

El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano

Ramiro Álvarez Ugarte*

Resumen

¿Es la Corte Suprema la intérprete final de la Constitución? Este trabajo argumenta que, en un sentido significativo, no lo es y no puede serlo: los grandes desacuerdos sociales subsisten por más que la Corte Suprema los resuelva con pretensiones de finalidad. Ellos desaparecen sólo en el marco de complejos procesos culturales en los que los tribunales intervienen de un modo relevante y trascendente, pero no definitivo o automático. Si esta hipótesis se sostiene, entonces esos *desacuerdos* permanecen y se expresan por distintos caminos que han sido explorados por el constitucionalismo popular o democrático. El trabajo plantea una mirada crítica sobre esas teorías, que tienden a idealizar los procesos existentes y a invisibilizar las limitaciones que ellos presentan y que son especialmente relevantes en el contexto de las democracias de América Latina. Finalmente, concluye que pensar más y mejores caminos para la expresión de nuestros desacuerdos normativos debería ser una parte fundamental de nuestra agenda constitucional.

75

Palabras clave: Constitucionalismo Popular – Corte Suprema – Interpretación Constitucional – Sociedad Civil – Movimientos Sociales

Abstract

Is the Supreme Court the final interpreter of the Constitution? This paper argues that, in a significant sense, it is not and it cannot be: social disagreements remain even when the Court decides upon them with pretended *finality*. Pervasive social disagreements only disappear through complex cultural processes in which courts intervene in a relevant and significant way, but never delivering automatic or definitive results. If this position holds,

* Profesor de Derecho Constitucional y Movimientos Sociales en la Universidad de Palermo y de la Clínica Jurídica de Acceso a la Información y Litigio Estratégico en la Universidad Nacional de la Plata. Abogado (UCA, 2003) y LL.M. Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia (2009). Director del Área de Acceso a la Información de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Agradezco a Alejandra Negrete Morayta por una lectura temprana que evitó errores groseros. Por comentarios y sugerencias útiles, agradezco a Juan González Bertomeu, Laura Saldivia, Roberto Gargarella, Paola Bergallo, Roberto Saba, Gustavo Arballo, Juan Nieto, Inés Jaureguiberry, Silvina Ramírez y Demián Zayat y participantes de seminarios en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de La Pampa. Los errores que subsistan son exclusiva responsabilidad mía.

then these *disagreements* remain and find ways of expressing themselves that have been explored by popular and democratic constitutionalism. This paper presents a critical look at those theories: they tend to idealize the existing processes and to avoid discussing their limitations, which are especially relevant in the context of Latin American democracies. This paper argues that thinking more and better ways for expressing our normative disagreements should be a central issue of our constitutional agenda.

Key words: Popular Constitutionalism – Supreme Court – Constitutional Interpretation – Civil Society – Social Movements.

El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano

Ramiro Álvarez Ugarte

“El campo jurídico es el lugar en el que se lleva a cabo una competencia por el monopolio del derecho a determinar qué es el derecho”.

Pierre Bourdieu, *The Force of the Law*.

Hace algún tiempo, la cuestión de la desobediencia a decisiones de la Corte Suprema de Justicia argentina adquirió cierta relevancia en el debate público local¹. Algunas voces vinculadas al mundo del derecho señalaron que el tribunal es el *intérprete final* de la Constitución Nacional². Se trata ésta de una posición que suele enseñarse durante las primeras semanas de nuestro paso por las escuelas de derecho, generalmente de la mano de aquella frase que sostiene que la Constitución *es lo que los jueces dicen que es*. Como tantos otros, este concepto suele ser más repetido como verdad revelada que pensado en forma crítica. Este trabajo busca ponerlo en cuestión por considerar que el mismo elige, de forma injustificada, a *ganadores* y *perdedores* en la lucha por decir lo que el derecho es y no es³. Y ello es problemático por dos razones que estimo muy relevantes.

77

1. Diario La Nación. 11 de marzo de 2011. *Otra desobediencia del Gobierno a la Corte*; Diario Clarín, 20 de septiembre de 2010. *Constitutionalistas advierten sobre la grave desobediencia de Peralta a la Corte*; La Gaceta, 9 de mayo de 2011. *“Desobedecer a la Justicia es una locura”*; Cadenta Tres. 18 de diciembre de 2009. *Crece la tensión entre Gobierno y Corte por desobediencia a un tribunal*.

2. Por ejemplo, ver Alberto B. Bianchi, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, LA LEY, 1997-B, 994; Santiago Corcuera, *Conflictos de poderes en el orden federal*, LA LEY, 2007-E, 1174; Antonio M. Hernández, *El incumplimiento de sentencias de la Corte Suprema de Justicia por la Provincia de Santa Cruz y la posibilidad de la intervención federal*, LA LEY, 30 de marzo de 2011; Aída Kemelmajer de Carlucci, *“Desobedecer a la Corte es un acto de locura”*, en LA NACIÓN del 12 de diciembre de 2010 (donde señala: “Desde lo institucional, pocas situaciones son tan graves... Que el marido de la Presidenta se haya trasladado a hacer un acto público y que gobernadores provinciales, entre ellos de mi provincia, vayan para allá a decir que no hay que cumplir con la sentencia es un horror. Desde mi formación y la fe que le tengo al derecho, eso es locura. Desobedecer a la Corte es un acto de locura.”).

3. Sobre este punto, ver Pierre Bourdieu, *The Force of the Law*, 38 THE HASTINGS LAW JOURNAL, pág. 805 (1987) y García Villegas M., *On Pierre Bourdieu's Legal Thought*, DROIT ET SOCIÉTÉ 2004/1, N° 56-57, pág. 57-70 (2004).

En primer lugar, presenta serios problemas *normativos*. ¿Por qué los jueces se arrojan el monopolio de la interpretación constitucional? Si la Constitución da forma a nuestras instituciones y contiene principios básicos ordenadores de nuestra sociedad, ¿no corresponde que el significado de esos principios se debata democráticamente entre quienes integramos esa sociedad y quienes —supuestamente— establecimos la Constitución? Esta posición ha sido adelantada en los últimos años en los Estados Unidos por autores que se ubican dentro del llamado constitucionalismo popular o democrático⁴.

En segundo lugar, el concepto también es falso desde el punto de vista *descriptivo*. Pensar que la Corte Suprema es efectivamente la intérprete final y suprema de la Constitución suena un tanto contraintuitivo para quienes seguimos de cerca a tribunales que, en numerosas oportunidades, vuelven sobre sus pasos, son cuestionados por otros poderes y encuentran con asiduidad límites concretos a su jurisdicción. Es en este aspecto en el que concentro la mayor parte de este trabajo.

Procedo de la siguiente forma. En la primera parte desarrollo los fundamentos teóricos que me permiten sostener que, en un sentido relevante, es falso que la Corte Suprema intervenga en diferendos normativos de una forma que pueda calificarse significativamente como *final* o *suprema*. Llego a esa conclusión desde una lectura dinámica de los procesos de formación de los significados constitucionales inspirada en trabajos que se ubican dentro del constitucionalismo popular o democrático⁵. Entiendo que muchos de los desacuerdos normativos que existen en cualquier sociedad democrática permanecen luego de que la Corte Suprema los *resuelve* y que éstos sólo pueden desaparecer en el marco de complejos procesos culturales. Considero que ello, además de verdadero desde un punto de vista empírico, es relativamente atractivo normativamente.

Si ello es cierto, entonces esos *desacuerdos* permanecen y circulan por otros caminos institucionales, tales como la reforma constitucional o legislativa, o los cambios en la composición del tribunal. Al análisis de esos caminos dedico la segunda parte de este trabajo. Ello me permite ofrecer una mínima base empírica para la postura teórica desarrollada en la sección anterior. Sin embargo, y a diferencia de los trabajos que desde el constitucionalismo democrático destacan esos caminos como positivos, propongo una lectura crítica que los cuestiona con base en su pobre capacidad para canalizar un verdadero debate democrático sobre nuestros desacuerdos normativos.

Si lo expuesto en las dos secciones anteriores se sostiene, se vuelve relevante pensar en las consecuencias prácticas de esta perspectiva, especialmente en un contexto como el que comparten —en mayor o menor medida— todos los países de América Latina. En efecto, abandonar la idea de que la Corte es *la intérprete final* de la Constitución Nacional

4. Ver, p.ej, LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* (2004). Ver, además, autores citados en *infra* nota 37.

5. Se trata de una tradición escasamente explorada por la academia argentina. Para ejemplos de trabajos que van en esa dirección, ver Roberto Gargarella, *La dificultosa tarea de la interpretación constitucional*; Roberto Gargarella, *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución*; Laura Saldívia, *Una Corte, ¿Suprema?*; Roberto Gargarella, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*; y Roberto Gargarella, *El nacimiento del constitucionalismo popular*, todos ellos en ROBERTO GARGARELLA (COORD.), *TEORÍA Y CRÍTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*, TOMO I (2009).

requiere aceptar que el derecho es una construcción social compleja en la que intervienen múltiples actores estatales y sociales. ¿Pero cómo se vinculan entre sí esos actores en contextos de desigualdad y exclusión económica y política? ¿Cuáles son los mecanismos a través de los cuales el derecho se construye socialmente? ¿Quiénes participan de esa construcción y quienes no? Estas preguntas señalan, entiendo, hacia una agenda interesante de investigaciones empíricas hacia el futuro. Pero es de esperar que ellas no se agoten en análisis sobre procesos constitucionales pasados, sino que indaguen en posibles cambios en la forma en que los operadores jurídicos interactúan entre sí en contextos sociales de desigualdad donde existen fuertes desacuerdos normativos. A analizar uno de esos posibles cambios dedico la tercera y última parte.

I. Finalidad

1. La finalidad: sus problemas y alcances

La Corte Suprema de Justicia argentina tiene su *gran ballena blanca*. Se trata del caso *Sosa*, como se conoce al reclamo de un ex procurador de la Provincia de Santa Cruz para volver a un empleo del que fue —sostiene— ilegítimamente removido. Todo comenzó en 1996, cuando el máximo tribunal le dio la razón y ordenó a la provincia reponerlo en su cargo. Desde entonces, la Corte intervino en más de siete oportunidades y siempre insistió, sin éxito, sobre la necesidad de que Sosa recupere su puesto⁶.

79

Ante este caso, y otros similares, se ensayaron distintas respuestas desde el campo jurídico. En su mayoría fueron críticas de la reacción del poder político. Muchas de ellas se fundaron en el carácter de intérprete final de la Constitución de la Corte Suprema, que supone que las interpretaciones del máximo tribunal son obligatorias y merecen el respeto y la obediencia de los demás poderes. En los párrafos siguientes procuro identificar los elementos teóricos básicos que sostienen esta posición⁷.

6. En octubre de 2009, y habiendo agotado otras alternativas, el tribunal resolvió intimar al gobernador de Santa Cruz a que "cumpla las decisiones recaídas en este proceso" bajo apercibimiento de "dar intervención a la justicia penal para que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública" (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Sosa, sentencia del 20 de octubre de 2009, cdo. 19.).

7. La idea de que la Corte tiene la última palabra en materia de interpretación está muy extendida, pero se trata de un concepto que pocas veces es explicado seriamente. Una excepción a esa regla general de la doctrina local la encontramos, por ejemplo, en Fernando Basch, quien en un reducido espacio logró explicar el fundamento principal de la doctrina que postula la *supremacía* de la Corte Suprema. Sostiene Basch: "El derecho es una práctica interpretativa y naturalmente reina en ella el desacuerdo. Necesidades de claridad y consistencia normativa llaman a que el desacuerdo sea resuelto de algún modo. Si es importante que cierta interpretación prime en tal o cual caso, más lo es que alguna interpretación prime siempre para evitar la incertidumbre propia de la ausencia de una interpretación a la cual asignarle autoridad. El método que nuestra práctica encontró para solucionar desacuerdos normativos es el de acordar la interpretación definitiva al Poder Judicial, y en particular a la Corte Suprema. Hay quien pueda objetar esta solución, pero es resultado de un consenso sostenido en nuestra democracia." (Fernando Basch, *El gobierno desconoce consensos básicos*, Diario Clarín, 27 de septiembre de 2010).

a. Las bases teóricas y jurisprudenciales de la supremacía

La idea de la finalidad constitucional está estrechamente vinculada al fenómeno del desacuerdo en el mundo del derecho. Todos los operadores jurídicos pueden dar fe de ello: el derecho no está compuesto por reglas absolutamente claras. En muchos casos, las normas jurídicas tienen zonas de “penumbra” que invitan a diversas interpretaciones, lo que genera desacuerdos sobre el alcance de las mismas⁸.

Pensemos, para usar un ejemplo usual y recurrente, en una norma que prohíbe *la circulación de vehículos en una plaza pública*. La prohibición parece bastante clara y directa, pero su aplicación puede generar controversias interpretativas, algunas de ellas razonables. Por ejemplo, parece claro que la norma prohíbe que un automóvil circule por allí. ¿Pero qué ocurre con una motocicleta? ¿Es también un vehículo? Creo que muchos coincidiríamos en que lo es. ¿Y una bicicleta o un andador de niños? La cuestión que parecía simple comienza a complicarse.

Ante planteos así, la norma pierde claridad y precisión y genera desacuerdos razonables en cuanto a su alcance. La pregunta que cabe hacerse, y que se vincula con la cuestión de la *supremacía* y la *finalidad* en materia de interpretación, es cómo lidiamos con esos desacuerdos, especialmente con aquellos que se generan por fuera del campo jurídico, en la sociedad en general. Una posibilidad, entre muchas, es que hayamos llegado a un consenso en virtud del cual la interpretación definitiva de la Constitución sea competencia exclusiva de los jueces en general y de la Corte Suprema en particular.

80

En el plano judicial, esta idea se remonta, por lo menos, al caso *Marbury vs. Madison*, donde el juez Marshall postuló la facultad judicial del control de constitucionalidad de las leyes del Congreso. El razonamiento simplificado detrás de esa decisión es el siguiente: si la Suprema Corte es la última instancia institucional para resolver “casos” y esos casos se presentan, usualmente, cuando existe un desacuerdo sobre un derecho que supuestamente ha sido violado, entonces la Suprema Corte tendrá en última instancia la facultad de decidir sobre los alcances y límites de ese derecho.

Un caso trascendente en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos afirmó su autoridad interpretativa fue *Cooper v. Aaron*⁹, donde dispuso que sus interpretaciones sobre la Constitución son de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios públicos. Dicha sentencia, de 1958, se dio en el marco de una desobediencia generalizada de distintos funcionarios de los estados del sur que rechazaban las medidas de desegregación ordenadas por la Suprema Corte a partir del caso *Brown v. Board of Education*, de 1954. En un caso más reciente ratificó —y profundizó— esa doctrina¹⁰, aunque también es posible encontrar

8. Sobre la cuestión del desacuerdo, ver JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* (1999) y J. Waldron, *Rights in Conflict*, 99 *ETHICS* 503 (1989). Sobre las zonas de “penumbra” de los términos jurídicos, ver H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1997, 2ª Edición), pág. 12 (donde sostiene que “todas las reglas tienen cierta zona de penumbra o falta de certeza que obliga a los jueces a elegir entre distintas alternativas”).

9. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

10. Suprema Corte de los Estados Unidos. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616 n.7 (2000) (donde sostuvo que “la Corte debe ser la intérprete final del texto constitucional”).

instancias en las que el tribunal mostró una mayor deferencia respecto de las posiciones constitucionales de otros poderes¹¹.

En igual sentido, en la Argentina la Corte Suprema de Justicia afirmó su autoridad hacia el interior del poder judicial. Sostuvo en primer lugar que los jueces inferiores tienen un “deber moral” de conformar sus decisiones a las interpretaciones que el máximo tribunal hizo en casos análogos¹². Luego avanzó un paso más y sancionó a los jueces que se apartaban de sus precedentes¹³. Finalmente, la Corte enfatizó que “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”¹⁴. Hasta donde tengo entendido, la Corte Suprema nunca afirmó expresamente su autoridad interpretativa de cara a otras ramas de gobierno, aunque su forma de decidir casos *contra* otros poderes o autoridades indica que el tribunal asume ese rol. Como señala Saldivia, la idea de que ella es la intérprete *final* nunca fue abordada de forma satisfactoria por el tribunal, el cual parece postular esa idea sin afrontar las dificultades que la misma presenta¹⁵.

Los reclamos de *finalidad* de los tribunales señalados esconden, además, un reclamo de *supremacía*. Pero estas nociones no son lo mismo, y es conveniente distinguirlas lo antes posible. Con *finalidad* nos estamos refiriendo al fin de ciertos caminos institucionales: la Corte Suprema es *final* en el sentido de que sus decisiones son inapelables y lo resuelto por ella en el caso concreto adquiere estatus de cosa juzgada. La *supremacía* hace referencia a la capacidad de la Corte de determinar el *significado final* de la Constitución *vis á vis* los demás poderes y la ciudadanía en general.

Desde este punto de vista, la *finalidad* de la Corte Suprema implica, simplemente, que ella es la última instancia de revisión de un sistema de adjudicación de controversias en el marco del cual se ejerce el control judicial de constitucionalidad. Dicho ejercicio se puede basar en una determinada lectura constitucional, pero no hay una vinculación lógica o clara entre la obligatoriedad de respetar determinada decisión (finalidad) y la obligatoriedad de respetar o seguir la interpretación constitucional sobre la cual esa decisión se sustenta (supremacía). Como explican Prakash y Yoo, “[a]l conferir el ‘poder judicial’ a las cortes federales, la Constitución da a la judicatura la autoridad para resolver ciertos casos y controversias. (...) Ese ejercicio del ‘poder judicial’ no sugiere que otras ramas del gobierno federal (o cualquier persona) deban abrazar la interpretación constitucional que

81

11. Cfr. Robert Post y Reva Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section V Power*, 78 INDIANA L. J. 1 (2003) (donde citan varios casos en los que la Corte Suprema deferió a criterios interpretativos adelantados por el Congreso).

12. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Bernardo Pastorino*, Fallos 25:36.

13. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Santín Jacinto*, Fallos 212:59. Ver, al respecto, Nestor Pedro Sagües, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Julio de 2006, vol. 4 número 1, pág. 17 a 32.

14. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Cerámica San Lorenzo*, Fallos 323: 558 (2000).

15. Cfr. Laura Saldivia, *Una Corte, ¿Suprema?*, en GARGARELLA (COORD.), op. cit. págs. 173 y ss.

sostiene una decisión en particular”¹⁶. Entiendo que esta apreciación se sostiene: no es posible derivar la obligatoriedad de las interpretaciones judiciales de la Constitución del ejercicio por parte de los jueces de su facultad de adjudicar controversias individuales. Esa obligatoriedad se deberá, en todo caso, sostener en otras razones adicionales.

Algunas de esas razones se buscaron en el plano teórico. Una de las argumentaciones más vigorosas a favor de la facultad de la Corte de resolver nuestros desacuerdos normativos en forma *final y suprema* fue adelantada por Alexander y Schauer, quienes defendieron la lógica detrás de *Cooper* vinculando a la supremacía constitucional con la función del derecho de establecer, con autoridad, qué se debe hacer ante circunstancias que no están claramente determinadas. A esa función del derecho la llaman *settlement function*, que aquí traduciré como función resolutoria¹⁷.

Por ejemplo, cuando la Constitución establece que los mandatos presidenciales duran cuatro años reduce el campo de los posibles desacuerdos, ya que no es posible discutir razonablemente sobre el tiempo de duración del mandato presidencial. Allí, el derecho está resolviendo una posible controversia, como lo es el tiempo que un presidente debe ocupar su cargo. Sin embargo, en otras cuestiones, la Constitución no es tan clara. ¿Qué significa, por ejemplo, la “forma republicana de gobierno” del artículo seis de la Constitución? ¿Cuál es el alcance de la “correspondencia epistolar” o “los papeles privados” del artículo dieciocho? Son cláusulas más o menos genéricas que reconocen derechos en términos amplios. Estas cláusulas invitan interpretaciones diferentes sobre el alcance de las mismas. Cuando eso sucede es necesario encontrar un mecanismo institucional para resolver las controversias que genere esa falta de determinación.

Los autores citados parten de una teoría de la Constitución según la cual el hecho de establecer una Constitución tiene por objeto lograr cierto nivel de acuerdos y estabilidad sobre cuestiones necesarias para el autogobierno colectivo, así como establecer ciertos límites al *principio de la mayoría* como mecanismo de toma de decisiones¹⁸. La función resolutoria constituye, según ellos, un bien que puede defenderse *en sí mismo* y que puede justificar la obligación de todos de respetar normas e interpretaciones con las que no estamos de acuerdo. Podríamos, entonces, discutir sobre la conveniencia o no de la reelección presidencial, pero el hecho de que ella esté prohibida o permitida por la Constitución nos evita tener esa discusión cada cuatro años y —fundamentalmente— nos permite operar sobre terrenos sólidos.

