

ARTICULOS DE REFLEXIÓN**UNA DISPUTA IMAGINARIA SOBRE
EL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES:
EL "CONSTITUCIONALISMO POPULAR"
FRENTE A LA TEORÍA
DE CARLOS SANTIAGO NINO****ROBERTO GARGARELLA***

* Abogado y Sociólogo, Universidad de Buenos Aires. Master en Ciencia Política, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. LL.M. *University of Chicago Law School*. Ph.D. *University of Chicago*. Estudios de Postdoctorado, *Balliol College, Oxford*. Entre otros libros ha publicado, *Autonomía y discriminación en la transición democrática*, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, *La justicia frente al gobierno*, *Los fundamentos legales de la desigualdad* y *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Actualmente es profesor e investigador, Universidad de Oslo, Noruega.

RESUMEN

En este breve escrito, analizaré las intuiciones de Carlos Santiago Nino (profesor visitante en la Universidad de Yale) sobre una cuestión “inconclusa” en su obra que fue modificando hasta su último libro: el control judicial de constitucionalidad, examinándolo a la luz del “constitucionalismo popular”, una corriente de pensamiento muy crítica de los enfoques más conocidos sobre el control judicial de constitucionalidad, que tuvo especial acogida en la Universidad de Yale. Para llevar adelante este análisis, en la primera parte expondré de modo muy sintético la visión que Nino presentó en sus últimas obras sobre el control judicial de constitucionalidad. Luego, en la segunda parte, resumiré algunas de las principales líneas de análisis características del “constitucionalismo popular” para, finalmente, en una tercera y última sección, explorar acuerdos y desacuerdos posibles entre ambas perspectivas.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo popular, control judicial de constitucionalidad, democracia deliberativa, supremacía judicial, derecho y sociedad.

ABSTRACT

In this brief essay, I will analyze Carlos Santiago Nino's intuitions (visitant professor at Yale University) about an “unfinished” question in his work that he revised permanently until his last book: the judicial control of constitutionality (judicial review), examining it into the light of the «popular constitutionalism», a trend of thought very critical with the well known approaches on the judicial review, that had special reception in Yale University. In order to take ahead this analysis, in the first part I will expose, in a very synthetic way, the vision that Nino presented in his last works on the judicial review. Then, in the second part, I will summarize some

of the main lines of analyses characteristic of the «popular constitutionalism» for, finally, to explore in the third and last section, possible agreements and disagreements between both perspectives.

KEY WORDS

Popular Constitutionalism, Judicial Review, Deliberative Democracy, Judicial Supremacy, Law and Society.

I. El control judicial según Carlos S. Nino

La teoría de Nino sobre el control judicial se inscribe dentro de su más amplia concepción acerca de la justificación de la democracia. En tal sentido, y luego de examinar diferentes estrategias destinadas a justificar la democracia (utilitarista, pluralista, economicista, populista, etc.), y mostrar los límites y defectos de cada una de ellas, Nino se pronuncia a favor de una concepción *deliberativa* de la democracia. Para Nino, dicha concepción de la democracia aparece como un sucedáneo imperfecto de un discurso moral ideal en el cual –sin límites de tiempo, con plena información, y con la decisión de perfeccionarse en la discusión hasta alcanzar un acuerdo unánime– los miembros de una sociedad fijan las bases a partir de las cuales organizar su vida en común. Al resultado de estos acuerdos alcanzados en un discurso moral ideal, podemos llamarlo un resultado *imparcial*, en la medida en que el mismo expresa un adecuado balance de los puntos de vista de los diferentes integrantes de la sociedad. Ahora bien, es claro que en la vida real sólo podemos aspirar a acercarnos lo más posible a dicho ideal. La democracia deliberativa aparece, en este sentido, como el instrumento más importante que tenemos a nuestro alcance para favorecer la toma de decisiones imparciales.

Según Nino, la democracia deliberativa se acerca al discurso moral ideal—y por lo tanto, maximiza su capacidad para elaborar decisiones imparciales—en la medida en que sea más exitosa en la promoción de sus dos promesas básicas: favorecer la inclusividad social (referida a su aspecto democrático)¹, y alentar entre sus miembros un genuino intercambio de argumentos (referida a su aspecto deliberativo). En efecto, entre las principales aspiraciones de una democracia deliberativa figuran, de modo principal, la de que *todos los individuos potencialmente afectados* por el proceso de toma de decisiones participan del mismo; y la de que la misma gire en torno a un robusto proceso de *discusión pública* en donde cada una de las propuestas que se consideren, aparezcan fundadas en razones que todos los demás puedan revisar y desafiar de un modo apropiado.

