UCA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital
de la Universidad Católica Argentina

Segovia, Juan Fernando

La interpretación constitucional populista
Populist constitutional interpretation

Prudentia Iuris Nº 76, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Segovia, J. F. (2013). La interpretación constitucional populista [en línea], *Prudentia Iuris*, 76.
Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/interpretacion-constitucional-populista.pdf [Fecha de consulta:.....]

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POPULISTA

Populist Constitutional Interpretation

Juan Fernando Segovia*

"The Supreme Court is not the highest authority in the land on constitutional law. We are".
(Larry D. Kramer, 2006).

Resumen: El trabajo indaga en el concepto de constitucionalismo popular tal como se lo ha acuñado en los Estados Unidos de Norteamérica; expone sus diversas versiones y se concentra en la obra de Larry Kramer, *The people themselves*. Estudia las afirmaciones y las posiciones de diferentes juristas y profesores ligados a esta corriente, especialmente en torno al control judicial de constitucionalidad y la interpretación constitucional. Finaliza con una valoración de un conjunto y una crítica a sus premisas y conclusiones.

Palabras clave: Constitucionalismo popular - Interpretación constitucional - Control judicial de constitucionalidad - Larry Kramer.

Abstract: The work explores the concept of popular constitutionalism as it has coined in the United States of America; it exposes its various versions and focuses on the work of Larry Kramer, *The people themselves*. He studied the statements and positions of different jurists and scholars linked to this current, especially around the judicial review and constitutional interpretation. The work ends with an evaluation of a set and a critique of its premises and conclusions.

Key-words: Popular constitutionalism - Constitutional interpretation - Judicial review - Larry Kramer.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Doctor en Historia (Universidad de Mendoza); Investigador del CONICET; ha publicado varios libros y artículos en revistas especializadas en lo atinente a la historia de la ideas jurídicas y políticas.

I. Presentación y noticia

1. Un problema moral trasladado al plano jurídico-constitucional, el matrimonio de personas del mismo sexo, disparó en la Corte de California interpretaciones diversas acerca de para qué es una Constitución. La iniciativa a favor del matrimonio homosexual llegó a la Corte Suprema californiana en 2008, que lo autorizó aduciendo discriminación. Los grupos favorables al matrimonio tradicional lograron aprobar en noviembre de ese año una propuesta de enmienda constitucional (*Proposition 8*) que establecía que solo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California. Los sectores pro matrimonio homosexual llevaron el asunto a la Corte para que se expidiera. Y aquí entramos en materia.

De entre los votos[1], se destaca la opinión de uno de los jueces, quien adujo la doctrina de John Hart Ely llamada *the representation-reinforcing constitution of retained rights*, según la cual incluso cuando los derechos individuales y los valores públicos están en cuestión, los tribunales deben respetar el proceso político a menos que haya sido disfuncional, lo que sucedería cuando las personas interesadas pretendieran mantener su poder bloqueando el cambio político, o cuando las mayorías oprimieran a minorías distintas y aisladas, marginadas en el proceso político; por ello debe reconocerse el derecho de las minorías, en este caso de los gay y lesbianas.

La Corte Suprema de California acabó rechazando el pedido de las minorías homosexuales, pero adujo que la enmienda propuesta era solamente a futuro. Más allá del pragmatismo de la decisión (un análisis de costo beneficio al estilo de Bentham), lo que nos interesa es lo que afirma el jurista: "Solo cuando una minoría logra alguna viabilidad política y es reconocida como un participante en el sistema pluralista de gobierno, los jueces se aferrarán a la protección igualitaria"[2]. Y esta es la cuestión que queremos tratar[3].

2. En los últimos años, en especial en Estados Unidos de Norteamérica, ha ganado fama un grupo de constitucionalistas englobados en el constitucionalismo popular o populismo constitucionalista, conocido por el suceso provocado por la obra de Larry Kramer[4].

[1] ESKRIDGE, Jr., William N., "The California Proposition 8 Case: what is a constitution for?", *California Law Review*, vol. 98, 2010, págs. 1235-1252.

[2] Ibídem, pág. 1249.

[3] Al presente, el caso está radicado en la Corte Suprema Federal y se espera que en marzo de 2013 ella escuche las alegaciones de las partes. Cf.: http://www.huffingtonpost.com/2012/12/07/supreme-court-gay-marriage_n_2218441.html; y http://www.scotusblog.com/case-files/cases/hollingsworth-v-perry/.

[4] KRAMER, Larry D., *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Oxford, Oxford U. P., 2004. Sus principales representantes son, además de Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Robert Post y Reva Siegel, Mark Tushnet, Jeremy Waldron y varios más. Véase BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., "El constitucionalismo popular en los Estados Unidos", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2009, t. XXXVI; FONTANA, David, "The current generation of constitutional law", *The Georgetown Law Journal*, vol. 93, 2005, págs. 1070-1076; GARGARELLA, Roberto, "El nacimiento del constitucionalismo popular", *Revista de Libros de la Fundación Caja Madrid*, N° 112, 2006, pág. 15 y sigs; y GERBER, Scott D., "The Court, the constitution, and the history of ideas", *Vanderbilt Law Review*, vol. 61, Nº 4, 2008, págs. 1071-1088.

El argumento central de esta tendencia es el populismo, entendido –no como en Hispanoamérica– de una manera muy general: la soberanía popular, la titularidad del poder constitucional por el pueblo. Eso los pone en contra de la interpretación de la Constitución de carácter elitista, especialmente de la concentrada en el Poder Judicial (la Corte Suprema), y también de los juristas contemporáneos, porque entre ambos han producido, según Kramer, el secuestro de la voluntad popular. De modo que hay una manera de interpretar la dinámica del desarrollo constitucional más allá de los cánones dogmáticos al uso, una manera extrajudicial (inclusive, no gubernamental según los sectores más radicalizados) de fijar el significado de los principios y valores constitucionales.

II. ¿Qué es el constitucionalismo popular?

3. Si bien el constitucionalismo popular es una tendencia heterogénea, que gana caracteres particulares en las ideas de cada autor, existen algunos rasgos comunes que, por lo general, la mayoría de estos autores sostiene.

El primero de ellos es la crítica a la supremacía judicial[5], lo que importa quitar a la Corte el poder de intérprete final de la Constitución (que posee desde el famoso "Marbury v. Madison" que sienta la doctrina Marshall[6]). Mark Tushnet lo ha dicho en el título de uno de sus libros: se trata de "sacar la Constitución de los tribunales". Los autores próximos a esta corriente suelen plantear la imposibilidad de ninguno de los tres poderes federales para asumir la primacía en la interpretación de la Constitución[7]; algunos se orientan a reformar, política o constitucionalmente, el Poder Judicial para privarlo de la supremacía interpretativa, en el sentido de una sustancial disminución del rol de las cortes a favor del pueblo (Kramer); otros

[5] KRAMER, Larry D., "The Supreme Court, 2000 term-foreword: We the Court", *Harvard Law Review,* vol. 115, 2001, pág. 130, habla de "soberanía judicial". Los populistas (por caso, KRAMER, Larry D., "Undercover anti-populism", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, págs. 1343-1359) distinguen, en el derecho público norteamericano, la facultad judicial de control de constitucionalidad (*judicial review*) de la potestad excluyente de interpretar la Constitución (*judicial supremacy*). Por la primera cualquier tribunal puede ejercer el control de constitucionalidad de las normas y declarar su inconstitucionalidad, no obstante la revisión en una instancia superior. La segunda, en cambio, establece que corresponde únicamente a la Corte Suprema fijar la interpretación constitucional y que su criterio es vinculante para todos los demás órganos judiciales, como también para los Poderes Ejecutivo y Legislativo (*a broad judicial authority*). La potestad de la Corte no se encuentra expresamente establecida en el texto constitucional y fue formulada por la Corte en el caso "Marbury vs. Madison", que –según Kramer– ocasionó la mezcla y confusión del control de constitucionalidad con la supremacía judicial. Los no populistas (por caso, SAGER, Lawrence G., "Courting disaster", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, págs. 1371-1374) rechazan tal distinción, porque el concepto de supremacía les parece extraño (inexistente, ajeno) al sistema estadounidense.

[6] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 116 y sigs., cree que Marshall tenía opinión formada a favor del departamentalismo y que la doctrina de la supremacía judicial apareció recién en 1790 como parte del dogma político de los Grandes Federalistas (ibídem, págs. 128-130). En contraste con los republicanos, quienes veían la Constitución como una restricción impuesta por el pueblo al gobierno, los Grandes Federalistas la concebían como una restricción para con el propio pueblo.

[7] Es la doctrina departamentalista; cf. POST, Robert C. & SIEGEL, Reva B., "Popular constitutionalism, departamentalism, and judicial supremacy", *California Law Review,* vol. 92, 2004, págs. 1027-1043.

incluso impugnan todo control de constitucionalidad (Tushnet, Waldron)[8]; y, entre ellos, están quienes no consideran incompatible el constitucionalismo popular con la supremacía judicial[9].

