CAPÍTULO XI

EL NACIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Por ROBERTO GARGARELLA

I. INTRODUCCIÓN

La reciente aparición del libro *The People Themselves* –escrito por el actual decano de la Universidad de Stanford, Larry Kramer– representa una excelente oportunidad para prestarle atención a un poderoso cuerpo de literatura jurídica que ha ido emergiendo en los últimos años, y al que hoy se hace referencia con el nombre de “constitucionalismo popular”. El “constitucionalismo popular” agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos, encontramos a autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet¹, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al Poder Judicial. En este escrito, y

¹ Ver, por ejemplo, LEVINSON, S., “Constitutional Populism: Is It Time for ‘We the People’ to Demand an Article Five Convention”, 4 *Widener Law Symposium Journal* (1999), ps. 211 y 214; GRABER, M., “The Law Professor as Populist”, 34 *University of Richmond Law Review*, 373 (2000); REED, D., “Popular Constitutionalism: Toward a Theory of State Constitutional Meaning”, 30 *Rutgers Law Review*, 871 (1999); BALKIN, J., “Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson”, 38 *Tulsa Law Review* (2003), p. 553; BALKIN, J., “Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution”, 39 *Tulsa Law Review* (2004), p. 485; BALKIN, J. - LEVINSON, S., “Understanding the Constitutional Revolution”, *Virginia Law Review*, vol. 87, nro. 6 (2001); KRAMER, L., “The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court”, 115 *Harvard University Press*, 4 (2001), ps. 130 a 158; TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

tomando como punto de partida el libro de Kramer, intentaré exponer algunas de las ideas principales del "constitucionalismo popular".

II. UNA HOJA DE RUTA PARA ACERCARSE AL "CONSTITUCIONALISMO POPULAR"

Partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia), los "populistas" pueden ser reconocidos en la defensa de criterios como los siguientes²:

1. Desafiar la supremacía judicial: quitando la Constitución de las manos de los tribunales

Dentro de la obra reciente del "constitucionalismo popular", *The People Themselves* es el texto que mejor se ocupa de la importante distinción entre las ideas de revisión judicial de las leyes —la capacidad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas y, eventualmente, declararlas inválidas— y supremacía judicial —referida al carácter de los jueces como "últimos intérpretes" de la Constitución—. Ambas nociones se consolidaron juntas, como implicando la misma cosa, especialmente a partir del famoso fallo "Marbury v. Madison". En dicho caso, y por un lado, la Corte Suprema estadounidense declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una decisión del Legislativo. Por otro lado, en dicha oportunidad se impuso la visión del *chief justice* Marshall por sobre la del entonces presidente Thomas Jefferson, respecto de las relaciones que debían prevalecer entre el poder político, el Poder Judicial y la Constitución. Para Marshall, la decisión de la Corte representaba la última instancia institucional respecto de los conflictos constitucionales que pudieran surgir dentro de la comunidad. Contra dicha visión, el entonces presidente Jefferson se mostraba hostil frente a la idea de la supremacía judicial y defendía un papel más prominente de los poderes políticos en la definición y puesta en práctica de la Constitución. En definitiva, esta última

² La lista que sigue no pretende ser exhaustiva, ni viene a delinear la teoría política del "constitucionalismo popular". Lo que ella pretende, más bien, es reflejar los "mínimos comunes denominadores" que pueden encontrarse leyendo los materiales de distintos autores identificados a o vinculados con el "constitucionalismo popular".

visión –conocida como teoría “departamentalista” o “concurrente”– sostenía que ninguna de las ramas del gobierno podía arrogarse superioridad sobre las otras, a la hora de interpretar el significado de la Constitución³. Examinando estos debates, y a lo largo de todo su libro, Kramer deja en claro dos cosas: el arraigo de dicha distinción en la historia estadounidense, y el consistente rechazo de la última posibilidad –la supremacía judicial– en la etapa fundacional del constitucionalismo estadounidense (y aún más allá de dicha etapa)⁴. Al mismo tiempo, sugiere una diversidad de vías a través de las cuales reorientar la historia constitucional estadounidense hacia un mundo jurídico en donde ya no exista la supremacía judicial⁵. Ahora bien, así como en el mundo jurídico que visualiza Larry Kramer lo que ha quedado abolido es la supremacía judicial⁶, en la visión de otros autores cercanos al “constitucionalismo popular”, como Mark Tushnet o Jeremy Waldron, la impugnación parece ser todavía más radical, y alcanzar a toda forma de control judicial de constitucionalidad. Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a

³ Ver, por ejemplo, POST, R. - SIEGEL, R., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review* (2004), p. 1027.