La idea de una democracia deliberativa se basa en el presupuesto “milleano” según el cual cada individuo es el mejor “juez” de sus propios intereses. Para decirlo de otro modo, aquí se asume que, por más buena voluntad que cada uno ponga en entender, evaluar o defender los puntos de vista de los demás, uno tiende a encontrar dificultades serias para representarse vivamente dichos intereses. De allí que esta concepción de la democracia proponga que todas las cuestiones de *moral pública*, es decir, todas las cuestiones en donde los intereses de terceros se encuentren o puedan ser seriamente afectados, sean decididas a partir de la intervención de todos

aquellos. Cabe notar lo, esto implica decir, al mismo tiempo, que las cuestiones de *moral privada* quedan fuera del ámbito de la deliberación colectiva.

Conforme a Nino, la democracia deliberativa se distingue por su *potencia epistémica* respecto de aquellas cuestiones de interés común. Ello quiere decir que el proceso de discusión pública nos ayuda, mejor que procesos alternativos, al “conocimiento”—y finalmente a la adopción— de soluciones imparciales. Las razones que explicarían la fuerza epistémica de la discusión son varias. Entre otras, la discusión puede ayudarnos a corregir errores lógicos o fácticos en nuestras propuestas; puede abrirnos al conocimiento de información relevante, de la que carecemos; nos obliga a argumentar en términos impersonales (ya que nadie votaría la propuesta de otro que dijera: “debe seguirse este curso de acción simplemente porque es el que más me conviene”); nos obliga, consecuentemente, a pensar en las pretensiones de los demás—y en las posibles objeciones de nuestros pares frente a nuestras propuestas—; y contribuye, finalmente, a educarnos en la convivencia cívico-democrática.

Ahora bien, dentro de este marco, y en principio, no parece haber lugar alguno para la revisión judicial de las leyes. En efecto, ¿por qué es que debería permitirse que los miembros del poder con menos legitimidad democrática, tengan la última palabra en relación con cuestiones de interés colectivo? Nino enfatiza este punto, pero

¹ La idea es que las posibilidades de tomar una decisión imparcial crecen en la medida en que más sean los puntos de vista incorporados en el proceso de toma de decisiones. El punto tiene una íntima conexión con el principio democrático del “mayor número”, en la medida en que, según veremos inmediatamente, aquí se asume que nadie se encuentra en mejor situación que uno mismo para conocer y evaluar sus propios intereses. No es suficiente, por tanto, que algunos individuos, especialmente ilustrados, nos presenten los puntos de vista de todos los demás.

sin embargo, aclara de inmediato que hay al menos tres casos –tres excepciones– en los cuales sí podría encontrarse justificado, en principio, el control judicial. Las tres excepciones serían las siguientes:

I.I. La custodia del proceso democrático

La primera de las excepciones estudiadas por Nino evidencia su parcial pero significativo acuerdo con el enfoque propuesto por el jurista John Hart Ely en cuanto a los alcances del control judicial. Dicho enfoque implica reservar a un órgano distinto del que crea y aplica las normas jurídicas vigentes, el cuidado de las condiciones que convierten a las mismas en normas justificadas. Es decir, como Ely, Nino considera que deben existir guardianes externos al propio proceso democrático de toma de decisiones, encargados de asegurar la supervivencia de ese proceso democrático. Por supuesto, Nino tiene –según viéramos– una visión particular acerca del significado de “proceso democrático”, en donde él mismo queda asociado con la idea de deliberación democrática (visión ésta, cabe aclararlo, que no se superpone completamente con la de Ely aunque implique, como la del profesor norteamericano, el resguardo de derechos tales como el de libertad de asociación o expresión). Ahora bien, de acuerdo con Nino, el hecho de que los jueces se hagan cargo de esta tarea de custodia no implica asumir que ellos gocen de capacidades intelectuales diferentes de, y superiores a, las de la ciudadanía común (un presupuesto que parece permear aún a parte de la teoría constitucional contemporánea). Los jueces poseen, para él, exactamente las mismas capacidades que cualquier otro individuo. La única diferencia que los separa de los demás es el lugar que ocupan, institucionalmente hablando, y que los deja en una mejor situación a la hora de

resguardar las “reglas del juego” (por ejemplo, su posición institucional parece claramente más apropiada para dicha tarea que la que ocupan los propios “jugadores” que “juegan el partido democrático”).

I.II. El resguardo de la autonomía individual

La segunda de las excepciones a las que se refiere Nino constituye el mejor reflejo de su educación y compromisos liberales. El presupuesto en el que se basa, y que se deriva de la distinción arriba marcada entre moral pública y moral privada, es el de que el proceso democrático carece de valor epistémico en todo lo relacionado con cuestiones de moral personal. Esta convicción lo lleva a sostener que los jueces tienen buenas razones para considerar inválidas todas aquellas normas de contenido *perfeccionista*, es decir, aquellas que pretenden imponer, contra los planes de vida de los particulares, concepciones comprensivas sobre lo bueno (i.e., una cosmovisión religiosa). En este sentido, los jueces quedan encargados de mantener el compromiso estatal con la neutralidad valorativa, asegurando el respeto de los ideales de virtud personal escogidos por cada individuo. Como sostuviera Nino “[l]a deliberación pública acerca de los ideales personales –por ejemplo, acerca de los ideales del buen patriota, el buen *pater familias*, o sobre la devoción religiosa– pueden favorecer nuestro entendimiento acerca de tales ideales, pero el consenso mayoritario o unánime acerca de la validez de los mismos no tiene más autoridad que nuestra propia reflexión a la hora de guiar nuestros juicios” (NINO, 1993: 313).