4. En realidad, este primer rasgo no es más que el elemento de conflicto que, a mi juicio, surge del carácter peculiar del constitucionalismo popular: la sensibilidad popular[10], el populismo, la defensa de las opiniones y valores del pueblo, la preocupación por recuperar y reconocer la importancia y el peso institucional a los valores propios de la cultura popular. Por lo mismo, el constitucionalismo popular es contrario a la sensibilidad antipopular, elitista, de la comunidad jurídica norteamericana a la que se acusa de antidemocrática, especialmente en cuanto a la protección de los derechos humanos, incluso entre aquellos que se consideran progresistas[11]. En palabras de Balkin, la comunidad jurídica, las elites, manifiestan una suspicacia para con 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].

5. En tercer término está la llamada interpretación constitucional por la ciudadanía, es decir, una interpretación extrajudicial. No se excluye la interpretación por los poderes (la departamentalización), pero se reserva al pueblo la palabra final o, como manifiesta Kramer, "quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas cotidianas de gobierno, pero su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la supervisión y corrección directa por parte del pueblo mismo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse con independencia"[13].

[8] TUSHNET, Mark, *Taking the constitution away from the Courts*, Princeton, NJ, Princeton U. P., 1999, págs. 155-176; WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford U. P., 1999, pág. 209 y sigs.

[9] POST & SIEGEL, "Popular constitutionalism, departamentalism, and judicial supremacy", ob. cit., pág. 1029; SIEGEL, Reva B., "Text in contest: gender and the Constitution from a social movement perspective", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2001, pág. 351. Según CURTIS, Michael Ken, "Judicial review and populism", *Wake Forest Law Review*, vol. 38, Nº 1, 2003, págs. 313-373, el control judicial de constitucionalidad obra en favor del populismo y la democracia. De acuerdo a ROSEN, Jeffrey, *The most democratic branch: how the Courts serve America*, Oxford & New York, Oxford U. P., 2006, la Corte Suprema ha sido sensible al sentir mayoritario del pueblo (véase la reseña crítica de DEVINS, Neal, "The d'oh! of popular constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 105, 2007, págs. 1333-1351). Ver también la tesis de FRIEDMAN, Barry, en su reciente libro, *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the constitution*, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2010 (véase el simposio sobre el libro de la *Michigan State Law Review*, vol. 2010, N° 3, 2010).

[10] TUSHNET, Mark V., "Popular constitutionalism as political law", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, págs. 991-1006.

[11] BALKIN, Jack M., "Populism and progressivism as constitutional categories", *Yale Law Journal,* vol. 104, 1995, pág. 1935 y sigs.; KRAMER, Larry D., "Popular constitutionalism, circa 2004", *California Law Review*, vol. 92, Nº 4, 2004, págs. 959-1011*;* PARKER, Richard D., "'Here, the people rule': a constitutional populist manifesto", *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, N° 3, 1993, págs. 531-584.

[12] BALKIN, "Populism and progressivism as constitutional categories", ob. cit., pág. 1951.

[13] KRAMER, "Popular constitutionalism, circa 2004", ob. cit., pág. 962. En ibídem, pág. 959, concibe al pueblo como depositario de un "active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law", es decir, un control activo y permanente sobre la interpretación y aplicación de la ley constitucional.

Estas ideas, en particular la invocación a la cultura popular y sus valores, encierran, en cuarto lugar, la noción de un pluralismo jurídico, de la existencia de otro derecho fuera del derecho estatal, cargando las tintas sobre el sistema judicial, que descuida o desmerece el sentido o sentimiento jurídico de la ciudadanía, no obstante que la sociedad misma suele reconstruir las decisiones judiciales y hasta socavarlas[14].

Finalmente, la participación popular y la democracia están en el corazón de los argumentos críticos del constitucionalismo popular. Es la soberanía del pueblo el fundamento de las reformas y cambios que proponen; confían en la cultura popular, postulando mandatos cortos, la rotación en los cargos, la descentralización del poder, etc. Como escribe Tushnet: "[…] dejar de lado el control judicial de constitucionalidad [*judicial review*] tendría un claro efecto: todas las decisiones constitucionales retornarían al pueblo actuando políticamente. Haría del derecho constitucional popular el único derecho constitucional existente"[15].

III. Versiones y variaciones del constitucionalismo popular

6. Dentro de estas ideas comunes y generales aparecen, sin embargo y de acuerdo con Fleming[16], varias versiones del constitucionalismo popular, al menos las cinco siguientes:

a) el anti-constitucionalismo de los populistas que se oponen a toda limitación constitucional al gobierno popular, entre ellos, el *judicial review* (Richard D. Parker);
b) el constitucionalismo popular que acepta los límites constitucionales al autogobierno pero rechaza el *judicial review* (Jeremy Waldron, Mark Tushnet);
c) el constitucionalismo popular que acepta los límites constitucionales al autogobierno, también el *judicial review*, pero rechaza la *judicial supremacy* (Larry Kramer); es decir, una versión que es departamentalista (porque cree que las legislaturas y los ejecutivos comparten con las cortes la facultad de interpretar la Constitución) y populista (porque afirma que el pueblo es el intérprete último, aun en contrario de los departamentos);
d) los departamentalistas no populistas (Keith Whittington, Larry Sager, Cass Sunstein, el propio Fleming); y
e) el constitucionalismo popular de los movimientos sociales, que no combate la supremacía judicial del todo sino que se enfoca en cómo los movimientos

[14] BALKIN, Jack M., "Respect-worthy: Frank Michelman and the legitimate constitution", *Tulsa Law Review,* vol. 39, 2004, pág. 485 y sigs.; COVER, R., "The Supreme Court, 1982 term- Foreword: nomos and narrative", *Harvard Law Review,* vol. 97, 1983-1984, pág. 4 y sigs.; POST, Robert C. & SIEGEL, Reva B., "Protecting the constitution from the people: juricentric restrictions on Section Five Power", *Indiana Law Journal*, vol. 78, 2003, pág. 1 y sigs.; SIEGEL, "Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective", ob. cit., pág. 297 y sigs.

[15] TUSHNET, *Taking the constitution away from the Courts*, ob. cit., pág. 154.

[16] FLEMING, James E., "Judicial review without judicial supremacy: taking the constitution seriously outside the Courts", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, págs. 1378-1380, 1389-1390.

sociales transforman las normas que, ulteriormente, son aceptadas por las cortes (Robert Post, Reva Siegel, William Forbath).

7. Por cierto, no todos entienden el constitucionalismo popular de la misma manera, dada la diversidad de enfoques. Por mi parte, creo que la cuarta corriente mencionada por Fleming –los departamentalistas– no es populista[17]; además, en varios aspectos, hay mucha afinidad entre la primera y la quinta corriente. Podría decirse que, en los extremos, se encuentran las tesis más débiles y las más fuertes sobre el constitucionalismo popular. Representando a la primera, dice Schauer que por tal debe entenderse "la idea de que el pueblo debe tener un papel importante que desempeñar en la interpretación constitucional"[18].Como manifestación de la segunda, Tushnet afirma que "el derecho constitucional populista descansa sobre la idea que todos debemos participar en la creación de la ley constitucional por medio de nuestras acciones políticas"[19].

En este sentido, el constitucionalismo popular rebasa la discusión del papel del pueblo en torno al control judicial de constitucionalidad y no puede concentrarse solamente en esa materia salvo como parte de una propuesta político-constitucional más amplia. Por eso no es tan desacertada la idea de Siegel y Post de un "constitucionalismo democrático", una vía intermedia entre la supremacía judicial y el constitucionalismo popular, que afirma "el papel del gobierno representativo y de los ciudadanos movilizados para hacer cumplir la Constitución", y también "el papel de los tribunales en el uso de la razón jurídica profesional para interpretar la Constitución"; tratando de balancear el derecho y la política en atención al hecho de que "rara vez imaginamos ley y política conviviendo respetuosamente, como a menudo lo hacen"[20].

8. Se podría recurrir, también, al estudio de Alexander y Solum, que reconstruye el significado del constitucionalismo popular, siguiendo la obra de Kramer, en torno a seis proposiciones: 1° El pueblo mismo hace la Constitución. 2° El pueblo mismo hace cumplir la Constitución. 3° El pueblo mismo interpreta la Constitución. 4° Las interpretaciones constitucionales del pueblo son auténticas en el sentido de autoritativas. 5° La autoridad constitucional interpretativa del pueblo es definitiva y final con respecto a las instituciones gubernamentales, lo que importa que la autoridad interpretativa de las instituciones de gobierno, incluyendo el Poder Judicial, está subordinada a las interpretaciones del pueblo mismo y sujeta a la revisión de

[17] Cf. CHEMERINSKY, Erwin, "In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism", *University of Illinois Law Review*, N° 3, 2004, págs. 673-690. Los constitucionalistas populares están de acuerdo en disminuir el alcance de la revisión judicial de la Constitución, aunque no todos coincidan en la solución, que, de un modo u otro, enlaza con dotar de mayor poder al pueblo, lo que no ocurre con los departamentalistas. Cf. ALEXANDER, Larry y SOLUM, Lawrence, "Popular? Constitutionalism?", *Harvard Law Review*, N° 118, 2005, págs. 1621-1626.

