiendo que John Marshall siguiera esa suerte. Expresaba Jefferson, en una carta de 1804 que, si el poder judicial podía decidir qué leyes son o no constitucionales e imponer ese criterio a los otros poderes, se convertiría en un poder despótico.

24. Lincoln. Criticando el fallo de la Suprema Corte en el caso *Dred Scott*, Lincoln expresaba: el ciudadano común debe confesar que si las políticas del gobierno respecto de cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo van a ser fijadas irrevoca-

---

(13) BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2d. Ed., Yale University Press, 1980, p. 16.

blemente por decisiones de la Corte Suprema, en el instante en que éstas son emitidas en litigios comunes entre partes que actúan en causa propia, el pueblo habrá dejado de ser soberano y habrá resignado prácticamente su gobierno en manos de ese Eminent Tribunal. Cabe sumar las críticas hechas por el presidente Franklin Delano Roosevelt, a las cuales se ha hecho referencia.

25. Justificación tradicional. Hamilton. En la sentencia del juez Marshall, como se ha indicado, la justificación del control constitucional se funda en la alternativa que se presenta cuando un juez debe aplicar una ley o atribuirle efectos a un acto que contraría la Constitución. Si opta por la afirmativa, ello quiere significar que la Constitución puede ser alterada por dicha ley o tal acto. En cambio, si se piensa que la Constitución es inalterable por los medios ordinarios, no puede ser relegada al mismo al mismo nivel que ellos.

La lucidez de Hamilton se había anticipado para contrarrestar la objeción que pasó a considerarse como la dificultad “contramayoritaria” del *constitutional review*. Afirma al respecto que, cuando se anula una ley que viola la Constitución, el poder judicial reconoce la supremacía de ésta que constituye la máxima expresión de la voluntad soberana del pueblo<sup>14</sup>. Esta argumentación fue usada también por el Juez Marshall. Empero, se ha objetado que esa mayor legitimidad democrática que se le asignaba a la Constitución de los Estados Unidos no coincide con la realidad. La Constitución fue obra de una distinguida elite dirigente con escasa participación popular y exclusión de sectores sociales como las mujeres y los esclavos. Inclusive, implícitamente, admitía la existencia de la esclavitud, cuando en el art. 1° hacía referencia “al número total de personas libres”; y, en especial, al establecer en el art. 4° Sección 2, párrafo 3°: “Ninguna persona sometida a servicio o trabajo en un Estado, con arreglo a sus leyes, que escape a otro, se verá liberada, como consecuencia de una ley o reglamento del segundo, de dicho servicio o trabajo, sino que será entregada cuando lo reclame la parte a quien debe dicho servicio o trabajo”.

26. Las opiniones divididas, Bickel y las virtudes pasivas de los jueces. En importantes casos que resolvió la Corte Suprema, con la opinión pública tajantemente dividida, los cuestionamientos del *constitutional review* se acentuaban entre quienes sentían defraudadas sus expectativas; asimismo, en la doctrina numerosos juristas se sumaban al planteo de objeciones.

Cabe señalar que Bickel, pese a haber parado mientes en la dificultad de la fuerza contramayoritaria del *judicial review*, no obstante, justificaba su existencia sobre la base de las virtudes pasivas de los jueces. Debido al entrenamiento, al tiempo y al aislamiento que caracteriza la función judicial, ello permitiría que los jueces puedan convertirse en la voz de la razón encargada de articular y desarrollar principios verdaderos e impersonales.

---

(14) “El Federalista”, n° 78.

27. Las opiniones eclécticas. Dworkin. Entre los años 1970 y mediados de 1980, diversos tratadistas ensayaron varias respuestas al interrogante de Bickel que proponían una solución satisfactoria a la dificultad del carácter “contramayoritario” que suponía el *constitutional review*.

Un grupo conciliador de opiniones eclécticas trató de superar la objeción que entrañaba la dificultad “contramayoritaria” del instituto, fijando límites a la potestad de revisión judicial. Ronald Dworkin, distingue los argumentos de política de los argumentos de principios, esto es, las cuestiones que se plantean en el ámbito jurídico, entre las que atañen a los derechos individuales y las que se fundan en objetivos colectivos. Las primeras se caracterizan por ser individualizables y divisibles y constituyen la esfera propia del *judicial review*. Las segundas, que son de tipo agregativo y atienen a la sociedad en su conjunto deben ser resueltas por los organismos políticos<sup>15</sup>.

28. Ackerman. A los fines de la justificación del control judicial de constitucionalidad, Bruce Ackerman propone una distinción entre política constitucional y política ordinaria. La primera es la más alta forma de la política. Se manifiesta cuando el pueblo habla a través de un proceso de considerable debate y de movilización, como ocurrió con la reconstrucción después de la guerra civil y con el *New Deal*. En tales supuestos la Constitución se encuentra incorporada a la voluntad del pueblo y debe ser respetada. La segunda manifestación mencionada es una forma inferior de la política, en la cual el pueblo no habla directamente. El control judicial de constitucionalidad debe circunscribirse a respetar las referidas decisiones fundamentales de la ciudadanía, sin dejarse guiar por la mano muerta del pasado<sup>16</sup>.

29. John Ely. Propone una suerte de versión procesalista de control judicial de constitucionalidad que evite suplantar al legislador. La Suprema Corte debe limitarse a controlar los procedimientos, esto es, el regular desenvolvimiento de los procesos constitucionales y desentenderse de las decisiones relativas a los valores. Su tarea debe consistir en actuar como árbitro para mantener abiertos los canales de participación y comunicación política, a lo que se suma el control de cómo las mayorías tratan a las minorías de diverso tipo, con prescindencia de considerar los méritos de la opción política cuestionada<sup>17</sup>.

---

(15) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1989, en especial, cap. 4, p.146 y ss.

(16) Para la opinión de Ackerman puede consultarse con provecho a NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 689 - 692 y GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., p. 132 y ss.

(17) También con respecto a Ely puede consultarse a NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., pp. 694-695 y GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., p. 148 y ss.