I.III. La preservación de la práctica constitucional histórica

Finalmente, la tercera de las excepciones tiene que ver con la Constitución entendida como práctica social. A diferencia de las

anteriores, "basadas en las condiciones que hacen que las decisiones democráticas resulten epistémicamente confiables" (NINO, 1996: 199), ésta se vincula con las condiciones que dotan de *eficacia* a las decisiones democráticas. En mi opinión, esta tercera excepción aparece como la menos elaborada o menos madura de las tres. Ella es la que arriba más "tarde" al análisis de Nino sobre el control judicial, y la que – desafortunadamente – el iusfilósofo tuvo menos tiempo para elaborar. Según entiendo, la misma expresaba una tendencia muy común por entonces entre los liberales igualitarios: la de una gradual apertura hacia el embate crítico proveniente del pensamiento comunitarista. Sensible a este tipo de inquietudes, Nino comenzó a reflexionar entonces sobre la importancia que podía tener el resguardo de "la convención o práctica colectiva" que dota de eficacia a las decisiones democráticas. El de los comunitaristas representaba un "llamado a la realidad" importante frente al liberalismo, que parecía exclusivamente preocupado en la justificación de acciones o decisiones, en desmedro del marco contextual que establecía las condiciones de posibilidad de aquellas opciones. Para ilustrar el punto, un buen ejemplo es el de una decisión que, aunque impecable desde el punto de vista del discurso moral ideal (por ser, por ejemplo, el producto de un amplio e informado debate democrático), afectara de modo explícito el texto de la Constitución. Aún si el respeto de dicha decisión no implicará la violación de ningún derecho fundamental, su implementación pondría en riesgo "la práctica social constituida por la constitución histórica" (NINO, 1996: 206). Por ello mismo, concluía

Nino, los jueces podían verse justificados en su decisión de invalidar normas como éstas, directamente ofensivas del texto constitucional.

Tenemos ahora un panorama muy sintético pero, según estimo, suficiente para comprender el enfoque de Nino sobre el control judicial. Conocemos, además, el modo en que dicho enfoque encontraba arraigo dentro de una teoría más vasta referida a la justificación de la democracia. Corresponde entonces que nos internemos en la segunda parte de este trabajo, para conocer el enfoque crítico desarrollado por el llamado "constitucionalismo popular" en torno a cuestiones similares.

II. Las bases del "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 Tushnet (GRABER, 2001: 373; LEVINSON, 1999: 214; REED, 1996), 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. 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 siguientes:²

Desafiar la supremacía judicial: Quitando la Constitución de las manos de los tribunales. Dentro de la obra reciente del

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".

“constitucionalismo popular”, *The People Themselves*—un libro escrito por Larry Kramer—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 la 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 vs. Madison*. En dicho caso, y por un lado, la Corte Suprema Norteamericana 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 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 Constitución (POST – SIEGEL, 2004). 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 norteamericana, y el consistente rechazo de la última posibilidad—la supremacía judicial—en la etapa fundacional del constitucionalismo norteamericano (y aún más allá de dicha etapa)³. Al mismo tiempo, sugiere una diversidad de vías a través de las cuales reorientar la historia constitucional norteamericana hacia un mundo jurídico en donde ya no exista la supremacía judicial⁴. Ahora bien, así como en el mundo jurídico que visualiza Larry Kramer lo que ha quedado abolida es la supremacía judicial⁵, en la visión de otros autores cercanos al

³ 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 (KRAMER, 2004: 8).

⁴ Kramer hace referencia, entonces, a una serie de medidas que a mi juicio—y por su falta de elaboración y fundamentación—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 norteamericano al más politizado modelo europeo (KRAMER, 2004: 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 (ibid., 249).

⁵ 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, 2004: 253). Es importante dejar en claro que no todos los autores que pueden considerarse parte de esta corriente “populista”, suscriben plenamente una idea como la sugerida por Kramer en torno a la supremacía judicial. En este sentido, el ejemplo de trabajos como el de Robert Post y Reva Siegel resulta ilustrativo. Ellos comparten las principales tesis de Kramer, en la idea de que “el derecho constitucional debe encontrar su legitimidad, finalmente, en la cultura constitucional de los actores no-judiciales” (POST – SIEGEL, 2004: 1029. Vuelvo sobre el punto más abajo). Ellos también consideran que “el pueblo [debe retener] la última palabra sobre el significado de la Constitución” (ibid., 1042-3). Así y todo, 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 (ibid., 1029). Así, y por ejemplo, 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 avance 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 (ibid., 1039).

“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 través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible⁶. 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” (TUSHNET, 1999)⁷.