[18] SCHAUER, Frederick, "Judicial supremacy and the modest constitution", *California Law Review*, vol. 92, N° 4, 2004, pág. 1045.

[19] TUSHNET, *Taking the constitution away from the Courts*, ob. cit., pág. 157.

[20] SIEGEL, Reva B. & POST, Robert, "*Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007, pág. 379; POST & SIEGEL, "Protecting the constitution from the people: juricentric restrictions on Section Five Power", ob. cit., pág. 20.

éste. 6° Las decisiones constitucionales tomadas por el propio pueblo triunfan sobre el texto escrito de la Constitución[21].

De acuerdo con la primera estipulación el pueblo retiene el poder constituyente; de acuerdo a la segunda, el pueblo es el poder constituido, particularmente ejecutivo de la Constitución; y según la tercera proposición, el poder interpretativo radica en el pueblo mismo, y sus interpretaciones son o pueden ser las más auténticas (cuarta proposición), definitivas (quinta proposición) y superiores al texto constitucional escrito (sexta proposición).

IV. El constitutionalismo popular de Larry Kramer

9. Kramer entiende el constitucionalismo popular a partir de "la suposición de que la autoridad interpretativa final debe corresponder a alguna rama del gobierno, pertenece a la cultura de la ley común, no a la cultura del constitucionalismo popular. En un mundo de constitucionalismo popular, los funcionarios del gobierno son los controlados, no los controladores, y la autoridad interpretativa final recae en el propio pueblo"[22]. Para Kramer, el constitucionalismo no limita la democracia, porque la participación popular en la interpretación constitucional representa la propia Constitución democrática, es decir, popular. Después de todo, para los Padres Fundadores como para el pueblo mismo, la Constitución es "un acto de la voluntad popular: la carta del pueblo, hecha por el pueblo"[23].

La materia del libro no sale de los límites de la historia y la práctica constitucionales norteamericanas; es una obra de reconstrucción histórica y revisión crítico-política del control judicial, más exactamente de la supremacía judicial, en confrontación con la original autoridad del pueblo, mostrando que aquélla carece de sustento, y oponiendo sus defensores (Marshall, Webster, Story) a quienes proponían la perspectiva departamentalista o democrática (Jefferson, Jackson, Van Buren, también Lincoln y Roosevelt). El libro de Kramer es, en todo caso, una obra histórico-teórica sobre el enfrentamiento entre la aristocracia judicial y la democracia popular[24].

[21] ALEXANDER y SOLUM, "Popular? Constitutionalism?", ob. cit., pág. 1616.

[22] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 107. Cf. KRAMER, Larry D., "Response", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pág. 1173, en su versión más simple, el constitucionalismo popular significa, "sencillamente, que la comunidad controla la interpretación, así como la realización de la ley constitucional, y en un sentido significativo".

[23] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 7.

[24] Observa Graber que esta es la gran teoría de Kramer: "A diferencia de muchos partidarios de la gran teoría constitucional, Kramer está del lado del pueblo en sus luchas contra los tribunales. Como los partidarios de la gran teoría constitucional, Kramer considera estas luchas como disputas entre el pueblo y los tribunales." GRABER, Mark A., "Popular constitutionalism, judicial supremacy, and the complete Lincoln-Douglas debates", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pág. 948.

Precisiones

10. Esta tendencia elitista, según lo dice Kramer, se ha vuelto dominante en la doctrina norteamericana de los últimos años, según la cual dentro de la provincia de la Corte cae la "última interpretación de nuestra Constitución", que así tiene que ser aceptada, y que los ciudadanos ordinarios no la pueden negar[25]. Por el contrario, el análisis histórico demuestra que esta concepción moderna no refleja ni la interpretación original del constitucionalismo norteamericano ni su evolución a lo largo del tiempo; durante un extenso período se consideró que en las materias constitucionales, especialmente las que envolvían cuestiones políticas, era el pueblo quien tenía autoridad para expresarse, a través del voto, de peticiones, de panfletos, de reuniones públicas, incluso por medio de movilizaciones populares o la intimidación[26]. La historia enseña que, en una democracia, no es la Corte sino el pueblo mismo quien debe ser la fuente para resolver los conflictos sobre significados constitucionales, que al pueblo corresponde adaptar e implementar los principios constitucionales[27]. Según Kramer, la historia prueba que la Corte y los tribunales constituyen al menos un factor institucional que trastoca la supremacía popular[28]. Su tesis, por tanto, es que la autoridad judicial debe limitarse a fin de aumentar la autoridad de los intérpretes ciudadanos y ser respetuosa para con sus interpretaciones. El ejemplo notable se dio en la presidencia de Jackson, cuando "el pueblo se convirtió en la democracia", desarrollando diversas actividades y usando diferentes medios que devolvieron "el control popular sobre la Constitución y la ley constitucional"[29].

Kramer sostiene que, en un sistema de constitucionalismo popular, los problemas de la ley fundamental –las cuestiones de interpretación constitucional– son problemas que de acuerdo con la Constitución "podrían resolverse de forma autoritativa solo por el pueblo", expresándose a sí mismo a través de dispositivos populares ya establecidos, "principalmente por medio de las elecciones, pero también, si es necesario, por otros medios extralegales"[30].

11. Al respecto, mientras Kramer está contra la supremacía judicial, otros miembros de la escuela creen que puede mantenerse no obstante aceptar, por ejemplo, que el derecho constitucional se legitima en última instancia en la cultura cons-

[25] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., págs. 228-232. En su sentido correcto, la revisión judicial había sido siempre un acto de resistencia política que, sustituyendo la acción directa del pueblo, conservaba la soberanía popular sin necesidad de disturbios civiles (ibídem, págs. 63, 98-99, *passim*). La doctrina de la supremacía judicial nace en 1958 con la sentencia en "Cooper *vs.* Aaron" de la Corte Warren (ibídem, pág. 221 y sigs.) y se fortaleció sustancialmente a partir de 1986 con la Corte Rehnquist (ibídem, págs. 225-226).

[26] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., págs. 25-28, 31, 110-111, *passim*.

[27] Ibídem, págs. 247-248.

[28] Roberto Mangabeira Unger (*What should legal analisis become?*, 1996) ha señalado que la "incomodidad para con la democracia es uno de los pequeños secretos sucios de la judicatura contemporánea". Según Kramer, esto se manifiesta especialmente a través de las limitaciones a la regla mayoritaria, lo que ha contribuido a formar una cultura judicial y legal en la que lo habitual es "el temor y la aversión al pueblo". Ibídem, págs. 242 y 243.

[29] Ibídem, págs. 190 y 192.

[30] Ibídem, págs. 31 y 58.

titucional de los actores no-judiciales o que el pueblo tiene la última palabra en cuanto al significado de la Constitución; pues, en todo caso, el pueblo tiene medios diversos de acción (presión sobre la Corte, enmiendas constitucionales, desobediencia, etc.) que permiten esperar un balance adecuado[31].

El punto crucial, tal vez el nudo gordiano del constitucionalismo popular, es el conflicto de interpretaciones. Sugiere Kramer que siempre habrá problemas interpretativos acerca del significado de las constituciones y que una manera de resolverlos sería buscar orientación en las exigencias de la justicia; no obstante, este enfoque, el de la justicia, siempre sufrirá un defecto epistémico. Como existe desacuerdo sobre qué justicia se requiere, podría no haber ninguna conclusión definitiva sobre el significado de la Constitución, y tampoco ninguna apelación a valores sustantivos con carácter de autoridad de interpretación[32].

Propuestas

12. ¿Cómo echar algo de luz sobre este problema? Afirma Kramer que "la política estadounidense ha estado siempre definida por una lucha entre dos grandes principios". El primero, aristocrático, preocupado por "el exceso de democracia"; el segundo, democrático, defendido por quienes tienen "mayor fe en la capacidad de sus conciudadanos para gobernar responsablemente". Es una lucha entre quienes muestran "diferentes sensibilidades sobre el gobierno popular" y la honradez política de los ciudadanos, conflicto muy antiguo que se remonta a la creación de la República y que no ha desaparecido desde entonces, pues la aristocracia está encarnada en aquellos que postulan la supremacía judicial[33]. En todo caso, se trata de reaccionar contra las ideas de un Robert Dahl o un Joseph Schumpeter, que "denigraron la política democrática como un ámbito para el desarrollo de valores sustantivos y, en su lugar, la reemplazaron con una competencia egoísta entre grupos de interés"[34]. Son los mismos que denigran al pueblo: "La moderna sensibilidad anti-populista –añade– presume que los ciudadanos son emocionales, ignorantes, revoltosos e ingenuos, en contraste con una élite reflexiva, informada y lúcida", y, por ende, que "la política popular es por naturaleza peligrosa y arbitraria; que 'la tiranía de la mayoría' es una amenaza generalizada; que un orden constitucional democrático, por tanto, es precario y altamente vulnerable; y que los controles sustanciales en la política son necesarios por temor a que las cosas se caigan a pedazos"[35].