Sin embargo, ante los casos de *penumbra* de las disposiciones constitucionales, es decir, cuando estamos ante controversias interpretativas, la función resolutoria del derecho se

16. Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539, pág. 1541 (2005).

17. Alexander y Schauer dan dos ejemplos de este tipo de función del derecho. Por un lado, las alternativas de conducir por la izquierda o la derecha no tienen grandes ventajas sustanciales una sobre la otra, pero decidir la cuestión tiene la enorme ventaja de evitar colisiones frontales. En sentido similar, se puede argumentar que ciertas reglas sobre propiedad, contratos y derecho corporativo son mejores que otras, pero el hecho de contar con un set de reglas determinado sería mejor que no contar con ningún tipo de reglas en absoluto. Esta es la función de *settlement* que defienden estos autores. Ver Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1371 (1997).

18. Cfr. Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1380.

debe trasladar necesariamente a un *intérprete supremo* que esté facultado para imponer su visión constitucional por sobre otras interpretaciones posibles.

Alexander y Schauer sostienen que una solución posible sería que la interpretación de la Suprema Corte tenga autoridad y sea definitiva¹⁹. Sin embargo, como reconocen, también se podría postular una teoría *departamentalista* que niega la existencia de intérpretes supremos y según la cual todos los funcionarios públicos pueden interpretar la Constitución sin que ninguna interpretación sea superior a otra²⁰. El problema de esta posición, para estos autores, es que no toma en serio la función resolutoria del derecho y genera problemas de coordinación evidentes²¹. También sería posible sostener –junto al constitucionalismo popular– que ante conflictos interpretativos serios sobre el significado último de la Constitución es al *pueblo* a quien le compete resolver esa controversia, ya que es el *pueblo* el creador de la Constitución y los órganos derivados de ella no pueden usurparle el rol de determinar el significado último de las cláusulas constitucionales que él mismo ha creado.

Todas estas posiciones tienen sus ventajas y sus problemas.

En el presente trabajo me referiré tangencialmente a algunos de estos aspectos, pero no me interesa explorarlos en profundidad. Por el contrario, aquí busco explicar cómo la posición de Alexander y Schauer a favor de la *supremacía constitucional*, sobre la cual se asienta el dogma que ve en la Corte Suprema al *intérprete final de la Constitución*, presenta enormes problemas desde el punto de vista descriptivo. Sostengo que la función resolutoria que ellos postulan en relación a la Corte no *puede* alcanzar a los desacuerdos normativos más profundos, ya que ellos se sostienen en actores que operan desde fuera del campo jurídico. Para empezar a desarrollar este argumento creo conveniente partir del trabajo de Robert Cover en *Nomos and Narrative*²².

83

b. Las bases teóricas contra la finalidad. Una lectura de Cover.

El trabajo de Robert Cover es el cimiento sobre el que se sostienen muchos trabajos del llamado constitucionalismo popular o democrático. Cover postula una ampliación del alcance del campo jurídico hacia afuera de las instituciones estatales, de modo de incluir a grupos sociales diversos que conforman comunidades interpretativas que actúan de

19. Cfr. Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1377 (1997).

20. Ver, por ejemplo, John Harrison, *The Role of the Legislative and Executive Branches in Interpreting the Constitution*, 73 CORNELL L. REV. 371, 371 (1988) y Walter F. Murphy, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, 48 THE REVIEW OF POLITICS 401 (1986). Ver, especialmente, Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005). Estos autores desarrollan una teoría departamentalista que enfrenta, directamente, los argumentos dados por el constitucionalismo popular de LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* (2004).

21. Por ejemplo, supongamos que lo que está en discusión (sobre lo que existe desacuerdo normativo) es la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo. Supongamos que el poder ejecutivo se opone a él, y que el poder judicial está a favor y lo reconoce. Las personas del mismo sexo que deseen casarse podrían recurrir a los tribunales para que éstos ordenen su registro en el Registro Civil. Sin embargo, las autoridades del ejecutivo podrían rechazar la inscripción y no reconocer como válido ese matrimonio. Sin ninguna autoridad que resuelva la cuestión, los contrayentes estarían en una situación de indefinición que los perjudicaría en varios sentidos.

22. Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983).

manera más o menos autónoma, contra el Estado o —en ocasiones— buscando su favor²³. Esta expansión del campo jurídico por fuera de sus operadores tradicionales (oficiales públicos, jueces, legisladores, académicos) se logra por medio de una crucial distinción entre derecho como *significado* y derecho como *herramienta de control social*.

Según Cover, el derecho *como significado* es abierto: todos podemos decidir por nosotros mismos, normalmente en el marco de nuestras comunidades interpretativas, lo que significa el derecho. Ello es lo que permite que, en el debate público, unos sostengan convencidos que los principios de libertad y autonomía individual contenidos en la Constitución garantizan el derecho de las mujeres a decidir si quieren o no llevar un embarazo a término, mientras que otros sostienen que ello es contrario al derecho a la vida. Estas controversias son elementos fundamentales de una sociedad diversa y pluralista, donde no prima una única visión del bien ni de lo justo.

Estas visiones, sin embargo, pueden ser incompatibles entre sí. Allí es donde el concepto de derecho como herramienta de *control social* se vuelve relevante: la principal función del derecho es, desde este punto de vista, determinar lo que el derecho *no es*²⁴. Eso se lleva a cabo a través de instituciones *jurispáticas*, es decir, instituciones estatales con capacidad de determinar con legitimidad y autoridad qué narrativas deben ser expulsadas de los parámetros aceptables y cuál debe convertirse en ortodoxia política del Estado. Al alcanzar el favor de las instituciones *jurispáticas*, vinculadas a la coerción y al monopolio de la fuerza, la narrativa triunfadora excluiría —según Cover— a la interpretación contraria del mundo de las interpretaciones posibles.

84

La función resolutoria que Alexander y Schauer postulan respecto de la Corte se ubica claramente en el derecho en tanto que *herramienta de control social*: cuando la Corte resuelve una controversia lo hace con pretensión de *finalidad y supremacía*, y acompaña su decisión con la fuerza legitimadora del Estado. La Corte ordena que se actúe de determinada manera o impide que se actúe de otra. Frente a visiones distintas que promueven resultados diversos la Corte elige una de ellas. Sin embargo, si seguimos la distinción de Cover, esta función resolutoria puede postularse sólo en un sentido muy limitado: la Corte Suprema sólo es *final* en el sentido de poner fin a un caso concreto y resolver un reclamo específico en un lugar y tiempo determinados. La sentencia del tribunal, por sí sola, de ninguna manera pone fin a la controversia social que sirve de trasfondo a ese caso. En los casos verdaderamente *difíciles* —que son los que me interesan en este trabajo— la controversia permanece viva, ya que ella vive en el mundo del derecho *en tanto que significado* del que hablaba Cover, en el que todos tenemos derecho a interpretar la Constitución del modo que creamos conveniente²⁵.

23. Cfr. Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 40 (1983).

24. Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 40 (1983) ("Es muy llamativo que en la historia, el mito del origen y justificación de los tribunales raramente se vincula con la necesidad del derecho. Por el contrario, se entiende que es la necesidad de suprimir el derecho, de elegir entre dos o más leyes, de imponer en el derecho cierta jerarquía. Es la multiplicidad del derecho, la fecundidad del principio jusgenerativo, lo que crea el problema para el cual los tribunales y el Estado son la solución").

25. Por casos *difíciles*, y a los fines de este trabajo, me refiero a aquellos que generan grandes divisiones en la sociedad. Por ejemplo, la cuestión del aborto, el matrimonio igualitario o la penalización de la tenencia de drogas son tres ejemplos claros de cuestiones que generan grandes divisiones sociales. La

Esto resulta claro si revisamos el impacto social de sentencias de tribunales supremos en temas que generan o generaron grandes controversias sociales o profundos desacuerdos con otros poderes. Si hacemos ese ejercicio, veremos muchos casos en los que el tribunal postuló una lectura constitucional que no fue aceptada por los demás poderes o la sociedad en general²⁶. Pero, en muchos otros casos, la Corte postula interpretaciones que son aceptadas por el resto de la sociedad y por los demás poderes²⁷.

¿Por qué en algunos casos la interpretación ofrecida por la Corte Suprema se sostiene y en otros no? La respuesta, sostengo, no tiene *nada* que ver con cómo la Corte interpreta la Constitución ni con el respeto —o no— que tengamos a su facultad de interpretarla, como parecen sugerir quienes —antes actos de desobediencia específicos— señalan su carácter de *intérprete final* como argumento para obedecer las decisiones de la Corte. En efecto, si la distinción de Cover se sostiene, los desacuerdos normativos más profundos que se presentan en una sociedad democrática no pueden desaparecer como consecuencia de una decisión institucional, ni de la Corte —órgano contramayoritario— ni del Congreso —órgano mayoritario. Si todos tenemos derecho a interpretar la constitución, seguiremos sosteniendo nuestra posición por más que la Corte o el Congreso nos digan que estamos equivocados: el poder y la violencia del Estado no pueden tener el efecto inmediato de hacernos cambiar de opinión, ya que, en materia de significados, somos soberanos²⁸.

Desde este punto de vista la distinción de Cover se presenta como brutalmente significativa: la ampliación de las fronteras del campo jurídico para incluir a actores tradicionalmente no considerados como parte del mismo —movimientos sociales, sociedad civil, etcétera— nos obliga a pensar a los conflictos constitucionales que presentan los “casos difíciles” por fuera de las instituciones estatales. Y esta invitación, sostengo, nos permite comprender mejor el funcionamiento de nuestras instituciones, ya que las podemos ver en interacción permanente —y usualmente prolongada en el tiempo— con la sociedad que las justifica y con las demás instituciones del Estado.

Hecha esta aclaración, podemos volver a la pregunta planteada anteriormente: ¿por qué en algunos casos la interpretación ofrecida por la Corte Suprema se sostiene y en otros no? La respuesta debe buscarse en el complejo proceso de formación de significados constitucionales que, en ocasiones, logra *disolver* determinadas controversias. En muchos diferendos normativos se llega a un punto de la discusión en el que una de las alternativas desaparece o es relegada a una mera posibilidad teórica. Es lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos con relación al caso *Brown* y la segregación racial en escuelas públicas: lo que era un hecho controversial en la década del cincuenta hoy forma parte del sentido

85

dificultad, entonces, no se refiere a cuestiones puramente jurídicas. Sobre el punto, ver una propuesta de distinción un poco más desarrollada en Ramiro Álvarez Ugarte, *Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso “F., A.L.” sobre aborto no punible*, en Jurisprudencia Argentina, Número Especial (Coord. Roberto Gargarella). 11 de julio de 2012.

26. Por ejemplo, los casos *Lochner* (Suprema Corte de Estados Unidos) o *Bazterrica y Portal de Belén* (Corte Suprema de Justicia argentina).

27. Por ejemplo, los casos *Brown* (Suprema Corte de Estados Unidos) o *Sejeán y Simón* (Corte Suprema de Justicia argentina).

28. Sobre violencia e interpretación, ver Robert Cover, *Violence and the Word*, 95 YALE L. J. 1601 (1986).

común jurídico norteamericano. Son ideas excluidas de los cánones²⁹. Cuando esto ocurre estamos ante procesos que me parece legítimo calificar de *hegemónicos*, es decir, procesos a través de los cuales un sector de una controversia interpretativa logra ejercer dominio sobre otro, en este caso, en el sentido de discursos, significados y narrativas³⁰. Son procesos esencialmente culturales, que exigen un diálogo democrático permanente y extendido que —normalmente en plazos más o menos largos— modifican las preferencias de los diferentes actores del conflicto.

En esos procesos, la actuación de las instituciones estatales (jurispáticas) es enormemente significativa: ellas afectan la forma en que estas controversias se desenvuelven³¹. Pero no las definen. Desde este punto de vista, la Corte Suprema puede ayudar a construir una determinada visión hegemónica sobre un asunto, pero de ninguna manera puede crearla como consecuencia directa de un simple acto institucional —como lo es una sentencia— por más trascendente que ésta sea. Entender lo contrario sería desestimar lo que tal vez fue el mayor aporte de Gramsci a la teoría política contemporánea: identificar a la dominación como un fenómeno extremadamente complejo que no se basa sólo en el ejercicio de la fuerza y la coerción por parte del Estado sino también en un proceso social de hegemonía que implica “someter y cooptar a las voces disidentes mediante la sutil diseminación de la perspectiva del grupo dominante como algo universal y natural, al punto tal que las creencias y prácticas dominantes se vuelven parte del sentido común”³².

86

Analizar, entonces, a los conflictos constitucionales en los casos verdaderamente difíciles por fuera de los actores tradicionales del campo jurídico nos permite apreciar mejor los procesos de interacción que se desarrollan entre las instituciones estatales y los distintos elementos que integran una sociedad civil democrática. En ese contexto, la *finalidad interpretativa* de la Corte Suprema se presenta como una afirmación dogmática que no puede verificarse empíricamente, como veremos enseguida.

Antes de finalizar esta sección, sin embargo, quisiera destacar un punto teórico relevante. La lectura que propongo de Cover juega en contra de algunas de sus propias preocupaciones en torno a las instituciones jurispáticas. Según él, estas instituciones *aniquilaban* las narrativas nacidas en el mundo social³³. Si la distinción que postula Cover

29. Ver al respecto Jack Balkin y Sanford Levinson, *The Canons of Constitutional Law*, 111 HARV. L. REV. 963 (1998).

30. El concepto de hegemonía tiene una rica historia en el pensamiento marxista. En el ámbito del derecho, fue muy utilizado por académicos enrolados en el movimiento de Critical Legal Studies. Sobre el punto ver, entre otros, Litowitz, Douglas, *Gramsci, Hegemony and the Law*, 2000 BYU L. REV. 515 (2000) y Alan Hunt, *The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law*, 19 LAW & SOC. REV. 11 (1985).

31. El concepto de instituciones *jurispáticas* de Cover resulta útil para el análisis de cualquier institución estatal que ejerce su potestad interpretativa con el peso del poder del Estado detrás. Respecto de intervenciones *no jurispáticas* de instituciones *jurispáticas*, ver Lani Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, 122 HARV. L. REV. 4 (2007).

32. Cfr. Douglas Litowitz, *Gramsci, Hegemony and the Law*, 2000 BYU L. REV. 515 (2000).

33. Cover, *Nomos and Narrative*, cit. (“Por la violencia con la que actúan, los jueces en general no crean derecho, sino que lo asesinan” [...] “Las cortes pueden descansar sobre sus [reglas] para no matar el derecho de las comunidades insulares que forman nuestro paisaje normativo”, entre otras citas similares).

se sostiene, esas preocupaciones parecen exageradas³⁴. En efecto, si el derecho en tanto *significado* es abierto, plural y forma parte de un mundo en el que todos somos soberanos para "crearlo", ¿cómo es posible que una institución no plural y no representativa pueda *aniquilar* narrativas por un mero acto producto de unas pocas voluntades encadenadas? Es posible pensar que ello puede suceder en una sociedad cerrada en la que el respeto por una institución como la Corte Suprema sea total, pero intuyo que una sociedad así no presentaría muchas narrativas diferentes de todas formas. También es posible pensar un escenario similar en una sociedad totalitaria donde las decisiones jurispáticas son brutalmente implementadas por medio de la coerción y la represión. Sin embargo, en una sociedad pluralista en la que la crítica es cosa de todos los días, difícilmente pueda pensarse que un acto institucional como una sentencia pueda poner fin a un desacuerdo normativo sobre el *significado* de tal o cual derecho.

Si bien una sentencia judicial del más alto tribunal del país puede significar un golpe duro para determinada causa, no podría nunca aniquilar la narrativa sobre la que se sustenta la misma, ya que esa narrativa abreva en fuentes lejanas a las instituciones *jurispáticas*. Los desacuerdos normativos se disuelven o subsisten en el marco de procesos sociales de formación de significados en los que la Corte cumple un rol importante y trascendente, pero nunca definitivo y automático. Si lo expuesto hasta aquí se sostiene, entonces las narrativas supuestamente aniquiladas por las instituciones jurispáticas sobreviven y circulan por caminos no cerrados por la Corte Suprema³⁵. A explorar esos caminos dedico la siguiente sección.

87

2. Después del final

La academia jurídica de los Estados Unidos ha estudiado, en los últimos años, las formas en que se canalizan los desacuerdos normativos³⁶. Estos estudios se enmarcan en

34. Cover entiende que la violencia involucrada en una interpretación oficial respaldada por la fuerza del Estado resulta sumamente problemática desde el punto de vista del derecho como *significado*, ya que esa violencia tiende a suprimir ese espacio creativo. Sostiene que "mediante el ejercicio de su fuerza bruta superior (...) la agencia del derecho estatal apaga la creativa hermenéutica de principios que está desparramada en nuestras comunidades [interpretativas, que crean derecho en sentido de significado]", Cover, *Nomos and Narrative*, cit., pág. 44.

35. Cfr. Saldivia, op. cit., pág. 204 ("[La deferencia de los actos democráticos a la judicatura] no debe confundirse (...) con la idea de que las decisiones judiciales tienen carácter absoluto y final, es decir, dicha deferencia no implica necesariamente privar a los ciudadanos del control final sobre el significado de la Constitución. Es un hecho indiscutible que ellos pueden intentar cambiar el entendimiento de la misma establecido por la Corte a través de una variedad de mecanismos, tales como la reforma de la Constitución o, desde la reglamentación del mecanismo de selección de los jueces del máximo tribunal, a través de la utilización de este proceso de modo tal de asegurar la presencia de una posición con distinta orientación ideológica a la cuestionada.").

36. Ver, por ejemplo, LOUIS FISCHER, *CONSTITUTIONAL DIALOGUES* (1988); Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577, 578 (1993); LOUIS FISHER & NEAL DEVINS, *POLITICAL DYNAMICS OF CONSTITUTIONAL LAW* (1996); Robert Post and Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CAL. L. REV. 1027, 1030 (2004); Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV. 1257 (2004); Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of The Facto ERA*, 94 CAL. L. REV. 1323 (2006); Robert Post and Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*,

el constitucionalismo popular o democrático, como se suele denominar a un conjunto de visiones que tienden a analizar el derecho constitucional desde un lugar alejado de las instituciones *jurispáticas*, prestando especial atención a los procesos de formación de significados que tienen su origen en la sociedad civil. Autores como Reva Siegel, Robert Post y Barry Friedman refieren a una especie de *diálogo* que se desarrolla entre distintas instituciones estatales y la sociedad civil según el cual los desacuerdos normativos ya resueltos adquieren *nuevas* soluciones institucionales³⁷.

En este proceso que ellos describen se interpela a los poderes públicos desde la sociedad civil y los derechos son utilizados como recursos políticos que se articulan con otros recursos para avanzar ciertas agendas³⁸. Lani Guinier llama *demosprudence* a este proceso dialéctico que construye el derecho a través de la participación de las *elites*, movimientos sociales y otros sectores movilizados³⁹. Estos trabajos están en fuerte sintonía con un importante cuerpo de investigaciones empíricas desarrollado en el marco de la ciencia política que analizan, fundamentalmente, las relaciones entre la Corte y otros poderes o estudian la relación del tribunal con la opinión pública⁴⁰. A excepción de los trabajos de la ciencia política positiva, la mayoría de los trabajos que se enmarcan dentro del constitucionalismo popular mezclan descripciones históricas de los procesos de formación de los significados constitucionales con consideraciones normativas de distinto tipo. El ejemplo más claro de ello es, tal vez, *The People Themselves* de Larry Kramer, donde desde una perspectiva histórica describe cómo en los siglos XVIII y XIX el *pueblo* intervenía en cuestiones constitucionales de una forma mucho más decisiva que en la actualidad. Y esto, para Kramer, tiene un significado positivo que es necesario recuperar⁴¹, ya que considera que la Constitución fue usurpada al *pueblo* por el campo

88

42 HARV. C.R.-C. L.L. REV. 373, 378 (2007); Reva B. Siegel, *Dead or Alive: Popular Constitutionalism in Heller*, 122 HARV. L. REV. 191 (2008); BARRY FRIEDMAN, *We the people* (2009).