⁴ En su opinión, “tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo americano le asignó a los ciudadanos comunes un rol central en la tarea de implementar su Constitución”, dejando la “autoridad interpretativa final” en el propio pueblo. Ver KRAMER, L., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁵ Kramer hace referencia, entonces, a una serie de medidas que quizás no estén a la altura de su cuidadoso análisis anterior. Así, alude a la introducción de reformas destinadas a acercar el funcionamiento del sistema judicial estadounidense al más politizado modelo europeo (KRAMER, L., *The People...*, cit., p. 250), limitando también la duración del mandato de los jueces, y tomando más flexible a la Constitución, además de otras medidas más dramáticas, aunque amparadas por la propia Constitución existente: desde limitaciones en la jurisdicción de la Corte, pasando por restricciones económicas, la reducción o ampliación del número de sus miembros, y hasta el *impeachment* a los jueces más hostiles frente a la voluntad ciudadana (ibidem, p. 249).

⁶ Aquí –y para decirlo en términos de Kramer– “los jueces de la Corte Suprema pasarían a verse en relación con la gente, como hoy se ven los jueces inferiores en relación con la Suprema Corte: como responsables en la tarea de interpretar la Constitución conforme a su mejor juicio, pero al mismo tiempo conscientes de que existe allí fuera una autoridad más alta, con el poder de imponerse sobre sus decisiones” (KRAMER, L., *The People...*, cit., p. 253).

través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible⁷. Para Tushnet, el principal objetivo de un "populismo constitucional" como el que él defiende es el de "quitar la Constitución de las manos de los tribunales"⁸.

2. Contra una "sensibilidad antipopular"

Para el "constitucionalismo popular", muchas de las posturas mantenidas por los miembros más prominentes de nuestra comunidad jurídica –coronadas habitualmente con una encendida defensa de la revisión judicial de las leyes– se basan en una distintiva "sensibilidad antipopular"⁹. Robert Unger resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el "pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea" está dado por su "disconformidad con la democracia"¹⁰. Esta disconformidad se expresa, según Unger, en una "incesante identificación de límites sobre la

⁷ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999. En directa polémica con el trabajo de Ronald Dworkin –autor fundamental en la defensa de la *judicial review*–, los escritos de Waldron sirvieron para plantear que aun desde una postura seriamente preocupada por la preservación de los derechos individuales debía resistirse el control judicial de las leyes. Ello así, por un lado, en razón de la existencia de profundos e irresolubles desacuerdos (*the fact of disagreement*) respecto del contenido y la forma de los derechos individuales (un reclamo que implicaba una puesta en cuestión de las teorías contemporáneas sobre la interpretación constitucional). Y también, y por otro lado, porque esa preocupación por los derechos no podía sino partir del reconocimiento del igual estatus moral y la igual capacidad de cada uno, lo cual implicaba dejar de lado toda visión que, directa o indirectamente, pretendiera colocar a los jueces como expertos concededores del contenido de los derechos. En otras palabras, las mismas razones que daban base a la preocupación por los derechos debían servir para bloquear cualquier intento de dejar a la ciudadanía sin la posibilidad de discutir francamente sobre sus derechos y los límites de los mismos.

⁸ Tushnet define el "populismo" como "un derecho orientado a realizar los principios de la Declaración de la Independencia y el Preámbulo de la Constitución. De modo más específico, es un derecho comprometido con un principio de derechos humanos universales justificable por medio de la razón y al servicio del autogobierno". Ver TUSHNET, M., *Taking the Constitution...*, cit., p. 181. Esto implica una visión "fina" o "estrecha" de la Constitución, que se contrapone a la lectura más "robusta" o "abarcativa" hoy dominante.