Contra una “sensibilidad anti-popular”. 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 anti-popular” (PARKER, 1993; BALKIN, 1995; KRAMER, 2004 y 2004b). 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” (UNGER, 1996: 72). Esta disconformidad se expresa, según Unger, en una “incesante identificación de límites sobre la 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...”. (UNGER, 1996: 152-3). Jack Balkin también exploró esta peculiar “sensibilidad anti-popular” 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” (BALKIN, 1995: 1951)⁸. Frente a este elitismo, el “constitucionalismo popular” pretende

⁶ 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 aún desde una postura seriamente preocupada por la preservación de los derechos individuales debía resistirse el control judicial de las leyes. Ello es así, por un lado, en razón de la existencia de profundos e irresolubles desacuerdos (*the fact of disagreement*) respecto del contenido y 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 status 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 conocedores 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.

⁷ 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”. (TUSHNET, 1999: 181). Esto implica una visión “fina” o “estrecha” de la Constitución, que se contrapone a la lectura más “robusta” o “abarcativa” hoy dominante.

recuperar y reconocerle su merecida importancia y peso institucional a los valores propios de la “cultura popular”.

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 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” (KRAMER, 2004b: 962). Desde tiempo atrás, varios juristas defendieron y desarrollaron ideas semejantes. Así, por ejemplo, encontramos concepciones de este tipo en los trabajos de Bruce Ackerman (1991), 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 (1987, 1988), 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 derechos. De modo similar, el profesor Sanford 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 Constitución (LEVINSON, 1988). 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)⁹. El “constitucionalismo popular” se propone defender una alternativa obviamente más cercana a la segunda de las opciones mencionadas (ver, por ejemplo, WHITTINGTON, 2002).

⁸ 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” (BALKIN, 1995: 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.

⁹ El propio Frank Michelman parece claramente persuadido por una visión “protestante” del constitucionalismo, según lo que muestran sus últimos trabajos (por ejemplo, ver MICHELMAN, 1999: 2003). Ver también, comentando dicha aproximación de Michelman al “constitucionalismo popular”, y mostrando formas en qué perfeccionar dicho encuentro (BALKIN, 2004).

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 norteamericano (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 atribuían. Más contemporáneamente, escritos como los de Gerald Rosenberg ayudaron a ver que ni 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” (ROSENBERG, 1991: 71)¹⁰. 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 de las acciones “del presidente y del Congreso, y no de la Corte Suprema” (GRIFFIN, 1996: 45), o los de Mark Tushnet, para quien el proceso de revisión judicial de las leyes representa poco más que *noise around zero* (TUSHNET, 1999: 153). 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”.

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 (sino la actitud hostil) 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

¹⁰ 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, 1993 y 1996; ROSENBERG, 1996). McCann objeta al esquema analítico de Rosenberg como “top-down” y “court-centered” (McCANN, 1993: 743).

directamente socava el valor de las decisiones judiciales (i.e., MINOW, 1987; McCANN, 1999). Uno de los antecedentes más interesantes de este tipo de posturas se encuentra en el muy reconocido trabajo de Robert Cover, *Nomos and Narrative* (COVER, 1983). En dicho trabajo, Cover exploraba los “indisciplinados impulsos jusgenerativos”, provenientes de movimientos sociales alternativos (COVER, 1983: 67), y mostraba de qué modo la tarea judicial más característica no era la de “crear, sino la de eliminar [ciertas visiones sobre el] derecho” (COVER, 1983: 53). 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 restantes” (ibid.). Contra dicha visión, Cover sostenía que “las 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 derecho¹¹. “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 *nomos*; debemos invitar la llegada de nuevos mundos jurídicos” – concluía Cover. Trabajos como los de Reva Siegel y Robert Post (ver, entre otros, POST – SIEGEL, 2003; SIEGEL, 2001) refuerzan un enfoque similar sobre la tarea del constitucionalismo¹². 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” (MOORE, 1996: 11; REED, 1999: 880)–. 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” (McCANN, 1992: 733); y otros más se empeñan por entender los modos y las razones en que la ciudadanía hace uso del derecho (ERICK – SILBEY, 1998).

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

¹¹ 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 presenta -en desafío de las que fija la Corte- por medio de los partidos políticos y los movimientos sociales (BALKIN, 2004: 505). Según Balkin “[las] 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 retro-alimentación que contribuye a dar forma al desarrollo de la doctrina constitucional en el largo plazo” (ibid., 508).

¹² 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 vistas, exclusivamente, como decisiones merecedoras de un “respeto presunto” y quedan sujetas a constantes y múltiples desafíos (que incluyen la desobediencia a las mismas) por parte de la población (PARKER, 1993).

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 estas 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-refinado (BALKIN, 1995: 1948). 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. ¿Cómo evaluar la propuesta de Nino sobre el control judicial, desde la óptica del “constitucionalismo popular”?

