1) Para comenzar, una pregunta en parte introductoria, pero, al mismo tiempo, relevante para ayudarnos a comprender que nos enfrentamos a un objeto de estudio aún de contornos difusos. ¿Cuáles son, para vos, las características salientes y definitorias del *constitucionalismo popular*?

El constitucionalismo popular incluye trabajos tanto descriptivos como normativos, que reflejan la amplitud de sus ambiciones. Sus principales integrantes nos vienen a decir que el Poder Judicial no es la rama del poder poderosa y real o potencialmente progresista que algunos quieren ver (cuestión descriptiva), a la vez que lo objetan como un poder elitista (cuestión normativa). Del mismo modo, nos dicen que el Poder Judicial se ha arrogado facultades que originalmente no se le concedieron (cuestión descriptiva), a la vez que sostienen que no debería concedérsele más tal tipo de facultades (cuestión normativa). Al respecto, una primera "idea-fuerza," dentro de esta corriente, es la distinción entre "control judicial" y "supremacía judicial". A diferencia de otras corrientes críticas del derecho, lo que le interesa a estos autores es criticar lo segundo —la supremacía judicial— y no necesariamente lo primero —la participación de los jueces en el control de constitucionalidad—. En este sentido, se defiende una mirada "departamentalista" del control de la Constitución, como la que en su momento defendiera Thomas Jefferson. Según esta visión, ninguna rama del poder tiene el derecho de arrogarse la supremacía sobre las otras, en lo que hace a la custodia de la Constitución. Es en este respecto que destacaría el antielitismo que reivindican algunos de estos autores; su crítica a lo que Jack Blakin llamaría la "sensibilidad antipopular" propia de los miembros más encumbrados de la esfera judicial. Por lo demás, desde las filas del constitucionalismo popular se muestra el peso que, en la práctica, tienen las interpretaciones "extrajudiciales" del derecho y el valor de dichas interpretaciones. Se habla aquí del modo en que la ciudadanía genera sentido jurídico ("el derecho fuera del derecho" que estudian muchos sociólogos del derecho, como Michael McCann); se examina el modo en que el Poder Judicial viene a "aniquilar" dichos "impulsos jusgenerativos" (Robert Cover), y —otra vez— se atribuye valor a estos impulsos de raíz popular.

---

*Abogado y sociólogo. Profesor Universidad de Buenos y Universidad Torcuato Di Tella. Doctor en Derecho por las universidades de Buenos Aires y Chicago. Ha sido profesor visitante en varias universidades europeas. Publicó, entre otros libros, The Scepter of Reason, La justicia frente al gobierno y Los fundamentos legales de la desigualdad, publicado por Siglo XXI de España Editores y coeditor de Nuevas ideas republicanas y Razones para el socialismo. En 2000, obtuvo la beca John Simon Guggenheim y en 2002 la Frank Simon Guggenheim.

2) Un paso hacia el pasado para, después, llegar a comprender la importancia del tema en la actualidad: ¿cuál es el origen del constitucionalismo popular y por qué creés que el tema comienza a adquirir relevancia en el presente?

Podrían decirse varias cosas sobre el origen de esta corriente. En términos generales, entiendo que el constitucionalismo popular se origina en la disconformidad: disconformidad con el derecho vigente y, sobre todo, disconformidad con los modos en los que se lo pretende crear, aplicar e interpretar. De modo más específico, creo que una causa central para explicar el origen de esta corriente, en los Estados Unidos, tiene que ver con el fin de la "utopía judicial" que despertara, en los años 60, una Corte como la liderada por Earl Warren, una Corte aparentemente progresista, comprometida, vanguardia en la lucha contra la discriminación racial. La Corte Warren llevó a que muchos (no por casualidad, a muchos abogados y juristas, principalmente) pensaran que el lugar del cambio social residía en los tribunales. En particular, las dos décadas de la llamada "Corte Rehnquist" —que hoy continúa con otras formas— operaron como un mazazo sobre aquella ilusión, y forzaron a pensar en el cambio social "a pesar de" o "en contra de" lo que los tribunales hicieran. Por lo demás, en un contexto tan marcado por las tradiciones y la historia jurídicas, como el norteamericano, algunos autores —y Larry Kramer es el mejor ejemplo, en este respecto— buscaron y encontraron un buen respaldo histórico para sus impulsos antijudiciales (una línea de argumentos, en el ámbito jurídico anglosajón, parece simplemente indispensable). Muchos sociólogos del derecho también contribuyeron a fortalecer este enfoque crítico, mostrando el error (la no coincidencia con la práctica) del discurso "corte-céntrico," tan común en la comunidad jurídica anglosajona.

3) Parece existir consenso acerca de que caracteriza a nuestro tiempo la creciente judicialización de la política, el transformar a los tribunales en un espacio privilegiado donde se resuelven los temas centrales de la vida de una comunidad. La imagen, que proyecta el constitucionalismo popular acerca del Poder Judicial, es una imagen cruda, por cierto, no idealizada de lo que es, y de lo que puede llegar a ser, el rol de los jueces. ¿Como creés, entonces, que se pueden complementar estas dos tendencias, en principio contradictorias: por un lado, un optimismo generalizado acerca del juez como sujeto neutro y *apolítico*; por el otro, un cuerpo teórico que fortalece la desconfianza frente al "elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea"?