⁹ Ver, por ejemplo, PARKER, R., "Here, the People Rule, a Constitutional Populist Manifesto", *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, no. 3, (1993), pp. 531 a 584; KRAMER, L., "Popular Constitutionalism, Circa 2004", *California Law Review*, 2004; BALKIN, J., "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", 104 *Yale Law Journal* (1995), p. 1935.

¹⁰ UNGER, R., *What Should Legal Analysis Become?*, Verso Press, Londres, 1996, p. 72.

regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y consecuentemente en la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos..."¹¹. Jack Balkin también exploró esta peculiar "sensibilidad antipopular" que encontró no sólo como propia de las élites jurídicas dominantes, sino también del *progressivism* o "progresismo" norteamericano. Ambas visiones, en su opinión, muestran una profunda desconfianza hacia las "preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad, un desdén por los valores populares, un temor frente a la regla de la mayoría, una confusión entre la capacidad técnica y la capacidad moral, y un *hubris* meritocrático"¹². Frente a este elitismo, el "constitucionalismo popular" pretende recuperar y reconocerle su merecida importancia y peso institucional a los valores propios de la "cultura popular".

3. Interpretación extrajudicial

En los puntos anteriores se encuentra ya esbozada una idea que resulta central dentro del "constitucionalismo popular", y que tiene que ver con el lugar protagónico que le debe corresponder a la ciudadanía en la interpretación constitucional. De lo que se trata es de reservar un papel fundamental a la llamada "interpretación extrajudicial" de la Constitución. Larry Kramer, por ejemplo, define al "constitucionalismo popular" como la visión conforme a la cual "quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante

¹¹ UNGER, R., *What Should...*, cit., ps. 152 y 153.

¹² BALKIN, J., "Populism...", cit., p. 1951. Balkin sitúa la confrontación populismo-progresismo dentro del arco de la izquierda. Ambos movimientos favorecen la adopción de reformas, pero difieren fundamentalmente en su actitud hacia "las creencias, actitudes y acciones de la masa de los ciudadanos comunes" (*ibidem*, p. 1945). El movimiento "populista" sería de origen rural, desconfiado de las grandes organizaciones y de la burocracia, crítico de la centralización del poder, de los privilegios, del poder de los técnicos. El "progresismo", en cambio, tiene un origen urbano, y se muestra favorable a un gobierno de técnicos y expertos actuando en pos del bien público. Como los "populistas", los "progresistas" también rechazan las políticas conservadoras y corruptas, pero sin embargo no se alinean con aquellos en el rechazo a la concentración y centralización del poder —medidas ambas que, según entienden, pueden ser necesarias para la promoción de políticas de avanzada—.

sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente"¹³. Desde tiempo atrás, varios juristas defendieron y desarrollaron ideas semejantes. Así, por ejemplo, encontramos concepciones de este tipo en los trabajos de Bruce Ackerman, enfatizando el papel de *We the People* en la creación, desarrollo e interpretación de la Constitución (aunque manteniendo la centralidad y supremacía del Poder Judicial en la tarea interpretativa); y Akhil Amar, subrayando el principio de la soberanía popular, el carácter "mayoritario" (y no "individualista") de los derechos constitucionales no-enumerados, y (a diferencia de lo que ocurre en el trabajo de Ackerman) el rol protagónico que, históricamente, se le reservara a la ciudadanía y los órganos políticos en la interpretación y aplicación de tales derechos¹⁴. De modo similar, el profesor Stanford Levinson se ocupó de mostrar de qué modo una discusión como la anterior revela la oposición entre dos cosmovisiones a las que célebremente denominara concepciones "católica" o "protestante" de la Constitución¹⁵. Conforme a la primera, la tarea interpretativa es vista como "provincia exclusiva" del Poder Judicial, mientras que la segunda considera a la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos (volveré sobre este punto más adelante)¹⁶. El "constitucionalismo popular" se propone defender una alternativa obviamente más cercana a la segunda de las opciones mencionadas¹⁷.

¹³ KRAMER, L. "Popular Constitutionalism...", cit., p. 962.