Contamos ahora con información suficiente como para comparar los contenidos y alcances de la teoría de Nino sobre el control judicial, con la postura defendida por quienes proponen un “constitucionalismo popular”. Aparentemente, nos encontramos aquí con dos visiones no-tradicionales sobre la materia, dado que ambas vienen a desafiar el entendimiento dominante sobre la revisión judicial. Sin embargo, parece claro también que las dos posturas examinadas difieren entre sí de modo importante. Mientras la de Nino admite excepciones al principio general que niega la posibilidad del control judicial en una democracia, el

“constitucionalismo popular” se distingue por impugnar más radicalmente dicha posibilidad, para negar en todo caso la supremacía judicial que Nino en principio admite para casos muy específicos. Quisiera, en lo que sigue, explorar con algún detalle mayor las críticas que el “constitucionalismo popular” podría presentar frente a la concepción de Nino y ver, en todo caso, qué réplicas podrían derivarse de una teoría como la expuesta por el profesor argentino, frente a tales impugnaciones. Conviene aclarar, de todos modos, que el propósito de este análisis es meramente comparativo, y que no presupone que el “constitucionalismo popular” sea la “vara” correcta desde la cual deban medirse todas las demás concepciones.

Democracia. Comenzaría entonces por lo más básico, que tiene que ver con la concepción de la democracia defendida por Nino. Al respecto, diría que, aunque los autores asociados con el “constitucionalismo popular” muestran desconfianza frente a la concepción deliberativa de la democracia (WALDRON, 1999; KRAMER, 2004; BALKIN, 1995; UNGER, 1996), los temores que ellos suelen mostrar parecen dirigidos, más bien (aunque no exclusivamente), a versiones “elitistas” de la concepción deliberativa, diferentes a la defendida por Nino. El principal blanco de sus críticas tiene que ver, en este sentido, con una idea deliberativa que parece resultar “más aceptable cuanto más se parece en su estilo a una prolífica conversación entre caballeros del siglo dieciocho”(UNGER, 1996: 72-3). O, como sostiene Kramer, con una idea que “termina teniendo mucho que ver con la deliberación y prácticamente nada con la democracia” (KRAMER, 2004: 244). La postura defendida por Nino, sin embargo, parece ser capaz de eludir cómodamente tales críticas, ya que balancea de modo apropiado sus preocupaciones por la discusión y por

la inclusión social. En efecto, la defensa que hace Nino de la "discusión racional" no implica la concentración del debate en unos pocos iluminados –como en el ideal burkeano de la deliberación-. A la vez, su ideal de imparcialidad no presupone la expulsión de las mayorías de la esfera política sino, por el contrario, la integración de las voces de los habitualmente marginados de la discusión política.

En este sentido, además, la concepción de Nino sobre la democracia tampoco merece ser criticada por entender dicha participación popular como constitucionalmente relevante sólo en circunstancias excepcionales –una crítica que los autores enrolados en el "constitucionalismo popular" tienden a presentar frente a la postura defendida por Bruce Ackerman¹³. Contra dicha visión, Nino veía a la participación popular como una condición necesaria para la elaboración de normas imparciales (Nino criticaba a Ackerman, en sus discusiones con el profesor norteamericano, por la incapacidad de la concepción ackermaniana para distinguir entre "momentos constitucionales" múltiples, de intensidades diferentes). Al mismo tiempo, la visión de Nino se encuentra claramente alineada con el igualitarismo que caracteriza a posturas como las de Waldron. Este igualitarismo representa uno de los rasgos distintivos de su teoría epistémica sobre la democracia, y explica afirmaciones como la de que cada individuo tiene tanta aptitud como cualquier funcionario judicial para involucrarse en la reflexión sobre los problemas constitucionales más importantes.

Control judicial. Dicho lo anterior, conviene reconocer que parece haber una cierta

inconsecuencia en Nino, al no perseguir hasta el final, como sí lo hace Waldron, las implicaciones de su igualitarismo radical. Y aun cuando la postura de Waldron quede sujeta a algunas obvias réplicas (referidas al fundamento último de la teoría de la autoridad con la que cierra el círculo de su análisis), uno no puede sino preguntarse qué es lo que justifica que, finalmente, Nino deje en manos de la justicia el control último sobre casos vinculados con sus "tres excepciones". Por ejemplo, es obvio, desde su teoría de la democracia, que el poder mayoritario no tiene razones para imponerse sobre la voluntad de los particulares en cuestiones relacionadas con el ámbito de la moral personal pero, ¿qué razones hay, entonces, para sí autorizar al respecto la intervención del poder judicial? Del mismo modo, hay razones para custodiar las bases institucionales de la discusión democrática (impedir que quienes están en el poder censuren, bloqueen la organización política de los partidos opositores, o repriman toda manifestación de protesta), pero ¿por qué es que esa tarea de custodia debe quedar finalmente en manos de los jueces? La respuesta que da Nino no contradice los fundamentos de su teoría general sobre las instituciones pero tampoco parece del todo consecuente con aquellos principios. Dice Nino: "El poder de los jueces no es más que el poder de cualquier ciudadano que se encuentra en la situación de aplicar una norma jurídica y que...debe determinar por sí mismo si están satisfechas las condiciones que le permiten confiar en el proceso democrático" (NINO, 1996: 200). Por lo demás, agrega Nino, dicha intervención judicial se justifica solamente si ella se orienta a impedir la imposición de medidas

