

Tareas pendientes para un constitucionalismo popular latinoamericano

Ramiro Álvarez Ugarte¹

Resumen

Este trabajo parte de una hipótesis: existe una distancia considerable entre el pensamiento y la realidad constitucionales en América Latina. Mientras en nuestros países se consolidan liderazgos fuertes más o menos populistas, gran parte de las reflexiones del llamado "neoconstitucionalismo" giran en torno a los derechos y las formas de implementarlos de manera efectiva a través de los tribunales. Se trata de dos alternativas --populismos y tecnocracias judiciales-- que relegan a los ciudadanos a un rol secundario y son, por lo tanto, muy poco atractivas. Algunos autores han buscado recorrer otro camino inspirándose en el llamado constitucionalismo popular desarrollado en los últimos años por académicos de los Estados Unidos. Estas teorías buscan rescatar el rol del "pueblo" en el auto gobierno colectivo. Este trabajo sugiere que ese camino es posible pero está plagado de dificultades. Recorrerlo exige comprender el núcleo duro de la teoría del constitucionalismo popular y democrático y liberarlo de sus aspectos más provinciales. En este sentido, existe una serie de tareas pendientes que es necesario abordar antes de poder utilizar las teorías del constitucionalismo popular de un modo efectivo para explicar nuestras propias realidades y contextos.

Palabras Clave

Constitucionalismo popular – América Latina – Teoría Constitucional

Abstract

This paper begins with a hypothesis: there is considerable distance between thought and constitutional reality in Latin America. While in our countries varying degrees of populist leaderships are consolidated, much of the reflections of the "neoconstitutionalism" revolve around rights and ways to implement them effectively through the courts. There are two alternatives – populisms and judiciary technocracies – that relegate citizens to a secondary role and are, therefore, very unattractive. Some authors have sought another path inspired by the so-called

¹ Doctorando en derecho en la Universidad de Columbia. Agradezco a los árbitros anónimos por los comentarios y sugerencias recibidas.

popular constitutionalism developed in recent years by academics from the United States. These theories seek to rescue the role of "the people" in the collective self-government. This work suggests that this path is possible but is fraught with difficulties. Going that way requires understanding of the core theory of popular and democratic constitutionalism and releases it from its more provincial aspects. In this regard, it exists a number of tasks that need to be addressed before using the theories of popular constitutionalism in an effective way to explain our own realities and contexts.

Key Words

Popular constitutionalism – Latin America – Constitutional Theory

América Latina es una región compleja y contradictoria. Experimentó en las últimas décadas un exitoso proceso de transición hacia regímenes democráticos y dejó atrás largos años de gobiernos dictatoriales o autocracias de diferente tipo. Las nuevas *democracias* han avanzado de la mano de reformas legales y constitucionales estructurales. Los derechos de los ciudadanos han aumentado gracias a ellas y a la consolidación del sistema interamericano de los derechos humanos como espacio de interacción común entre ciudadanos y estados de la región. Pero América Latina es también definida por la pobreza estructural y la violencia que padece. Es la región más desigual del mundo² y ello socava las bases mismas de las prácticas que supuestamente constituyen a las democracias como tales³. La iniquidad estructural que atraviesa a casi todos los países de la región es una desigualdad en acceso a recursos materiales, ciertamente, pero también políticos, culturales y sociales. Implica una desigual distribución del poder que nos obliga a evaluar bajo qué parámetros hablamos de *las democracias de América Latina*.

Este escenario hace que el hecho de la *desigualdad* deba ser objeto especial de reflexión por parte del pensamiento constitucional latinoamericano, un hecho sobre el cual ha insistido en numerosas oportunidades Roberto Gargarella⁴. Entiendo que uno de los focos principales de esa reflexión debe ser la desigualdad *política*, es decir, los distintos niveles de acceso a los procesos de toma de decisiones colectivas. Esta es una cuestión que excede pero que está estrechamente vinculada al acceso a recursos materiales mínimos para el ejercicio de la ciudadanía.

Desde mi punto de vista existe en la región cierta desconexión entre el pensamiento y la realidad constitucional. Mientras muchos países se inclinan hacia liderazgos hegemónicos y fuertes, gran parte de la reflexión que tiene lugar bajo la bandera del *neoconstitucionalismo* se preocupa por incrementar el control parlamentario y atenuar el presidencialismo, promover los derechos humanos de grupos minoritarios y

² Heraldo Muñoz, “Lessons from the Worlds Most Unequal Region” (discurso en Asamblea General de las Naciones Unidas, New York, Julio 2013).