¹⁴ ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991; AMAR, A., "Of Sovereignty and Federalism", 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 1425; AMAR, A., "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V", 94 *Columbia Law Review* (1988), p. 457.

¹⁵ LEVINSON, S., *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton, 1988.

¹⁶ El propio Frank Michelman parece claramente persuadido por una visión "protestante" del constitucionalismo, según lo que muestran sus últimos trabajos. MICHELMAN, F., "Constitutional Authorship by the People", 74 *Notre Dame Law Review* (1999), p. 1605; MICHELMAN, F., "Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System", 72 *Fordham Law Review* (2003), p. 345. Ver también, comentando dicha aproximación de Michelman al "constitucionalismo popular", y mostrando formas de perfeccionar dicho encuentro, BALKIN, J., "Respect-Worthy...", cit.

¹⁷ Ver, por ejemplo, WHITTINGTON, K., "Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses", 80 *North Carolina Law Review* (2002), p. 773.

4. Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial

Los "populistas" apoyan el punto anterior, normativo —referido al lugar que debe asumir la ciudadanía en la interpretación constitucional— con una serie de estudios, descriptivos, que en buena medida desacralizan y desmitifican las visiones dominantes en torno al impacto de las decisiones de los tribunales, y en particular de la Corte Suprema. Una parte significativa de estos estudios se ha dirigido a mostrar la limitada capacidad (y disposición) de los tribunales para frenar o revertir las políticas adoptadas por los poderes Ejecutivo y Legislativo, o para imponer directamente su propia agenda. En el ámbito estadounidense (donde la fascinación ejercida por la tarea de los tribunales resulta particularmente saliente), esta visión crítica encontró un punto de apoyo importante en el trabajo del cientista político Robert Dahl, quien dejó tempranamente en claro que el Poder Judicial se movía de modo demasiado cercano a los poderes políticos —es decir, que ni representaba la amenaza "contramayoritaria" que sus detractores temían, ni solía actuar con la autonomía e independencia teórica que sus defensores le atribúan¹⁸—. Más contemporáneamente, escritos como los de Gerald Rosenberg ayudaron a ver que siquiera casos tan resonantes como "Brown v. Board of Education" —una decisión contra la discriminación racial, que aparece al tope de las preferencias entre quienes glorifican la tarea judicial— tuvieron la importancia y efectividad que se les atribuyen. En su opinión, "Brown" "virtualmente, no produjo ningún efecto en lo relativo a la discriminación". La idea es que el cambio se tornó posible "[s]ólo cuando las ramas legislativa y ejecutiva actuaron de manera conjunta con los tribunales"¹⁹. Esta visión se vincula, más recientemente aún, con estudios como los de Stephen Griffin, demostrando que "el significado de la Constitución, en su mayor parte, es determinado a través de la política ordinaria", es decir, a través

¹⁸ DAHL, R., "Decision-Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy-Maker", 6 *Journal of Public Law* (1957), p. 279.

¹⁹ ROSENBERG, G., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, The University of Chicago Press, Illinois, 1991. De todos modos, conviene ver, al respecto, y por ejemplo, el interesante intercambio crítico entre Michael McCann, un autor considerado central dentro del "constitucionalismo popular", y Gerald Rosenberg, cada uno examinando críticamente el trabajo del otro. MCCANN, M., "Causal vs. Constitutive Explanations", 21 *Law & Social Inquiry* (1996), p. 457; ROSENBERG, G., *Positivism, Interpretivism, and the Study of Law*, University of Chicago Press, Illinois, 1996. McCann objeta el esquema analítico de Rosenberg como *top-down* y *court-centered*. MCCANN, M., "Reform Litigation on Trial", 17 *Law & Social Inquiry* (1992), ps. 715 y 743.

de las acciones "del presidente y del Congreso, y no de la Corte Suprema"²⁰, o los de Mark Tushnet, para quien el proceso de revisión judicial de las leyes representa poco más que *noise around zero*²¹. En el trabajo de Tushnet, la referencia a trabajos empíricos demostrando el limitado impacto de las decisiones judiciales se acompaña con ejemplos que demuestran de qué modo, en una diversidad de naciones en donde no se existe la *judicial review*, se puede asegurar igualmente un adecuado nivel de respeto hacia los derechos individuales. En definitiva, estudios empíricos como los referidos contribuyen a remover los temores sobre lo que puede implicar "un mundo sin control judicial de las leyes".