[31] Por caso, POST & SIEGEL, "Popular constitutionalism, departamentalism, and judicial supremacy", ob. cit., págs. 1029, 1042-1043.

[32] Kramer no ha leído correctamente el sutil argumento de Waldron, que cita, contra la revisión judicial, pues éste no concluye que, del desacuerdo acerca del significado de la justicia, no exista necesariamente ninguna respuesta correcta discernible. Lo ha observado bien BRETTSCHNEIDER, Corey, "Popular constitutionalism and the case *for* judicial review", *Political Theory*, vol. 34, N° 4, august 2006, págs. 517-519.

[33] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., págs. 246-247.

[34] Ibídem, pág. 222.

[35] Ibídem, págs. 242-243.

La solución, por tanto, no viene de la pregunta por lo justo, no proviene del derecho sino de la política. La respuesta política de Kramer consiste en "reclamar la Constitución", lo que en su caso significa "reclamar el legado constitucional", tal como el presidente Roosevelt lo formulara diciendo que la Constitución es un instrumento para que gobierne el hombre corriente, no un contrato entre abogados. Esta reclamación importa "insistir en que la Corte Suprema es nuestro servidor y no nuestro señor: un servidor cuya seriedad y conocimientos merecen mucho respeto, pero que en último término se debe someter a nuestro juicio acerca de lo que la Constitución significa, y no al contrario. En nuestro país la Corte Suprema no es la autoridad más alta en cuanto al derecho constitucional. Lo somos nosotros"[36]. Por eso, en última instancia, la alternativa se dirime entre aristocracia y democracia, entre elitismo y autogobierno.

Vivimos una situación crítica, como en otros momentos de la historia, afirma Kramer. "La pregunta que los estadounidenses deben hacerse a sí mismos es si están cómodos entregando su Constitución a las fuerzas de la aristocracia: si comparten esta falta de fe en sí mismos y en sus conciudadanos, o si están preparados para asumir nuevamente las completas responsabilidades del autogobierno. Y no nos engañemos: es, necesaria e inevitablemente, nuestra elección"[37].

Dificultades y discusiones

13. La propuesta político doctrinal es clara: devolver el poder al pueblo para que decida sobre el significado de la Constitución; ahora bien, ¿cómo se instrumenta? Larry Kramer insinúa una gama de soluciones y otras se han sugerido a partir de sus propias imprecisiones. En un extremo, encontramos una suerte de *mob rule*, en palabras de Alexander y Solum[38], un régimen de asambleas espontáneas de ciudadanos que expresan su disconformidad con las decisiones judiciales de dudosa constitucionalidad; en el otro, una tímida reforma constitucional para adoptar el modelo europeo-continental[39]; entre ambas, el departamentalismo[40]. Es decir, Kramer se mueve entre la reforma de la legalidad constitucional y la reacción popular, confiando en que finalmente el Poder Judicial cederá ante los juicios populares sobre el sentido de la Constitución[41]. Sin embargo, no son pocos los que entienden que, no estando dispuesto Kramer a renunciar a la revisión judicial, su libro se debilita

[36] Ibídem, pág. 248.

[37] Ibídem, pág. 247.

[38] ALEXANDER y SOLUM, "Popular? Constitutionalism?", ob. cit., pág. 1628. Aunque los autores reconocen que no es este el caso de Kramer (ibídem, pág. 1636). Véase: KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 168.

[39] Entre las propuestas, menciona limitar el mandato de los jueces, establecer el escalonamiento de sus términos, reducir la jurisdicción de la Corte Suprema o facilitar considerablemente la enmienda de la Constitución. KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 250.

[40] Ibídem, pág. 252, donde propone como alternativas el sistema de la supremacía judicial y otro basado en los departamentos o una coordinada construcción.

[41] Ibídem, pág. 253. Y no se trata de una mera suposición o vana especulación, pues si la Corte hace algo en contra de lo que el pueblo quiere, éste puede amenazarla con "dejar salir al animal de su jaula" y, en el peor de los casos, con "desarmar la jaula". Ibídem, pág. 250.

por no encontrar un mecanismo concreto para compatibilizar el constitucionalismo popular con aquélla.

14. Las dificultades de Kramer pasan por la determinación de lo que entiende por pueblo, *the people themselves*, como sujeto de actuación político-constitucional. Para algunos, sería una unidad orgánica meramente metafórica[42], y no les falta razón pues el propio Kramer se ha referido al pueblo como "un cuerpo colectivo capaz de acción y de expresión independientes"[43]; incluso como "una palpable, activa entidad que toma decisiones conscientes"[44], que posee una "más elevada conciencia de la soberanía popular"[45]. En todo caso, se puede decir que es un sujeto histórico concreto aunque idealizado, el pueblo de la revolución transportado al presente, que conserva en estos días las potencias y capacidades de ayer[46].

Suponiendo que en este siglo fuera también así, no todos los obstáculos se han superado pues Kramer, entre otras cosas, no ha señalado qué instituciones pueden en la actualidad hablar por el pueblo[47]. Las dificultades se suman a partir de la imprecisión del mismo concepto de constitucionalismo popular, que se presenta históricamente cambiante o, como afirma Kramer, "abierto"[48]; lo que ha llevado a ciertos lectores a ver en el libro de Kramer la idea de que el pueblo actúa por medio de sus legisladores, de modo que el constitucionalismo popular se resolvería en una suerte de sistema partidocrático-representativo (sino parlamentario) para contrarrestar la supremacía judicial. Sin embargo, parece ser ésta la intención del comentarista[49], pero no la principal alternativa de Kramer, aunque no la descarte[50].

De todas formas, el constitucionalismo popular no debería confiar demasiado en el carácter representativo de los legisladores y de los partidos. Esto no significa que Kramer definitivamente rechace la tesis del constitucionalismo popular "mediado"[51]; en efecto, lo ha aceptado como resultado de las actuales condiciones

[42] En este sentido, ALEXANDER y SOLUM, "Popular? Constitutionalism?, ob. cit., págs. 1106-1107.

[43] Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 7.

[44] Ibídem, pág. 30.

[45] Ibídem, pág. 55.

[46] En efecto, así parece considerarlo cuando recuerda los comentarios de Tucker a Blackstone. Cf. ibídem, pág. 7.

[47] Cf. POWE, Jr., L. A., "Are 'the people' missing in action (and should anyone care)?", *Texas Law Review*, vol. 83, 2005, págs. 891-892; ZIPURSKY, Benjamin C., "Tempering supremacy", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, págs. 1467-1468.

[48] KRAMER, "Response", ob. cit., pág. 1181: "El constitucionalismo popular, tal como yo lo conceptualizo, no es algo que puede o debe ser encajado entre reglas fijas de reconocimiento. El objetivo es dejarlo abierto, para permitir que la política encuentre su propia forma de expresar entendimientos populares acerca de la Constitución, ya sea a través de peticiones o de partidos políticos, ya presionando a la Corte o tratando de enmendar el texto". Cf. KRAMER, "Undercover anti-populism", ob. cit., pág. 1354.

[49] DEVINS, Neal, "Tom DeLay: popular constitutionalist?", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pág. 1055 y sigs. Una crítica histórica y actual a la idealización del régimen de partidos, en WHITTINGTON, Keith E., "Give 'the people' what they want?", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, págs. 911-922.

[50] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 205, donde aprueba la acción de los partidos de masa en la presidencia de Van Buren como un medio de restablecer el control popular sobre la constitución, marginando a los tribunales.

[51] Cf. FRIEDMAN, Barry, "Mediated popular constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, págs. 2595-2632. Cf.: GARGARELLA, Roberto, "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, Nº 1, 2005.

políticas. "La comunidad (es decir, la cultura política popular) todavía tiene una historia acerca de cómo sigue 'en control', pero es una historia diferente –sostiene Kramer–, en tanto que el control ahora se afirma a través de las instituciones de gobierno formal que actúan por nosotros y en nuestro nombre. En lugar de organizar boicots o incendio de almacenes para bloquear la aplicación de leyes inconstitucionales, recurrimos a nuestros representantes en el gobierno y, posteriormente, a los partidos políticos para actuar por nosotros y conseguir que la legislación ofensiva sea derogada o anulada"[52]. Es lo que en otra ocasión llamó "república madisoniana", es decir, un constitucionalismo popular que adopta la forma de la democracia deliberativa, impulsado por la opinión pública pero no necesariamente por las preferencias de inmediatas del pueblo estadounidense[53].

15. Este cambio de parecer –si no contradicción– exhibe otro motivo por el cual el constitucionalismo popular es en sí mismo problemático: si no es fácil concebir cómo activar el control del pueblo[54], no menos sencillo es buscar un sitio al control judicial eficaz en una Constitución popular[55].