37. Ver autores citados, *supra* nota 37. Sobre el punto, me gustaría plantear dos aclaraciones. Por un lado, estimo que el concepto de diálogo utilizado por Siegel, Post y Friedman es problemático para hacer referencia a este tipo de interacciones que se desarrollan entre la sociedad civil, la economía y las estructuras formales del Estado. Volveré sobre este punto más adelante. Por otro lado, el concepto de sociedad civil también es complejo y admite varias consideraciones normativas que no serían del todo irrelevantes. En efecto, distintas visiones sitúan en diferentes sitios los límites de la sociedad civil, y existen importantes problemas normativos respecto de ciertos actores que operan en ese ámbito. En particular, pienso en las discusiones en torno a la relación entre grupos de la sociedad civil y el Estado y en la amplitud del concepto de "sociedad civil", especialmente en relación a la inclusión o no inclusión de la esfera económica (en contra, ANDREW ARATO & JEAN COHEN, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY* [1992]; A FAVOR, MICHAEL WALZER, EN CHAMBERS & KIMLYCKA, *ALTERNATIVE CONCEPTIONS OF CIVIL SOCIETY*, [2002]).

38. Cfr. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS* (2004, 2ª EDICIÓN).

39. Cfr. Lani Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, 122 HARV. L. REV. 4, 47-48 (2007).

40. Ver, como ejemplos del primer tipo de trabajos, JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED* (2002); James Meernik & Joseph Ignani, *Judicial Review and the Coordinate Construction of the Constitution*, 41 AM. J. OF POL. SCI. 447 (1997); sobre la relación entre opinión pública y decisiones de la Corte, ver Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker* 6 JOURNAL OF PUBLIC LAW 179 (1957); BARRY FRIEDMAN, *WE THE PEOPLE* (2009).

41. Cfr. LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* (2004) y Larry Kramer, *Popular Constitutionalism Circa 2004*, 92 CAL. L. REV. 959 (2004). Para una crítica fuerte a la posición de Kramer desde una perspectiva "progresista", ver Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer* 92

jurídico, y es necesario rescatarla de las manos de jueces y abogados⁴².

En general, las aproximaciones que pueden ingresar dentro del constitucionalismo *popular* o *democrático* mantienen diferencias importantes: por ejemplo, mientras que el constitucionalismo popular rechaza la intervención de los jueces en todos los casos, el constitucionalismo democrático parece justificar esa intervención bajo ciertas circunstancias y siempre y cuando no tenga pretensiones de *supremacía*. Sin embargo, todas estas visiones comparten cierta *sensibilidad* hacia la participación del *pueblo* en los procesos de formación de significados constitucionales⁴³.

Gran parte de esta literatura se centra en analizar eventos constitucionales pasados. Así, esos autores describen procesos de cambio constitucional, y al hacerlo identifican distintos tipos de interacciones entre la sociedad civil y las estructuras estatales⁴⁴.

El contenido de esas interacciones es sumamente variado e incluye todo tipo de narrativas o significados sociales, pero me interesan aquí las que contienen narrativas contrapuestas que afirman o niegan derechos o intereses aparentemente incompatibles entre sí. Ellas tienen un alto componente normativo: se trata de la vieja cuestión del *discurso de derechos* que ha merecido especial atención por parte de la escuela del derecho crítico en los Estados Unidos durante los años ochenta.

En relación a los actores de la interacción, creo que es conveniente dividirlos en dos grandes campos: la sociedad civil, por un lado, y el campo de las estructuras estatales, por el otro. A las relaciones que se dan entre estos dos campos podemos llamarlas relaciones *inter*. A las relaciones que se dan hacia adentro de cada uno de los campos, entre los distintos actores que los integran, podemos llamarlas relaciones *intra*⁴⁵. Estas interacciones ocurren permanentemente, pero aquí me interesa pensar sólo en las que suceden luego de que la Corte Suprema resuelve *definitivamente* un asunto, lo que implica pensar en un momento específico y avanzado de estos procesos de interacción.

89

CAL. L. REV. 1013 (2004). Para una crítica "conservadora" a su posición, ver Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005).

42. Cfr. LARRY KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES (2004) y Larry Kramer, *Popular Constitutionalism Circa 2004*, 92 CAL. L. REV. 959, pág. 1008 (2004) (en donde sostiene que "quienes apoyan la supremacía judicial son aristócratas. No lo digo por desprecio, sino para vincularlos a esa rama del pensamiento estadounidense que siempre estuvo preocupada, en primer lugar, por 'el exceso de democracia'").

43. RICHARD PARKER, HERE, THE PEOPLE RULE: A CONSTITUTIONAL POPULIST MANIFESTO (1994), pág. 4 (donde sostiene que a los constitucionalistas los separa cierta "sensibilidad" respecto de las instituciones democráticas).

44. Saldivia, siguiendo a Seyla Benhabib habla de "iteraciones democráticas", que se definen como "procesos complejos de argumentación, deliberación, e intercambio público a través de los cuales se cuestionan, contextualizan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios de derecho universalistas, tanto en las instituciones legales y políticas como en las asociaciones de la sociedad civil. Éstos pueden darse en los cuerpos públicos 'fuertes' de las Legislaturas, el sistema judicial y el Ejecutivo, así como en los entes públicos 'débiles' de asociaciones de la sociedad civil y los medios" (Saldivia, op. cit., pág. 226). Creo que la definición que utiliza Saldivia es adecuada y abarca con precisión el tipo de interacciones que me interesa destacar en este trabajo.

45. Cabe destacar que Laura Saldivia utiliza una división similar: ella habla de "dinámicas interinstitucionales e intrainstitucionales" (Saldivia, op. cit., pág. 178). Sin embargo, no estoy seguro que la misma abarque específicamente a toda la sociedad civil de un lado (relaciones *inter*) y a todo el Estado por el otro (relaciones *intra*).

a. Relaciones entre los distintos poderes del Estado (intra)

Aunque no resulte evidente, los poderes políticos, es decir, el poder ejecutivo y el legislativo, tienen varias opciones ante un fallo adverso y supuestamente definitivo que resuelve una cuestión constitucional sobre la que ellos sostienen una interpretación diferente a la del tribunal. La elección de una u otra respuesta depende de distintos factores. Algunos hacen al tipo de controversia de que se trate o la base sobre la cual descansa el desacuerdo: las reacciones no serán las mismas si el desacuerdo versa sobre el alcance de una disposición constitucional abstracta o sobre el de una ley del Congreso *vis à vis* una disposición constitucional. Otros se vinculan con un análisis *político* respecto de la posible efectividad de la respuesta en relación a otras alternativas. Estos últimos explican por qué, ante circunstancias parecidas, las reacciones pueden ser diferentes.

Por ejemplo, los poderes políticos podrían promover una reforma constitucional como respuesta a una decisión de la Corte con la que no están de acuerdo. Es lo que sucedió cuando Estados Unidos adoptó la Enmienda XVI a la Constitución como respuesta al caso *Oregon v. Mitchell* (1970)⁴⁶. En la *Voting Rights Act* de 1965 se había incluido una provisión que establecía que todos los ciudadanos de dieciocho años de edad podrían votar en las elecciones a nivel federal, estadual y municipal. Sin embargo, el entonces presidente Richard Nixon dudaba sobre la constitucionalidad de esa medida, e instruyó al Procurador General a impulsar la revisión de ese aspecto de la ley por los tribunales⁴⁷. En el caso *Oregon*, la Corte Suprema consideró que esa provisión era inconstitucional. En parte como consecuencia de la fuerte presión de los jóvenes que estaban siendo reclutados para ir a Vietnam —quienes reclamaban el derecho a votar si debían *morir* por su país— el Congreso aprobó una enmienda constitucional que atravesó rápidamente todos los pasos constitucionales y entró en vigencia el 1 de julio de 1971⁴⁸. Ello permitió evadir la objeción de la Suprema Corte.

En otros casos, los poderes políticos enfrentan a la Corte por medio de reformas legislativas tendientes a sortear las objeciones de los magistrados. Un ejemplo claro en este sentido es el caso *Ledbetter vs. Goodyear*⁴⁹. Se trataba de un reclamo de una mujer que era supervisora de área en una planta de la empresa Goodyear entre 1979 y 1996, cuyo sueldo era sustancialmente más bajo al de otros empleados con su mismo puesto. Ledbetter demandó a la empresa por discriminación en razón de su género, pero la Corte Suprema rechazó la demanda argumentando que era de aplicación un plazo de prescripción de la acción de ciento ochenta días previsto en el Civil Rights Act, según el cual Ledbetter debería haber presentado su demanda cuando la discriminación se efectivizó mediante la paga del primer salario discriminatorio.

La decisión de la Corte fue fuertemente cuestionada en un voto en disidencia de la jueza Ruth Bader Ginsburg, quien consideró que el plazo no era aplicable toda vez

46. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

47. Cfr. Richard Nixon, “Public Papers of the Presidents” 22 de junio de 1970, pág. 512. Disponible en: <http://www.gpoaccess.gov/pubpapers/search.html>.

48. Sobre el proceso de ratificación de las Enmiendas en general, ver Walter Dellinger, *The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process*, 97 HARV. L. REV. 386 (1983).

49. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

que la discriminación en la paga de salarios no es evidente y se extiende por un largo periodo de tiempo. El caso merece ser destacado ya que, según Lani Guinier, el voto en disidencia de Ginsburg buscó activar la resistencia a la decisión de la mayoría. "La disidencia oral de la jueza Ginsburg se dirigió no solamente a las mujeres en situación similar a la de Lilly Ledbetter; también les ofreció una plataforma pública que ayudó a transformar a Ledbetter en una activista comprometida. Ginsburg también le habló al Congreso, instándolo a adoptar legislación que garantizase el principio de igual paga por igual tarea.⁵⁰" El Congreso eventualmente actuó y en enero de 2009 el presidente Obama promulgó la *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*, por medio de la cual se estableció que los 180 días de prescripción de la acción prevista en el Civil Rights Act empezarían a correr con cada pago de un salario discriminatorio⁵¹.

Finalmente, podemos citar a la reacción al caso *Bazterrica* como una instancia en la que el Congreso de la Nación reaccionó en forma negativa a lo resuelto por la Corte⁵². En efecto, a mediados de 1986 el tribunal había declarado la inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771, que castigaba con prisión de uno a seis años a quien "tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal."⁵³ La Corte, adoptando una visión robusta de la libertad y autonomía individual y rechazando aproximaciones paternalistas, había sostenido que esa disposición era violatoria del artículo 19 de la Constitución⁵⁴. Sin embargo, el 10 de octubre de 1989 se promulgó la ley 23.737, que en su artículo 14 reiteró la penalización de la tenencia de drogas incluso cuando éstas fueran "para uso personal"⁵⁵.

Poco tiempo después, el 11 de diciembre de 1990, la Corte Suprema volvió a intervenir en el caso *Montalvo*, ésta vez con otra composición⁵⁶. Allí, como expresamente lo señaló el procurador general, estaba en discusión una nueva norma sustancialmente similar a la que había rechazado la Corte en el caso *Bazterrica*. Para el Procurador, era un tema resuelto en numerosas oportunidades sobre el cual "poco restaría agregar (...). Sin embargo, la reciente sanción de la ley 23.737, cuyo art. 14, segunda parte, también impugnado por el recurrente, contiene una figura en buena medida similar al art. 6° de la ya derogada ley 20.771, así como la incorporación al tribunal de nuevos integrantes quienes no han

91

50. Lani Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, 122 HARV. L. REV. 4, págs. 136-137 (2007).

51. Lilly Ledbetter Fair Pay Act de 2009, 123 Stat. 5 (2009).

52. Para un análisis profundo y completo sobre las interacciones entre los distintos poderes que se dieron como antes y después de los casos *Bazterrica* y *Montalvo*, ver Saldivia, op. cit., pág. 191 y ss.

53. Artículo 6, Ley 20.771.

54. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Bazterrica, Gustavo c. Capalbo, Alejandro F.* 308:1392 (1986). Ver, especialmente, el voto del juez Petracchi, quien desarrolla en profundidad el argumento basado en el artículo 19 de la Constitución.

55. Artículo 14, Ley 23.737 ("Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. // La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.").

56. El número de jueces había sido aumentado de cinco a nueve, lo que le permitió al nuevo presidente nombrar cuatro magistrados y reemplazar a uno que había renunciado en protesta. Ello le otorgó una mayoría de jueces nombrados por él en el tribunal.

tenido aún oportunidad de emitir juicio sobre este tema, determinan, a mi modo de ver, la necesidad de exponer nuevamente la opinión de este ministerio..." (los destacados me pertenecen)⁵⁷.

Como puede observarse, las reacciones directas del Congreso a *Bazterrica* y la incorporación de nuevos miembros al tribunal fue juzgada como una oportunidad para revisar la doctrina de la Corte, algo que la Corte hizo en *Montalvo*. Allí, y con los votos de la nueva mayoría del tribunal, modificó lo decidido por la mayoría de *Bazterrica* y reiteró la constitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal⁵⁸. Sin embargo, y de acuerdo a lo dicho antes respecto de los alcances limitados de la *finalidad* de la Corte Suprema y su *última palabra*, la decisión en *Montalvo* no puso fin al debate sobre penalización del uso de estupefacientes⁵⁹.

Además de la reforma constitucional y legislativa, los poderes políticos pueden adoptar otras vías de acción mucho menos vinculadas con el contenido del derecho en sí o su interpretación, y más relacionadas con el *problema* del órgano encargado de interpretar a esas normas.

Uno de esos caminos implica, por ejemplo, promover cambios en la integración del tribunal, en la creencia de que otros magistrados podrán "leer" la Constitución de un modo que satisfaga al Congreso o al Presidente. Estos cambios se pueden instrumentar a través de un aumento en el número de miembros del tribunal. El presidente Franklin D. Roosevelt lo intentó ante una Corte adversa a sus planes de reforma económica, sin éxito⁶⁰. Donde Roosevelt fracasó, triunfó el presidente Carlos Menem: en 1990 resolvió aumentar de cinco a nueve el número de miembros del tribunal, lo que le otorgó una mayoría favorable a sus planes de reforma económica⁶¹.

Los poderes políticos también pueden promover un juicio político a los miembros del tribunal, como sucedió durante el gobierno de Eduardo Duhalde. Luego de la crisis de

57. Opinión del Procurador General, caso Montalvo, F. 313:1333 (1990).

58. Caso Montalvo, F. 313:1333 (1990).

59. Distintos fallos de instancias inferiores, luego de Montalvo, volvieron sobre la jurisprudencia de Bazterrica. Ver, por ejemplo, Diario La Nación. *Polémico fallo sobre drogas*. 25 de septiembre de 2005 (donde se da cuenta de un fallo del Tribunal Federal Oral No. 2 de Rosario que reiteró el criterio de la mayoría de la Corte en el caso Bazterrica). En agosto de 2009, en el caso Arriola, el máximo tribunal volvió sobre su jurisprudencia y expresamente adoptó el estándar fijado por Petracchi en el caso Bazterrica (Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Arriola*. Sentencia del 25 de agosto de 2009, Cdo. 10 "Cabe señalar que la decisión mayoritaria del caso 'Bazterrica' se integró con el voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, y por el individual del juez Petracchi; a las consideraciones de este último voto este Tribunal hoy decide remitirse, habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen, ello sin perjuicio de los conceptos relevantes del otro voto conjunto que complementa la resolución jurídica correcta de la cuestión aquí traída."). En el interín, cabe señalar hacia un cambio cultural importante en relación al consumo de ciertas drogas que se expresa, por ejemplo, en un incipiente movimiento por la legalización de la marihuana que encuentra su expresión en la revista THC.

60. Sobre el llamado *court-packing plan*, ver William E. Leuchtenburg, *The Origins of Franklin D. Roosevelt's Court-Packing Plan*, 1966 SUP. CT. REV. 347 (1966); Gregory Caldeira, *Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, 81 AM. POL. SCI. R. 1139 (1987) y Michael Nelson, *The President and the Court: Reinterpreting the Court-packing Episode of 1937*, 103 POL. SCI. Q. 267 (1988).

61. Artículo 1, Ley 23.774 del 11 de abril de 1990.

fin de 2001, la Corte Suprema se mostraba algo hostil a las políticas gubernamentales y tenía el poder de anular la devaluación de la moneda impuesta a principios de 2002 y el llamado “corralito” bancario de la misma fecha⁶². El intento por enjuiciar a toda la Corte fracasó, pero el presidente Néstor Kirchner —que asumió en mayo de 2003— tuvo una estrategia similar pero más selectiva, y luego de algunas renuncias y otras destituciones logró una renovación importante en la composición de la Corte Suprema⁶³.

Dentro de este tipo de reacciones, otra posibilidad es la simple desobediencia por parte del Poder Ejecutivo, quien decide no cumplir con lo dispuesto por la Corte. Esta posibilidad no es usual pero tampoco se trata de un caso teórico: en el caso *Worcester v. Jackson*, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió una controversia que molestó al presidente Andrew Jackson, quien, según se dice, sostuvo: “Marshall tomó su decisión, ¡ahora que la haga cumplir!”. Menos anecdóticos fueron los casos de desobediencia de los Estados del sur hacia la Suprema Corte federal, luego de que ésta ordenara en el caso *Brown v. Board of Education* la integración racial de las escuelas públicas. En la Argentina, en los últimos años se ha señalado varias veces que la Corte Suprema no es obedecida por el Poder Ejecutivo: los casos *Badaro* y *Sosa*, por ejemplo, muestran instancias de desobediencia bastante claras y que no han podido resolverse por los caminos adecuados. El reciente caso *Fuentes* de la Corte Suprema argentina sobre aborto no punible también fue recibido con resistencia por parte de tres gobiernos provinciales⁶⁴. De todas formas, en general los estudios empíricos muestran que es difícil llegar a una situación de ese

62. Cfr. Diario La Nación. *Analiza el Congreso suspender a los miembros de la Corte*. 7 de febrero de 2002. Infobae. *La Corte dará el aval a la decisión de los jueces*. 24 de julio de 2002. Diario La Nación. *El PJ intentará sumar a la UCR para cerrar el juicio a la Corte*. 1 de septiembre de 2002. Diario La Nación. *La Corte está en condiciones de redolarizar los depósitos*. 20 de diciembre de 2002. Sobre las idas y venidas de la jurisprudencia de la Corte en relación a las medidas económicas tomadas por el gobierno de Duhalde, ver Daniel Sabsay, *El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina*, ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, No. 8, págs. 510 y ss. (“La actitud del alto tribunal [en el caso Smith] ocasiona una seria crisis y sorprende al producirse una flagrante contradicción con lo resuelto por la misma Corte en el caso Kiper, en el que frente a una situación similar, pocos días antes, había dictado una sentencia en sentido contrario, en el que se justificaban, bajo el marco de la emergencia, las decisiones tomadas por el Gobierno. Pero el nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema, no sólo provoca la ira del gobierno, sino que, lejos de ser vista con simpatía por la población, es considerada por ésta como un episodio más en el marco del conflicto que la opone al Gobierno y que pone de manifiesto una posición oportunista. A mediados de febrero pasado, el descontento popular se unió a la preocupación gubernamental a que la Cámara de Diputados iniciara las primeras acciones del juicio político a los miembros de la Corte”).

63. Cfr. Diario La Nación. *Corte: el Gobierno quiere más cambios*. 10 de octubre de 2003. Un análisis profundo de esta cuestión puede encontrarse en Diana Kapiszewski, *La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem*, REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, Año 7, No. 1, pág. 11 (donde sostiene: “El Congreso argentino inició varios intentos infructuosos para cambiar completamente la composición de la Corte a fines de 2001 y principios de 2002. Poco después de que el Presidente Kirchner asumió el cargo en mayo de 2003, varias estrategias para acusar en juicio político a los jueces comenzaron a discutirse abiertamente, y a principios de junio, el Presidente Kirchner, poniendo en movimiento los mandatos constitucionales para el juicio político y la destitución judicial, convocó al Congreso a reiniciar los procesos de juicio político contra varios jueces.”).

64. A la fecha de finalización de este trabajo, los gobernadores de Salta, Mendoza y La Pampa habían expresado reservas sobre el fallo de la Corte.

tipo: la Corte conoce sus límites y, usualmente, no se mete en temas en los que cree que puede ser desobedecida⁶⁵.

b. Relaciones entre la sociedad civil y el Estado (inter)

En el apartado anterior he repasado las distintas respuestas que pueden ofrecer los otros poderes del Estado ante un fallo de la Corte con el que están en desacuerdo. La sociedad civil, por su parte, también puede adoptar distintas estrategias ante un fallo adverso a sus intereses. La cuestión ha sido ampliamente estudiada en los Estados Unidos: Siegel y Post, por ejemplo, han escrito ampliamente respecto de las estrategias de litigio y acción política adelantadas por el movimiento feminista, el movimiento por los derechos civiles, el movimiento a favor del derecho a la tenencia de armas, entre otros⁶⁶. Podría reseñar esos trabajos, pero prefiero repasar a vuelo de pájaro algunos hitos de la historia de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), un caso que nos permite ver cómo, desde la sociedad civil y con base en el poder "significante" que allí reside, es posible interpelar a las estructuras estatales y producir cambios profundos en el posicionamiento de las instituciones *jurispáticas* del Estado respecto de determinados desacuerdos normativos. En concreto, la historia de la CHA muestra el tipo de interacciones que permitió que el derecho y el Estado pasen de rechazar su personería jurídica en 1990 a reconocer el matrimonio igualitario veinte años después.