Una cosa es que se hable de judicialización de la política, otra es que sepamos qué significa eso, y una muy distinta que esa judicialización (entendida como se la presenta en la pregunta) sea cierta. En lo personal, dudo del poder real de los tribunales y, en este escepticismo, más que en otras cosas, me acerco al escepticismo que parece

propio del constitucionalismo popular. Tampoco creo que el papel creciente que pueda tener el Poder Judicial, dentro de nuestra vida pública, se deba a la presencia de jueces neutrales y apolíticos: creo que más gente recurre a los tribunales pensando en que van a decidir en su favor, que no es lo mismo que decir que esta gente piense que los jueces son, hoy por hoy, neutrales, en algún sentido interesante del término. En dicho escenario, la crítica antielitista que presentan los defensores del constitucionalismo popular todavía tendría sentido, porque el hecho de que haya más jueces sensibles a los reclamos populares (si es que este fenómeno existe) no niega que una gran mayoría de jueces siga estando mal formada, decida en base a dogmas y prejuicios, y participe, tal vez descuidadamente, de la ideología del orden por encima de la justicia social.

4) ¿Qué normas y qué prácticas, en América Latina, considerás que nos acercan al ideal propuesto por el constitucionalismo popular? ¿Qué normas y prácticas, por el contrario, crees que nos alejan de éste?

Creo que en países como la Argentina, Bolivia, Ecuador, Uruguay, entre otros, y en distintos modos, existen niveles de pobreza y desigualdad extraordinarios (volveremos sobre este punto más adelante), que se acompañan de formas también extraordinarias de resistencia popular. El derecho tiende a ser, así, y por un lado, más elitista, tramposo y maleable por el poder; mientras que, por otro lado, es objeto de desafíos cotidianos, de todo tipo, que lo cuestionan, lo ponen cabeza abajo, lo desafían en sus aplicaciones, lo retuercen, lo reinterpretan o, simplemente, lo desobedecen.

5) La realidad institucional de los Estados Unidos, donde vos identificás gran parte de los antecedentes de la teoría, es distinta de la de América Latina. ¿Cómo es posible evitar, si es que es posible, el establecer dentro de nuestro espacio jurídico un nexo ineludible entre *constitucionalismo popular*, por un lado, y gobiernos *populistas*, por el otro?

La respuesta a esta pregunta depende, entre otras cosas, del modo en que definamos la idea de populismo. En tal sentido, entiendo que sí, que en América Latina podría llegar a establecerse un cierto vínculo entre el constitucionalismo popular y el populismo político, si definimos a este último de modo muy limitado y ligado al uso común del lenguaje, es decir, en asociación con la existencia de gobiernos que apelan enfáticamente a la idea de soberanía popular, dejando en un segundo lugar la preocupación por los límites al poder y los derechos individuales. Ahora bien, creo que muchos de los que hoy —en la academia anglosajona— podrían identificarse con el constitucionalismo popular, se horrorizarían de la posibilidad de que trazáramos tales asociaciones, porque su lucha, me parece, es mucho más moderada y menos ambiciosa que lo que aquellos vínculos podrían sugerirles. En este punto, y en lo

personal, insistiría en mis desacuerdos, tanto con el populismo latinoamericano, así definido (ya que me considero un igualitario radical, y no un populista), y con el constitucionalismo popular (ya que lo que me interesa de esta corriente es su crítica a la impronta elitista del derecho actual, más que su propuesta normativa).

6) En tiempos de núcleos indisponibles y márgenes de discreción reducidos, en tiempos donde el espacio para la decisión soberana es cada vez mas limitado por catálogos de derecho que han de ser interpretados por jueces locales e internacionales, me pregunto: ¿existe algún espacio —y si lo hay, de qué forma definirlo con precisión— que deba quedar al resguardo de la "defensa de la soberanía popular", lo cual fundamenta en gran parte esta corriente del pensamiento constitucional?

Coincido en la idea de que existen límites muy difíciles de trascender, políticamente, pero no creo que tales límites se deban a la existencia de derechos y jueces nacionales e internacionales orientados a protegerlos. La vida política suele trascender y desafiar los límites del derecho, no sólo en países jurídicamente débiles, como el nuestro. Lo que parece ocurrir es más bien lo contrario, es decir, que el poder le pone límites al derecho, marcándole las fronteras que deben ser custodiadas con la fuerza de la legalidad. Estos son, en todo caso, los límites que me preocupan y que deben ser confrontados, en lo posible, por la voluntad popular. Ahora bien, decir que la voluntad popular debe llegar a colonizar espacios que hoy apenas conoce no quiere decir que deba ocupar todo el espacio de la vida en sociedad. Considero, como tantos, que la vida de cada uno debe quedar exclusivamente bajo el control de cada uno. Es decir, del mismo modo en que entiendo que los asuntos colectivos deben ser resueltos colectivamente, entiendo que los asuntos de cada uno deben quedar irreductiblemente en las manos de cada individuo.