30. El populismo constitucional. A principios de este siglo se reavivaron las críticas a la revisión constitucional. Proviene de un grupo doctrinario que se ha denominado el populismo constitucional ("*popular constitutionalism*") cuyo lema es que la Constitución pertenece al pueblo y no a los jueces. Proviene en especial de un sector considerado como liberal o progresista, que ha reaccionado contra la conformación de un Suprema Corte de orientación conservadora<sup>18</sup>. Se trata de la Corte presidida por William Rehnquist, quien fue designado Juez de la Corte Suprema por el presidente Richard Nixon el 26 de setiembre de 1971. Designado Chief Justice por el presidente Reagan el 26 de setiembre de 1986, desempeñó ese cargo hasta su muerte, el 3 de setiembre de 2005. La Sentencia dictada por la Corte en el caso "*Bush vs. Gore*", profundizó el debate y los recelos. En la elección presidencial del año 2000, fue Florida el Estado cuyos electores decidían la suerte final. En el cómputo inicial de los votos, por una ventaja sumamente estrecha de 537 votos que se redujeron 327 en recuento automático, cabe señalar que el número de sufragios rondó la cifra de seis millones, resultaba vencedor George S. Bush. Conforme con lo que disponía la ley del Estado, la Corte Suprema de Florida ordenó el recuento manual por la entidad de la diferencia. La intervención directa de la Corte Suprema federal ordenó el cese del recuento, en una resolución que contó cinco votos a favor y cuatro en disidencia, con lo que resultó consagrado presidente George S. Bush, en el marco de una opinión pública dividida y en la que menudeaban las denuncias de fraudes e irregularidades.

Finalmente, un jurista de prestigio, Jeremy Waldron, arguye que el mecanismo final de decisiones que importa el *constitutional review* es imperfecto e inapropiado para una sociedad libre y democrática. No existe razón para pensar que los derechos puedan estar mejor protegidos por el *judicial review* que por las legislaturas democráticas. La crítica se centra en la posibilidad de revisión de las normas dictada por el Poder Legislativo, pero no en la revisión de actos del Poder Ejecutivo o del proceso administrativo de toma de decisiones. Aunque el Poder Ejecutivo goza de credenciales electorales, está sujeto al principio del *Rule of Law*, por lo que los jueces pueden exigir a esos funcionarios que obren de acuerdo con la ley.

En lo relativo al Poder Legislativo, los jueces no deberían dejar de aplicar leyes porque violan derechos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, podría admitirse que emitan una declaración de incompatibilidad que dé lugar al inicio de un proceso legislativo abreviado tendiente a remediar esa incompatibilidad.

También señala que en sociedades con un regular funcionamiento democrático y un sistema bicameral, comprometidos sus actores con la defensa de los derechos fundamentales, incluyendo los que pertenecen a las minorías, como ocurre en Gran Bretaña y Holanda, no ha sido necesario que los diferendos relativos a tales derechos

---

(18) Véase GARCÍA MANSILLA, Manuel José. Exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, 20 de agosto de 2008, pp. 319 a 340, (<https://www.ancmyp.org.ar/user/files/08garcia-mansilla.pdf>).

tengan que ser resueltos por los jueces con exclusión del proceso legislativo, sino que han encontrado efectiva tutela a través de la actuación de los representantes elegidos por el pueblo.

## VII. Sistemas de control constitucional

31. Sistema norteamericano. La constitucionalización del ordenamiento jurídico plantea la cuestión de establecer un control para asegurar la supremacía de la ley fundamental y a fin de prevenir la existencia de actos o normas que puedan contrariarla. Los sistemas de control constitucional exhiben variantes fundamentales en el derecho comparado. Al primero de ellos se ha hecho referencia. Es el norteamericano. Se trata de un control *a posteriori* pues se hace en los casos concretos y lo llevan a cabo los jueces, por lo que es difuso. Asimismo, si bien tiene eficacia en el caso concreto con respecto a la controversia decidida, es vinculante en virtud del principio *stare decisis*, lo que prácticamente le confiere un alcance general.

32. El Consejo o Tribunal Constitucional. El segundo sistema difundido en Europa (Italia, Alemania, España) es un control concentrado, en cuanto es realizado por un solo órgano, un Consejo o Tribunal constitucional, órgano mixto en su composición con miembros designados por un período fijo, de formación jurídica y de orientación política. Dicho órgano es independiente de los otros poderes y, generalmente, está separado del poder judicial. Ese control concentrado, en principio, es concreto, *a posteriori*, esto es, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales, aunque hay excepciones en las que se admite un control *a priori* preventivo o remedial que tenga por efecto descartar la aplicación de una ley que contrarie la Constitución. Un caso singular es Francia. En 1958 se previó un control de constitucionalidad preventivo *a priori*, con antecedentes que databan de 1946. Era llevado a cabo por un Consejo Constitucional, creado por la Constitución del citado año 1958 y admitía la posibilidad que cuestionara la constitucionalidad de una ley a partir de su promulgación. En una evolución progresiva, se llegó a la revisión de la Constitución de 2008, cuyo art. 61.1, admitió el control constitucional *a posteriori*, que fue reglamentado por la Ley Orgánica n° 2009-1523 del 10 de enero de 2009<sup>19</sup>.

---

(19) En Francia dejó sus huellas la doctrina rousseauiana que consideraba a la ley dictada por el Parlamento como expresión de la voluntad popular y manifestación de la soberanía. Era una profesión de fe y de confianza en la ley y en el legislador que, en la revolución francesa de 1789, contrastaba con el recelo y la desconfianza hacia el juez que había representado un servidor del príncipe en el estado absoluto. Por ello, la doctrina constitucional francesa fue en general crítica respecto del sistema de control constitucional norteamericano, al que se llegó a calificar como el gobierno de los jueces. Así lo demuestra la clásica obra de Édouard Lambert, publicada en 1921: "Le gouvernement des juges et la lutte contre le législaton sociale aux États Unis". Esa expresión "gobierno de los jueces", aunque seguramente con ignorancia de su origen, ha pasado a ser actualmente utilizada en nuestro país por sectores políticos cuya aspiración es la aniquilación de la independencia judicial y el sometimiento de la justicia al servicio de sus intereses.