En efecto, la CHA nació en 1984 en el marco de una marcada persecución estatal contra el colectivo de personas homosexuales expresada fundamentalmente en las *razzias* basadas en los edictos policiales⁶⁷. Además de organizar y participar en marchas públicas e intervenir en algunos espacios de discusión en medios de comunicación masiva, en 1984 y 1985 la CHA mantuvo reuniones con representantes del Ministerio del Interior para poner fin a la persecución policial. En 1986 organizó una campaña que incluyó recolección de firmas para derogar una norma que permitía detener a cualquier persona con fines de identificación por veinticuatro horas. En 1987 inició una campaña contra un artículo del Código Electoral de la Provincia de Buenos Aires que prohibía votar a los

65. Cfr. Jeffrey Segal et. al., *Congress, the Supreme Court and Judicial Review: Testing a Separations of Powers Model*, trabajo presentado en la Universidad de Princeton el 22 de abril de 2009. Segal et. al. identifican que "cuando la posición ideológica media de la Corte cae entre la posición ideológica promedio de la Cámara de Representantes o del Senado, es más probable que la Corte invalide legislación ... En este sentido, la Corte parece ser conciente de la posibilidad de una reprimenda institucional por parte de los miembros del Congreso cuyas preferencias son distintas a la de los jueces"). Otra referencia relevante sobre este punto es el trabajo de Bickel sobre las "virtudes pasivas" del tribunal, es decir, las características del diseño institucional del control difuso de constitucionalidad que le permiten a la Corte manejar los tiempos políticos. Cfr. ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962).

66. Ver *supra* nota 37.

67. Estos datos se obtuvieron de la página de la CHA. Disponibles en: www.cha.org.ar. Para un análisis más detallados de la historia de la CHA y de otras organizaciones del movimiento LGBT de la Argentina desde una perspectiva socio-jurídica, ver María Gracia Andía, *Disadvantaged groups, the use of courts and their impact: a case study of legal mobilization in Argentina*, LAW, POLICY, AND SOCIETY DISSERTATIONS (Northwestern University). Paper 23, pág. 115 y ss. Disponible en <http://hdl.handle.net/2047/d20000898>. Destaco, porque muchos me lo han hecho notar, que la historia relatada es un corte parcial, de hecho se trata de la mirada de la propia CHA sobre su historia. Pero a los fines de este trabajo, entiendo que el corte es suficiente para mostrar el punto que quiero señalar.

homosexuales. En 1989, ante la negativa de la Inspección General de Justicia de otorgarle personería jurídica, la CHA presentó una acción judicial que llegó a la Corte, la cual declaró improcedente el recurso contra la sentencia que había ratificado la denegación de personería por considerar que la organización no promovía el “bien común”.

Como puede verse, en sus primeros años de actuación, la CHA encontró múltiples obstáculos legales. En particular, su visión de que todas las personas merecen ser tratadas de la misma manera porque todas comparten una igual dignidad fue rechazada explícitamente por la Corte Suprema⁶⁸. Sin embargo, lejos de *aniquilar* la visión constitucional de la CHA, ésta se hizo más vigorosa: la organización fortaleció su visibilidad y movilización. Estuvo involucrada en numerosos litigios de interés público que promovían el derecho a la salud vinculado a la protección de pacientes con HIV o SIDA⁶⁹. En 1992, por decreto presidencial, la CHA obtuvo la personería jurídica. En 1996 organizó la “Quinta marcha del Orgullo Lésbico Gay Travesti Transexual”, que fue cubierta por los principales medios de comunicación. Dos años después se derogaron los edictos policiales en la Ciudad de Buenos Aires y en 2002 la Ciudad reconoció las “uniones civiles”. En 2006, la Corte Suprema en el caso *ALITT* revocó su precedente de 1991 y aceptó la legitimidad del otorgamiento de personalidad jurídica a una asociación abocada a la defensa de los derechos de las personas homosexuales⁷⁰. Lo hizo citando en forma expresa votos en disidencia del caso *CHA*. Finalmente, en 2010, el Congreso de la Nación reformó el Código Civil y permitió el matrimonio igualitario luego de una serie de casos judiciales que habían declarado inconstitucional la prohibición de contraer matrimonio a personas del mismo sexo⁷¹.

¿Qué pasó entre 1990, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación suscribió la idea de que la “defensa pública de la homosexualidad” no era un fin que tendiese hacia el “bien común” —y algunos de sus jueces advirtieron sobre posibles consecuencias de *desintegración social* de seguirse el camino contrario— y 2010, cuando la cuestión del matrimonio homosexual adquirió un *status* casi de *sentido común*, a punto tal que gran parte de la discusión giró hacia la cuestión de la adopción por parte de parejas del mismo sexo? Pasaron muchas cosas, y el estudio del derecho constitucional *desde abajo* se beneficiaría con un análisis más profundo. Pero los hechos reseñados son suficientes para destacar los modos en que las organizaciones de la sociedad civil interpelan a las

95

68. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso CHA*. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Voto del Juez Boggiano (“Una minoría tolerada requiere siempre una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen en tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de esos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior, pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso de poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución.”).

69. Sobre el punto, ver Paola Bergallo, *Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina*, 89 TEXAS L. REV. 1611 (2011).

70. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso ALITT*. Sentencia del 22 de noviembre de 2006.

71. La CHA, lógicamente, no era la única organización detrás del movimiento LGBT, pero sí una de las más visibles. Su posición en el debate por el matrimonio igualitario fue cuestionada por otras organizaciones, ya que la CHA mantenía que la *unión civil* era suficiente. Sobre el punto, ver BRUNO BIMBI, *MATRIMONIO IGUALITARIO. INTRIGAS, TENSIONES Y SECRETOS EN EL CAMINO HACIA LA LEY* (2010).

estructuras estatales con un lenguaje de derechos: allí podemos ver actividades de cabildeo que sirven para interactuar con funcionarios políticos, actividades de litigio a través de las cuales se interpela al poder judicial, así como múltiples actos públicos de distinto tipo que se dirigen a la sociedad en general, a los propios miembros del grupo de pertenencia y sirven para enmarcar las interpelaciones a las autoridades. Esto es lo que Charles Tilly denominó demostraciones de WUNC, es decir, de relevancia (*worthiness*); unidad (*unity*), números (*numbers*) y compromiso (*commitment*)⁷².

Detrás de estos actos de interpelación hacia el Estado hay una narrativa de derechos común, que los cimienta y amalgama⁷³. La CHA no renunció a sus compromisos normativos ni su narrativa de igualdad fue aniquilada por una derrota ante los tribunales: por el contrario, esa decisión consolidó prácticas que le permitieron impulsar, veinte años después, una reforma legal impensada hace unos años y que refleja la narrativa de igualdad que ella proponía⁷⁴. En este sentido, una sentencia con ánimos *jurispáticos* que tendía a deslegitimar a un grupo social como el de personas LGBT no produjo para nada ese efecto. Por el contrario, como explica Julieta Lemaitre Ripoll en relación al movimiento LGBT de Colombia y a una derrota parlamentaria, “el frustrado proceso legislativo (...) aglutinó la acción política de diversos sectores de homosexuales. (...) En términos de costos y beneficios parece que por lo general la movilización legal ha beneficiado al incipiente movimiento. Le ha brindado un vocabulario, una forma de articularse a pesar de las diferencias y un espacio social para la movilización”⁷⁵. El caso de la CHA argentina parece relatar una historia similar: la movilización legal no termina ante fallos adversos o derrotas legislativas. Por el contrario, es posible que esas batallas perdidas fortalezcan al movimiento de cara a futuras victorias, tal vez lejanas en el tiempo, que al principio parecieron imposibles⁷⁶.

96

72. Cfr. CHARLES TILLY, *SOCIAL MOVEMENTS (1768-2008)* 2ª Edición, pág. 4 (2008). Por supuesto, estas interpelaciones son más o menos efectivas, y el Estado no es un todo uniforme que reacciona de la misma manera. Por ejemplo, el movimiento LGBT fue bastante exitoso en la década del ochenta al asegurar la provisión de drogas para personas con HIV o SIDA, mediante vínculos estrechos contruidos con determinados funcionarios claves en las áreas de Salud. Esta circunstancia muestra que el Estado interpelado es una organización extremadamente compleja, que puede por un lado rechazar la personería gremial de una organización que promueve los derechos de personas homosexuales pero —a la vez— responder de forma favorable a solicitudes que se adelantan con un perfil más bajo y ante estructuras diferentes. Desde este punto de vista, hablar de un solo Estado es una simplificación sobre la cual es necesario estar atentos al pensar los vínculos entre éste y sectores de la sociedad civil. Agradezco a Paola Bergallo por haberme señalado este punto.

73. La historia del “camino hacia la ley” de matrimonio igualitario emprendido por la comunidad LGBT puede encontrarse en BRUNO BIMBI, *MATRIMONIO IGUALITARIO. INTRIGAS, TENSIONES Y SECRETOS EN EL CAMINO HACIA LA LEY* (2010). Ver también el análisis de Javier Corrales y Mario Pecheny, *Six Reasons Why Argentina Legalized Sex Marriage First*, *AMERICAS QUARTERLY* (en el que los autores explican las distintas circunstancias políticas que ayudaron al movimiento LGBT y a la sanción del matrimonio igualitario en la Argentina).

74. Cfr. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS*, págs. 131-143 (2004, 2ª Edición) (donde el autor analiza cómo las tácticas legales pueden favorecer, en ciertas circunstancias, la movilización social de ciertos sectores. Scheingold específicamente señala como una derrota puede aglutinar a las bases y favorecer la movilización de sectores supuestamente afectados en forma negativa por la decisión del tribunal).

75. JULIETA LEMAITRE RIPOLL, *EL DERECHO COMO CONJURO. FETICHISMO LEGAL, VIOLENCIA Y MOVIMIENTOS SOCIALES*, págs. 253-254 (2009).

76. “Al principio, la igualdad jurídica parecía una de esas banderas utópicas que se levantaban sabiendo que en realidad son coyunturalmente imposibles, parte de esas metas revolucionarias con las

En este tipo de actividades de la sociedad civil es donde mejor se puede ver la diferencia entre derecho como significado y como herramienta de control social. Cuando presentamos públicamente nuestras propias narrativas estamos poniendo en acto nuestra capacidad soberana en el ámbito del significado, donde gozamos de autonomía e independencia para decir lo que el derecho es. Pero al buscar la actuación *jurispática* de las instituciones, el objetivo es que nuestras interpretaciones se asocien con la capacidad coercitiva y legitimadora del Estado, y eso involucra al derecho como herramienta de *control social*. Buscamos que nuestra visión sea obligatoria y se transforme en derecho en sentido *hartiano*, es decir, que las autoridades públicas que tienen en sus manos el monopolio del uso de la fuerza reconozcan como derecho nuestros propios significados⁷⁷.

Este punto es significativo y esconde, entiendo, una teoría de los derechos que merece hacerse explícita antes de seguir avanzando, y se relaciona con (a) el origen de los derechos y (b) el rol que ellos cumplen en los procesos de cambio social.

Sobre el primer punto, entiendo que al poner el foco en las capacidades *jurisgenerativas* de la sociedad civil, se está tomando partido –siquiera implícitamente– en la vieja cuestión que indaga sobre el lugar de dónde vienen los derechos. Y esta posición ha sido expresada con extrema claridad por Cohen y Arato, quienes han sostenido: “Si bien el Estado es el agente de la legalización de los derechos, no es ni la fuente ni la base de su validez. Los derechos empiezan siendo reclamos de grupos e individuos presentados en los espacios públicos de una sociedad civil emergente. Pueden ser garantizados por el derecho positivo, pero no equivalen a él ni derivan de él; en el dominio de los derechos, la ley asegura y estabiliza lo que se ha conseguido en forma autónoma por [diversos] actores sociales”⁷⁸. Desde este punto de vista, lo descrito anteriormente en relación a las interpelaciones de la sociedad civil hacia el Estado nos habla, justamente, de ese momento inicial en el que los reclamos se articulan usando nuestras capacidades soberanas para decir lo que el derecho *es*, más allá de que el Estado acepte o rechace nuestros postulados.

Sobre el rol que los derechos juegan en los procesos de cambio social, creo que la visión que mejor se adapta a los procesos descritos es la que ve en ellos a *recursos políticos* que es necesario articular con otros recursos para obtener beneficios concretos para sus titulares. Desde este punto de vista, esa mirada –que expresa Scheingold– entiende que “el valor de un derecho dependerá (...) de las circunstancias y de la forma en que es usado...”⁷⁹. Ello exige tener en cuenta *cómo* actúa la Corte cuando resuelve sobre el

97

que una se consuela diciéndose a sí misma: ‘Quizás lo vean nuestros hijos o nietos’”. María Rachid, en el prólogo a BRUNO BIMBI, *MATRIMONIO IGUALITARIO*, op. cit., pág. 11).

77. Cabe recordar que en Hart, el derecho es una práctica social. Para poder determinar qué es el derecho recurre al concepto de “regla de reconocimiento”, que surge a partir de una convención entre funcionarios públicos (práctica social) que aceptan el contenido de la regla (que admite distintos grados de complejidad). El análisis que hago en esa sección, creo, se ajusta adecuadamente a la teoría del derecho de Hart. Cfr. H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (1997, 2ª Edición).

78. JEAN COHEN Y ANDREW ARATO, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY*, pág. 441 (1992).

79. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS*, págs 7 (2004, 2ª Edición).

alcance de un derecho y cuáles son las *consecuencias* de su intervención⁸⁰. Volveré sobre este punto más adelante.

* * *

Hasta aquí hemos visto cómo el derecho es una construcción social producto de interacciones más o menos complejas a las que algunos autores refieren como una especie de *diálogo*. Y hemos visto cómo, en un sentido muy relevante, es falso que la Corte Suprema sea la intérprete *final* y *suprema* de la Constitución. Sus fallos cierran caminos institucionales pero son siempre pasibles de ser cuestionados por otras vías como la reforma constitucional o legislativa, los cambios en la integración del tribunal o simple desobediencia, entre otras posibilidades.

Entiendo que los procesos descriptos son relativamente atractivos desde un punto de vista normativo, ya que ellos permiten —de un modo imperfecto— que los ciudadanos *resistan* los avances jurispáticos del Estado sobre sus propias narrativas, interpretaciones y visiones del mundo. Pero también creo que esos procesos presentan problemas en tanto que mecanismos para lidiar con los desacuerdos más profundos de una sociedad democrática. A explorar ese atractivo y esos problemas dedico la siguiente sección.

II. Algunos Apuntes Contra la Finalidad

1. Lo atractivo

Entiendo que el proceso descripto en los párrafos anteriores es empíricamente cierto. Con esto quiero decir que cuando hablamos de *finalidad* en relación a la Corte no sólo estamos utilizando éste término en el sentido muy limitado de *finalidad-y-no-supremacía*, sino que sólo podríamos utilizarlo en ese sentido. No se trata de cuestionar la idea de Alexander y Schauer de que la Corte Suprema *deba* tener la última palabra en materia interpretativa, sino que la Corte no *puede* tener esa última palabra, ya que la sociedad y los demás poderes siempre conservan para sí la posibilidad de cuestionar lo que la Corte Suprema —u otro órgano— sostenga respecto de la Constitución⁸¹.

Si bien en la primera parte me concentré en la descripción del funcionamiento real de nuestras instituciones, encuentro a ese proceso *relativamente* atractivo desde un punto de vista normativo ya que permite resistir los significados que buscan ser impuestos desde

80. Sobre la necesidad de realizar estudios en distintos países de América Latina, con base en los contextos específicos, ver Francisca Pou Giménez, *Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo*, en RODRÍGUEZ GARAVITO (COORD.), *EL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UN MAPA PARA EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XXI* (2011).

81. Sostener que la Corte Suprema no *puede* tener la última palabra no significa que, en algunos casos, no se quede con ella. Es lo que sucedería, por ejemplo, si su decisión no es cuestionada. Eso sucedería en una comunidad con una sociedad civil débil o en una controversia que no es realmente profunda. Ninguno de los dos supuestos alcanzan al tipo de casos a los que se refiere este trabajo.

el Estado por medio de un proceso de interacciones que —a pesar de sus limitaciones— estimo positivo. En efecto, cualquier pretensión de poner punto final a un desacuerdo constitucional por fuera de procesos de hegemonía esconde una idea profundamente problemática, en especial cuando estos desacuerdos están fuertemente arraigados en concepciones sociales diversas e incompatibles entre sí que se ven obligadas a convivir en el mismo espacio social.

Es lo que sucede, por ejemplo, en algunas sociedades en las que grandes sectores de la población rechazan la interrupción voluntaria del embarazo y otros sectores la reclaman. Ambos sectores mantienen posiciones diferentes, y ambos quieren ver su posición reflejada en el derecho: quieren que el derecho *normalice* su posición, que necesariamente excluye a la posición contraria. ¿Qué hacer entonces en estos casos *difíciles* ante interpretaciones que se contradicen entre sí?

La reacción *jurispática* de proclamar un ganador por sobre otro es problemática por lo que significa el rechazo del derecho a una posición normativa nacida en el seno *jurisgenerativo* de la sociedad y porque no toma en serio al hecho del desacuerdo. En efecto, ¿qué está diciendo el Estado, por ejemplo, al colectivo homosexual cuando rechaza su organización de acuerdo a la ley por ser contraria al bien común? ¿Cuál es el mensaje del Estado a los afro descendientes cuando éste les dice que los planes de ayuda escolar tendientes a reparar discriminaciones históricas son una violación del principio de igualdad constitucional? ¿Qué significa que el Estado rechace los intentos de obtener verdad, justicia y reparación de los familiares de desaparecidos y favorezca las pretensiones de impunidad vinculadas a los sectores que llevaron adelante la represión? Cuando ello ocurre *con pretensiones de finalidad y supremacía*, el mensaje del Estado es muy claro: la visión contraria es ilegítima, inaceptable y equivocada.

99

Aquí se podría decir: ¿cuál es el problema con que ello suceda? A fin de cuentas, existen efectivamente visiones constitucionales que *son* ilegítimas, inaceptables y equivocadas. La Constitución no puede decir *cualquier* cosa que queramos que ella diga: si bien tiene cláusulas más o menos abiertas, no es posible —por ejemplo— sostener que una constitución liberal promedio acepta la esclavitud. Existe *cierta* objetividad constitucional. Por otro lado, se podría decir —además— que mi crítica exagera el valor simbólico del derecho y que cuando el tribunal resuelve una controversia en el marco del control difuso de constitucionalidad está adjudicando un caso individual, cuyas consecuencias se limitan pura y exclusivamente a las partes de ese caso.

Ambas objeciones merecen, entiendo, dos respuestas breves.

En primer lugar, la cuestión sobre la *objetividad* constitucional es resumida por González Bertomeu, quien explica: “[H]ay algo que se aproxima a la objetividad constitucional, de modo que personas razonables deberían poder llegar a acuerdos respecto de cuestiones constitucionales puntuales”⁸². Personalmente, estoy de acuerdo en que no es posible hacerle decir a la Constitución lo que queramos que ella diga: un principio de pudor intelectual y un mínimo temor al ridículo deberían ser suficientes para impedir esos

82. Juan González Bertomeu, *Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 *LEGAL THEORY* 81, PÁG. 93 (2011).

desvíos⁸³. Sin embargo, si el derecho *en tanto que significado* se construye efectivamente a través de un proceso social complejo como el descrito en los párrafos anteriores, la cuestión de la objetividad constitucional, en los casos difíciles, se vuelve casi irrelevante.

Podemos ver esa irrelevancia a través de las teorías constitucionales del siglo XX que buscaron —desde mi punto de vista, infructuosamente— encontrar la fórmula *correcta* de interpretar la Constitución. En efecto, variadas y contradictorias *teorías* tales como el originalismo, la teoría de la constitución viviente, la interpretación finalista —entre muchas otras— buscaron la fórmula áurea del derecho constitucional que permita a abogados e intérpretes de la Constitución dejar atrás las dudas y confusiones que los aquejaban⁸⁴. Estas teorías han ocupado gran parte del tiempo de la academia jurídica norteamericana de las últimas décadas. Sin embargo, allí aún no han arribado a un acuerdo respecto del modo *correcto* de interpretar su Constitución.