5. El derecho fuera del derecho

Las preocupaciones prácticas de los "populistas" encuentran expresión, además, en otros dos puntos de interés. Por un lado, sus trabajos muestran la indiferencia (si no la hostilidad) que suelen mantener los tribunales (y la comunidad académica, en general) respecto del modo en que la propia ciudadanía, en los hechos, genera "sentido jurídico". Por otro lado, ellos se interesan en mostrar, justamente, la forma en que la sociedad influye en, reconstruye y a veces directamente socava el valor de las decisiones judiciales²². Uno de los antecedentes más interesantes de este tipo de posturas se encuentra en el muy reconocido trabajo de Robert Cover, *Nomos and Narrative*²³. En dicho trabajo, Cover exploraba los "indisciplinados impulsos jusgenerativos", provenientes de movimientos sociales alternativos, y mostraba de qué modo la tarea judicial más característica no era la de "crear, sino la de eliminar [ciertas visiones sobre el] derecho"²⁴. En opinión de Cover, los jueces –confrontando la existencia de cientos de tradiciones legales alternativas– venían a decir "que *esta tradición es derecho*, mientras destru[ían o trataban] de destruir a las res-

²⁰ GRIFFIN, S., *American Constitutionalism*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 45.

²¹ TUSHNET, M., *Taking the Constitution...*, cit., p. 153.

²² MINOW, M., "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 1860. Ver también McCANN, M., "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives", en GELMAN, H. - CLAYTON, C. (eds.), *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.

²³ COVER, R., "The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative", 97 *Harvard Law Review*, 4 (1983).

²⁴ COVER, R., "The Supreme...", cit., pp. 67 y 53.

tantes". Contra dicha visión, Cover sostenía que "[l]as historias que cuentan quienes resisten al derecho, las vidas que viven, el derecho que hacen" debían pasar a jugar un rol más importante a la hora de definir el contenido y el significado del derecho²⁵. "El significado del derecho constituye un enriquecimiento desafiante de la vida social, una potencial limitación al poder y la violencia arbitrarias. Debemos dejar de circunscribir al *novus*; debemos invitar la llegada de nuevos mundos jurídicos" –concluía Cover–. Trabajos como los de los profesores Reva Siegel y Robert Post refuerzan un enfoque similar sobre la tarea del constitucionalismo²⁶. Junto a estos trabajos, estudios como los de Wayne Moore han ayudado a mostrar las formas específicas en que la ciudadanía "crea y mantiene normas constitucionales –incluyendo normas 'legales'– que no encajan inmediatamente dentro de las narrativas profesionales"²⁷. Otros, como los de Michael McCann exploran de qué modo los "ciudadanos reconstruyen las normas legales, transformándolas en recursos para propósitos distintos a los que los jueces apuntaban"²⁸; y otros más se empeñan por entender los modos y las razones en que la ciudadanía hace uso del derecho²⁹.

²⁵ De modo similar, autores como Jack Balkin han enfatizado el efecto constitucionalmente enriquecedor (antes que anárquico o simplemente disruptivo) de las interpretaciones que la ciudadanía avanza –en desafío de las que fija la Corte– por medio de los partidos políticos y los movimientos sociales (BALKIN, J., "Respect-Worthy...", cit., p. 505). Según Balkin "[l]as interpretaciones constitucionales protestantes cumplen un papel crucial en la construcción de límites y en la distribución de posiciones políticas razonables". Ellas ofrecen "un fundamental mecanismo de retroalimentación que contribuye a dar forma al desarrollo de la doctrina constitucional en el largo plazo" (ibidem, 508).