Cabe señalar que, en Europa, después de la segunda guerra numerosos países llevaron a cabo reformas constitucionales que perseguían afianzar un nuevo sistema institucional de raigambre democrática. Se trató de constituciones rígidas que no se limitaron a establecer la organización del poder estatal y sus funciones, sino que *establecen* normas que incluyen los derechos fundamentales de la persona humana, con proyección, inclusive, a diversas ramas que son propias del derecho privado.

Puede recordarse como antecedente que después de la primera guerra, en algunos países como en Checoslovaquia y en Austria en 1920 o en España en 1931 se crearon Cortes Constitucionales encargadas de revisar la constitucionalidad de las leyes. El aporte teórico que servía de fundamento a tales decisiones provenía de Kelsen. La razón de dicho control reside en que la eficacia de una Constitución depende de la posibilidad de nulificar los actos que la contrarían. Tal facultad no puede conferirse al que dicta la ley en el caso del legislador, pues ello significaría convertir al parlamento en un órgano de creación libre del derecho. Tampoco la creación del órgano de control afecta el principio de separación de los poderes, pues ello lo convierte solamente en una especie “legislador negativo” porque carece de la creatividad que es propia del dictado positivo de leyes que es atributo del legislador<sup>20</sup>.

33. La ausencia de control. El tercer sistema es el de Gran Bretaña, en el que no existe un control de constitucionalidad. Ningún tribunal puede nulificar una ley dictada por el Parlamento porque ella viola por la Constitución que en Gran Bretaña es consuetudinaria. Tal solución se traduce en el principio de la absoluta soberanía del parlamento. También participan de este sistema Nueva Zelanda y Holanda.

## VIII. Nuestra Constitución

34. La Constitución norteamericana como fuente. Conforme con lo que se ha anticipado, los lineamientos de la Constitución de los Estados Unidos fueron seguidos por nuestra Constitución. Encuentra como fundamento el art. 31 que establece la supremacía de la Constitución y conduce a considerar que corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad. Se ha sentado este principio a partir del caso *Sojo*, resuelto en 1877<sup>21</sup>, en que la Corte Suprema de Justicia consideró que la guarda severamente escrupulosa de dicha Constitución debía ser la condición esencial de los fallos de la justicia federal. Se trataba del editor del periódico “Don Quijote” que había sido puesto en prisión por la Cámara de Diputados, mientras duraran sus sesiones ordinarias. Con cierta semejanza del caso *Marbury vs. Madison*, el caso *Sojo* presentaba la singularidad que la Corte no hizo lugar al reclamo porque la ley que invocaba el reclamante no justificaba la competencia originaria del Tribunal. Quedó definitivamente fijada la potestad de ejercer ese control en el

---

(20) NINO, C.S. *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 660.

(21) CSJN, Fallos, 32,120.

fallo Municipalidad de la Capital c/Elortondo” en el año 1878<sup>22</sup>, en relación con la constitucionalidad de una ley que permitía la expropiación de terrenos para trazar la Avenida de Mayo.

El sistema de control de constitucionalidad es, por lo tanto, difuso y *a posteriori*: debe ser planteado en un caso concreto y los efectos de la sentencia que lo acoja se circunscriben a esa causa, sin que la norma cuya inconstitucionalidad se declare pierda su vigencia.

En nuestro derecho se ha analizado el tema del fundamento del régimen adoptado y, en este orden ideas, de la *dificultad contramayoritaria* que encierra, ante la exigencia de conciliarlo con el sistema democrático representativo. En el abordaje de la cuestión se replantea el debate al que dio lugar el derecho norteamericano, al que se ha hecho referencia.

35. La necesidad de control constitucional. La Constitución rígida representa la cúspide del ordenamiento jurídico, en cuanto fija y delimita las atribuciones de los órganos del poder y amén de ello consagra los derechos fundamentales de la persona humana que deben ser respetados, Por ello se genera el problema de esclarecer cuál es la suerte que deben tener las leyes o actos que contradigan tales normas y principios constitucionales y qué órgano debe tener la potestad de ejercer el control definitivo para decidir la cuestión.

Las soluciones que han ensayado los diversos ordenamientos al respecto, como se ha visto, es que al poder judicial le corresponde ejercer el control de constitucionalidad o bien dicho control debe estar a cargo de un Tribunal o Consejo Constitucional independiente, cuando se trata de leyes. Asimismo, se confiere al propio Parlamento la potestad de corregirse a sí mismo, cuando considere que determinadas leyes convienen alguna norma o principio constitucional.

Este último sistema, que es el británico, exige una práctica constitucional en el que el principio de la legalidad esté profundamente arraigado como un valor definitivamente afianzado en la conciencia social.

En caso contrario, resulta difícil encontrar un fundamento razonable para la tesis que sea el mismo órgano al cual la Constitución pone límites a su función, el que deba convertirse en el exclusivo juez de sus propias decisiones para resolver si ha tenido derecho a hacer lo que ya decidió hacer.

36. La mayoría, la alternancia y el pueblo. A lo dicho se suma que en un sistema democrático no cabe equiparar lisa y llanamente a una mayoría parlamentaria con el pueblo en su totalidad. Un rasgo propio del sistema democrático es la alternancia, esto es, que las mayorías que acceden al poder pueden ser reemplazadas por otras. Por lo tanto, no es dable considerar que una mayoría circunstancial encarne al pueblo de manera definitiva y absoluta. Tampoco cabe reputar que esas mayorías circuns-

---

(22) CSJN, Fallos, 33,102.

tanciales nunca se equivoquen y estén dotadas del atributo de infalibilidad. Menos es admisible en países en que existe una crisis de auténtica representatividad, como ocurre en el nuestro, con las listas sábanas y ejemplos de legisladores que movidos por un sectarismo partidario prestan obedientemente su voto para la aprobación de leyes con prescindencia de que perjudiquen notoriamente los intereses que deberían tutelar y, en particular, con transgresión de los límites constitucionales.

39. Los derechos humanos. Por otro lado, no debe olvidarse que, entre los límites fijados por la Constitución a los órganos del poder, se encuentran los derechos básicos de la persona humana. Si esa mayoría parlamentaria circunstancial pudiera convertirse en juez y parte en las hipótesis del dictado de leyes susceptibles de restringir o de violar indebidamente esos derechos y garantías, tal potestad significaría abrir las puertas para la legitimación de la arbitrariedad y a la indefensión de los derechos conculcados.