7) La pregunta anterior se relacionaba claramente con la idea de una omnipresente *fe en el derecho*, derecho como control y límite a los deseos contingentes de la mayoría, como contrapoder de la política. Frente a estas grandes expectativas, ¿no considerás que la ausencia de *descripción* acerca del modo en que funciona concretamente el poder de control judicial limita y condiciona la capacidad de análisis de la función que debe cumplir el Poder Judicial? En términos simples, ¿es posible prescribir cuando la descripción nos demuestra que aquello que deseamos que sea no es y, quizás, nunca podrá ser?

Advierto en la pregunta dos cuestiones, que analizaría por separado. Por un lado, coincido en que, sobre todo en nuestro medio, carecemos de descripciones mínimamente decentes sobre cómo funciona el Poder Judicial. En este sentido, agregaría, nuestra sociología del derecho se encuentra todavía en una etapa todavía

prehistórica. Creo que de las virtudes que distinguen al movimiento jurídico del que hablamos, una tiene que ver, muy especialmente, con el peso que ocupan los estudios sociológicos dentro de él. La otra cuestión, sobre “lo que deseamos y nunca podrá ser,” me genera dudas: me parece que se trata de una afirmación más espectacular que certera. Coincido, en este punto, con la afirmación marxista, según la cual la presencia de ciertos cuestionamientos sociales anuncia que se están gestando las condiciones de un cambio orientado a materializar tales cuestionamientos. Ahora bien, que ese cambio luego se concrete exitosamente y —lo que es más difícil— que se estabilice en el tiempo, es otra historia.

8) Teniendo en cuenta que una problemática común afecta a América Latina, como son los altos niveles de desigualdad y la pobreza estructural, ¿creés que el fortalecimiento de prácticas caracterizadas como formas de ejercicio del constitucionalismo popular pueden significar contribuciones a disminuir la desigualdad y la pobreza?

Más bien lo contrario. Considero que la presencia de amplias desigualdades y una extendida pobreza dan apoyo al nacimiento de una corriente como la del constitucionalismo popular, como dan forma también a la capacidad de una postura como ésta para expandirse y ganar sostén público. Como decía más arriba, entiendo que el constitucionalismo popular es producto de extendidas disconformidades con la vida pública, en este caso, disconformidades con los modos en que se gestiona el derecho. Al mismo tiempo, sin embargo, no soy demasiado optimista en relación con la potencia de una corriente como ésta: justamente, la amplitud y persistencia de las desigualdades hace que una buena parte de los miembros mejor acomodados dentro de nuestra comunidad jurídica ya no vean a una mayoría de sus conciudadanos como pares; hace que no se identifiquen con tales personas, no entiendan sus problemas y no compartan sus necesidades. Pienso, por tanto, que el constitucionalismo popular va a permanecer, en el mejor de los casos, como una corriente de elite, lo cual, por supuesto, no pretende ser una crítica contra dicha corriente, ni mucho menos una defensa del derecho actualmente existente, que es el que se ha puesto al servicio de —y que hoy custodia con toda la fuerza de la que dispone— las desigualdades de las que hablábamos.

9) Para finalizar, una pregunta acerca de la forma en que se enseña el derecho. ¿Por qué razón, en la mayoría de los manuales de Derecho Constitucional y en los cursos universitarios de América Latina, está ausente del debate el constitucionalismo popular?

Tomo la descripción que asume dicha pregunta como cierta. Ahora bien, las razones que explican la ausencia del constitucionalismo popular de nuestros manuales son

varias, algunas comprensibles, otras simplemente criticables. Por un lado, dicha corriente tiene corta vida, y dista de ser popular aun dentro de la elite universitaria norteamericana, en donde ha nacido. En segundo lugar, muchos de nuestros constitucionalistas no leen —no leen en castellano, mucho menos en inglés—, por lo que no es raro que los manuales no estén actualizados. En tercer lugar, aquellos que conocen la existencia de estos autores tampoco deben de tener gran entusiasmo por propagandizar una mirada como la del constitucionalismo popular, ya sea por lo marginal que todavía es esta postura, ya sea porque las posiciones con las que se identifica a esta corriente son muy críticas con el derecho vigente. En este sentido, vale la pena prestarle atención a las críticas excepcionalmente virulentas que recibieron los principales impulsores del constitucionalismo popular. Estas duras críticas provinieron no sólo de la derecha jurídica (en autores como Richard Posner); sino también del *establishment* académico (autores como Larry Alexander); y aun del progresismo constitucional (encarnado en figuras como Lawrence Tribe). La conclusión sería que todos aquellos que compartimos una mirada inconformista sobre el derecho vigente, tenemos todavía demasiado por hacer, tanto para renovar nuestras ideas y críticas, como para dotarlas de solidez teórica y de fuerza política.

Diego **F**reedman / **J**uan **M**anuel **O**tero