En este punto el propio Kramer parece vacilar, pues sus afirmaciones oscilan entre el control judicial departamentalizado (compartido entre los tres principales poderes de gobierno y el pueblo) y la franca supremacía popular. Parece que en las actuales condiciones, las mismas razones que le hacen aceptar un constitucionalismo popular mediado, le llevan a hacer similar respuesta con el control constitucional por departamentos, pues aunque la mediación pase por partidos políticos, sindicatos, organizaciones de interés público, cámaras de comercio, etc., acaba siempre en los órganos de gobierno y, por eso, "la medida de la aceptación de una interpretación de la Constitución está, en otras palabras, siempre y necesariamente, fundada en algún tipo de acción o inacción del gobierno (ya sea legislación, revisión judicial o conducta del Ejecutivo de algún tipo) y en las reacciones populares a ella"[56].

Sin embargo, su opinión sobre el constitucionalismo popular no se asimila al departamentalismo necesariamente, pues Kramer sostiene enfáticamente que la Corte "es nuestro sirviente y no nuestro señor", que "ulteriormente cederá a nuestros juicios sobre el significado de la Constitución y no a la inversa"[57]. Es decir, *judicial review* sin *judicial supremacy*[58], pero poniendo al pueblo como árbitro final y suprema autoridad de interpretación. "Nadie ha dicho que el intérprete autorizado de la Constitución fuera, antes que el Poder Judicial, la legislatura. Ello hubiera sido incompatible con la estructura completa de constitucionalismo popular, porque habría

[52] KRAMER, "Response", ob. cit., págs. 1173-1174.

[53] KRAMER, Larry D., "'The interest of the man': James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy", *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, 2007, págs. 697, 703, *pássim.*

[54] CHEMERINSKY, "In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism", ob. cit., pág. 676.

[55] MICHELMAN, Frank I., "Comment: popular law and the doubtful case rule", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, págs. 1113-1116, trata de explicar que no existe tal incompatibilidad con jueces sensibles a las inquietudes del pueblo. El punto es que la falta de sensibilidad constituye la base del ataque de Kramer.

[56] KRAMER, "Response", ob. cit., págs. 1175-1176.

[57] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 248.

[58] KRAMER, "Response", ob. cit., pág. 1180.

supuesto que la autoridad interpretativa final descansaba en uno o en el otro de estos poderes públicos. De hecho, ninguna rama tenía autoridad porque la autoridad interpretativa permanecía en el pueblo"[59]. Esto significa reconocer una relativa superioridad judicial[60]. En efecto, "el principio básico de constitucionalismo popular", según Kramer, es "la idea de que los ciudadanos son nuestros intérpretes más autorizados de la Constitución: que sus puntos de vista sobre el significado de la Constitución, expresados colectivamente, reflejan la máxima autoridad a la hora de resolver los desacuerdos acerca de lo que el documento permite, prohíbe o requiere. A alguien que abraza el constitucionalismo popular, no le basta con decir que el ciudadano puede cambiar el texto a través de una enmienda […] o alguna vía más informal, desde que la indudable autoridad popular para hacer la ley constitucional ni disminuye ni excluye cualquier poder concurrente para *interpretarla*. Tampoco es suficiente decir que los ciudadanos comunes pueden tener opiniones y expresar su descontento por la agitación, no si esto aún significa que la última palabra está formalmente depositada en alguna persona fuera de la comunidad a la que ésta deba persuadir"[61].

16. Tal vez asista la razón a Franklin cuando observa que el elusivo constitucionalismo popular de Kramer se debe a que se mueve entre dos modelos: el departamentalista y el de "sensibilidad populista", y sin duda algo de eso hay[62]. Quisiera ahora dar una vistazo a ese constitucionalismo popular que se afirma como sensibilidad populista y considerar de qué modo entienden la interpretación de la Constitución.

V. La sensibilidad populista, el Congreso y los movimientos sociales

17. Si la política es el medio del que el constitucionalismo popular se vale para la autorrealización del pueblo, como sugiere Tomlins[63]; y si es en la política –según Kramer– donde se debe encontrar la respuesta a los problemas que la justicia no resuelve; luego, la hermenéutica constitucional debe salir de la Constitución misma, de su literalidad e incluso de su interpretación dominante, para volcarse a una interacción político-social que restituya al pueblo el rol que le corresponde: ser el artífice de su propio destino, de su autorrealización. Este es el constitucionalismo popular "en su forma más pura"[64].

En su crítica a Kramer, William Forbath afirma que la reconstrucción de aquél no es exacta. "La política constitucional popular nunca ha sido motivada por el principio de control popular sobre el derecho y el desarrollo constitucionales. Se ha visto

[59] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 58.

[60] KRAMER, "Popular constitutionalism, circa 2004", ob. cit., págs. 985-1008.

[61] KRAMER, "Undercover anti-populism", ob. cit., pág. 1344.

[62] FRANKLIN, David L., "Popular constitutionalism as presidential constitutionalism?", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pág. 1069.

[63] TOMLINS, Christopher, "Politics, police, past and present: Larry Kramer's *The people themselves*", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pág. 1014.

[64] SCHMIDT, Christopher W., "Popular constitutionalism on the right: lessons from the Tea Party", *Denver University Law Review*, vol. 88, N° 3, 2011, pág. 530.

impulsada por principios sustantivos acerca de los derechos de los ciudadanos y los deberes del gobierno, acerca de la constitución de la sociedad estadounidense y la economía política, acerca de las condiciones de autonomía popular en un momento dado en la historia nacional. A menudo, esas visiones sustantivas sentaron nuevas obligaciones de los legisladores, pero no necesariamente en formas que chocaron contra la ley hecha por el juez. A veces, las perspectivas constitucionales populares sustantivas llevaron a movimientos para enmendar la Constitución vigente. A menudo, los tribunales cambiaron de doctrina para acomodar estos impulsos de reforma e iniciativas emergentes de movimientos populares"[65]. La política constitucional popular actúa de diversos modos: a través de los movimientos sociales, de los legisladores, de los políticos de partido, reclamando y presionando en diferentes ámbitos fuera de los tribunales, "en las calles, en el discurso público y debates, en los salones del Congreso, en la elaboración de nuevas leyes de derechos civiles y en peleas sobre nombramientos judiciales"[66].

Evidentemente, el constitucionalismo popular busca modos de expresión que influyan sobre las decisiones judiciales, modos y medios que no tienen mucho que ver con la política normal o formal. "La acción directa; la desobediencia civil; la educación popular y la agitación en campaña y en los púlpitos, las ondas de radio, internet, las escuelas y universidades; las iniciativas de reducción de la jurisdicción; las medidas legislativas abiertamente burlescas de la ley hecha por el juez, todos estos viejos y nuevos modos de constitucionalismo popular, y docenas más, prosperan y se mezclan con la política constitucional conservadora de designaciones judiciales". Se trata, según Forbath, de realizar esfuerzos para "casar la participación popular con el desarrollo constitucional según nuevas formas de asociación política y económica y de responsabilidad en las que pueden prosperar nuevos públicos democráticos, y el constitucionalismo popular progresista encuentre una voz"[67].

18. Esto ya nos da una pauta de la permeabilidad de la Constitución a las demandas e intereses del pueblo, como quiere Tushnet: para él populismo constitucional significa "un derecho comprometido con un principio de derechos humanos universales justificable por medio de la razón y al servicio del autogobierno"[68]. Entiende Tushnet que, en el constitucionalismo popular, se trata del despliegue de argumentos constitucionales por el propio pueblo, independiente y, a veces, en abierto conflicto con interpretaciones constitucionales propuestas y aplicadas por los tribunales[69]. Porque no se trata solamente de saber lo que dice la Constitución sino de entender quiénes somos. "Nuestras acciones políticas son algunas veces esfuerzos por entender quiénes somos como pueblo, es decir, en quiénes nos hemos constituido para ser nosotros mismos a través de nuestra historia"[70].

[65] FORBATH, William E., "Popular constitutionalism in the twentieth century", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, págs. 968-969.

[66] Ibídem, pág. 988.

[67] Ibídem, pág. 990.

[68] TUSHNET, *Taking the constitution away from the Courts*, ob. cit., pág. 181.

[69] TUSHNET, Mark, "Popular constitutionalism as political law", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pág. 991.

[70] Ibídem, pág. 993. La Constitución expresa "quiénes somos como nación", afirma en pág. 996.

En este sentido, la interpretación constitucional se convierte en un diálogo entre numerosos actores, pues el constitucionalismo popular es una forma de constitucionalismo dialógico en tiempo real. La propuesta de Tushnet de un constitucionalismo popular como modelo dialógico en tiempo presente significa que todos: el pueblo movilizado, sus representantes políticos y los tribunales, ofrecen interpretaciones constitucionales al mismo tiempo, a la vez; y que la interacción entre todos produce la ley constitucional. En su propuesta los tribunales no tienen ninguna prioridad normativa en la conversación[71].