40. Las reglas y principios. Cabe sumar a lo dicho consideraciones de carácter estrictamente técnico desde el punto de vista jurídico. Las normas constitucionales son generales y abstractas. Las que consagran los derechos fundamentales también son normas en cuanto establecen lo que es debido; empero, se suelen caracterizar por su elevada y máxima abstracción. Dicha característica permite distinguir entre las normas constitucionales a las reglas de los principios, cuya estructura es diversa. Como bien se ha sostenido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo que es fáctica y jurídicamente posible y traducen la alternativa que sólo pueden ser cumplidas o no observadas. Por su parte los principios son mandatos de optimización, en cuanto se caracterizan porque deben cumplirse en diferente grado según las posibilidades fácticas y jurídicas determinadas por la existencia principios distintos. La diferencia que no es meramente cuantitativa sino cualitativa se clarifica cuando se hace referencia a la colisión entre reglas y principios. Los conflictos entre reglas se solucionan ya sea mediante el criterio que es posible considerar a una como excepción de la otra o bien por vía de declarar la invalidez de una de ellas.

La colisión de principios debe ser solucionada de una manera distinta. Cuando dos principios entran en conflicto, uno de ellos debe ceder frente al otro, pero esto no significa pensar que el principio desplazado sea inválido o que configure una excepción. Más bien lo que ocurre es que, en atención a las circunstancias, corresponde asignarle a uno de ellos mayor peso que al otro. Este objetivo se logra mediante un juicio de ponderación que se lleva a cabo conforme con el criterio de proporcionalidad: cuando mayor sea el grado de falta de satisfacción o inobservancia de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción u observancia del otro<sup>23</sup>. La colisión de las reglas tiene

---

(23) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido*, 2ª Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 138 y ss.; PULIDO, Carlos Bernal en el citado estudio introductorio, p. XXXVIII y ss.; CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

lugar en la dimensión de la validez. La colisión de los principios se desenvuelve en la dimensión del peso<sup>24</sup>.

Desde un punto de vista metodológico, los referidos conflictos se resuelven a través de procedimientos diferentes. Cuando se trata de reglas mediante el método tradicional de la subsunción. En lo concerniente a los conflictos de principios, a través de la vía de la ponderación.

41. La eficacia horizontal de los derechos constitucionales. El respeto de los derechos básicos de la persona humana constituye un imperativo al cual debe ajustarse la legislación y los actos del poder público. La tutela de tales derechos se manifiesta primaria y tradicionalmente en la vinculación entre el estado y la persona humana titular de ellos. Se trata de relaciones que se desenvuelven en un plano vertical. Sin embargo, las normas protectoras de tales principios configuran un orden objetivo de valores que se proyecta en todo el ordenamiento jurídico y son aplicables a las relaciones jurídicas privadas. Tienen, pues, una eficacia horizontal y pueden configurar un límite de la autonomía, esto es, a la libertad de acción de los particulares. Opera esta tutela mediante el auxilio de las cláusulas generales impregnadas de los valores constitucionales que deben resguardarse.

Esa eficacia horizontal, recibe la denominación de *Drittwirkung*<sup>25</sup> de difundida utilización en el derecho alemán y que ha adquirido carta de ciudadanía en el lenguaje constitucional contemporáneo. El tema fue considerado en una célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso *Luth*, del 15 de enero de 1978. Versaba sobre una carta abierta publicada por el demandado, en la cual hacía un llamamiento público para que no se asistiera a las películas que dirigía Veit Hartman, porque había sido un prominente realizador de filmes nazis, especialmente el denominado “El judío Süß”, destacado entre las películas de propaganda antisemita. El Tribunal de 1ª Instancia condenó al demandado a cesar en ese boicot, fundando su decisión en el § 826 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) que prohíbe causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres. Hartman había superado el proceso de *desnazificación* y había sido absuelto en una causa penal

---

(24) Un antecedente de este enfoque de Alexy se encuentra en Dworkin, Los derechos en serio, cit. Expone el autor la distinción entre normas, principios y directrices, p. 72 y ss. Expresa, en esencia, que las normas son aplicables a la manera de disyuntiva, esto es, se aplican si se dan los hechos que prevén. Los principios, por su parte, enuncian una razón que discurre en una sola dirección y tienen una dimensión que falta a las normas: la del peso o la importancia (p. 77).

(25) ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14, (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>); HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995; BILBAO UBILLOS, Juan M. *La eficacia de derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1997; SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Jueces Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Universidad de La Rioja, Biblioteca Universitaria, Logroño, 2008; VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

por su participación en la película “El judío Süß”. Por lo tanto, se consideró que el boicot atentaba contra las convicciones democráticas del pueblo alemán y ordenó dicho cese. Promovido el amparo ante el Tribunal Constitucional, éste consideró como lo señala Alexy, que la cuestión no podía ser resuelta mediante dos subsunciones aisladas, sino mediante la ponderación de los dos principios en conflicto: uno, la libertad de expresión y otro, el contenido en el § 826 del BGB. Decidió que el primero tenía más peso que el segundo en la situación generada, por lo que dejó sin efecto la decisión del Tribunal de 1ª Instancia y le dio la razón al demandado.

42. Ejemplo de colisión de principios. Es frecuente en nuestro derecho encontrar antecedentes relacionados con colisiones de principios. Para dar algún ejemplo, teniendo en cuenta el antecedente señalado, cabe hacer una breve referencia al principio de libertad de expresión, esto es, a la facultad que tienen las personas de manifestar el pensamiento. La consagración de este principio se desprende del art. 14 de la Constitución Nacional el cual establece que todos los habitantes tienen el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa y del art. 32, el cual añade que el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de prensa ni leyes que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. A su vez, el inc. 19 de art. 75 de la Constitución asegura la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales. El art. 14, según se ha indicado, para garantizar la libertad de prensa que consagra proscribire la censura previa; el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, coincidentemente, prescribe que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino, agrega, a responsabilidades ulteriores. En el ejercicio de ese derecho puede generarse una colisión de principios entre dicha libertad expresión, por un lado, y el honor, la reputación, la privacidad y la intimidad de terceros comprometidos, susceptibles de resultar afectados y generar responsabilidad del autor. La solución de esta colisión de principios requiere un juicio de ponderación, para determinar en los casos concretos cuál es el de mayor peso que debe tutelarse.