²⁶ POST, R. - SIEGEL, R., "Protecting the Constitution From the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", 78 *Indiana Law Journal* (2003), p. 33; SIEGEL, R., "Text in Contest: Gender and the Constitution From a Social Movement Perspective", 150 *University of Pennsylvania Law Review* (2001), p. 297. Para algunos "populistas", entre las implicaciones de esta nueva mirada en torno al derecho se encuentra el de la "derrotabilidad" de las decisiones judiciales, que pasan a ser vitales, exclusivamente, como decisiones merecedoras de un "respeto presunto" y quedan sujetas a constates y múltiples desafíos (que incluyen la desobediencia a las mismas) por parte de la población (PARKER, R., "Here, the People Rule...", cit.).

²⁷ MOORE, W., *Constitutional Rights and Powers of the People*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 11; REED, D., "Popular Constitutionalism: Toward a Theory of State Constitutional Meaning", 30 *Rutgers Law Review* (1999), pp. 871 y 880.

²⁸ MCCANN, M., "Reform...", cit., p. 733.

²⁹ ERICK, P. - SILBEY, S., *The Common Place of Law*, Chicago University Press, Illinois, 1998; GRABER, M., "The Law Professor as Populist", 34 *University of Richmond Law Review* (2000), p. 373.

6. Democracia y participación

Todos los rasgos anteriores nos hablan de la común preocupación de los "populistas" por impulsar una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas. Esta preocupación los distingue especialmente de otras corrientes "progresistas" (en el sentido arriba definido) que ven dicha participación como riesgosa. En efecto, y según los "populistas", la lucha que los "progresistas" emprenden contra el parroquialismo, la parcialidad y la ignorancia, es una lucha dirigida, en buena medida, contra las mayorías populares, a quienes responsabilizan de los sesgos o parcialidades que pueden afectar al proceso político. Finalmente, ocurre que "progresistas" y "populistas" difieren radicalmente en cuanto a los ideales de la democracia que defienden: mientras los "progresistas" favorecen la "soberanía de la razón", los "populistas" levantan el ideal de la "soberanía del pueblo". El primer ideal puede llevar a los primeros a defender, por ejemplo, ideas de la democracia basadas en "la persuasión, la discusión, el diálogo racional" (ideas éstas vinculadas normalmente con lo que hoy se tiende a llamar "concepción deliberativa de la democracia"). Los "populistas", en cambio, se manifiestan escépticos frente a dichas propuestas, y sobre todo frente al sesgo elitista que detectan en ellas. En su defensa de la soberanía popular, tienden a valorar más las manifestaciones propias de la "cultura popular", con lo que ella pueda incluir de "indisciplinado", "vulgar", o no refinado³⁰. Institucionalmente hablando, y como resultado de su confianza en la ciudadanía —de su desconfianza en las élites— los "populistas" favorecen herramientas y medidas tales como la rotación en los cargos, los mandatos cortos, la descentralización del poder.

III. DISCUTIENDO CON LARRY KRAMER

Dentro de una línea de trabajo como la examinada hasta aquí, el reciente libro de Larry Kramer se destaca por lo meticuloso de su análisis histórico y lo provocativo de sus tesis principales. Su obra representa además, sin lugar a dudas, una de las expresiones más sistemáticas, elaboradas, y mejor justificadas del "constitucionalismo popular". El trabajo consiste fundamentalmente en una "historia revisionista del control judicial" en el que se desafía el entendimiento habitual según el cual la Corte Su-

³⁰ BALKIN, J., "Populism...", cit., p. 1948.

prema (norteamericana) *es y ha sido siempre, y de modo indisputable, el "último intérprete de la Constitución"*. Kramer combate dicho criterio en sus dos aspectos principales mostrando que la Constitución fue escrita en un contexto marcado por el populismo, dentro del cual "el argumento a favor de la supremacía judicial sólo emergió hacia fines de 1790, siendo decisivamente repudiado tanto antes como después de esa fecha". El autor da cuenta tanto de las numerosas derrotas sufridas por los defensores de la supremacía judicial (por ejemplo, en la pérdida de la elección presidencial de 1800; en el rechazo a la *Judiciary Act* de comienzos del siglo XIX), como de la diversidad de instrumentos ideados para poner límite al poder de los jueces (la elección popular de los mismos; la paulatina codificación del derecho; las iniciativas para promover la revocatoria de los mandatos judiciales). Kramer destaca, especialmente, el modo en que –todavía hoy– las discusiones sobre el control judicial "privilegian las posiciones de personas que sufrieron derrotas políticas abrumadoras [Marshall, Webster, Story] cada vez que intentaron establecer su postura", dejando de lado las "visiones de Jefferson, Jackson y Van Buren" –como también Lincoln o Roosevelt– que, desde posiciones privilegiadas –la propia presidencia del país– desarrollaron visiones ("departamentalistas") muy críticas sobre el papel que le correspondía a jugar a los jueces en el proceso de toma de decisiones públicas.