19. La idea de Tushnet, muy a tono con las teorías posestructuralistas y la nueva hermenéutica deconstructivista, sin embargo, no resuelve nada porque no señala cómo se acaba fijando la interpretación: ¿el proceso político, el reclamo social, la judicatura?, ¿una combinación porcentual o no de cada uno de ellos? A este respecto, un interesante lote de estudios recientes opta por otro camino, no necesariamente opuesto al anterior, demostrando que los movimientos sociales tienen poder para dar forma a la ley constitucional y viceversa[72]. Incluso se ha dicho –no sin realismo– que el cambio constitucional opera normalmente a través de una interacción entre la comprensión pública y la interpretación judicial de la Constitución, en un proceso evolutivo y simbiótico[73].

Las investigaciones de Post y Siegel explican, por caso, que una de las virtudes del constitucionalismo democrático consiste en revelar los métodos por medio de los cuales "los jueces pueden utilizar normas constitucionales flexibles para canalizar y mediar en los conflictos, orientar el diálogo público sobre las prácticas sociales altamente controvertidas y esforzarse por conformar el significado social de las reivindicaciones"[74]. Argumentan que los abogados de los movimientos sociales no deben rehuir los conflictos, porque la "cuestión es *qué* perspectiva constitucional influirá en la Corte; no *si* la Corte expresa una perspectiva constitucional"[75].

Post y Siegel no pretenden sacar la Constitución de los tribunales, como *Tushnet*, porque reconocen "el papel esencial, en la política estadounidense, de los derechos constitucionales puestos en vigor judicialmente"[76]. Admiten, sin embargo, que "existen muchas circunstancias en las cuales la ley constitucional requiere la separación de la política", pero también creen que "un sistema [constitucional] legítimo y enérgico" necesita de estructuras institucionales arraigadas en la cultura constitucional de la nación[77].

[71] Ibídem, págs. 999 y 997.

[72] Destacan los trabajos de Post y Siegel. Cf. POST & SIEGEL, "Popular constitutionalism, departamentalism, and judicial supremacy", ob. cit.; SIEGEL & POST, "*Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash", ob. cit., págs. 373-433; SIEGEL, Reva, "Constitutional culture, social movement conflict, and constitutional change: the case of the de facto ERA", *California Law Review*, vol. 94, 2006, págs. 1323-1419; etc.

[73] FRIEDMAN, Barry, "Reply. *The will of the people* and the process of constitutional change", *The George Washington Law Review*, vol. 78, Nº 6, 2010, págs. 101-123.

[74] SIEGEL & POST, "*Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash", ob. cit., pág. 430.

[75] Ibídem, pág. 433.

[76] Ibídem, pág. 379. Véase POST & SIEGEL, "Popular constitutionalism", ob. cit., págs. 1036-1037.

[77] POST, Robert C. & SIEGEL, Reva B., "Legislative constitutionalism and Section Five Power: policentric interpretation of the family and medical leave act", *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pág. 1946.

De hecho, los constitucionalistas democráticos "valoran el papel esencial que desempeña el compromiso público en guiar y legitimar las instituciones y prácticas de la revisión judicial", porque los juicios constitucionales basados en la razón jurídica profesional adquieren legitimidad democrática "solo si la razón profesional se basa en ideales y valores populares"[78]. Desde este punto de vista, las cuestiones constitucionales controvertidas no están resueltas simplemente por un decreto judicial[79]. Por el contrario, cuando la Corte, enfrentando la oposición, opta por presionar una visión particular del *ethos* nacional, "se presenta vulnerable a represalias políticas, que pueden adoptar diversas formas", desde las enmiendas constitucionales a la desobediencia civil[80].

Un intercambio persistente y matizado en el sistema del constitucionalismo democrático requiere de "la práctica de la impugnación de la norma, que busca transformar los valores que subyacen a las interpretaciones judiciales de la Constitución"[81]. Y una modalidad clave de impugnación de la norma es la movilización social, pues, como dice Reva Siegel, "los movimientos sociales cambian las maneras en que los estadounidenses entienden la Constitución". Agrega Siegel que el conflicto de los movimientos sociales, "habilitado y limitado por la cultura constitucional", puede crear nuevas formas de comprensión constitucional, en particular una dinámica que oriente a los funcionarios a una interpretación de "la textura abierta del lenguaje de las garantías de los derechos de la Constitución"[82].

20. En este terreno encontramos a quienes estudian la influencia que tienen los tribunales en el desarrollo de los movimientos sociales como alternativa a las enmiendas constitucionales formales [83]. Entre los más importantes movimientos sociales de la segunda mitad del siglo XX están los que persiguen la integración y la igualdad para las personas de color; la igualdad y la libertad para las mujeres, especialmente la anticoncepción y el aborto como medios de planificación familiar; derechos de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales; y también la igualdad de trato y de oportunidades para las personas con discapacidad[84].

[78] SIEGEL & POST, "*Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash", ob. cit., pág. 379.

[79] POST & SIEGEL, "Legislative constitutionalism and Section Five Power: policentric interpretation of the family and medical leave act", ob. cit., pág. 1982.

[80] POST, Robert, "Democracy, popular sovereignty, and judicial review", *California Law Review*, vol. 86, 1998, pág. 442.

[81] SIEGEL & POST, "*Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash", ob. cit., pág. 381.

[82] SIEGEL, "Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA", ob. cit., pág. 1325.

[83] ESKRIDGE, William, "Channeling: identity-based social movements and public law", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2001, págs. 419-525; "Pluralism and distrust: how Courts can support democracy by lowering the stakes of politics", *The Yale Law Journal*, vol. 114, 2005, págs. 1279-328.

[84] La literatura es vasta. Cf. BERNSTEIN, Mary, "Celebration and suppression: the strategic uses of identity by the lesbian and gay movement", *American Journal of Sociology*, vol. 103, 1997, pág. 531 y sigs.; BADER GINSBURG, Ruth, "Sexual equality under the Fourteenth and Equal Rights Amendments", *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, 1979, pág. 161 y sigs.; ESKRIDGE, Jr., William N., "No promo homo: the sedimentation of antigay discourse and the channeling effect of judicial review", *New York University Law Review*, vol. 75, 2000, pág. 1327 y sigs.; SCHULTZ, Vicki, "Reconceptualizing sexual harassment", *The Yale Law Journal*, vol. 107, 1998, pág. 1683 y sigs.; SIEGEL, "Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective", ob. cit., pág. 297 y sigs.

De acuerdo con la interpretación de Eskridge, lo que estos grupos ponen en juego es el derecho a la identidad, entendida según las doctrinas personalistas, deconstructivistas, pragmatistas sobre el yo. Lo suyo es una *política de reconocimiento*. Para los movimientos de los derechos civiles, de la liberación de la mujer, de la libertad de elección [*prochoice*], de la liberación gay y de lucha contra discapacidad, el objetivo principal ha sido forzar a la sociedad a reconocer a los integrantes de tales movimientos como ciudadanos iguales, como personas que antes eran solo tan dignos si se acomodaban a la norma social, a saber, el macho blanco heterosexual[85].

Como señala Eskridge, esos movimientos sociales se llaman ahora movimientos de derechos: "[…] los movimientos de base identitaria desde un comienzo se vieron a sí mismos afirmando derechos legales y constitucionales tanto como identidades normativas"[86]. Estos movimientos han transformado el derecho estadounidense, presionando para una amplia gama de leyes antidiscriminatorias y decretos reparadores para el grupo, y revitalizando la aplicación de estos nuevos tipos de leyes. Su transformación más dramática fue en el ámbito del derecho constitucional. Los movimientos sociales de base identitaria trabajaron con los jueces en la reconceptualización del derecho constitucional, para proteger enérgicamente los esfuerzos de las minorías de comprometer sus intereses en el proceso democrático pluralista[87].

La conclusión de Eskridge es aproximada a la de Tushnet. "Bajo supuestos pluralistas –escribe–, la justicia estadounidense no puede detener una *Kulturkampf* nacional que cuente con el apoyo de la población", aunque los jueces puedan frustrar y ralentizar las campañas pro derechos. Pero el problema crítico ya ha sido instalado, porque "un sistema judicial que desafía una *Kulturkampf* nacional se expone al suicidio institucional, el que lo alienta corre el riesgo de la exclusión de los grupos minoritarios del sistema de gobierno y las represalias amenazadoras en el futuro"[88].

21. Vuelvo a Forbath. William Forbath, uno de los más fervientes defensores del constitucionalismo interpretado progresivamente, hace girar la visión de la Constitución en torno a lo que él llama la tradición de la "ciudadanía social"[89]. En contraste con la tradición igualitaria (que desde 1954 la Corte Suprema ha recogido en *Brown*, y su secuela), la tradición de ciudadanía social, según Forbath, ha dirigido sus argumentos, no a los tribunales, sino a los legisladores y al pueblo, a los ciudadanos, centrando su discurso en el combate de las desigualdades más duras (trabajo decente, medios de subsistencia, asistencia social, independencia económica, democracia). Recogiendo la herencia del *New Deal*, el discurso público político de sus defensores propone cambios en los derechos fundamentales para revigorizarlos, reinterpretando la promesa de la ciudadanía igualitaria de la Constitución[90].