En la búsqueda de un equilibrio razonable en dicho conflicto, sentencias de la Corte Suprema como *Patitó c/ Diario la Razón*, del 24 de junio de 2008<sup>26</sup>, *Vago c/Ediciones La urraca*, del 10 de marzo de 1992<sup>27</sup>, acogieron la doctrina de la real malicia sustentada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, especialmente, en los casos *New York v. Sullivan*, de 1964 y *Gertz v. Welch*, de 1974. Cuando se trata de funcionarios públicos o de personas de actuación pública, las noticias cuya verdad no haya sido acreditada, los que se sientan afectados para fundar su reclamo resarcitorio deben demostrar que quien las emitió, obro con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por la verdad.

---

(26) Fallos 331:1530.

(27) Fallos 314:1537.

En el caso *Campillay c/ La Razón*, la Corte, el 15 de mayo de 1986<sup>28</sup>, admitió el reclamo resarcitorio de quien se había visto erróneamente envuelto en un acontecimiento policial del que resultó sobreseído. La noticia en cuestión se basó en el simple informe policial y no se cumplieron con los resguardos que hubieren permitido evitar el daño. Entre ellos, se hace mención: la indicación de la fuente, el empleo del tiempo verbal en potencial; y dejar reservada la identidad del implicado.

En cuanto a la aplicación de la doctrina de la real malicia, ella concierne a las cuestiones fácticas, esto es, a los hechos, los que deben distinguirse de las meras opiniones. Las afirmaciones falsas de la existencia de ciertos hechos formuladas con dolo, o las erróneas, manifestadas con desconsideración temeraria, son las que se descalifican: También cabe incluir en dicha descalificación a las intrusiones arbitrarias e injustificadas en la privacidad de una persona de prestigio público. Es lo que se resolvió en el caso *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida*, en el año 1981<sup>29</sup>. El Dr. Ricardo Balbín era una persona célebre, de gran notoriedad, que según consta en los fundamentos de la sentencia, siempre había obrado con discreción resguardando su privacidad. Carecía pues de toda justificación la violación que se había hecho de esa esfera que le era propia, al publicarse en la revista "Gente" fotografías tomadas subrepticamente en la terapia intensiva de un establecimiento sanitario, un día antes de su muerte. Más que atraer la atención del público, provocaban un natural sentimiento de rechazo.

En ciertos casos la cuestión se presta a la duda. Tal ocurrió con la sentencia de la Corte Suprema que confirmó la dictada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el presidente *Carlos Saúl Menem c/ Editorial Perfil, Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico*, cuestionando las publicaciones sobre la existencia de un presunto hijo extramatrimonial no reconocido por el presidente, lo que había lesionado, en forma ilegítima, su derecho a la intimidad<sup>30</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 25 de setiembre de 2001 dictada en los autos *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, revocó la citada sentencia de la Corte por entender que no había existido injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada del presidente Menem ya que las publicaciones mencionadas versaban sobre hechos de interés público y constituían el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión. Por lo tanto, comunicó que dicha sentencia desconocía el derecho de libertad de expresión consagrado por la Convención Americana sobre derechos humanos (art. 13) y que el Estado argentino debía dejar sin efecto la condena en todos sus extremos, amén de publicar dicha

---

(28) Fallos 308:789.

(29) Fallos 306:1892.

(30) Fallos: 324:2895.

decisión en el Boletín Judicial, en un diario de amplia circulación nacional y en la página del Centro de Información Judicial. Con fecha 14 de febrero de 2017, la Corte en el acuerdo de esa fecha, desestimó el pedido en tal sentido de la Procuradora General de la Nación, en cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene la facultad de revocar sentencias del Máximo Tribunal argentino. Ante la insistencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que la orden de dejar sin efectos una condena debía cumplirse de oficio por el Estado argentino, la Corte Suprema, revisando su anterior postura, en una decisión del 5 de diciembre de 2017, se avino a acatar una de las medidas dispuestas por sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso *Fontvecchia y D'Amico v. Argentina* y ordenó incorporar a su fallo original la siguiente leyenda: "Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Interamericana de Derechos humanos por la Corte Interamericana".

Con esta breve relación se ha querido evidenciar que estos juicios de ponderación requieren la intervención de órganos, con una preparación jurídica suficiente, que sienten los precedentes y se encarguen de elaborar progresivamente las bases sobre la que asiente una construcción ordenada y coherente en la materia. Los órganos con una idoneidad suficiente para cumplir con este objetivo, de acuerdo con lo expuesto, sólo pueden ser el Poder Judicial o bien un Consejo o Tribunal de Constitucionalidad independiente.

43. El estado de derecho y el principio de separación de los poderes. Entre los presupuestos básicos del sistema democrático y representativo que nuestra Constitución organiza, figura la división de los poderes. Por poder es dable entender tanto la función que debe desenvolverse como el órgano al que específicamente compete llevarla a cabo.

En ese principio de división del poder, la independencia del poder judicial está asociada de modo indisoluble con la aparición y el desarrollo del estado de derecho, en cuanto en esa forma de estado, las relaciones entre gobernantes y gobernados no son determinadas por el imperio del más fuerte, sino que están reguladas por genuinas normas y principios jurídicos. La administración de justicia no puede ser un simple apéndice del poder político, ni tampoco quedar supeditada a los otros órganos del Estado. De nada servirían las normas que limitan la actividad y deben ser cumplidas por los gobernantes, si en el momento de su aplicación a los casos contenciosos su vigencia efectiva quedara supeditada la influencia y decisión de quienes deben acatarlas.

44. El control constitucional por el poder judicial y la dificultad "contramayoritaria". La distorsión de esta última. Se ha hecho referencia al sistema que al Poder Judicial se le atribuye la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes y

de los actos del poder público. También a la denominada dificultad “contramayoritaria” que, según se sostiene, encierra esa facultad.