Dicho esto, es importante dejar en claro que no todos los autores que pueden considerarse parte de esta corriente "populista" suscriben plenamente el núcleo de las ideas defendidas por Kramer. En este sentido, el ejemplo de trabajos como el de Robert Post y Reva Siegel resulta bien ilustrativo. Post y Siegel comparten las principales tesis de Kramer, en cuanto a que "el derecho constitucional debe encontrar su legitimidad, finalmente, en la cultura constitucional de los actores no-judiciales"³¹. Ellos también consideran que "el pueblo [debe retener] la última palabra sobre el significado de la Constitución"³². De todas formas, Post y Siegel piensan que es posible mantener dichos compromisos sin renunciar a la idea de supremacía judicial –es decir, piensan que es posible encontrar un "balance viable" entre ambos propósitos–. Así sostienen, por ejemplo, que los ciudadanos pueden tratar de modificar las decisiones de la Corte que entienden contradictorias de la Constitución por una diversidad de medios (que incluyen desde la promoción de cambios políticos destinados a ejercer presión sobre la Corte, hasta otras vías más directas, como el avan-

³¹ POST, R. - SIEGEL, R., "Popular Constitutionalism...", cit., p. 1029.

³² POST, R. - SIEGEL, R., "Popular Constitutionalism...", cit., ps. 1042 y 1043.

ce de enmiendas constitucionales destinadas a modificar la decisión de la Corte o, en los casos más extremos, el directo desafío –la “negación de obediencia”– frente al mandato de la justicia). Medios como los referidos permiten vislumbrar formas de convivencia posible entre el ideal de la soberanía popular y el respeto de la supremacía judicial.

Desde “fuera” de este movimiento jurídico, las voces que se expresaron sobre el libro de Kramer lo hicieron en un tono mucho más crítico. En particular, quisiera hacer referencia aquí a dos notables críticas, que destacan tanto por la calidad e influencia de sus autores, como por la proveniencia de los mismos de lados ideológicos opuestos, dentro de la academia jurídica contemporánea. Me refiero a los comentarios escritos por Richard Posner –un académico identificado con el liberal-conservadurismo– y Lawrence Tribe –un académico normalmente asociado con el progresismo–³³. Tanto Posner como Tribe se muestran escépticos frente a la reconstrucción histórica propuesta por Kramer. Posner, que prefiere dejar dicha tarea a “historiadores profesionales”, sugiere una (simplista, más “clásica”, si se quiere, pero tal vez también mejor orientada) visión de la historia estadounidense que emula el “modelo de tres etapas francés” de “Mirabeau-Robespierre-Napoléon” –es decir, revolución burguesa (en el caso estadounidense liderada por los federalistas), que despierta una reacción extremista y antiburguesa (liderada por los republicanos Jefferson y Jackson luego de 1800), y una restauración burguesa (en los Estados Unidos, luego de la derrota de Van Buren)–. Esta restauración, según Posner convirtió a los Estados Unidos en la “quintaesencia de la República burguesa que aún sigue siendo, con derechos de propiedad y contratos garantizados por jueces profesionales, y con un derecho constitucional que es visto como derecho ordinario, más que como un emergente de la voluntad popular”. Para él, la vuelta a la etapa del “constitucionalismo popular” sugerida por Kramer resulta tan poco esperable como el retorno de Francia a la etapa Termidoriana. Con ironía, se pregunta entonces en qué *town meeting* se podrían reunir millones de personas, y por qué apoyarse en el juicio de “ciudadanos ordinarios” que “no han leído nunca la Constitución”. Y aunque se muestra comprensivo frente a las “náuseas” que parecen sentir Kramer y algunos de sus colegas frente a la centralidad adquirida por los tribunales, y a su burocrático e inatractivo modo de actuar, Posner simplemente no advierte cómo puede ser desca-

³³ POSNER, R., “The People’s Court”, *The New Republic*, 10/7/2004, p. 32; TRIBE, L., “The People Themselves: Judicial Populism”, *New York Times Sunday Book Review*, 24/10/2004.

ble (o posible) la alternativa del "constitucionalismo popular" a la que define como *populismo tout court*.