[85] ESKRIDGE, "Channeling: identity-based social movements and public law", ob. cit., pág. 425.

[86] Ibídem, pág. 479.

[87] Ibídem, págs. 491-492.

[88] Ibídem, págs. 510-511.

[89] Cf. FORBATH, William E., "Caste, class, and equal citizenship", *Michigan Law Review*, vol. 98, 1998, págs. 1-91; "Constitutional welfare rights: a history, critique and reconstruction", *Fordham Law Review*, vol. 69, 2001, págs. 1827-1838.

[90] FORBATH, William E., "The New Deal constitution in exile", *Duke Law Journal*, vol. 51, 2001, pág. 182.

Esto es lo que Forbath llama "Constitución política", en contraste con la "Constitución judicial", y que hace referencia a esa Constitución que se debate especialmente en el Congreso, pero también en el Poder Ejecutivo y en la esfera pública, y en la que los tribunales juegan un pequeño papel[91].

VI. Algunas reflexiones finales

22. El estudio del constitucionalismo popular permite advertir que la interpretación constitucional se ha salido de sus antiguos cauces, cuestionando de una manera radical todos los tópicos del constitucionalismo (derechos y garantías, división de poderes, poder constituyente, etc.) y poniendo en duda qué es la Constitución. Extraeré algunos corolarios de lo que he expuesto.

La "voluntad popular" es la Constitución y el poder activo de interpretación.

23. Dice Amar que el constitucionalismo versa sobre el texto constitucional pero también es más que él, pues la Constitución "It is an act, a doing, an ordainment and establishment, a constituting, a constitution"[92]. En palabras de Kahn, entonces, "la interpretación constitucional es, esencialmente, acerca de las fuentes de la autoridad en la vida política americana"[93], no habiendo otra fuente de autoridad que la popular. Luego, no existe instancia política y moral superior a la del pueblo.

Hay un solo autor de la Constitución y una pluralidad de intérpretes que responden finalmente a la voluntad del autor.

24. Saliéndonos del ambiente estadounidense, escuchemos la tesis de Peter Häberle[94]. La interpretación tiene una pluralidad de artífices: "[…] los criterios de interpretación son abiertos en la medida en que la sociedad es pluralista"; las constituciones son el resultado de un proceso plural, que no acaba en la asamblea constituyente sino que permanece constantemente abierto porque en nuestro tiempo "la interpretación de la Constitución constituye la sociedad abierta y resulta por ella, a su vez, siempre constituida". En este proceso nadie tiene el monopolio de la verdad

[91] Ibídem, págs. 166-168.

[92] Que puede traducirse así: "Es un acto, un hacer, un ordenamiento y un establecimiento, un constituir(se), una constitución". AMAR, Akhil Reed, "A few thoughts on constitutionalism, textualism, and populism", *Fordham Law Review*, vol. 65, Nº 4, 1997, pág. 1657. Y agrega: "La constitución como un acto es un acto dramáticamente populista".

[93] KAHN, Paul W., "Reason and will in the origins of American constitutionalism", *Yale Law Journal*, vol. 98, N° 3, 1989, pág. 504.

[94] HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2002 y "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 13, 2010, págs. 379-411.

dogmática, todas las opiniones y todas las corrientes poseen significado jurídico, en cuanto expresión de un fundamento cultural. Por ello, "el círculo de los que participan en la interpretación de la Constitución se extiende" y, al mismo tiempo, cambia la idea del carácter vinculante de la Constitución, porque en el Estado constitucional "la esfera pública pluralista adquiere fuerza normativa".

De este modo, el concepto mismo de Constitución gana un nuevo significado para Häberle: es el proceso constitutivo de la sociedad abierta, que está sometido, a su vez, al proceso interpretativo abierto y continuo, en el curso del cual "pueden activarse potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos". Así, el derecho constitucional se entiende como ciencia de la cultura y no como técnica jurídica: la Constitución expresa el estado de cultura de un pueblo, como proceso abierto constitutivo de una sociedad abierta.

La voluntad popular no es estática sino dinámica. La interpretación popular, entonces, se solapa o superpone a la Constitución misma.

25. La idea de que la sociedad es el actor principal de la vida constitucional, que no se circunscribe a un mero cerco normativo, constituye la cultura constitucional democrática o populista. El pluralismo y la fragmentación sociales vienen, no a debilitar, sino a fortalecer la idea. De un modo u otro, se revitaliza la tesis fundacional del constitucionalismo del pueblo como titular de la soberanía, como poder constituyente originario; sí, pero además como intérprete auténtico de su creación. No se mantiene ya la ficción ideológica y jurídica de la unidad del pueblo. La sociedad civil o los movimientos sociales se vuelven conceptos más operativos en tanto dicen de la diversidad, abriendo el juego a mayorías y minorías (y éstas, en todo su pluralismo).

La Constitución queda vaciada de sentido y éste es aportado por el pueblo. Podríamos ver aquí la vieja tesis de Lasalle, que definía a la Constitución de modo sociológico como el resultado de las fuerzas e intereses en un momento dado, concepto que de otro modo ha sido formulado por Böckenförde. Afirma el jurista alemán que "la Constitución se reduce a un edificio formal que brinda entrada, sucesiva y coordinadamente, por la puerta de la interpretación, a muy diferentes, también heterogéneas, ideas de ordenamiento, sin ser portadora ella misma de tal cosa". La Constitución no es sino un marco, lo que supone asumir que "no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo"[95]; por el contrario, ella solo determina e impone ciertas claves, ciertas orientaciones, ciertos límites definitorios de un espacio de maniobra dentro del cual pueden y deben moverse libremente el legislador y los intérpretes.

[95] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1976), "Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica", en *Escritos sobre derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993, págs. 68 y 17.

Es necesaria una interpretación sensible a los valores y al sentir del pueblo.

26. El constitucionalismo popular, el populismo constitucional, encierra varios problemas: quién interpreta, cómo interpreta, qué autoridad posee la interpretación, pero, especialmente, qué valores entran en juego al interpretar. Robert Post propuso una práctica de la interpretación constitucional que se sitúe en la relación existente entre los participantes de la práctica interpretativa y la Constitución, de manera que el acto de interpretación no lo es solo acerca de la Constitución sino también acerca de cómo se paran o ubican los intérpretes ante la Constitución[96]. En suma, Post se acerca a una interpretación "sensible" que, a su vez, juega con la interpretación libre, en tanto que la materia principal del juicio constitucional consiste en interpretar conforme a los valores fundamentales de la sociedad (de naturaleza extraconstitucional) antes que según las principales materias o temas del documento, rectificada por el supuesto de interpretar conforme a "nuestra naturaleza fundamental como pueblo"[97].

El triunfo del relativismo agravado por el pragmatismo.

27. ¿Cómo opera un juez, un abogado, un académico, un hombre común en suma? Responde Kramer: "El mundo social está construido por una red de creencias y prácticas. Elegimos nuestras prácticas a la luz de las creencias acerca de si las prácticas son buenas o malas, pero entendemos el contenido y significado de estas mismas creencias solo como refractadas a través de las prácticas que pretenden explicar. El proceso consiste en un constante movimiento de ida y vuelta, resolviendo sobre una base no sistemática cualesquiera tensiones que descubrimos". Luego, lo que se entendió como coherente en siglos anteriores es muy posible que no lo sea para las generaciones actuales, de modo que corresponde a cada generación interpretar la relación entre sus creencias y sus prácticas[98].

Esto sintoniza con las ideas del radicalismo democrático de Rousseau, Jefferson y Paine, de Rawls y Habermas[99]. Más grotescamente, es la prioridad de la política sobre la filosofía, según la propuesta de Rorty, y que Kramer reformula al decir que la democracia prevalece sobre la justicia[100]. Kramer celebra, con Jefferson y Lincoln, que el pueblo sea el dueño de su Constitución, que "el pueblo debe utilizar su poder soberano de acuerdo a las necesidades de cada generación para establecer y mantener los fines del gobierno republicano"[101].

[96] POST, Robert, "Theories of constitutional interpretation", *Representations*, N° 30, 1990, pág. 27.

[97] Ibídem, pág. 31.

[98] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 34. La interpretación generacional se convierte, según Kramer, en "una estrategia para explicar el mundo que [ellas, las generaciones] experimentaron pero que, al mismo tiempo, ayudó a dar forma a aquel mundo".

[99] Véase SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa. Una "utopía" tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 79-82.

[100] Es el argumento de Kramer en su contestación a Sager; véase KRAMER, "Undercover anti-populism", ob. cit., págs. 1351-1357.

[101] KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, ob. cit., pág. 215.