Tal dificultad, valga la repetición, se deriva del hecho que los jueces no son elegidos directamente por la mayoría, tienen, pues, tan sólo, una legitimación indirecta. Ello plantea el interrogante si pueden estar habilitados para anular leyes que han sido dictadas por quienes han sido elegidos por dicha mayoría que se concilia con la democracia representativa. En nuestro derecho la cuestión también ha sido objeto de consideración. Empero, en el ámbito político de nuestro país, el planteamiento del tema ha sufrido una inaudita distorsión para dar lugar a una embestida crítica más profunda y fundar un cuestionamiento no solo al control judicial de constitucionalidad, sino al principio de separación de los poderes.

Se han escuchado voces de líderes políticos que proclaman con desenfado la caducidad actual de ese principio, que dataría de la revolución francesa. Se ha llegado a afirmar que, así como nadie se atendería por un médico cuya preparación científica estuviera limitada a los conocimientos que un profesional tenía en el año 1789, el replanteo del principio de división de los poderes que se remontaría a esa época y sería obra de la revolución francesa se fundaría en ideas cuya caducidad se habría operado con el transcurso del tiempo.

45. Antecedentes históricos del principio de separación de los poderes. Tal afirmación es infundada tanto en lo concerniente a los antecedentes del principio, como en lo atinente a su presunta pérdida de vigencia actual. En cuanto a sus antecedentes históricos debe señalarse que, en la época de predominio de las monarquías absolutas, el rey era fuente de la justicia y los jueces meros agentes a su servicio que podían ser removidos a su antojo. Cuando adviene la revolución francesa los jueces heredaron la desconfianza y el desprestigio que habían merecido su actuación durante el antiguo régimen. La ideología de matriz jacobina y rousseauniana de los dirigentes de la revolución francesa determinó una visión heterodoxa de la división de los poderes en la que estaba vedado a los jueces toda fiscalización de los otros poderes, instaurándose el dogma de la soberanía absoluta del parlamento. Aún en el pensamiento de Montesquieu, el papel de los jueces era el de constituir la boca que pronunciaban las palabras de la ley. A los jueces se les prohibía interpretar las leyes. Debían limitarse a rendir culto a su texto y reproducirlo del modo más riguroso y servil. Según Montesquieu en el gobierno republicano es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley.

46. La revolución de 1688 en Inglaterra. En verdad, a lo largo del siglo XVII fue en Inglaterra en donde la independencia del poder judicial constituyó un episodio consecuencia del resultado de la batalla entre el parlamento y la monarquía que pretendía consolidarse como un régimen absolutista similar al que existía en el con-

tinente europeo<sup>31</sup>. La que se ha calificado con justicia como la revolución de 1688, a la que se suele calificar con el adjetivo de “gloriosa”, significó el cese del despotismo y la instauración de una monarquía constitucional. Ese cambio tan profundo, no se pareció en nada la revolución francesa, pues no fue un conflicto que estallara entre clases sociales en el que burgueses y campesinos se alzarán en rebelión contra el rey y la nobleza. Se trató de una victoria del Parlamento sobre la Corona que limitó los derechos de esta última en provecho y resguardo de los derechos del súbdito. No desencadenó el período de terror que provocó la revolución en Francia y la consecuente cadena de venganzas. Produjo el mayor cambio político en la historia de Inglaterra. Fue el triunfo de la ley común. Se impusieron principios liberales y se abolieron los tribunales especiales dependientes del rey, al margen del *common law*, convirtiendo a la ley en igual para todos. Un nuevo estatuto judicial se consolidó en el *Act of Settlement de 1709*, pasando a formar parte de la constitución no escrita del Reino Unido. Una vez nombrados, los jueces permanecen en sus cargos por toda su vida, mientras dura su buena conducta (“*quamdiu se bene gesserit*”). Su nombramiento no se ve revocado por la muerte de cada monarca (1760). Sólo pueden ser separados de su cargo por resolución de ambas cámaras del Parlamento, sin que esa decisión necesite basarse en un proceso sancionatorio con infracciones previamente tipificadas. No obstante, la última vez que un juez fue cesado por el Parlamento data de 1830.

47. La formulación doctrinaria del principio. Es conocido el hecho que desde un punto de vista teórico y doctrinario fue Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède y Montesquieu quien en su obra “El espíritu de las leyes”, publicada en 1748, postuló el principio de separación de poderes que devendría clásico en la teoría política. En el año 1728 emprendió un largo viaje por Europa que terminó con una estancia de un año y medio en Inglaterra. Le impresionaron sus instituciones políticas liberales que causaron en él marcada admiración, al punto de considerar al país como el más libre del mundo, cuyo régimen de gobierno era el único capaz de garantizar el derecho de los ciudadanos. Esa experiencia le sirvió de valiosa guía en la obra mencionada, como lo confesó el autor. En ella sustituye la clasificación de las formas de gobierno que establecía la diferencia entre monarquía, aristocracia y democracia, por la que distingue a la monarquía de la república y del despotismo. Propugnó el principio que para garantizar la libertad era indispensable que la soberanía se dividiera en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, los que deberían ser autónomos e independientes entre sí. La doctrina que las funciones del poder deben mantenerse separadas ya había sido defendida por Locke, en el curso de la resistencia a la aspiración absolutista de los Estuardos. Locke en sus dos tratados

---

(31) DIEZ -PICAZO, Luis María. “Notas de derecho comparado sobre la independencia del poder judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, n° 34, enero-abril 1992, p. 19 y ss. (<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25055redc034022.pdf>).

sobre el gobierno civil, publicados anónimamente en 1660 para refutar la teoría del derecho divino de los reyes, la circunscribió a las funciones legislativas y ejecutiva. Como se ha señalado, la revolución de 1688 al poner fin a una monarquía absoluta y dar nacimiento a una monarquía constitucional, con el triunfo de la ley común, creó las condiciones para que en la práctica se fuera consolidando la independencia del poder judicial. No en vano, por ende, tal independencia integró uno de los principios básicos sobre los que se estructuró la Constitución de los Estados Unidos. No obstante, fue Montesquieu quien completó la fundamentación de la doctrina que tuvo marcada influencia en el pensamiento de la ilustración.