Si los significados constitucionales se deciden por medio de complejos procesos sociales, el resultado de esos procesos se vincula más con la legitimidad *sociológica* del derecho de la que habla Fallon que con las teorías constitucionales con las que nos entretenemos jueces y abogados⁸⁵. Ello no significa que esas teorías sean inútiles o que no tengan nada que aportar al derecho constitucional: pueden dirigir nuestras discusiones, resaltar las diferencias normativas de distintas aproximaciones y señalar hacia distintos resultados a los que es posible arribar. Pero desde el punto de vista de la construcción social del derecho, el impacto de estas teorías es marginal, toda vez que ellas implican ejercicios endogámicos del campo jurídico. Se trata de cosas con las que se entretienen los abogados: ellas, por sí solas, nada nos dicen sobre cómo se desarrollarán, en los hechos, las controversias constitucionales más profundas en los casos más difíciles.

Estas teorías tienen, además, otro efecto tal vez no deseado pero profundamente pernicioso: al insistir sobre la forma *correcta* de interpretar la Constitución, todas ellas llevan a la utilización de lenguajes injustificadamente seguros de sí mismos y a no tomar *en serio* el hecho fundamental del desacuerdo. En efecto, si se utiliza el método correcto de interpretar la Constitución, las demás interpretaciones son simples errores, ya sea que ellas sean postuladas por quienes pierden ante la Corte o por académicos adscriptos a otras variantes interpretativas.

Mi posición no es tan radical como pudiera parecer: creo que hay cierta objetividad constitucional y que la Constitución no puede decir cualquier cosa. Pero si tomamos la invitación de Cover de expandir el campo jurídico para incluir a actores no estatales de otros campos dispuestos a poner en cuestión el monopolio de los abogados en determinar lo que el derecho *es*, esa objetividad constitucional se vuelve irrelevante: ella nada tiene para decir ante procesos sociales que se mueven en dirección contraria. Si bien *todos* los

83. La lectora memoriosa recordará, a modo de ejemplo, los argumentos de Rodolfo Barra a favor de un tercer mandato presidencial en 1999.

84. Cfr. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 27 (2011). Sobre el punto, ver también Barry Friedman, *The Cycles of Constitutional Theory*, 67 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 149 (2004).

85. Cfr. Richard H. Fallon, *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

abogados podemos coincidir en que la lectura constitucional correcta en un caso difícil desde el punto de vista social es *a*, si la mayoría de la sociedad se inclina por *b* ella encontrará los caminos para convertir a *b* en la nueva ortodoxia constitucional.

En segundo lugar, también se podría decir que mi objeción a las pretensiones de *finalidad* y *supremacía* exageran el valor simbólico del derecho y que, en última instancia, lo que se resuelve es un caso y no la controversia social que existe de trasfondo. Sin embargo, para bien o para mal, ello no siempre es lo que sucede.

Como explica Kahan, cuando una controversia esencialmente *cultural* entre grupos diversos se expresa en términos legales, la respuesta que el derecho elija como correcta "eleva a uno de los grupos y degrada al otro"⁸⁶. Ello se vincula con las teorías interpretativas recién mencionadas. Si hay unos que están *bien* y otros que están *mal*, quienes están mal no sólo pierden un caso sino que la visión constitucional sobre la que se sostiene el desacuerdo pasa a *estar mal* ante los ojos del Estado. Así, las decisiones de la Corte en casos difíciles se convierten en símbolos que exceden el caso concreto y buscan *resolver* la controversia cultural que los sustenta. "La Corte pasa a decidir quien cuenta en una sociedad dividida, cuyos miembros viven en un estado permanente de resentimiento hacia los *otros* que buscan que su cosmovisión sea erigida como ortodoxia política."⁸⁷ De modo que muchos casos *condensan* una controversia más amplia, y así aumenta lo que se pone en juego con la intervención de los jueces, lo quieran ellos o no.

En conclusión, no creo estar exagerando el valor simbólico del derecho ni creo que la *objetividad* constitucional sea especialmente relevante para el proceso social de construcción del derecho. Las pretensiones de finalidad por fuera de esos procesos deben ser rechazadas por lo que implican respecto de quienes son negados por esos ejercicios jurispáticos, porque no toman en serio al fenómeno del desacuerdo persistente en la sociedad ni respetan a quienes mantienen posiciones diversas.

Ese rechazo a las pretensiones de finalidad y supremacía es lo que me lleva a ver con buenos ojos los mecanismos de *resistencia* a las ortodoxias estatales. Como sostiene Laura Saldivia, "la deliberación democrática (...) implica múltiples interacciones y un proceso público y continuo / continuado (*ongoing*) de entendimiento, de creativa apropiación, reapropiación y transformación de ideas y significados"⁸⁸. Estos procesos son complejos y esencialmente culturales. Pero son procesos positivos a través de los cuales se avanza en el auto gobierno colectivo. El derecho, entonces, debe intervenir en esos procesos de un modo que potencie valores democráticos, pero debe rechazar la pretensión de finalizarlos.

101

86. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 27 (2011).

87. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 49 (2011).

88. Laura Saldivia, *Una Corte ¿Suprema?*, en GARGARELLA (COORD.), op. cit., pág. 226.

2. Lo problemático

La lectura *positiva* sobre los procesos descriptos realizada en la sección anterior también es adelantada por Siegel y Post, los responsables de la mayoría de los estudios de este tipo de dinámicas en los Estados Unidos. Sin embargo, entiendo que su mirada es demasiado benévola respecto de esos procesos. En ocasiones, la valoración que ellos hacen de los procesos que describen se parece demasiado a una reconstrucción idílica o voluntariosa del funcionamiento de la democracia estadounidense que les permite acomodar las fuertes objeciones de Kramer —y de otros autores del constitucionalismo popular— al control judicial de constitucionalidad respetando las intuiciones normativas de ese movimiento. Sin embargo, esa mirada tiene dos problemas graves a destacar ya que muestran limitaciones especialmente relevantes para quienes —siguiendo las intuiciones de Siegel y Post— buscamos replicar ese tipo de análisis en contextos diferentes al de los Estados Unidos.

En primer lugar, su visión descansa sobre un concepto extremadamente amplio de *diálogo* y sobre una mirada excesivamente abstracta del concepto de *pueblo*, lo que le quita peso teórico. En segundo lugar, y en parte como consecuencia de la *idealización* recién señalada, Siegel y Post no parecen reconocer la existencia de problemas evidentes en los caminos a través de los cuales *el pueblo* impone finalmente su voluntad. En conjunto, estos elementos disminuyen el valor de la defensa que Siegel y Post proponen de los procesos a través de los cuales la ciudadanía puede *resistir* a las narrativas de las instituciones jurispáticas, y ello abre el camino a críticas que estimo pertinentes.

102

a. *El falso diálogo y el pueblo abstracto*

La defensa que Siegel y Post impulsan sobre los caminos existentes descansa sobre dos presupuestos teóricos sumamente problemáticos: una visión demasiado amplia del concepto de *diálogo* y un concepto extremadamente abstracto del concepto de *pueblo*.

En relación al primer punto, Post, Siegel y Friedman refieren a un diálogo que se da entre las estructuras estatales y la ciudadanía sobre el alcance de disposiciones constitucionales sobre las cuales existen diversas interpretaciones. Intuitivamente, ello parece correcto: tratándose de desacuerdos normativos, es natural pensar en que ellos pueden resolverse por medio de una deliberación en la que las razones públicas y los argumentos tengan un rol preponderante. Desde este punto de vista, es posible pensar que quienes apoyan el matrimonio entre personas del mismo sexo y quienes están en contra puedan intercambiar argumentos y razones que sustenten sus posiciones y, de ese modo, llegar a algún tipo de acuerdo o —al menos— avanzar la discusión pública por caminos democráticos. Sin embargo, Post, Siegel y Friedman postulan la existencia de esos *diálogos* entre instituciones estatales y actores sociales esencialmente complejos, por fuera de ámbitos específicos de discusión. Resulta entonces difícil de verificar en la realidad la existencia de un verdadero *diálogo*, al menos con las características que se le suele asignar al mismo en las teorías deliberativas de la democracia⁸⁹.

89. Sobre las condiciones de un diálogo democrático, ver Sebastián Linares, *El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas*, 70 REVISTA MEXICANA DE SOCIOLOGÍA 487, 513 (2008).

El tipo de interacciones que describen estos autores entre el Estado y la sociedad civil y entre distintos órganos del Estado contienen esos componentes, pero en un grado que puede ser mayor o menor, pero siempre es parcial. Los resultados de los procesos que describen Siegel, Post y Friedman están enormemente influidos por circunstancias históricas y de oportunidad, por la configuración de alianzas exitosas y por la articulación precisa de recursos políticos diversos. Dentro de esos recursos, los *derechos* de los que hablan estos autores y sobre los cuales es posible postular un *diálogo* son sólo una parte del proceso, nunca son el todo. Por ello es que, muchas veces, los componentes racionales y argumentativos pueden jugar un rol sustancialmente menor en este tipo de interacciones.

Por ejemplo, el argumento a favor del matrimonio igualitario en la Argentina no triunfó solamente porque se trató, como diría Dworkin, de la mejor lectura posible de la Constitución y de nuestras prácticas políticas, sino que dependió también de muchas otras circunstancias no vinculadas a ningún tipo de intercambio argumentativo. Por ejemplo, dependió de la escasa asistencia de la población católica a las Iglesias así como de la baja incidencia de la creciente población *evangélica*; de la no existencia de ningún partido *confesional* o vinculado a la Iglesia Católica; del liderazgo circunstancial de la Presidenta que dio el visto bueno para que la cuestión avance (clave, si se analiza el impacto negativo de su oposición a la despenalización del aborto); de los procesos legales avanzados en otras partes del mundo a favor del matrimonio igualitario, etcétera⁹⁰. Estos hechos se presentan como condiciones objetivas que favorecen determinados procesos, pero hechos diferentes podrían arrojar resultados distintos sin que los argumentos y las razones públicas incidan en ello⁹¹. Por ello, es problemático referirnos a estas interacciones como verdaderos *diálogos* en un sentido fuerte de la palabra.

103

Sin embargo, la idea de postular mecanismos dialógicos para lidiar con nuestros desacuerdos sigue pareciendo intuitivamente correcta. Ello nos obliga, entonces, a pensar en cómo *aumentar* los componentes dialógicos de las interacciones que se producen entre las estructuras estatales y la sociedad civil. Pero ello implica asumir una posición crítica sobre los procesos existentes que nuestros autores no asumen.

En relación al segundo punto, Siegel, Post y Friedman utilizan un concepto de *pueblo* extremadamente abstracto. Cuando describen los procesos a través de los cuales la ciudadanía *resiste* ciertas interpretaciones jurispáticas refieren a las distintas organizaciones de la sociedad civil que articulan esos esfuerzos de resistencia: la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) en el caso de los derechos civiles; la *ACLU's Women's Rights Project* en el caso de la lucha por la *Equal Rights Amendment* (ERA); la *National Rifle Association* (NRA) en el caso del derecho a la tenencia de armas, entre muchos otros. Se trata éstas de organizaciones que —en algún momento— impulsaron

90. Javier Corrales y Mario Pecheny, *Six Reasons Why Argentina Legalized Sex Marriage First*, AMERICAS QUARTERLY. 30 de julio de 2010.

91. Por ejemplo, Corrales y Pecheny mencionan las diferentes tasas de asistencia a los servicios religiosos de Argentina (22 por ciento) en comparación con Brasil (36 por ciento) y México (45 por ciento), lo que podría explicar por qué el matrimonio igualitario avanzó más rápido en la Argentina que en esos dos países (Cfr. Corrales y Pecheny, *Six Reasons Why Argentina Legalized Sex Marriage First*, AMERICAS QUARTERLY. 30 de julio de 2010).

ciertas agendas de cambio legal liderando distintos movimientos sociales, en ocasiones en contradicción con interpretaciones constitucionales aceptadas por las estructuras estatales. Pero cuando estos autores analizan esos procesos desde un plano prescriptivo, refieren —de forma genérica y abstracta— a *We The People*, o *The People* o *The People Themselves*, lo que resulta casi inevitable, ya que esos son los términos que utiliza el constitucionalismo popular con el que buscan dialogar.

Esta reducción de una realidad compleja apresada en el plano descriptivo de análisis esencialmente sociológicos (las interacciones de la sociedad civil con las estructuras estatales) a un concepto mucho más simple en el plano prescriptivo (el pueblo) es enormemente problemática. En esa reducción algo se pierde y algo se transforma.

Se pierde, por un lado, la capacidad explicativa del análisis ya que, por ejemplo, es manifiestamente erróneo hablar del *pueblo* avanzando la agenda feminista o la agenda de los derechos de las personas homosexuales: siempre son *facciones*, y está bien que así sea. En efecto, tratar de referirnos a esos actores diversos bajo el rótulo de *pueblo* implica invisibilizar a los sectores de la ciudadanía que muestran visiones contrapuestas, actores movilizados en contra y colectivos desmovilizados indiferentes a la cuestión de que se trate. *We The People* o —digamos— el *Pueblo* con mayúsculas no existe más que como personificación del ideal de soberanía popular. Como categoría de un análisis descriptivo es inadecuada, ya que —como explican Alexander y Solumn— “el pueblo puede hacer muchas cosas, pero en última instancia no es más que un grupo de individuos. Las personas individuales pueden participar en establecer o interpretar una constitución de diversas formas. El pueblo puede actuar a través del gobierno pero no puede actuar como una persona jurídica (*in a corporate capacity*) por fuera de algún tipo de esquema institucional”⁹². Entiendo que la crítica de Alexander y Solumn es pertinente: el *Pueblo* no puede actuar colectivamente como sostiene el constitucionalismo popular o el democrático. Los procesos sociales de formación de significados constitucionales que Siegel y Post describen magistralmente son adelantados por sectores de la sociedad civil organizada, que forman parte del pueblo pero no lo constituyen como un todo. Por ello resulta problemático asignar al *pueblo* acciones o pretensiones que sólo pueden adjudicarse a parte de ese colectivo de personas.

Se transforma, por el otro, el proceso descripto, ya que recurrir a un concepto incuestionable y con una alta carga valorativa como el de *Pueblo* permite esconder las limitaciones democráticas que esos procesos registran y sobre las cuales volveré más adelante. En efecto, si los resultados de esos procesos fueran siempre un triunfo del *pueblo* sobre las instituciones jurispáticas del Estado no habría necesidad de plantear mayores objeciones, al menos mientras partamos de una mirada *sensible* a una concepción robusta de la soberanía popular. Pero ello no siempre ocurre así: en ocasiones los procesos descritos por Siegel y Post podrían arrojar resultados inaceptables para ciertas minorías, especialmente si esas minorías carecen de la capacidad de activar esos procesos en el mismo grado que otros sectores.

92. Larry Alexander y Lawrence B. Solumn, *Popular? Constitutionalism?*, 118 HARV. L. REV. 1594, pág. 1606 (2005)

En efecto, los sectores excluidos, quienes sostienen visiones poco ortodoxas o fuera de los cánones más o menos aceptables dentro de una determinada comunidad no tienen las mismas oportunidades de actuar políticamente que otros grupos. Esta es una cuestión empírica que debe analizarse caso a caso y en un tiempo y lugar determinados. Pero resulta evidente que ciertas agendas, ciertos grupos, no tienen la misma capacidad de incidencia que otros⁹³. Estos problemas de los *camino*s existentes, que veremos a continuación, se invisibilizan si hablamos del *Pueblo* con mayúscula, ya que al hacerlo ocultamos la realidad social de las democracias pluralistas modernas, en las que distintos sectores con visiones contrapuestas compiten por imponer la suya. Hacer visibles esos problemas requiere indagar sobre las oportunidades, límites y desafíos de estos procesos, algo *especialmente relevante* en un contexto de desigualdad como el de América Latina.

b. Los largos y sinuosos caminos

Parte de estos problemas que mencioné en el párrafo anterior se vinculan no sólo con la distribución desigual de las capacidades de incidencia dentro de la sociedad civil, sino con los mismos mecanismos a través de los cuales el pueblo *impon*e finalmente su voluntad por sobre la Corte. Un párrafo sirve para ejemplificar este problema. Siegel y Post, al comentar el trabajo de Kramer en *The People Themselves*, sostienen: "El orden constitucional de los Estados Unidos subordina el derecho constitucional [entendido como el conjunto de decisiones judiciales] a la Constitución [entendida como las creencias fundamentales de *El Pueblo*]. A través del proceso de nombramiento y confirmación [de jueces], así como a través de numerosos otros mecanismos, el pueblo finalmente siempre tiene el tipo de derecho constitucional que estima conveniente"⁹⁴.

105

Los problemas de esta visión son evidentes y demuestran la falta de un análisis crítico sobre los mecanismos a través de los cuales el *pueblo* resiste a las instituciones jurispáticas. En efecto, todos los *camino*s que Post y Siegel describen ampliamente en numerosos trabajos se caracterizan por ser enormemente difíciles de transitar, tanto por parte de los ciudadanos de a pie como de los partidos políticos. ¿Acaso puede pensarse que el *judicial entrenchement*, es decir, el nombramiento de una gran cantidad de jueces en la justicia federal y en la Corte por parte de un determinado partido o sector político, es un mecanismo apto para que el pueblo exprese su voluntad constitucional? Se trata de un mecanismo en extremo indirecto, complejo y potencialmente no idóneo para convertir una determinada narrativa constitucional en derecho vigente.

Lo mismo ocurre con los intentos de reforma legal. En primer lugar, ellos simplemente no sirven para lidiar con ciertos desacuerdos graves que no se fundan en la interpretación de ciertas leyes sino que se basan en principios básicos de derecho constitucional. Cuando lo que está en disputa es la interpretación de los alcances de la garantía de *igualdad*, el

93. Sobre un ejemplo de movimientos fallidos, ver James Gray Pope, *Labor's Constitution of Freedom*, 106 YALE L. J. 941 (1997) (quien explica el fallido proyecto constitucional del movimiento laborista en los Estados Unidos).

94. Reva Siegel & Robert Post, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, FACULTY SCHOLARSHIP SERIES, PAPER 1781042, pág. 1042 (2004).

cambio de leyes no es un camino apto para superar el desacuerdo normativo, ya que el mismo reposa en un principio constitucional básico sobre el cual se tienen lecturas contradictorias. Si la Corte Suprema sostiene que es contrario a la garantía de igualdad mantener escuelas separadas para niños de distintas razas, el Congreso nada podría hacer por medio de una ley.

Una alternativa posible sería reformar la Constitución, pero ello presenta problemas aún más graves. En primer lugar, la reforma constitucional es excesivamente rígida y difícil de activar. Tal como demostró Bruce Ackerman en el contexto de los Estados Unidos, el mecanismo para modificar la Constitución fue creado para una república agraria compuesta por diversos Estados celosos de su autonomía. Sin embargo, los Estados Unidos se convirtieron rápidamente en una democracia industrial en expansión con una *constituency* nacional. Un mecanismo de reforma constitucional que hace depender la viabilidad de una reforma en los Estados integrantes de la Unión presenta problemas serios desde el punto de vista democrático, ya que los Estados con menos cantidad de votantes adquieren en ese sistema un peso desproporcionado⁹⁵. Ello explicaría –según Ackerman– por qué muchos de los cambios más profundos en el derecho constitucional de los Estados Unidos no se produjeron mediante el proceso de reforma formal de la Constitución⁹⁶.

En el contexto argentino podemos encontrar dificultades similares, ya que la reforma constitucional también es difícil de activar y nuestra experiencia histórica muestra ese carácter extraordinario. Como explica Gargarella, relegar la solución de nuestros desacuerdos a un proceso de ese estilo impone una carga desproporcionada sobre los ciudadanos ya que éstos deben activar un mecanismo complejo y excepcional. Y el problema de ello es que el hecho del desacuerdo “no está reservado [al orden de] lo excepcional, sino a la vida cotidiana de nuestras comunidades”⁹⁷.

De todas formas, y en segundo lugar, la reforma constitucional como mecanismo para lidiar con nuestros desacuerdos normativos implica una pretensión de finalidad *aún más radical* que un fallo de la Corte Suprema, por lo que es posible reiterar aquí las objeciones planteadas a la pretensión de finalidad en la sección anterior.

95. Cfr. ROBERT A. DAHL, *HOW DEMOCRATIC IS THE AMERICAN CONSTITUTION?*, págs. 45-50 y 81-88 (2002).

96. Cfr. Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1738, 1752 (donde sostiene que los cambios constitucionales se producen, muchas veces, a través de super precedentes, es decir, casos judiciales que representan hitos importantes que luego son sometidos –informalmente– a ratificación a través de elecciones en las que la cuestión allí discutida pasa a formar parte del debate pre electoral).