¹³ Balkin & Sanford critican, por ejemplo, la idea de "momentos constitucionales" concentrados en "periodos relativamente cortos de tiempo, como opuesta a cambios constitucionales producidos de forma más gradual" (BALKIN - SANFORD, 2001: 1082).

perfeccionistas, o a expandir las posibilidades del diálogo democrático. Pero estas afirmaciones se encuentran cargadas de problemas. Ante todo, ¿por qué no decir lo mismo en relación con el poder legislativo? (“el poder legislativo queda con la última palabra, en estos casos, aunque su autoridad sólo tendrá valor en la medida en que ella no acarree el establecimiento de políticas perfeccionistas”). Por otra parte, ¿qué razones hay para pensar que los jueces van a inclinarse a tomar sus decisiones en los modos favorecidos por Nino (decisiones anti-perfeccionistas y pro-dialógicas) y no al contrario (una pregunta especialmente relevante cuando lo que está en discusión es el diseño de instituciones)? Finalmente: en general, pero sobre todo cuando uno advierte la presencia de una “ideología judicial” (moldeada, al menos en parte, por la pertenencia de los jueces a más o menos definidos grupos en materia de clase social, raza, o género, sobre todo en los estamentos judiciales superiores), alguien que participa de presupuestos igualitarios como los que Nino y Waldron comparten, debería inclinarse a ver como más “natural” la respuesta del último frente al dilema en cuestión (dejar las respuestas del caso abiertas a los resultados de la discusión pública). Preservar la autoridad judicial para estos casos excepcionales no implica, como sugiere Nino, que los jueces decidan sobre los mismos reflexionando tal como podría haberlo hecho cualquier otro ciudadano: es que —si las sugerencias antes mencionadas son ciertas— no podemos decir que los jueces van a tender a actuar como “cualquier” otro ciudadano, sino más bien como ciudadanos pertenecientes a un sector muy específico de la sociedad.

Interpretación. Seguramente, el presupuesto según la cual la tarea de interpretación constitucional involucra desacuerdos irresolubles, llevaría a muchos

“constitucionalistas populares” a mostrarse escépticos frente a las tres categorías o “excepciones” propuestas por Nino. Es obvio que todos estaríamos mejor si pudiéramos distinguir más o menos claramente entre cuestiones procesales y cuestiones que no lo son; cuestiones que afectan a la autonomía individual y cuestiones que no; cuestiones que socavan la práctica constitucional vigente y cuestiones que no. Pero, ¿hay alguna esperanza sensata de que podamos ponernos de acuerdo respecto de cuestiones que ocupan un lugar tan central dentro de una teoría como la de Nino? El problema que enfrenta Nino, en este sentido, triplica el que enfrentaba John Ely. A Ely uno podía preguntarle, genuinamente, si no le correspondía a los jueces, también, y por ejemplo, supervisar la aplicación de derechos como los derechos sociales, en tren de impedir un socavamiento impermisible de los procedimientos democráticos (una pregunta que amenazaba con poner en crisis su propuesta, pretendidamente restrictiva frente a la intervención judicial). A Nino uno puede agregarle preguntas de tenor similar en relación con las implicaciones de defender la autonomía individual (¿qué decisión, finalmente, no afecta la autonomía individual?), o las bases de la práctica constitucional (¿qué modificación no socava, de algún modo, dicha práctica?), con un resultado igualmente preocupante. Nino no ignoraba el peso de tales cuestionamientos, pero entendía que los mismos eran, finalmente, resolubles. Honesto como siempre, tomaba uno de los problemas más graves involucrados por desacuerdos como los señalados —el problema referido a si los derechos sociales constituían o no derechos a priori de la discusión democrática— y concluía diciendo que “no existe una fórmula algebraica para determinar el contenido de los derechos a priori. Algunos bienes son tan fundamentales para el buen funcionamiento del sistema

democrático, que si ellos no fueran provistos, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico desaparecería. [Pero al mismo tiempo, puede ocurrir que, para fortalecer el valor epistémico de la democracia, tomemos decisiones que] nos lleven a tener un sistema democrático magnífico, desde el punto de vista epistémico, pero que se encuentra sólo autorizado para decidir muy pocas cosas... Debemos, por tanto, confrontar esta tensión entre la fortaleza y el alcance del proceso democrático" (NINO, 1996: 201-2). Nino confiaba, finalmente, en que las "zonas de penumbra" proyectadas por los conceptos centrales de su teoría eran menores en dimensión y peso que las "áreas luminosas" alcanzadas por ellos. Pero lo cierto es que muchos pueden estar razonablemente en contra de su propuesta, ya sea porque entienden que los desacuerdos en cuestión son más profundos e intratables de lo que pensaba Nino, ya sea porque entienden que, dadas estas dificultades, y la importancia crucial de las decisiones en juego (que pueden definir, por caso, los alcances del mismo sistema democrático) resulta demasiado riesgoso dejar tal poder en manos de la justicia.