48. La revolución francesa. También fue acogida dicha doctrina por los partidos moderados de la revolución francesa, pero fue relegada al olvido por la victoria de los jacobinos. El sangriento período del terror que estos provocaron creó un foso que separó de modo irreconciliable a los espíritus e impidió el acogimiento del principio. Restablecidos el orden y la seguridad interna con la instauración del Imperio con el que culminó la Revolución, Napoleón creía en la igualdad, pero no en la libertad. Su gobierno no admitía límites que pudieran obstar a su libre ejercicio.

49. La restauración. El interés por la doctrina de la separación de los poderes renació después de la caída de Napoleón, en la restauración. Luis XVIII, se avino a tomar la decisión de asumir la monarquía conforme con la sujeción a una Carta Inviolable cuyas condiciones eran las propias de una monarquía constitucional. El monarca era moderado, tenía el propósito de respetar la Carta y pacificar los ánimos, pero la vuelta de los emigrados, privilegiados de otros tiempos, que como bien se ha dicho “no habían aprendido nada ni olvidado nada”, entorpecían la tarea de reconciliación. Le sucedió su hermano, el Conde de Artois, con el nombre de Carlos X, emigrado que no podía desprenderse de la añoranza del antiguo régimen. Su resistencia al acatamiento de las reglas parlamentarias, lo condujo a dictar cuatro ordenanzas que eran inconstitucionales porque quebrantaban los límites fijados en la Carta. Ello provocó una sublevación en los días 27 a 29 de julio de 1830, revolución popular cuyo resultado fue el destronamiento de Carlos X.

La Asamblea proclamó como rey, sin seguir el orden dinástico, al Duque de Orleans, quien en su juventud había cortejado con los jacobinos y era hijo de un regicida. Tomó el nombre de Luis Felipe I. En el año 1848, el 23 de junio, en una de las manifestaciones que se llevaban a cabo exigiendo la reforma de la ley electoral para establecer el sufragio universal, uno de los manifestantes efectuó un disparo, la guardia nacional respondió con fuego cerrado causando veinte muertos. El suceso provocó una revuelta popular; el rey, presionado por sus hijos, abdicó en favor de su nieto. Se formó un gobierno provisional. Se llamó a elecciones que debían hacerse por sufragio universal. El número de electores pasó a ser de 250.000 a nueve millones. En la elección el resultado favoreció las tendencias conservadoras. En la revolución de 1848 hubo una mayoritaria participación obrera en conflicto con la burguesía. La

Asamblea aceptaba la república política pero los obreros decepcionados aspiraban a la república socialista. Un motín obrero el 15 de junio declaró disuelta la Asamblea y proclamaron un gobierno socialista. La guardia nacional liberó la Asamblea. El 23 de junio otro motín de varios miles de obreros provocó que la Asamblea declarara el estado de sitio y confirió plenos poderes al General Cavaignac para reprimirlo. La lucha contra los obreros armados duró cuatro días, con varios miles de muertos. Millares de rebeldes fueron deportados en masa, el partido socialista quedó deshecho y sus periódicos fueron prohibidos.

50. La segunda República y Napoleón III. La Asamblea decidió que la elección presidencial se haría por sufragio universal. Esto significaba la extinción de la monarquía y la creación de la segunda república. Entre los candidatos figuraba Luis Napoleón que había logrado convertirse en miembro de la Asamblea Nacional. Era sobrino de Napoleón Bonaparte y su heredero, hijo de su hermano Luis ex Rey de Holanda y de su hijastra Hortensia de Beauharnais, hija de la emperatriz Josefina. Fue elegido presidente obteniendo cinco millones y medio de votos, aventajando ampliamente a los otros candidatos. El mandato era por cuatro años y no era reelegible. El 2 de diciembre de 1851, la Asamblea Nacional fue ocupada por fuerzas militares. Un elevado número de diputados fue arrestado, se ordenó una censura de prensa y se reprimió la previsible rebelión. Finalmente se convocó al pueblo francés a las urnas con el objeto de que diera respuesta a la pregunta si deseaba el elector mantener en el poder a Luis Bonaparte para confiarle la tarea de redactar una Constitución. Los votos afirmativos se impusieron en forma abrumadora. El proceso que se abrió, como era de esperar, culminó, convirtiendo a Luis Napoleón Bonaparte en emperador de los franceses con el nombre de Napoleón III, propuesta que sometida a referéndum fue aprobada por una rotunda mayoría. Según opinión del emperador, “había salido de la legalidad para volver a entrar con el derecho”. El segundo imperio significó una etapa de orden y de prosperidad económica, alentada por el influjo de la revolución industrial a la que sumó Francia. Desde el punto de vista institucional, fiel a la concepción bonapartista, el segundo imperio fue un régimen despótico que aniquiló la libertad. Según Luis Napoleón, logró ser bautizado como emperador por las aguas del sufragio universal, aunque ello, según sus palabras, no significaba que pensara permanecer con los pies en el agua. Afirmaba que la libertad no ayudó jamás a fundamentar un edificio público duradero. La República que lo llevó al poder, sucumbió ante su ambición y manejos. El principio de división de los poderes, consecuentemente, volvió a ser relegado al olvido. El imperio se derrumbó en 1870 como resultado de la guerra franco-prusiana. Los acontecimientos que siguieron a la derrota de Sedán determinaron que esa derrota fuera definitiva e irreversible. El armisticio que puso fin a la guerra fue sumamente oneroso y humillante para Francia. Tras el período convulso que se abrió, Francia se decidió por la República al aprobar la constitución de 1875, con un presidente elegido por siete años como jefe del estado y un poder legislativo ejercido por una

asamblea nacional compuesta de dos cámaras. El poder ejecutivo correspondía a un consejo de ministros nombrado por el presidente<sup>32</sup>.