97. ROBERTO GARGARELLA, 200 AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA, 1810-2010 (en prensa) [Las citas de este trabajo se hacen con base en los extractos del capítulo 5 y 6 distribuidos como material del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política coordinado por el autor en la UBA en 2011] Gargarella responde a Ferreres Comella, quien ante una decisión con la que la ciudadanía no está de acuerdo prescribe la reforma constitucional como remedio. Sostiene Gargarella: “En el mejor de los casos –que es el que él defiende– la legislatura gana la capacidad para desafiar la invalidación de una ley –hecho que ocurre de modo más bien excepcional, y frente al cual la legislatura también actuaría excepcionalmente. Pero el problema que nos interesa no está reservado a lo excepcional, sino a la vida cotidiana de nuestras comunidades, y una salida como la propuesta –la reforma constitucional– implica poner un costo extraordinario sobre las espaldas de la ciudadanía democrática.”).

Si bien problemáticos, la reforma legal y la constitucional aún permiten —aunque no necesariamente requieren— cierto *diálogo* constitucional en los términos de Post, Siegel y Friedman, ya que —se supone— pueden avanzar de la mano de un debate sobre las distintas alternativas, visiones y narrativas que sustentan el desacuerdo normativo, una alternativa que —en principio— parece intuitivamente deseable.

Sin embargo, los otros caminos mencionados en la sección anterior, por el contrario, excluyen radicalmente la posibilidad de diálogo. En efecto, tanto el juicio político como la simple desobediencia implican reacciones en las que se pone en juego el peso de la política mayoritaria y las limitaciones institucionales del poder judicial. En principio, ninguna de esas opciones permite ningún tipo de diálogo, pero el juicio político lo muestra más claramente: resuelve el diferendo eliminando a una de las partes del mismo. Por su parte, la simple desobediencia parece poner a las instituciones en una situación de estancamiento totalmente anormal, que se resolverá por la fuerza relativa de cada uno de los contendientes.

En conclusión, los caminos que Post y Siegel describen como vehículos a través de los cuales se expresa la voz del pueblo son extremadamente problemáticos: son difíciles de transitar, en muchos casos no son idóneos para lidiar con cierta clase de desacuerdos y no son aptos para generar intercambios argumentativos que permitan lidiar con un desacuerdo a través de un proceso de deliberación pública colectiva. Su visión positiva merece, entonces, ser cuestionada, especialmente cuando buscamos analizar al constitucionalismo popular y democrático críticamente, tomando elementos útiles o valiosos que nos permitan pensar mejor nuestras propias instituciones.

107

3. Entre la espada y el diseño institucional

Si bien los caminos descriptos son relativamente atractivos y presentan problemas serios, cabe detenerse brevemente en la razón de estas instituciones. ¿Por qué contamos con éstos caminos y no con otros? ¿Por qué la respuesta a una decisión de la Corte Suprema que resuelve determinada cuestión implica transitar un camino tortuoso desde el punto de vista democrático como la reforma constitucional, poco apto para lidiar con ciertos desacuerdos como la reforma legal o poco deliberativo como el juicio político, el *judicial entrenchement* o la simple desobediencia? No pretendo explorar en profundidad esta cuestión, pero sí arrojar algunas ideas y perspectivas sobre las causas de nuestras instituciones y sobre posibles alternativas a los caminos existentes.

a. Las causas

Una posible explicación podría centrarse en la desconfianza excesiva del constituyente a los procesos democráticos. Gargarella, por ejemplo, sostuvo que nuestras instituciones nacieron con un vicio de origen, un diseño institucional temeroso de la democracia que él resume en la fórmula *derechos políticos restringidos, derechos civiles amplios*. En este sentido, la participación política fue reducida por muchos caminos, como el voto público, la necesidad de contar con propiedades para acceder a ciertos cargos, el establecimiento de instituciones conservadoras como el Senado, entre otros. El control

judicial de constitucionalidad sería, también, una protección a los intereses de ciertas *élites* preocupadas por los procesos democráticos⁹⁸, algo que puede verificarse —en general— en toda América Latina⁹⁹. Saldivia, por su parte, propuso un análisis interesante sobre la peculiar relación de nuestras instituciones judiciales con el derecho continental y su idea de *judicatura*, precedentes y supremacía del poder legislativo¹⁰⁰. Personalmente, tengo algunas intuiciones respecto de la causa de nuestras instituciones, pero no es éste el lugar para desarrollarlas¹⁰¹. Me basta por ahora con sostener que los constituyentes no previeron muchos desarrollos sociales, políticos y económicos del siglo XX que modificaron radicalmente el rol que le toca jugar a la Corte en nuestra democracia.

En este sentido, el carácter difuso del control judicial, la restricción jurisdiccional a casos "individuales" y los efectos limitados de las decisiones son indicios de que los constituyentes no pretendían asignar a la Corte el rol de resolver nuestras controversias normativas más profundas, un rol que —para bien o para mal— asume en muchos casos gracias al dogma de su rol de *intérprete final* de la Constitución. Esta conclusión se ve reforzada si analizamos las formas en que interactúan los tribunales constitucionales —principalmente los europeos— con los parlamentos, con efectos *erga omnes* y por afuera de un caso concreto¹⁰². En cierto sentido, la cuestión se relaciona con el hecho de que nuestras instituciones son viejas. Los constituyentes no previeron —ni podían prever— el desarrollo de las políticas de identidad; de una sociedad civil activista que usa al derecho como herramienta; de las luchas por los derechos avanzada en el siglo XX desde los

98. ROBERTO GARGARELLA, 200 AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA, 1810-2010 (en prensa), ver *supra* nota 98.

99. ROBERTO GARGARELLA, 200 AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA, 1810-2010 (en prensa), ver *supra* nota 98 y Domingo Lovera Parmo, *¿A quién pertenece la Constitución de Chile? Cortes, Democracia y Participación*, en REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, AÑO 11, N. 1, pág. 119 (2010).

100. Cfr. Saldivia, op. cit., pág. 183 ("[P]areciera existir una tensión permanente entre la facultad de la Corte Suprema de declarar la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por la mayoría de los representantes del pueblo y la supremacía del legislador en la tradición del derecho civil").

101. Creo que la asignación de la facultad de control judicial planteada por el juez Marshall en 1803 a la Corte Suprema es una de las más tempranas muestras de un error conceptual en la génesis del diseño institucional contenido en la Constitución de Philadelphia. En efecto, la Constitución fue creada con dos ideas problemáticas: (a) la de la indeseabilidad de las facciones y de su posible anulación a través de un adecuado diseño institucional y (b) la de una serie de derechos fijos, universales, implícitos. La combinación de ambas características generó un marco institucional poco apto para lidiar con los desacuerdos (producto de distintas facciones) en materia de derechos (múltiples, tanto en sus interpretaciones como en sus afirmaciones o negaciones). La noción del control judicial de constitucionalidad parece, desde este punto de vista, una consecuencia lógica de un sistema mal diseñado que postuló una idea de derechos y de política que la práctica demostraría, al menos, parcialmente equivocada. Sobre la cuestión de las "facciones", ver JAMES MADISON, EL FEDERALISTA No. 10. Para ver una "defensa" de las facciones, ver Peter H. Schunck, *Against (and for) Madison: An Essay in Praise of Factions*, 15 YALE L. & POL. REV. 553 (1997). Ver también Richard Pildes, *Political Parties and Constitutionalism*, NEW YORK UNIVERSITY PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY WORKING PAPERS. PAPER 179, donde sostiene: "La Constitución más vieja, la de los Estados Unidos, no menciona a los partidos políticos; no sólo los fundadores no previeron el nacimiento de los modernos partidos políticos y su centralidad para la democracia, sino que la Constitución estuvo concebida con hostilidad hacia los partidos. Los partidos políticos son la quintaesencia de las 'facciones', que James Madison, al defender el diseño constitucional de los Estados Unidos, despreciaba".).

102. Cfr. Sebastián Linares, El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas, 70 REVISTA MEXICANA DE SOCIOLOGÍA 487, 493 (2008).

sectores populares; de las teorías de la indeterminación (radical o parcial) del lenguaje; del nacimiento del litigio estratégico; de la expansión del concepto de “causa”; entre otros acontecimientos que superaron las previsiones que sobre la política, el derecho y la relación entre ambos podían tenerse a fines del siglo XVIII.

b. Alternativas

Este punto parece verse reforzado si miramos diseños institucionales más modernos. ¿Contienen ellos previsiones diferentes a nuestros diseños institucionales del siglo XIX? ¿Enfrentan de otra manera la intervención pública del tribunal supremo en casos complejos? Una breve exploración de otras alternativas nos permite encontrar respuestas positivas a ambas preguntas. Por ejemplo, la *Charter of Rights and Freedoms* de Canadá prevé en su sección 33 un sistema por medio del cual el Parlamento puede tornar aplicable cierta legislación sin importar las restricciones establecidas en la misma carta interpretada por la Suprema Corte, lo que le permite al Parlamento tener la última palabra en relación al control judicial. Este poder *derogatorio* sólo puede ser ejercido por un plazo de cinco años, lo que significa que en última instancia serán los ciudadanos por medio de su voto quienes resuelvan la cuestión, ya que cinco años es el plazo máximo durante el cual puede mantenerse una legislatura sin ser renovada. La Suprema Corte de Canadá cuenta, además, con la posibilidad de declarar que cierta norma es contraria a la Carta pero suspendiendo sus efectos, lo que da al Parlamento oportunidad de resolver el problema que exista sobre esa norma¹⁰³. Esta posibilidad se encuentra específicamente prevista en la Constitución de Sudáfrica, que en su artículo 172.1.b.ii establece que la Corte Constitucional puede declarar la invalidez de una norma, pero tiene la opción de emitir una orden “suspendiendo la declaración de invalidez por cualquier período y con cualquier condición, con el objeto de permitir a las autoridades competentes corregir el defecto”¹⁰⁴. En Holanda los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas pero pueden restringir su alcance por vía de interpretación. Sin embargo, la última palabra la tiene siempre el Parlamento¹⁰⁵. Finalmente, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires prevé en su artículo 113.2 que la legislatura podrá restablecer la vigencia de una norma declarada inconstitucional por el Superior Tribunal de Justicia si la ratifica dentro de los tres meses y por medio de una mayoría calificada de dos tercios de los miembros.

Menciono estos casos con el fin de mostrar que es posible pensar en otros mecanismos de administración de nuestros desacuerdos normativos que no lleguen a su final en la Corte Suprema. Tal vez los ejemplos mencionados no sean los mejores y tengan problemas profundos en sí mismos, pero son alternativas que parecen afrontar más sinceramente la permanencia del desacuerdo que un sistema en el que la Corte Suprema resuelve los conflictos con pretensiones de pronunciar la *última palabra* sobre la Constitución.

103. Cfr. Suprema Corte de Canadá. Reference re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721. Cfr. Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. 51 (2004).

104. Constitución de Sudáfrica. Artículo 172.1.b.ii.

105. Cfr. Linares, op. cit., pág. 490. Sobre el punto, y para aproximarse a otros ejemplos, ver también Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. 51 (2004).

III. Efectos

Hasta aquí he explicado cómo los desacuerdos más profundos de una sociedad en un tiempo determinado pueden subsistir luego de la intervención de la Corte Suprema con *pretensiones* de finalidad. También he reivindicado, desde un punto de vista normativo, la existencia de mecanismos que permitan cuestionar o resistir las actuaciones *jurispáticas* de ciertas instituciones, pero también he señalado sus límites, al menos en la forma en que ellos están configurados actualmente. En esta sección me interesa pensar en cuáles deberían ser las consecuencias de lo expuesto anteriormente. Para decirlo de otro modo: ¿qué implica, en términos prácticos, abandonar la idea de que la Corte Suprema *es* la intérprete final de la Constitución?

Una primer conclusión intuitiva podría ser rechazar la intervención de la Corte Suprema en todos los casos, postular un departamentalismo radical que favorezca a los órganos mayoritarios por sobre los contramayoritarios. Algo así propuso Tushnet en los Estados Unidos: *quitarle la Constitución a la Corte*. Sin embargo, esta alternativa presenta problemas serios frente a las prácticas constitucionales de nuestra comunidad.

110 En efecto, la descripción de los procesos sociales de construcción del derecho realizada en la primera parte de este trabajo nos habla, básicamente, de distintas formas de interpelar al Estado por parte de la ciudadanía: intuitivamente uno podría decir que una ciudadanía activa que interpela al Estado es parte fundamental de una sociedad democrática. Por ello, hay argumentos que, *prima facie*, nos deben llevar a pensar que esas prácticas son valiosas, que deben ser protegidas, no eliminadas. Ellas representan la puesta en acto del potencial democrático que reside en la sociedad civil, entendida como esfera de vida social diferente al Estado¹⁰⁶. En este sentido, las prácticas descritas de interpelación al Estado *en términos de derechos*, las demandas por la normalización o aceptación de nuestra propia posición como la ortodoxia estatal en materia de Constitución y derechos y las contestaciones –por diversas vías– de aquellas decisiones con las que no estamos de acuerdo son, simplemente, estancias diferentes de un diálogo que es fundamental para una sociedad democrática.

Ese *diálogo*, por supuesto, supone también interacciones constantes con la política representativa, pero las dos esferas (sociedad civil, política representativa) son distintas entre sí. Por un lado, la sociedad civil –en principio– no se organiza para obtener el poder, sino que suele nuclearse alrededor de temas o agendas, como la agenda de reforma institucional, la ecologista, feminista, la vinculada con la defensa de los derechos de minorías raciales o sexuales, etcétera. Cuando ello ocurre, se avanza esas agendas a través de distintos mecanismos de interpelación al Estado: cabildeo, litigio, debate público, protesta social, etcétera. Cuando la sociedad civil produce organizaciones que buscan obtener el poder estamos en el ámbito de la política representativa, que comienza en la sociedad civil (con los partidos políticos) pero termina en el Estado, cuando esos partidos acceden al poder.

Es en estas relaciones múltiples entre sociedad civil y Estado que debe entenderse al control judicial de constitucionalidad: él representa una instancia a través de la cual

106. Ver COHEN & ARATO, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY* (1992).

un sector de la sociedad civil postula una determinada idea constitucional o de derechos y le solicita al Estado que la acepte como propia. Es un mecanismo de participación democrática que promueve —si bien imperfectamente, como se dijo— cierto tipo de diálogo o interacciones entre la sociedad civil organizada y el Estado. Es, también, una forma a través de la cual nuestras comunidades lidian con problemas comunes¹⁰⁷.

Por ello, creo que hay que aproximarse con cuidado a la idea de Tushnet —y otros— de *sacarle la Constitución a la Corte*. Hay dos razones fuertes para rechazar esa pretensión, y ellas son especialmente poderosas en contextos como el latinoamericano.

La primera de ellas es de orden *práctico* o *estratégico*. Si bien el proceso social de construcción del derecho presenta muchos problemas, sería poco deseable eliminar los caminos existentes sin crear otros nuevos o mejores. En efecto, hoy en día eliminar el control judicial de constitucionalidad dejaría la resolución de múltiples conflictos *de derechos* al juego natural de la política representativa, que presenta múltiples problemas en general y en América Latina en particular. Esto, en contextos de democracias *de baja intensidad* con poderes ejecutivos extremadamente fuertes y problemas persistentes de representatividad política no se presenta como una alternativa particularmente atractiva.

La segunda razón es más profunda y se vincula con la conveniencia de una política *contramayoritaria* bien entendida. En efecto, y como se dijo antes, el *litigio* constituye una forma de interpelar al Estado, e interpelar al Estado parece ser un componente fundamental de una vida política democrática. Esa forma de interpelación, sin embargo, puede tener muchos problemas, y algunos de ellos fueron señalados por la *teoría crítica del derecho* y estudios que demuestran que el litigio en general y la intervención de la Corte Suprema en particular no son caminos idóneos para producir cambios sociales¹⁰⁸. Dejando por el momento de lado esas objeciones, me gustaría señalar brevemente dos beneficios o ventajas de una política contramayoritaria como la que puede activarse mediante acciones de litigio.

En primer lugar, son mecanismos que pueden ser activados por cualquier ciudadano. En efecto, el control judicial de constitucionalidad —en el esquema argentino de control difuso— puede ser puesto en marcha por cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos que consideren que sus derechos están siendo violados. Esto favorece a las minorías, quienes de esta forma cuentan con un mecanismo de interpelación al Estado que no exige de ellas las mayorías de la política representativa, que —por definición— no pueden tener.

En segundo lugar, el proceso judicial permite activar un mecanismo basado exclusivamente en *razones* que deben confrontarse entre sí. Ello también representa una ventaja especialmente para las minorías, quienes muchas veces no pueden acceder a derechos por objeciones mayoritarias que no pueden expresarse públicamente y que —ciertamente— son difíciles de trasladar a un expediente judicial. Por ejemplo, la discusión del matrimonio igualitario en la Argentina en términos de derechos excluye ciertas razones

107. Ver José Sebastián Elías, *Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad*, y Gustavo Maurino, *El artículo 28. Hacia una república basada en razones*, en ROBERTO GARGARELLA (COORD.), *LA CONSTITUCIÓN EN 2020, 48 PROPUESTAS PARA UNA SOCIEDAD IGUALITARIA* (2011).

108. Cfr. GERALD ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991), Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 Tex. L. Rev. 1363 (1984), entre muchos otros.

inválidas, como que *los homosexuales no me gustan*. Las excluye del debate público en general (porque es un debate de derechos) pero —aún con más fuerza— del ámbito de discusión judicial, donde esas razones no sólo no son válidas sino que no tienen siquiera posibilidad de expresarse, ya que el lenguaje de *derechos* impone restricciones al tipo de debate que se desarrolla sobre ellos.

Señalar estas ventajas o beneficios del litigio como mecanismo de interpelación al Estado no impide señalar los múltiples defectos del esquema existente, algunos de los cuales señalé antes. Pero al menos deberían hacernos mirar con desconfianza el rechazo *total* a la intervención de los tribunales.

Si descartamos entonces una salida *a lo* Tushnet, entonces entiendo que las consecuencias del proceso descrito anteriormente deberían ser de un doble orden.

En primer lugar, si consideramos que las instituciones que tenemos presentan problemas serios, deberíamos pensar en modificarlas para establecer arreglos institucionales mejores y más democráticos. En particular, entiendo que los procesos descritos anteriormente favorecen enormemente un tipo de control judicial débil por sobre uno fuerte¹⁰⁹. En este punto es necesario invitar a ejercicios audaces de imaginación constitucional. Las alternativas son infinitas: pueden ir desde establecer una cláusula *notwithstanding* como la que prevé la *Charter* de Canadá o mecanismos de insistencia como el establecido en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Es posible pensar más allá y postular —por ejemplo— la posibilidad de que las declaraciones de inconstitucionalidad tengan una vigencia obligatoria durante cierto período de tiempo (por ejemplo, hasta un año después de la siguiente elección legislativa, vinculándose a la política *contramayoritaria* con la política *representativa*) o que puedan ser objeto de recursos de revisión a solicitud de mayorías calificadas del Congreso previa audiencia pública en la que el Legislativo plantee (a través de representantes *ad hoc*) sus objeciones ante el tribunal. No tiene sentido extenderse en mis propios ejercicios hipotéticos en materia de diseño institucional (que siempre son mejores cuando se practican dialógicamente) pero sí quiero resaltar un punto que me parece fundamental: cualquier diseño institucional que pensemos para mejorar las instituciones que tenemos debe buscar *canalizar* una controversia por mecanismos lo más democrático posibles, no *resolverla*. Debe crear instancias de revisión periódica y permanente de todas las decisiones en plazos prolongados, de modo de permitir que el proceso cultural que eventualmente resolverá definitivamente la cuestión, disolviéndola, tenga espacio para desarrollarse.

Sin embargo, mientras nuestras instituciones permanezcan como son, hay muchos cambios inmediatos por hacer: en ellos prefiero concentrar lo que queda de este trabajo, ya que pueden ser activados sin necesidad de recurrir a caminos tan extraordinarios como una reforma constitucional. Desde este punto de vista, en esta sección propongo analizar cómo impactaría el abandono de la idea de *finalidad* de la Corte Suprema en nuestras narrativas constitucionales, especialmente en aquellas que desarrollamos desde la sociedad civil y aquellas que utiliza la propia Corte.

109. Cfr. MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (2007).

1. La Corte Suprema

Que la Corte Suprema abandone la idea de que ella es la *intérprete final* de la Constitución debería tener un impacto significativo. Ella dejaría de ser la encargada de *resolver* ciertas controversias para asumir el rol de quien debe *intervenir* en ellas de un modo que favorezca el diálogo democrático. Ello debería generar cambios en la forma en que el tribunal ejerce el control de constitucionalidad, particularmente en los casos complejos en los que existen posiciones contradictorias con los demás poderes o con sectores de la sociedad civil.