Tribe es más duro aún en sus juicios contra el "constitucionalismo popular" de Kramer, y denuncia a la "izquierda" que se empeña en objetar las funciones desarrolladas históricamente por la Corte Suprema. Para él, dicha actitud se explica porque a estos críticos les resulta muy difícil objetar —como quieren hacerlo— el extremo conservadurismo de la "Corte Rehnquist", defendiendo a la vez las mejores decisiones de las Cortes más progresistas (las denominadas "Corte Warren" y "Corte Burger"). Trabajos como los de Kramer se basan, en su opinión, en una lectura sesgada de la historia que culmina con la "equiparación de la revisión judicial con el monopolio judicial sobre la verdad constitucional". Para Tribe, por otra parte, "la influencia sobre decisiones individuales que Kramer le concedería al pueblo implica un poder de decir la última palabra que el pueblo nunca ha tenido, y que nunca se le podría permitir que tenga" —al menos, si al mismo tiempo no se renuncia al derecho constitucional, y se vacía de todo sentido a la Constitución—. En la línea más severa de su comentario, Tribe denuncia el riesgo de que Kramer termine encantando a un "amplio y potencialmente impresionable universo de lectores y estudiantes"³⁴.

Según entiendo, las objeciones que se le hacen al "constitucionalismo popular" —versión de Kramer— en cuanto a la reconstrucción histórica de la que parte, se encuentran parcialmente justificadas. Mi propia lectura de la historia constitucional estadounidense se asemeja mucho más al bosquejo que, gruesamente, sugiere Richard Posner en su crítica. Sin embargo, así como es posible que autores como Kramer magnifiquen la presencia de un "constitucionalismo popular" a lo largo de dicha historia, parece también cierto que la "historia oficial" desdibuja tales rasgos progresistas, hasta convertir a la misma en una historia montada sobre una evidente ausencia: la del propio pueblo estadounidense. La de ellos es una historia de abogados y jueces, en la que la ciudadanía sólo resulta invocada, pero no tiene voz. Esfuerzos como los de Kramer resultan, en tal sentido, muy valiosos, al tratar de reconectar la historia constitucional estadounidense —y así, los orígenes de la revisión judicial de las leyes— con movimientos sociales y luchas de raíz popular.

Por otra parte, tampoco parece bien fundada la desconfianza que se manifiesta frente a los aspectos menos descriptivos y más normativos del

³⁴ En una carta al *New York Times Book Review* de 21/11/2004, Kramer lamenta dicha acusación y la atribuye, justamente, al poco respeto que parecen mostrar autores como Tribe frente a la capacidad e independencia de juicio de sus lectores.

"constitucionalismo popular". A la hora de pensar en la deseabilidad de un retorno a este tipo de constitucionalismo, son varios los datos que autores como los revisados aquí aportan, y que merecen ser tenidos en cuenta en la discusión: i) la historia de la revisión judicial es muy ambigua en sus resultados, respecto del ideal de mantener la inviolabilidad de los derechos individuales; ii) los efectos de las decisiones judiciales resultan fundamentalmente insignificantes sin el apoyo de las otras ramas de gobierno, y sin una recepción adecuada por parte de la ciudadanía; iii) existen países que carecen de una práctica de revisión judicial de las leyes sin que ello en absoluto obste al mantenimiento de un alto nivel de respeto hacia los derechos individuales. Tales datos sólo refuerzan un acuerdo teórico cada vez más extendido y profundo, en torno a la dificultad de seguir justificando que las decisiones constitucionales más importantes para la vida de la comunidad no sean decididas como debieran serlo, es decir, por ella misma, y a la luz de sus más meditadas convicciones.