Supremacía judicial. Aunque Nino parecía convencido de la necesidad de reservar al poder judicial un rol central en la protección de ciertos derechos, él se mostraba abierto frente a los cuestionamientos dirigidos contra la supremacía judicial. Nino reconocía el valor y el atractivo de dicha crítica. Para él resultaba claro que "la teoría epistémica de la democracia [venía a poner] en cuestión la revisión judicial de las leyes" (NINO, 1996: 199). Por otra parte, su teoría sobre la democracia y la organización institucional dejaba reservado un buen espacio para pensar en alternativas a la última palabra judicial. Nino mismo se ocupó de explorar algunas de estas alternativas. Un buen

ejemplo de esta línea de reflexión se advierte en el acercamiento positivo que tuviera hacia la posibilidad del "reenvío" judicial a los poderes políticos. Nino prestó atención a una versión posible de dicha alternativa, a través del ejemplo de Canadá (y la cláusula constitucional del "*notwithstanding*"), que a su vez conoció por referencias de su amigo (por entonces decano de la facultad de derecho de Yale) Guido Calabresi. Y no sólo mostró simpatía hacia la implementación de dicho mecanismo, sino que se ocupó de dejar en claro de qué modo dicha alternativa encajaba bien con un esquema institucional dirigido a implementar una democracia deliberativa. Alternativas como la canadiense (o como la "declaración de inconstitucionalidad por omisión") permitían que los jueces tuvieran "un rol activo en la mejora de la calidad del proceso de discusión y decisión democráticos, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas" (NINO, 1996: 216). En definitiva, y lo que importa para el presente propósito, el legado teórico que dejara Nino parece llevarse bien, en principio, con un modelo institucional diseñado a partir del ideal de una "conversación continua" (*ongoing dialogue*) de la que participan de modo igual las distintas ramas de gobierno, y en donde se le reserva a la ciudadanía un papel todavía protagónico.

Derecho y sociedad. ¿Una sensibilidad anti-popular? Las preocupaciones teóricas de Nino siempre estuvieron más vinculadas con la filosofía analítica que con la sociología del derecho. En este sentido, no extraña comprobar que en su obra, Nino no se aventurara a preguntarse -o no se interesara por investigar- demasiado sobre formas alternativas de pensar el derecho. Y más allá del estudio histórico que aparece en *Fundamentos de derecho constitucional*, las interesantes reflexiones sociológicas de *Un*

pais al margen de la ley, o las evidentes preocupaciones políticas manifestadas en sus reflexiones sobre la reforma constitucional o en su libro *Juicio al mal absoluto*, lo cierto es que Nino mostraba una manifiesta desconfianza hacia los “estudios críticos del derecho” (*Critical Legal Studies*) y otros similares, interesados en abrir al derecho a áreas de estudios nuevas, a partir de una mirada crítica, más cercana a la sociología jurídica de raíz marxista. Para autores como Robert Cover, interesados en explorar la existencia de “vida jurídica” más allá de los modelos jurídicos predominantes, dichas resistencias mostradas por Nino frente a los estudios del derecho alternativos podrían resultar desalentadoras.

¿De todos modos, correspondería mantener esta mirada de desaliento en cuanto a lo que nos interesa más propiamente, esto es, en cuanto a los contenidos de la teoría de Nino sobre el control judicial? Al respecto, quisiera dejar anotados dos breves comentarios. En primer lugar, esta extraña apertura al comunitarismo que Nino manifestara en sus últimos desarrollos sobre el control judicial - evidentes en su “tercera excepción” - no parece especialmente atractiva. Más allá de que lo que está aquí en juego es una postura aún no desarrollada de modo suficiente, la presencia de esta “tercera excepción” sólo trae a la discusión algunos de los aspectos más conservadores - y así, menos novedosos (que los hay) - del comunitarismo. Por supuesto, la postura de Nino no era ingenua ni pretendía ser conservadora: Nino hablaba de una práctica jurídica justificada (para lo cual recurría a la metáfora de “una catedral” construida a lo largo de sucesivas generaciones). Pero aún así, al atar la preservación de esta práctica (justificada) a las decisiones del poder más conservador o menos democrático de todos, Nino entregaba cartas ganadoras al status quo constitucional.