Los cambios que analizaré se vinculan con las *narrativas* constitucionales que la Corte nos propone. Se refieren, específicamente a la forma en que la Corte relata sus propias lecturas de la Constitución hacia los ciudadanos y en cómo ella toma nota —o no— de la posible existencia de desacuerdos con los demás poderes. Luego analizaré algunas prácticas actuales del tribunal que indican que es posible que ya se estén produciendo tímidos cambios de rumbo en la dirección señalada.

a. Cómo la Corte “nos cuenta el cuento” a los ciudadanos

Desde un punto de vista de narrativas, la Corte debería abandonar los discursos *herculeanos* que llevan a que se pronuncie en el lenguaje de la-única-respuesta-correcta-posible. En efecto, si efectivamente el tribunal reconoce la capacidad *jurisgenerativa* que reside en la sociedad civil, el fenómeno del desacuerdo debería ser afrontado de un modo honesto en las sentencias, particularmente en aquellas que intervienen en conflictos complejos que generan fuertes divisiones sociales¹¹⁰. Se trata de lo que Kahan denomina *aporía*: un método de argumentación cuya característica principal implica el “reconocimiento de la complejidad”¹¹¹. Dese ese punto de vista, una aproximación *aporítica* a la resolución de controversias constitucionales debería dar cuenta de lo conflictivo del caso, de la existencia de un desacuerdo normativo explícito o implícito con otros poderes del Estado o con ciertos sectores de la sociedad civil. Ello no implica que el tribunal se vea paralizado por la existencia de ese desacuerdo: incluso en esos casos la Corte puede actuar *jurispáticamente* y resolver la controversia en el caso concreto. Pero al explicitar el desacuerdo se abre la puerta a reconsideraciones a futuro de cara a posibles cambios de circunstancias y se trata con mayor respeto a quienes sostienen —y seguirán sosteniendo— visiones contrapuestas.

Esto permitiría, por ejemplo, evitar caer en el *mito del redescubrimiento* para explicar ciertos cambios jurisprudenciales. Así es como Ackerman llama al mecanismo de mediación por el cual ciertos operadores jurídicos explican cambios constitucionales que se produjeron de modo informal¹¹². Por ejemplo, este mecanismo permite que hoy todos

113

110. Puede ponerse como ejemplo de este tipo de casos a controversias como el aborto, la eutanasia, el casamiento entre personas del mismo sexo, el uso de drogas, los alcances del principio de igualdad, entre otras.

111. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 62 (2011).

112. BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS*, pág. 43 (1991) (donde explica que el advenimiento del New Deal y de un Estado nacional activista e intervencionista en lo económico “es mediado por

vean con claridad que la Enmienda XIV a la Constitución de Estados Unidos establece un principio igualitario que hace que las escuelas segregadas por la raza de los alumnos son y siempre fueron contrarias a la Constitución. Desde este punto de vista, *Plessy v. Ferguson*, el caso de 1896 que explícitamente las legitimó, estuvo mal decidido¹¹³.

La explicación es extremadamente pobre, oculta lo que realmente sucedió y mantiene de una forma injustificada la facultad de *decir* el derecho en el campo jurídico. En efecto, ella reduce años de injusticia a un simple error judicial, a una interpretación equivocada de una Corte conservadora. Pero al hacerlo, reafirma implícitamente la facultad de la Corte Suprema de actuar como la intérprete final y suprema de la Constitución, que incluye —ahora— la capacidad de rectificar errores del pasado. Esta lógica es problemática, principalmente, porque esconde el hecho incómodo de que la mayoría de los ciudadanos de los Estados Unidos vieron la intrínseca iniquidad de escuelas separadas por razas luego de largos procesos de cambios sociales, económicos y culturales en los cuales la Corte intervino de un modo relevante¹¹⁴. Sin embargo, esa intervención no estableció en la sociedad la visión de la *igualdad* que la Corte postulaba, como demuestra el largo proceso de resistencia que desató la sentencia¹¹⁵. Pero sí ayudó a establecerla.

Algo parecido sucedió con la cuestión del divorcio en la Argentina. Durante décadas rigió pacíficamente la ley de matrimonio civil, que permitía el divorcio en contadas situaciones y sin eliminar el vínculo matrimonial, lo que impedía contraer nuevas nupcias¹¹⁶. Sólo en 1987 el Congreso de la Nación, tras fuertes controversias, estableció el divorcio *vincular*; y lo hizo luego de que la Corte Suprema, siete meses antes en el caso *Sejeán*, declarase la inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil que establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial¹¹⁷.

La sentencia de la Corte se fundamentó en el mismo texto constitucional vigente en 1888 al momento de sancionarse la ley de matrimonio civil. ¿Es necesario sostener que la Corte en 1986 *finalmente* leyó correctamente la Constitución tras noventa y ocho años de persistir, al menos por omisión, en el error? No creo que ello sea necesario, como tampoco

114

un mito de resdescubrimiento —como si los padres fundadores hubieran previsto el plan de gobierno de Franklin Delano Roosevelt y hubieran estado sorprendidos al ver las grandes luchas que durante la década del treinta fueron necesarias para que el Estado de Bienestar tuviese legitimidad constitucional”).

113. *Plessy* forma una especie de *anticánon* del derecho constitucional estadounidense junto a casos como *Drad Scott*, *Lochner* y *Korematsu*. Cfr. Jamal Greene, *The Anticanon*, 125 HARV. L. REV. 379 (2011).

114. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Caso Brown v. Board of Education* (1954).

115. Sobre el punto, ver Reva Siegel, *El discurso de la Igualdad: Los Valores de la Antisubordinación y la Anticlasificación en las Luchas Constitucionales sobre el caso Brown*, en REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, AÑO 9, No. 1, pág. 83 (2008) y GERALD RONSENBERG, *THE HOLLOW HOPE. CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991).

116. Ley 2.393 (1888). “Artículo 67. Las causas de divorcio son las siguientes: / 1. Adulterio de la mujer o del marido; / 2. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice; / 3. La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos; / 4. La sevicia; / 5. Las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; / 6. Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean, tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal; / 7. El abandono voluntario y malicioso.”

117. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Sejeán*. Sentencia del 27 de noviembre de 1986.

creo que—desde un punto de vista explicativo de los procesos constitucionales— sea útil hablar de interpretaciones *correctas* o *equivocadas*. En la cuestión del divorcio la Corte Suprema democrática de 1986 pudo resolver *Sejeán* como lo hizo porque adelantó una lectura constitucional que iba en línea con cierto clima de época y porque la sociedad argentina no era, simplemente, la misma que cuando se sancionó la ley de matrimonio civil a fines del siglo diecinueve. *Sejeán* fue un paso importante para establecer el divorcio vincular, pero la sentencia resiste el paso del tiempo como lectura correcta de la Constitución porque ella fue aceptada por el Congreso Nacional y por la sociedad argentina. En esa aceptación puede intuirse, si no verse con claridad, el lento proceso social a través del cual se construyen cooperativamente ciertos significados jurídicos. Lo mismo, por cierto, está sucediendo con el matrimonio igualitario y seguramente sucederá con otras cuestiones que producen fuertes divisiones en la sociedad argentina¹¹⁸.

Entiendo que el abandono del discurso esencialmente *juricéntrico* de interpretaciones *correctas* y *equivocadas* en el marco de casos que generan fuertes controversias sociales ubicaría a la Corte en un rol más cercano a la sociedad y la mostraría consciente de que su intervención se da en un contexto histórico determinado. Este último punto me parece importante en relación al abandono de la idea de finalidad o supremacía. En efecto, cuando las lecturas constitucionales se anuncian como *la única respuesta correcta* se ofrece una interpretación por fuera de la historia que evita referir expresamente al hecho evidente de que las valoraciones de *correctas* o *incorrectas* sólo pueden postularse en un momento histórico determinado y sólo en relación a ese momento. El tribunal no parece reconocer la posibilidad de que en un futuro—más lejano o más cercano— la lectura que hoy es *correcta* sea considerada una aberración jurídica, como sucedió—por ejemplo— con el caso *Plessy*. Si ello ocurre no será porque magistrados más sabios leerán *mejor* la Constitución, sino porque las circunstancias históricas habrán cambiado lo suficiente para sustentar como correcta una lectura constitucional alternativa.

115

Una visión de este estilo trata con más respeto a los sectores de la sociedad civil que mantienen vivo el desacuerdo sobre determinado asunto, ya que admite la posibilidad de que ellos sean exitosos en su resistencia a la actividad jurispática del Estado. En general, sin embargo, la Corte no avanza por ese camino.

En el ya mencionado caso *Sejeán*, por ejemplo, el tribunal hizo referencia explícita a la cuestión del paso del tiempo. En efecto, la mayoría en dicha oportunidad habilitó el divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevas nupcias “al margen de que otros hombres y en otras épocas hayan estatuido el régimen legal en cuestión y que el mismo puede entonces haber sido un criterio legislativo adecuado...”¹¹⁹.

118. Por supuesto, ante esta clase de cambios siempre es posible un *backlash*: una reacción de los sectores que se oponen a la visión que aparentemente ha triunfado y que inician campañas de distinto tipo para restablecer la suya propia. Ejemplos de esto pueden verse en los Estados Unidos con los grupos pro tenencia de armas (que lucharon exitosamente contra leyes de control de armas) y con grupos opuestos al aborto (que lograron que la Corte restringiese el alcance del derecho al aborto reconocido en 1973 veinte años después, en el caso *Casey v. Planned Parenthood*).

119. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Sejean*. Sentencia del 27 de noviembre de 1986.

La Corte, en ese momento, estaba hablando desde la *actualidad* a un tiempo pasado impreciso en el que la lectura constitucional era diferente. Pero si bien eso la habilita para analizar el caso en el contexto actual sin necesidad de hacer mayores referencias a la más o menos pacífica convivencia de la ley de matrimonio civil con la Constitución por casi cien años, el tribunal no adopta la misma actitud de cara al futuro. En efecto, el tribunal no hizo referencia alguna a la fuerte oposición que había en ese momento a esa medida en sectores católicos. La Corte dictaminó sobre el significado *correcto* de la Constitución con la seguridad de quien hace un análisis químico, sin admitir la posibilidad de que quienes se oponían al divorcio vincular pudieran imponer su visión constitucional y resistir el impulso de la Corte Suprema por otros medios.

La historia, en este caso, encontró al tribunal del lado que finalmente logró imponer su visión sobre el asunto (o que incluso ya había logrado imponerla). Pero en otros casos, la Corte quedó en *off-side* gracias al discurso del juez *herculeano*. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *Portal de Belén*, en el que el tribunal prohibió la venta de la llamada *píldora del día después* por ser –supuestamente– abortiva. Allí la Corte se pronunció sobre una cuestión sumamente controversial sin referir en ningún momento al argumento sobre la autodeterminación reproductiva de las mujeres. La forma en que el voto de la mayoría está redactado es extremadamente significativa: el tribunal recorre una serie de citas científicas para probar que la vida comienza con la concepción, pero en ningún momento analiza los argumentos constitucionales *a favor* de la interrupción voluntaria del embarazo. No muestra ningún tipo de deferencia hacia esa posición, siquiera reconociéndola o rebatiéndola. Simplemente la ignora. Pero en esta cuestión el tribunal –como es lógico– tampoco pudo poner fin a la controversia, como lo demuestra el hecho de que la cuestión del *aborto* se sigue discutiendo y la llamada píldora del día después está disponible en las farmacias: bastó con que el laboratorio cambiara el nombre de la medicina para sortear una objeción judicial de escasa efectividad y legitimidad social¹²⁰.

En conclusión, un cambio de *narrativas* puede parecer poca cosa, pero no lo es. Cuando en los casos *difíciles* la Corte reconoce el desacuerdo social que existe sobre determinado tema, habilita expresamente su discusión por los caminos –pobres, problemáticos– existentes. Eventualmente, la habilita también a cambiar de posición si ese proceso la convence de que la lectura constitucional que debe prevalecer es la contraria, sin necesidad de recurrir a una lógica de *aciertos* o *errores* que no se sostiene en consideraciones de “objetividad” constitucional sino que depende de cierta correlación entre su lectura constitucional y la de la ciudadanía organizada y los demás poderes.

b. La apertura hacia el desacuerdo con los demás poderes

Del mismo modo, si la Corte tomara en serio el proceso en el que ella interviene, también debería reconocer la posibilidad de que los otros poderes, a diferencia de la

120. Sobre la discusión del aborto, ver Diario Clarín. *El debate por el aborto dio un primer paso en diputados*. 2 de noviembre de 2011. Diario La Nación. *Tibio avance del aborto en el Congreso*. 2 de noviembre de 2011. Sobre *el día después* del caso Portal de Belén, la droga alcanzada por la orden judicial se llamaba *Imediat*. El laboratorio cambió su nombre por *Imediat N* y sorteó la objeción legal. Agradezco este dato a Gustavo Arballo.

reacción del Congreso a *Sejeán*, no estén de acuerdo en su interpretación de la Constitución. Sin embargo, en general, el tribunal tampoco explicita esa posibilidad.

Veamos por ejemplo qué sucedió en el caso *ATE c. Ministerio de Trabajo*, en el que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 41.a de la ley 23.551, que restringe la representación de los trabajadores a delegados de los sindicatos con “personería gremial”¹²¹. Se trataba del corte parcial de un conflicto más amplio, que excede largamente al caso concreto y que se vincula con un reclamo de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) a favor de una organización sindical que respete los estándares de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La posición de la CTA es contraria a la que sostiene la Confederación General del Trabajo (CGT), que defiende el monopolio de representación sindical que la ley consagra actualmente.

Al resolver el caso *ATE*, la Corte se alineó con la interpretación avanzada por la CTA pero, en el limitado marco del caso concreto, resolvió de un modo conservador sin involucrarse de lleno en la controversia de fondo¹²². Al hacerlo, el tribunal no *reconoció* la existencia de una visión contraria en el poder ejecutivo que sostiene al sistema vigente, y no se refirió a esa diferencia. Desde el punto de vista del diálogo democrático del que hablan Post, Siegel y Friedman, éste es un hecho notable que puede explicarse en las características formales del sistema de control judicial y en la aplicación de lo que Alexander Bickel llamaba *virtudes pasivas*¹²³. Al pronunciarse de esta forma, el tribunal no *interpela públicamente* al poder ejecutivo o al Congreso en términos de derechos. La Corte lanza su interpretación al mar dentro de una botella: un mensaje que puede —o no— llegar al destinatario dependiendo de hacia dónde vaya la corriente. Esto no sería problemático, por ejemplo, para Prakash y Yoo, quienes desde una visión departamentalista sostienen que la Corte debe ser obedecida en cada caso concreto, pero que sus interpretaciones no son obligatorias para los demás poderes¹²⁴. El problema de esta visión es que reduce al tribunal a un ente encargado de resolver conflictos individuales, una función que no sólo es muy poco atractiva desde el punto de vista del diálogo democrático, sino que —como vimos— no es la que nuestras prácticas y dinámicas constitucionales exigen de la Corte Suprema¹²⁵.

Pero si bien en este tipo de control judicial no existe una interpelación clara, precisa y pública a los poderes políticos, ello no impide que se produzcan interacciones con ellos. Éstas dependen de la buena o mala voluntad del poder político, del respeto que éste tenga

117

121. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo*. Sentencia del 11 de noviembre de 2008.

122. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo*. Sentencia del 11 de noviembre de 2008. En efecto, el tribunal resolvió “devolver” la causa a fin de que “por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente” (Cdo. 10).

123. Cfr. ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962). En este clásico del derecho constitucional de los Estados Unidos, Bickel explica que la judicatura puede restringir su intervención de un modo que facilita sus relaciones con otros poderes.

124. Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005).

125. Esto es lo que es especialmente problemático desde el punto de vista del *constitucionalismo popular*, ya que ésta es una teoría que busca rescatar las prácticas constitucionales del pueblo o la ciudadanía.

hacia la Corte, de la legitimidad de ésta de cara a la sociedad y de la continuación del litigio estratégico sobre el problema de fondo. La actitud del poder ejecutivo ante el caso *ATE* resulta, desde este punto de vista, significativa.

El ministro de Trabajo Carlos Tomada consideró que se trató de “un caso muy particular, no es prudente una extrapolación. (...) [Es] un conflicto entre ellos”, es decir, entre los dos sindicatos parte del proceso¹²⁶. Ante el rechazo de la CTA a esos argumentos¹²⁷, Tomada se retractó y pidió “tiempo”¹²⁸. Unos meses después, el ministro de Trabajo indicó a la CGT que “no podía garantizar” que la Corte no vuelva a emitir fallos a favor de la libertad sindical, y señaló que es un tema que debe resolver el movimiento obrero¹²⁹. Según reportes periodísticos, en esa conversación el secretario general de la CGT expresó su preocupación por varios casos que la Corte tenía en agenda¹³⁰, y habría reclamado al ministro que éste “hable” con la Corte, pero el pedido habría sido rechazado por el funcionario¹³¹. Casi un año después del fallo de la Corte en el caso *ATE*, el ministro Tomada indicó que el reclamo de personería gremial de la CTA “está radicado en un expediente y tiene sus dificultades”¹³². Las declaraciones de Tomada son enormemente relevantes, e indican que él es muy consciente de cómo siguen las interacciones con la Corte Suprema iniciadas a partir de lo resuelto por el tribunal en el caso *ATE*: habrá que esperar otros casos, y mientras el poder ejecutivo pueda, resistirá un cambio legal que afectará las bases de su política sindical y de alianzas políticas.

118

Este tipo de control judicial, que sin duda es el preponderante, presenta serias limitaciones desde el punto de vista de la construcción social del derecho, ya que restringe la capacidad de la sociedad civil de *hacerse oír* por medio de esa vía¹³³. Desde este punto de vista, una visión más respetuosa de las relaciones dialécticas que se producen entre quienes ejercen el derecho como *significado* y las instituciones *jurispáticas* exige que éstas últimas traten con más respeto a sus interlocutores, y les permitan, además de *hacerse oír*, obtener una respuesta a sus propios significados.

Por ello, la decisión en el caso *ATE* hubiera sido más significativa si el tribunal hubiese reconocido la existencia de una visión contraria en el Poder Ejecutivo y lo hubiera interpelado a ofrecer razones públicas de esa posición. Ello hubiera habilitado la continuación del debate no a través de un lento proceso de *tira y afloje* entre el ejecutivo y el poder judicial —que generalmente ocurre fuera de la vista del público en general— sino a través de caminos que incorporasen mayores componentes deliberativos en las interacciones entre el tribunal y los demás poderes.

126. La Nación. *El Gobierno minimizó el fallo que dispone la libertad sindical*. 11 de noviembre de 2008.

127. Notife. *Ofensiva de la CTA para que el Gobierno reconozca a la central*. 13 de noviembre de 2008.

128. Clarín. *Tomada le pidió tiempo a la CTA para responder sobre la personería*. 15 de noviembre de 2008.

129. La Nación. *Hay tensión en la relación entre la CGT y el Gobierno*. 11 de marzo de 2009.

130. iProfesional. *Preocupa a la CGT inminente fallo contra el monopolio sindical*. 17 de marzo de 2009.

131. La Nación. *Hay tensión en la relación entre la CGT y el Gobierno*. 11 de marzo de 2009.

132. MDZ. *El Gobierno admitió dificultades para dar personería a la CTA*. 16 de octubre de 2009.

133. Jorge Sebastián Elías, *Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad* en ROBERTO GARGARELLA (COORD.), *LA CONSTITUCIÓN DEL 2020*, págs. 295 y ss. (2011) (donde ofrece algunas ideas sobre el control judicial de constitucionalidad que incluyen la visión de que éste permite satisfacer el derecho de los ciudadanos a hacerse oír por medio de interpelaciones al poder judicial).

c. ¿*Vientos de cambio*?

Pero más allá de que sería deseable que la Corte Suprema afronte con candor la existencia de posibles desacuerdos, lo cierto es que en los últimos años es posible ver indicios de una mayor apertura del tribunal a la ciudadanía y los demás poderes, lo que podría significar que el tribunal ha empezado a cambiar la forma en que se ve a sí mismo.

Los cambios vinculados a una mayor apertura a la ciudadanía pueden verse en la adopción de reformas procesales tales como las audiencias públicas¹³⁴ y los *amicus curiae*¹³⁵. Esas medidas tienden a levantar el velo de opacidad que suele haber sobre los expedientes judiciales, abriendo el tribunal a la sociedad, especialmente a los sectores de ella que desean interpellarla en términos de derechos, ya sea con un caso en el que es parte o con escritos de *amicus curiae*. En el mismo sentido va la ampliación de la legitimación activa reconocida por la Corte en el caso *Halabi*. En conjunto, este tipo de medidas y decisiones parecen indicar que el tribunal pretende asumir un rol diferente, más vinculado con lo que la sociedad pide de ella que con las palabras que componen al artículo 116 de la Constitución. Sin embargo, a varios años de ese impulso inicial, cabe señalar que esas políticas han perdido mucha fuerza.