Kramer no hace más que continuar esta costumbre yanqui de un poder constituyente del pueblo abierto, contra la tesis de la *dead hand rule*. Mark Tushnet, en su libro sobre la Corte, escribió: "[…] dentro del amplio marco creado por la Constitución para aplicar los principios de la declaración [de la Independencia], los valores que constituyen el pueblo estadounidense están siempre sujetos a cambios según cambia el pueblo". Es así que, de acuerdo con el constitucionalismo popular, "podemos empezar contando una historia diferente sobre nosotros mismos, precisamente porque nos constituimos *nosotros mismos*. Podemos, en definitiva, cambiar quiénes somos"[102].

32. En realidad, se podría aplaudir que el constitucionalismo popular, llevado a su extremo, amenace con liquidar la soberbia del racionalismo constitucionalista y su progenie. Pero las secuelas del nuevo constitucionalismo, de una petulancia anárquica, en el fondo, no dejan de ser alarmantes, como se ha visto, porque exhiben sus raíces nominalistas y, por tanto, su subjetivismo relativista.

Inevitablemente, el constitucionalismo (popular o no) es vehículo del relativismo moral[103], es decir, de la convicción de que la vida buena no es asunto de la Constitución sino de los individuos y que los derechos han sido establecidos para que cada uno busque su propia "vida buena", aunque sea inmoral[104].

33. El populismo constitucional ha borrado la difusa línea divisoria entre el orden constitucional y el económico-social y cultural. A la expansión "normativa" de la Constitución y la inflación de los derechos se suma ahora la interpretación flexible de ambas, es decir, la interpretación acomodada a las exigencias populares de cada momento histórico. Los tribunales, cuestionan los populistas, ¿garanten el

[102] TUSHNET, *Taking the constitution away from the Courts*, ob. cit., págs. 190-191. Pero la cuestión vuelve, otra vez, sobre lo que se entiende por pueblo mismo. "¿No estamos 'nosotros' –se pregunta Tomlins– en realidad profundamente cortados transversalmente por todos esos antagonismos socioeconómicos y divisiones persistentes que fragmentan la posibilidad de que efectivamente exista algo que podemos llamar 'el pueblo' en absoluto? Clase, género y raza no son simplemente categorías de análisis académico convencionalmente imaginadas; son fenómenos sociales reales. ¿Cómo construir un 'nosotros' fuera de nosotros y ellos?" TOMLINS, "Politics, police, past and present: Larry Kramer's *The people themselves*", ob. cit., pág. 1027.

[103] La conexión entre constitucionalismo y relativismo es consecuencia de sustituir la ley moral objetiva, la ley natural, por los derechos individuales que tienen por origen la libertad religiosa moderna fundada en la libertad de conciencia. Esta tesis ha sido avanzada e investigada en algunos trabajos del autor, especialmente SEGOVIA, Juan Fernando, "La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo", en AYUSO, Miguel (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 145-175 y "Ley natural, contrato social y poder constituyente en el pensamiento anglosajón y francés. La ideología del constitucionalismo en los siglos XVII y XVIII", en AYUSO, Miguel (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 35-83. La posibilidad de un constitucionalismo no relativista requeriría la fundación de la constitución en el orden objetivo de la moral, como ha intentado, entre nosotros, Faustino Legón; véase SEGOVIA, Juan Fernando, "Faustino J. Legón: del derecho natural al derecho constitucional", *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Nº XVII, 2011, págs. 83-136.

[104] EISGRUBER, Christopher L., "Civic virtue and the limits of constitutionalism", *Fordham Law Review*, vol. 69, 2001, pág. 2136: "En suma, las buenas constituciones (y, más ampliamente, las buenas democracias) deben tomar una actitud pluralista acerca de las cuestiones éticas. Deben reconocer que existe una gran variedad de formas de vivir bien. Para ello, cualquier buena constitución definirá ampliamente los derechos suficientes para que esa gente tenga la libertad de vivir mal (de otro modo, no tendrían la libertad de vivir bien)".

orden constitucional o conservan el orden socio-económico y cultural existente?; en sus decisiones, ¿reflejan los supremos valores de la Constitución, del pueblo, o los valores imperantes en el estado de cosas existente? Lo mismo debemos decir de lo que pretenden los populistas. ¿Qué impide hoy en día que el pueblo también interprete la Constitución según los intereses y las fuerzas predominantes si, finalmente, él es su autor? La Constitución –por más normativa y/o popular que se quiera– se vuelve "un estado de cosas", para usar la expresión de Schmitt[105].

Puede verse al constitucionalismo popular como el resultado de ciertas transformaciones sociales, culturales y político-jurídicas más que, única o principalmente, como una reacción contra la supremacía judicial. En efecto, si no podemos establecer el límite entre lo que es constitucional y lo que no lo es; si desapareció el muro que resguarda la constitución de la ley y la política cotidiana; si todo es constitucional (y, al mismo tiempo, cualquier cosa puede dejar de serlo); si ya no hay diferencia entre la Constitución y el orden existente, entre los valores constitucionales y los valores de la gente; si toda pretensión es derecho humano y todo derecho humano se legitima por la pretensión de identidad o de reconocimiento; si es así, ¿por qué ha de ser más auténtica la interpretación de los jueces que la de los otros poderes de gobierno o aún del pueblo? Cuando se diluye lo que el constitucionalismo estableció como distinción fundamental para su existencia, todo pareciera abrirse, volverse objeto del poder constituyente o de la soberanía del pueblo, del imperio del pluralismo de grupos y de cosmovisiones. Parafraseando a Zygmunt Bauman, vivimos un *constitucionalismo líquido*.

34. Sería ilusorio creer que así se salva al constitucionalismo porque se lo somete a una nueva crisis, pues todo queda a disposición de la voluntad popular, voluntad que no puede ser sino generacionalmente contingente por la mutabilidad de las gentes y de sus valores; voluntad voluble, sometida al poder de negociación o de presión con que cada grupo cuente. La interpretación constitucional se convierte en una puja por derechos que da al triunfante el poder de establecer el sentido presente a la Constitución. El constitucionalismo popular no puede escapar a las consecuencias anárquicas del nihilismo que funda la cultura jurídico-política moderna[106].

El grave problema es que "el estado de cosas" que hoy es la Constitución tiene nuevas cuestiones centrales: los derechos humanos y la moralidad están en el corazón de las disputas, no ya la economía o los trabajadores. La Constitución se ocupa de un modo relativista, prioritariamente, del estado de cosas que toca a los homosexuales y sus derechos, al aborto y a la eutanasia, es decir, a la destrucción la familia, a la demolición de la vida humana, de la sociedad.

35. Si, para finalizar, echamos una mirada al nuevo constitucionalismo hispanoamericano (Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela), al que se ha calificado de popular o, más bien, populista, conviene tener presente algunas diferencias con el caso norteamericano.

En primer término, porque en los Estados Unidos el problema se ha centrado,

[105] SCHMITT, Carl (1931), *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 127.

[106] Cf. CASTELLANO, Danilo, *Orden ético y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010, *pássim*, en especial págs. 97-110.

como se ha visto, en la interpretación constitucional como crítica del *judicial review*; en Hispanoamérica, por su parte, el populismo constitucional excede ese marco y tiende a una nueva configuración ideológico-política de la Constitución mediante su reforma o sustitución.

En segundo término, porque en su original planteo norteamericano se trata de controlar la interpretación judicial de la Constitución sin comprometer, necesariamente, una reforma constitucional, reivindicando más bien el sentido original de aquélla; en cambio, en los casos hispanoamericanos o bien estamos ante nuevos textos constitucionales caracterizados por invocaciones populistas[107] o por la concentración del poder, o bien ante tendencias extra constitucionales –es decir, más allá del texto constitucional– que, desbordando la letra y el espíritu del texto escrito, tienden a darle un contenido diferente, poniéndolo en crisis[108] (como sería, entre otros, el caso argentino).

En todo caso, más allá de las diferencias señaladas, podría encontrarse un punto de contacto entre ambas corrientes: retomar la idea de un constitucionalismo fundado en la voluntad popular, aunque en el caso estadounidense se formule dentro del marco histórico de una Constitución republicano-liberal aceptada; y en el hispanoamericano, se lo explique como una superación del constitucionalismo liberal-republicano clásico.

[107] Cf. BANDIERI, Luis María, "Presidencialismo vs. parlamentarismo. Bajo los 'demonios familiares'", *Prudentia Iuris*, Nº 71, 2011, págs. 63-91. En pág. 90 dice: "El populismo es la ilusión romántica del pueblo plebiscitando en la plaza pública a un César, en una suerte de democracia directa; esto es, el 'cesarismo democrático' de que ya hablaba Vallenilla. Así se produce el efecto perverso de que los marginados y excluidos deben ser congelados en su caída de la sociedad, para formar, ellos y sus hijos, las huestes de reserva de la clientela política".

[108] Cf. RINCÓN SALCEDO, Javier, "Las democracias andinas, entre 'populismo constitucional' y 'constitucionalismo popular'", *Visages d'Amérique Latine*, Nº 3, 2006, págs. 33-38.