Ahora bien (y aquí aparece la segunda observación que quería dejar asentada) ¿resultaban, elecciones como las anteriores, expresión de una “sensibilidad anti-popular” en la teoría de Nino? Es difícil dar una respuesta cierta a dicha pregunta. Desde mi punto de vista, creo que tanto en él, personalmente, como en su teoría convivían, incómodamente, impulsos y corrientes contradictorias. Por un lado, la teoría institucional de Nino estaba muy marcada por el peso del liberalismo (expresado en una fuerte preocupación por los derechos individuales) que había conocido en los decisivos años de su formación académica (sobre todo en Inglaterra). Ese liberalismo era, sin dudas, un liberalismo basado en una idea de “desconfianza” a las mayorías como el que los “constitucionalistas populares” acostumbran a criticar. Por otro lado, también es cierto que toda su obra, y especialmente la desarrollada en la última larga década de su carrera, aparece signada por un impulso igualitario y democrático notable (surgido, en buena medida, a partir del entusiasmo por la recuperación de la democracia en la Argentina). Este aspecto de su teoría genera habituales fricciones con los componentes liberales de la misma, pero - a pesar de estas serias tensiones - ambas partes contribuyen a convertir su teoría del derecho en una extraordinaria herramienta a favor de una visión progresista sobre el derecho.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce (1991) *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- AMAR, Amar (1987) "Of Sovereignty and Federalism", en: 96 *Yale Law Journal* 1425.
- (1988) "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V", en: 94 *Columbia Law Review* 457.
- BALKIN, Jack (1995) "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", en: 104 *Yale Law Journal* 1935.
- (2003) "Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson", en: 38 *Tulsa Law Review* 553.
- (2004) "Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution", en: 39 *Tulsa Law Review* 485.
- LEVINSON, Sanford (2001) "Understanding the Constitutional Revolution", en: *Virginia Law Review*, vol. 87, n. 6.
- COVER, Robert (1983) "The Supreme Court, 1982 Term- Foreword: Nomos and Narrative", en: 97 *Harvard Law Review* 4.
- DAHL, Robert (1957) "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", en: 6 *Journal of Public Law* 279.
- ERICK, Patricia - SILBEY, Susan (1998) *The Common Place of Law*, Illinois: Chicago University Press.
- GRABER, Mark A. (2000) "The Law Professor as Populist", en: 34 *University of Richmond Law Review* 373.
- GRIFFIN, Stephen M. (1996) *American Constitutionalism*. Princeton University Press.
- KRAMER, Larry (2001) "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court", en: 115 *Harvard University Press* 4, 130-58.
- (2004) *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.
- (2004b) "Popular Constitutionalism, Circa 2004", en: 92 *California Law Review* 959.
- LEVINSON, Sanford (1988) *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press.
- (1999) "Constitutional Populism: Is It Time for 'We the People' to Demand an Article Five Convention", en: 4 *Widener Law Symposium Journal* 211.
- McCANN, Michael (1992) "Reform Litigation on Trial", en: 17 *Law & Social Inquiry* 715.
- (1996) "Causal vs. Constitutive Explanations", en: 21 *Law & Social Inquiry* 457.
- (1999) "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives", en: Howard Gillman - Cornell Clayton (eds.) *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*. University Press of Kansas.
- MICHELMAN, Frank (1999) "Constitutional Authorship by the People", en: 74 *Notre Dame Law Review* 1605.
- (2003) "Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System", en: 72 *Fordham Law Review* 345.

- MINOW, Martha (1987) "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", en: 96 *Yale Law Journal* 1860.
- MOORE, Wayne D. (1996) *Constitutional Rights and Powers of the People*. Princeton University Press.
- NINO, Carlos S. (1993) "On the Exercise of Judicial Review in Argentina", en: Irwin P. Stotzky (ed.) *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, San Francisco: Westview Press.
- (1996) *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press.
- PARKER, Richard (1993) "Here, the People Rule, A Constitutional Populist Manifesto", en: *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, n. 3.
- POSNER, Richard (2004) "The People's Court", en: *The New Republic*, July 19. 32.
- POST, Robert C. – SIEGEL, Reva B. (2003) "Protecting the Constitution From the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", en: 78 *Indiana Law Journal* 33.
- (2004) "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", en: 92 *California Law Review* 1027.
- REED, Douglas S. (1999) "Popular Constitutionalism: Toward a Theory of State Constitutional Meaning", en: 30 *Rutgers Law Review* 871.
- ROSENBERG, Gerald N. (1991) *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Illinois: The University of Chicago Press.
- (1996) "Positivism, Interpretivism, and the Study of Law: McCann *Rights at Work*", en: 21 *Law & Social Inquiry* 435.
- SAGER, Lawrence G. (1993) "Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law", en: 88 *Northwestern University Law Review* 410.
- SANDEL, Michael (1996) *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press.
- SIEGEL, Reva B. (2001) "Text in Contest: Gender and the Constitution From a Social Movement Perspective", en: 150 *University of Pennsylvania Law Review* 297.
- TRIBE, Laurence H. (2004) "The People Themselves: Judicial Populism", en: *New York Times Sunday Book Review*, October 24.
- TUSHNET, Mark (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press.
- UNGER, Robert (1996) *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press.
- WALDRON, Jeremy (1999) *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- WHITTINGTON, Keith E. (2002) "Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses", en: 80 *North Carolina Law Review* 773.