Por otro lado, los cambios en materia de *remedios* vistos en los últimos años señalan hacia una mayor deferencia de la Corte hacia los otros poderes. Basta mencionar algunos casos para ejemplificar esos cambios. En *Badaro I*, por ejemplo, el tribunal debía lidiar con un reclamo más entre miles de un jubilado que pedía que se actualizarán sus haberes jubilatorios¹³⁶. De una forma relativamente heterodoxa, la Corte instó al Congreso y al poder ejecutivo a sancionar un régimen de movilidad “en un plazo razonable”. El tribunal consideró que no le correspondía a él establecer el monto específico de movilidad, ya que ello requiere una “evaluación cuidadosa y medidas de alcance general”, en contraposición a su jurisdicción limitada al caso concreto. La reacción inmediata del Poder Ejecutivo fue establecer en la ley de presupuesto un aumento de los haberes jubilatorios del orden del trece por ciento¹³⁷. La Corte consideró que esa respuesta no era satisfactoria, y volvió a intervenir en el caso *Badaro II*, donde fijó un criterio de movilidad. Pero lo hizo con mucha cautela: destacó que sus consideraciones se limitaban a la situación concreta que le tocaba resolver y reiteró su exhortación a los poderes políticos para que den una solución definitiva: “[E]sta Corte considera que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional. Una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además

119

134. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 30/2007.

135. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 28/2004.

136. Cfr. Diario Clarín. *Las demandas de jubilados contra la ANSeS ya suman 465.000 casos*. 25 de mayo de 2011. Cfr. Diario Clarín. *La ANSeS insiste en apelar los fallos favorables a jubilados*. 13 de noviembre de 2010. Diario Clarín. *Harían falta 17 años para pagar todos los juicios de los jubilados*. 20 de diciembre de 2010. Diario Clarín. *La ANSeS apela cada vez más para no pagar el ajuste a los jubilados*. 6 de febrero de 2011. Diario Clarín, *Los jubilados inician 480 juicios por día para ajustar sus haberes*. 16 de octubre de 2011.

137. Diario La Nación. *Aún no conforma a la Corte el aumento para los jubilados*. 13 de septiembre de 2006. Diario Clarín. *El aumento de las jubilaciones pasa otra vez a la Corte Suprema*. 8 de febrero de 2007.

de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial"¹³⁸. Casi un año después el Poder Ejecutivo promulgó la ley 26.417 de *Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público*. Esta norma establecía un índice de movilidad que incorporaba la variación de los recursos tributarios en su fórmula¹³⁹.

En *Verbitsky* la Corte se enfrentó con la situación de hacinamiento en las cárceles y las comisarías de la Provincia de Buenos Aires¹⁴⁰. Allí el tribunal fijó algunos estándares más claros para resolver el caso, y ordenó a la Suprema Corte provincial la adopción de medidas para hacer cesar la detención de personas en comisarías. Asimismo, solicitó información, exhortó a los poderes ejecutivo y legislativo a modificar la legislación procesal y ordenó al poder ejecutivo provincial a formar una "mesa de diálogo" que convoque a distintas partes del conflicto para arribar a una solución a este problema.

El caso *Mendoza* muestra, tal vez, el caso en el que el tribunal fue más lejos en materia de remedios. Allí el tribunal debía resolver sobre el problema ambiental de contaminación de la cuenca del Riachuelo. La Corte pidió información, involucró a actores como la Universidad de Buenos Aires y convocó a los gobiernos de tres jurisdicciones distintas a dar explicaciones, brindar información y colaborar en un plan de saneamiento del río contaminado¹⁴¹.

120 En el reciente caso *Fuentes* sobre aborto no punible la Corte conminó a otros poderes —especialmente a los ejecutivos provinciales— a no obstruir la aplicación del artículo 86 del Código Penal y a sancionar las normas que sean necesarias para permitir a las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación acceder al derecho al aborto¹⁴².

En todos estos casos la Corte cruzó los límites del *caso concreto* y ajustó su resolución para resolver un problema estructural que lo excede, razón por la cual involucró en la solución de dichos problemas a los demás poderes. Los casos muestran a un tribunal dispuesto a deferir a ciertos criterios de los demás poderes pero sólo en relación a los *medios* por los cuales se va a cumplir el principio constitucional determinado por la Corte, no en relación al principio en sí. Para decirlo de otra manera: en estos casos la Corte no parece estar aceptando la posibilidad de desacuerdo con otros poderes, pero sí el rol que ellos tienen en arribar a soluciones generales a problemas complejos.

Desde este punto de vista es posible ver diferencias entre las aproximaciones tradicionales de casos como *ATE* a los gestos heterodoxos mostrados en casos como *Badaro I*, *Mendoza*, *Verbitsky* o *Fuentes*. En efecto, en el control tradicional visto en *ATE*,

138. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Badaro II, sentencia del 26 de noviembre de 2007, cdo. 24.

139. La Nación. *Ya es ley el polémico aumento automático de las jubilaciones*. 2 de octubre de 2008.

140. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Verbitsky, Horacio*. Sentencia del 3 de mayo de 2005.

141. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional*. Sentencia del 20 de junio de 2006.

142. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso FAL*. Sentencia del 13 de marzo de 2012. Escribí un breve trabajo sobre este fallo desde la perspectiva desarrollada en este artículo. Ver Ramiro Álvarez Ugarte, *Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso "F, A.L." sobre aborto no punible*, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial (Coord. Roberto Gargarella). 11 de julio de 2012.

en *Sejéán* y en *Portal de Belén*, la Corte Suprema se pronuncia con seguridad sobre el significado del derecho, sin aceptar explícitamente posibles desacuerdos. Pero lo hace en el ámbito limitado del caso concreto, que no tiene consecuencias directamente extrapolables a otros casos o situaciones similares. En los casos *Badaro I*, *Verbitsky*, *Mendoza* y *Fuentes*, el tribunal fue más allá. Si bien reiteró su interpretación autoritativa de la Constitución, a la hora de buscar soluciones al problema de fondo buscó la colaboración de los demás poderes. Esto muestra, a una corte dispuesta a reconocer el rol en la protección de derechos de los demás poderes pero que retiene para sí el monopolio de la interpretación constitucional.

Tanto la apertura de expedientes a terceros por medio de audiencias públicas y la figura del *amicus curiae* como la promoción de remedios heterodoxos son iniciativas significativas. Pueden ser, tal vez, los primeros signos tímidos de un lento viraje en la forma en que la Corte Suprema se relaciona con los demás poderes y con la sociedad civil. Suponiendo que ese cambio efectivamente se está produciendo, ¿qué lo causó?

Entiendo que esa causa debe buscarse en la forma en que la Corte fue interpelada en los últimos años por distintos actores sociales que supieron buscar en ella —y encontraron, en muchos casos— a un interlocutor válido en la promoción de sus agendas. En efecto, en los últimos veinte años, en la Argentina y muchos países de la región, se ha visto un incesante aumento de lo que podríamos llamar “activismo legal”, es decir, de grupos de la sociedad civil que promueven determinadas agendas de reforma que buscan cambios legislativos y de políticas públicas¹⁴³. Dichas intervenciones recurren, muchas veces, al litigio como modo de interpelar a las estructuras estatales, especialmente a los poderes políticos. La intervención que piden de los jueces en general y de la Corte en particular es muy diferente a la que prevé la Constitución, y la Corte parece haber tomado nota de ello.

121

2. La sociedad civil

Si ello es cierto, corresponde entonces preguntarse qué significaría para la sociedad civil abandonar la idea de que la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución. Entiendo que la respuesta en este caso debe ser más breve y tal vez ya se intuya: la sociedad civil organizada que recurre a los tribunales ha sido la primera en comprender que los jueces pueden tener intervenciones significativas en los debates de los temas que integran las agendas de las distintas organizaciones, pero que nunca pueden ser la única vía para avanzar sus reclamos.

143. Ver, por ejemplo, Cfr. Catalina Smulovitz & Enrique Peruzzotti, *Social Accountability in Latin America*, 11 J. OF. DEMOCRACY 147 (2000) y Catalina Smulovitz, *Judicialización y Accountability Social en Argentina*. Trabajo presentado en el XXII International Conference de la Latin American Studies Association – Washington D.C. Septiembre de 2001; Víctor Abramovich, *Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales* y Francisca Pou Giménez, *Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo*, ambos en RODRÍGUEZ GARAVITO (Coord.), *EL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UN MAPA PARA EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XXI* (2011).

Por ejemplo, la CTA en el caso *ATE* celebró el fallo, pero la sentencia no la llevó a abandonar las otras estrategias de incidencia que llevaba adelante. Por eso, mantuvo un doble frente abierto ante distintos actores estatales, y no renunció a la movilización, al reclamo por los medios de comunicación y las peticiones al legislativo y al ejecutivo. Lo mismo hizo la Federación Argentina LGBT que mientras promovía la reforma del Código Civil en el Congreso para incorporar el matrimonio igualitario al Código Civil, mantenía una causa abierta que ya había llegado a la Corte Suprema en la cual se pedía la inconstitucionalidad del régimen vigente en ese momento, una causa que había recibido el apoyo de distintos sectores de la sociedad civil por medio de la presentación de numerosos *amicus curiae*¹⁴⁴. La FALGBT promovió una estrategia doble: cabildeo y litigio, dos formas diferentes de interpelar a las instituciones y promover reformas legales. Una de ellas dio frutos antes que la otra, pero podría haber sucedido al revés.

Como expliqué en la primera parte, la dialéctica que se desarrolla entre el derecho en tanto que *significado* y derecho como herramienta de *control social* se desenvuelve en el marco de distintas interacciones. Muchas de ellas involucran al Estado y a la sociedad civil. Como puede observarse en los casos de la CTA y la FALGBT, el litigio se convierte en un modo de interpelar a las estructuras estatales. Es un *medio* para despertar ciertas respuestas en los demás poderes, pero no es el único.

122 Ese tipo de interpelaciones de la sociedad civil al Estado se vinculan muy poco con una aproximación tradicional al control judicial de constitucionalidad. En efecto, en contextos donde el litigio se utiliza estratégicamente, el caso concreto es sólo una excusa para activar ciertas respuestas, para obtener victorias tácticas en el plano discursivo y para conquistar posiciones estratégicas en lo que podríamos llamar una verdadera guerra de posiciones.

Por ello, entiendo que de las prácticas de la sociedad civil surge claramente que, al menos sus sectores más organizados y profesionalizados, entienden perfectamente el rol que asume la Justicia en determinadas controversias normativas. Ellos saben que el camino judicial presenta oportunidades y limitaciones, algo que Scheingold señaló claramente en *The Politics of Rights* hace más de treinta años. "Si el litigio puede cumplir un rol redistributivo, puede ser un agente de cambio. Si no, su utilidad política debe ser fuertemente cuestionada. Esta aproximación política nos lleva a una aproximación escéptica hacia los derechos (...) [ellos son] objetivos de políticas públicas establecidos por la autoridad y recursos políticos de valor desconocido en las manos de quienes quieren modificar las políticas públicas"¹⁴⁵. Desde este punto de vista, en manos de la sociedad civil, los derechos deben ser articulados con otros recursos (movilizaciones, capacidad de incidencia mediante el cabildeo, etcétera) para promover agendas de cambio. Por ello, la sociedad civil organizada sabe que la estrategia judicial *nunca* puede ser la única estrategia posible, ya que en determinado tipo de casos va a ser imprescindible incidir en los demás poderes incluso cuando se obtenga una sentencia favorable. Esos sectores ya no ven en el poder judicial a sabios *herculeanos* que encuentran la *única-respuesta-correcta-posible*,

144. El caso era *Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/ medidas precautorias*. Luego de la sanción de la ley de matrimonio igualitario, el caso se volvió abstracto.

145. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS*, págs. 6 y 7 (2004, 2ª Edición).

sino que encuentran a un conjunto heterogéneo de actores que *interviene* en determinados conflictos de diferentes formas.

IV. Conclusión

En la primera parte analicé los procesos sociales de construcción del derecho, que entiendo incompatibles con una visión que postula que la Corte Suprema es, en un sentido relevante, la intérprete final de la Constitución. Ello me llevó a analizar las distintas interacciones que se producen entre los actores que participan del proceso social de construcción de significados jurídicos, principalmente las que se dan luego de que interviene la Corte. Algunos aspectos de ese proceso me resultan atractivos porque facilitan, siquiera imperfectamente, la *resistencia* a las instituciones jurispáticas. Pero los caminos existentes son poco aptos para lidiar con desacuerdos normativos: ensayé críticas en ese sentido y exploré brevemente algunos motivos que explican por qué nuestras instituciones son como las conocemos. Finalmente, propuse pensar en qué efectos prácticos puede tener abandonar la idea de finalidad de la Corte Suprema, y me concentré en analizar cómo ello podría impactar en las narrativas de la Corte Suprema y de la sociedad civil. Sostuve que el tribunal debería modificar la forma en que lee la Constitución y debería reconocer la existencia de procesos complejos en los que ella interviene, pero no resuelve definitivamente. Asimismo, sostuve que ella también debería explicitar la existencia de desacuerdos normativos con otros poderes, y presenté indicios de posibles cambios que parecen seguir estas intuiciones. Finalmente, señalé como la sociedad civil, en su vertiente más organizada y profesionalizada, parece haber asignado ese rol a la Corte Suprema hace mucho tiempo.

123

* * *

El presente trabajo se inserta, como sostuve al principio, en una tendencia del constitucionalismo norteamericano conocida como “constitucionalismo popular” o “democrático”. No fue mi intención traer una discusión de afuera acriticamente, sino partir de ciertas premisas teóricas que estimo válidas para analizar las prácticas de nuestras instituciones hoy en día. El marco teórico mencionado ofrece un campo rico para investigaciones que partan de cierta mirada favorable al rol de los ciudadanos en el autogobierno colectivo. Sin embargo, hasta el momento, el constitucionalismo popular o democrático ha sido incapaz de articular una visión clara de su propuesta teórica, circunstancia que se le ha achacado varias veces¹⁴⁶.

146. Cfr. Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005) (“En el núcleo del libro de Kramer hay una proposición aparentemente simple y ‘popular’: que el pueblo por sí mismo debe decidir el significado de la Constitución. Sorprendentemente, sin embargo, Kramer nunca clarifica qué significa ello”). Ver también Tom Donnelly, *Making Popular Constitutionalism Work*, WISCONSIN L. REV. 2012, HARVARD PUBLIC LAW WORKING PAPER No. 11-29. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1962580>.

En parte, creo que ello es consecuencia de un excesivo apego a la historia, prácticas y experiencias de los Estados Unidos. Ese provincialismo, común a casi toda la academia de ese país, fue un obstáculo que hasta ahora ha impedido llevar las intuiciones a terrenos teóricamente sólidos desde el punto de vista del diseño institucional¹⁴⁷. Hasta ahora, y desde mi punto de vista, los desarrollos más satisfactorios que buscan llevar las intuiciones del constitucionalismo popular o democrático a la práctica en los Estados Unidos no pasan de cierto *departamentalismo* o afirmaciones de la supremacía del Parlamento: viejas ideas que vuelven a relegar al *pueblo* al acto de votar cada dos años. Incluso el desarrollo de las visiones *dialógicas* del control judicial de constitucionalidad fundadas en modelos constitucionales europeos se concentran, en mi opinión excesivamente, en el funcionamiento de las instituciones representativas, sin prestar debida atención al rol del pueblo —a través de la sociedad civil organizada— en los procesos de diálogo y debate sobre nuestras controversias normativas¹⁴⁸.

124

Creo que desde ese punto de vista, y en parte como consecuencia de nuestra posición periférica, América Latina ofrece oportunidades para pensar las intuiciones del constitucionalismo popular o democrático por fuera del *corset* institucional del país donde esta articulación teórica se originó. En efecto, aquí las instituciones no son un mito intocable: ellas admiten cuestionamientos y posibles modificaciones como muestra —por ejemplo— la experiencia de Colombia a comienzos de la década del noventa. Por ello es posible pensar en diseños institucionales que mejoren la forma en que lidiamos con nuestros desacuerdos normativos, que sean alternativas más democráticas que incentiven la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Como sostuve antes, es posible llegar a ese objetivo por varios caminos¹⁴⁹. En este trabajo decidí concentrarme en pensar cómo abandonar la idea de *finalidad* podría impactar en la forma en que *contamos* el derecho constitucional, con un especial énfasis en las narrativas de la Corte Suprema en tanto que actor interpelado en términos de derechos por la sociedad civil.

Dicho esto, no deja de ser curioso que partiendo de una concepción *populista* del derecho constitucional postule una posición que se parece bastante a una defensa del control judicial¹⁵⁰. Sin embargo, entiendo que ello es compatible, y no contradictorio, con los postulados básicos del constitucionalismo popular o democrático. En efecto, esta vertiente teórica se desarrolló por oposición a prácticas de instituciones elitistas o poco representativas, entre las cuales se destaca la Suprema Corte. Así, el constitucionalismo

147. Tom Donnelly, *Making Popular Constitutionalism Work*, WISCONSIN L. REV. 2012, HARVARD PUBLIC LAW WORKING PAPER NO. 11-29. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1962580>.

148. Cfr. Linares, op. cit.; Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. 51 (2004).

149. Las posibles reformas constitucionales fue un camino que dejé a un lado en este trabajo. En los últimos años hemos visto muchas reformas que quisieron democratizar el poder o alcanzar democracias "participativas". Bolivia, Ecuador y Venezuela son tres ejemplos claros. En los últimos años, a la vez, vimos por lo menos que esos caminos presentaron limitaciones u obstáculos claros a la democratización real del poder, muchas veces profundizando, más que limitando, los sistemas presidencialistas de la región (Cfr. Rodrigo Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en RODRÍGUEZ GARAVITO (Coord.), *EL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UN MAPA PARA EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XXI* (2011).

150. Este punto me fue señalado por Demián Zayat.

popular quedó invariablemente conectado con la cuestión de la *dificultad contramayoritaria* en el contexto de los Estados Unidos, y esa vinculación impuso sobre las intuiciones del constitucionalismo popular una limitación de la cual nosotros —desde la periferia— no tenemos por qué hacernos cargo¹⁵¹. Desde este punto de vista, entonces, entiendo que es posible reivindicar las intuiciones del constitucionalismo popular desde una mirada igualitaria y democrática que incluya algún tipo de control judicial de constitucionalidad. Entiendo que esto es así por dos motivos.

En primer lugar, gran parte del argumento en contra del control judicial de constitucionalidad se desarrolla en el contexto de democracias consolidadas con sistemas políticos que funcionan relativamente bien. En efecto, una de las principales críticas al control judicial de constitucionalidad asume presupuestos extremadamente abstractos e ideales, que son simplemente imposibles de encontrar en América Latina. En contextos como el nuestro de hiperpresidencialismo y parlamentos más o menos débiles, las objeciones planteadas por los críticos estadounidenses del control judicial de constitucionalidad (entre ellos, a los constitucionalistas populares) deben ser, por lo menos, tomadas con pinzas¹⁵².

En segundo lugar, si la Corte Suprema inició efectivamente cierto *viraje* en su aproximación al control judicial de constitucionalidad, lo hizo como consecuencia de la forma en que ella fue interpelada. Fue la sociedad civil organizada la que promovió ese cambio, por medio de los permanentes requerimientos al poder judicial expresados en sus estrategias de litigio. El aumento en las últimas décadas en América Latina de las estrategias de incidencia basadas en discursos y herramientas eminentemente jurídicas resulta significativo, y no debe ser desestimado livianamente.

Desde este punto de vista, resulta plenamente acorde con las intuiciones del constitucionalismo popular mostrar cierta deferencia a las prácticas constitucionales realmente existentes que se originaron en la ciudadanía. A fin de cuentas, eso es lo que postula Kramer al rescatar ciertas prácticas del siglo XIX en los Estados Unidos. Entiendo que esas mismas intuiciones que mueven al constitucionalismo popular en los Estados Unidos deberían llevarnos a respetar las prácticas que en la América Latina del siglo XXI son avanzadas desde distintos sectores de la sociedad civil organizada. Ellas son, seguramente, problemáticas y contradictorias, y no está todo dicho sobre ellas ni sobre las voces ausentes en estas interpelaciones. Por ello es que existe un enorme campo de investigación poco explorado por la academia latinoamericana en general y por la argentina en particular. Sin embargo, esas prácticas existen y merecen ser tenidas en cuenta, ya que representan al menos un corte parcial de lo que el *pueblo* hace con su Constitución. Y eso no es poca cosa.

125

151. Cfr. Juan González Bertomeu, *Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 LEGAL THEORY 81, PÁG. 93 (2011).

152. Este punto es presentado en forma exhaustiva por González Bertomeu en Juan González Bertomeu, *Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 LEGAL THEORY 81, PÁG. 93 (2011).