51. El principio de separación de los poderes en la actualidad. Al margen de estos antecedentes, lo cierto es que hoy la independencia del poder judicial y la consecuente división de los poderes es un valor fundante del estado de derecho en todos los países cuyos ordenamientos institucionales son de raigambre democrática y republicana. Se trata de un hecho comprobable por quien tenga la más elemental formación jurídica. Lo que corresponde, pues, es propender a garantizar esa independencia y ponerla a cubierto de las asechanzas que en nuestra práctica constitucional ha sufrido, susceptible de desnaturalizarla y ponerla al servicio de intereses y fines políticos.

Como se ha adelantado en el período de organización institucional de mediados del siglo XIX nuestro país se dio una Constitución que, siguiendo los lineamientos de la constitución de los Estados Unidos, entre sus principios básicos, enuncia el de separación de los poderes. Hasta la fecha, vivir en un estado de derecho ha sido una aspiración permanente que ha terminado por formar parte de nuestra mejor tradición, sin que exista ninguna propuesta fundada que preconice su abandono. Los resultados de las transgresiones sufridas sirven de lección para consolidar ese sistema escogido, como ineludible garantía para el respeto auténtico de los derechos humanos.

52. La dificultad “contramayoritaria” y otra distorsión política. Según se ha señalado, el sistema de control constitucional adoptado por nuestra Constitución tiene como fuente de inspiración a la Constitución de los Estados Unidos. Cabe reiterar que el tema de la dificultad “contramayoritaria” ha merecido un ilustrado tratamiento en nuestra doctrina<sup>33</sup>. Empero, políticamente, la legitimidad indirecta de los jueces, que provoca la reflexión, ha servido de fundamento no sólo para cuestionar el principio de separación de los poderes, con la insólita afirmación de que estaríamos asistiendo a sus exequias, sino que, lo más grave, según se proclama, para sumarle el cuestionamiento de la independencia del poder judicial. En ese orden de ideas, tal criterio político no ha trepidado en sostener que los jueces ordinarios estarían inhabilitados para juzgar los actos de corrupción de quienes hayan ocupado los máximos cargos de la conducción política. Se ha tratado de

---

(32) Para el período histórico comprendido en la síntesis expuesta, en la extensa bibliografía existente pueden ser de utilidad: MAUROIS, André. “Historia de Francia”, en *Obras completas*, Historia, Plaza y Janés, Barcelona 1961, pp. 413 a 494; GIMBERG, Karl - SVANSTRÖM, Ragnar. *Historia universal*, Ediciones Daimon, Manuel Tamayo, Barcelona 1973, t. 10, pp. 280 a 292, 309 a 317 y 383 a 404; t.11, pp. 77 a 101, pp.161 a 189 y pp. 315 a 318.

(33) Véase, en especial, NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. cit., p. 682 y ss.; GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit.

blindar a esa clase política para sustraerla al deber de someterse tal juzgamiento en las condiciones normales que debe hacerlo cualquier habitante de la Nación. Los argumentos en que se ha apoyado ese intento sugieren, en el fondo, que los jueces que no son elegidos por el pueblo no tienen las credenciales para enjuiciar a quienes lo encarnarían y serían sus genuinos representantes y defensores, por lo que, en definitiva, sólo deben quedar sometidos al juicio de la historia.

Cuando así no sucede y los fallos son condenatorios, inevitablemente se ha llegado a sostener que se incurriría en un *lawfare*, un complot de proyección internacional, con secuaces autóctonos, la colaboración de la “prensa hegemónica” y la complicidad de los propios jueces que intervienen, quienes estarían sumisamente constreñidos a participar en el maligno conciliábulo.

La solución práctica que se ha perseguido, con confesado descaro, es el reemplazo de los jueces criticados y de los representantes del Ministerio Público por otros que participen de la ideología política afín a la de los comprometidos en las causas, predispuestos a asegurar los resultados que garanticen la impunidad. Se ha combinado ese objetivo con la intención política de quebrantar la independencia del órgano extrapoder que es el Ministerio Público (art. 120 de la CN).

La experiencia de nuestra práctica constitucional demuestra que el Poder Judicial padece de profundas deficiencias que deben corregirse. No obstante, todos esos esfuerzos deben conducir a asegurar su idoneidad y resguardar su independencia.

El principio de división de los poderes, lejos de ser una caduca construcción del siglo XVIII, huelga reiterarlo, es uno de los presupuestos de nuestra organización institucional como estado de derecho y de cualquier estado que pretenda serlo. La Constitución lo establece concretamente. En lo referido a las autoridades de la Nación, con relación al gobierno federal, no sólo destina secciones a establecer el régimen del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, sino que prevé normas en las que veda la interferencia indebida de un poder en las atribuciones que son propias de otro. Se trata del juego de pesos y contrapesos que tienden a evitar el despotismo. Así el inc. 3° del art. 99 de la CN, drásticamente, dispone que en ningún caso el Poder Ejecutivo podrá, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. A renglón seguido, del carácter terminante de esta prohibición la ley consigna una excepción para ciertas circunstancias excepcionales. Si se atiende a su redacción y a la rotundidad de la proscripción se colige que la excepción debería revestir el carácter de una marcada estrictez. Sin embargo, en la irreprimible y permanente tentación deformante de nuestra práctica constitucional, ha pasado a convertirse en la regla.

En este orden de ideas, el art. 109 de la Constitución Nacional establece: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Del espíritu

de esta norma se desprende que está vedado al Poder Ejecutivo presionar para que concretas causas tengan una determinada resolución o que otras fenecidas se corrijan de determinado modo. También en nuestra práctica constitucional se ha experimentado la manifestación de proceder proclives a ignorar tales límites, que conciernen a la esencia del espíritu democrático y republicano.

Esos criticados antecedentes no solo desconocieron por anticipado eventuales decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sino que utilizaron como arma de presión el intento de promoción de un juicio político contra el Máximo Tribunal, sin perspectivas de procedencia, fruto de una acción combinada del Poder Ejecutivo y sus aliados políticos en el Congreso. Representaron un ataque desembozado y directo al principio básico de división de los poderes, consagrado por nuestra Carta Magna, cuya vigencia actual se llegó explícitamente a negar de modo insólito. El éxito de ocurrencias del género habría representado un tiro de gracia a la independencia del poder judicial; consecuentemente, significaría allanar el camino que conduce raudamente al abandono del estado de derecho y a la instauración del despotismo.