³ El vínculo estrecho entre democracia y acceso a recursos mínimos ha sido señalado en numerosas oportunidades. Señalaría, por el momento, al argumento desarrollado por Hanna Arendt en *On Revolution*, donde destaca a la eliminación de la pobreza y la privación extrema como una de las condiciones que explica el éxito de la revolución norteamericana, sostenida en prácticas democráticas basada en una igualdad que --obviamente-- no alcanzaba a todos los habitantes de las colonias británicas. Ver Hannah Arendt, *On Revolution* (New York: Penguin Classics, 1986), especialmente el capítulo 2.

⁴ Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution* (New York: Oxford University Press, 2013), x.

fortalecer el control de constitucionalidad⁵. Esta desconexión es significativa: nos preocupamos por lo que hacen los jueces mientras en muchos países de la región los jueces no importan⁶ y es en esos países donde los cambios constitucionales fueron más radicales.

La alternativa de depositar nuestra fe en *presidentes* o *magistrados judiciales* es muy poco atractiva. Se trata de opciones que relegan a los ciudadanos a un lugar secundario, lo que sugiere que quienes están interesados en la igualdad en sentido amplio deberían buscar alternativas en otros lados. Una posibilidad es tratar de entender al derecho constitucional desde fuera de las instituciones estatales, para comprender lo que los ciudadanos de nuestros países hacen --o no hacen-- con sus constituciones. Con ese objetivo, algunos constitucionalistas en América Latina han recurrido al constitucionalismo popular y democrático de los Estados Unidos (en adelante, CPD) en búsqueda de puntos de apoyo sobre los cuales anclar miradas similares⁷. Ese camino es posible pero está plagado de dificultades que en este trabajo me interesa explorar. Procedo de la siguiente manera.

En la primera parte abordo la cuestión del *pueblo* en el derecho constitucional a partir de la tensión que existe entre la *soberanía popular* y la idea de *representación*. Esta tensión tiene al menos dos causas: una decisión de las primeras *elites* republicanas que miraban con desconfianza a la participación excesiva de los ciudadanos en los asuntos públicos, y una dificultad teórica vinculada a la asignación de un lugar activo y preponderante al pueblo en las sociedades modernas. Esa tensión subsiste en nuestras constituciones y se expresa muy bien en las miradas populistas que ponen al *pueblo* en el centro de la reflexión política pero en los márgenes de la *acción* política. Esta sección funciona a modo de presentación del problema e incluye un repaso elemental sobre las principales aristas del CPD.

En la segunda parte analizo las prácticas que estudia el CPD. Me enfoco, principalmente, en identificar vacíos teóricos y empíricos que son necesarios abordar para el desarrollo de un CPD latinoamericano. No me interesa, en general, señalar hacia puntos

⁵ Carlos Manuel Villabella Armengol, “Constitución y Democracia En El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, *IUS. Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 25 (2010): 49.

⁶ Sobre la cuestión de la independencia judicial y a modo de ejemplo, ver la investigación sobre el poder judicial en el Ecuador de Luis Pásara, “La Independencia Judicial En La Reforma de La Justicia Ecuatoriana” (Washington: Fundación para el Debido Proceso (DPLF), Instituto de Defensa Legal (IDL) y DeJusticia, 2014).

⁷ Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, ed., *Constitucionalismo Popular En Latinoamérica* (México: Editorial Porrúa, 2013).

débiles en las teorías desarrolladas en Estados Unidos, algo que he hecho –tentativamente– en otros trabajos⁸. Me interesa, por el contrario, sugerir tareas pendientes que son necesarias para pensar un CPD latinoamericano capaz de trascender la dicotomía entre *populismos* y *tecnocracias* que parece atravesar la práctica y el pensamiento constitucional en la región y que señalé en párrafos anteriores.

Entender desde dónde viene el CPD y hacia dónde va es clave para poder aplicar estas teorías de un modo efectivo a contextos diferentes a los que les dieron origen. También resulta fundamental entender que el CPD se mueve en el marco de una dificultad constitutiva de la modernidad que a algunos preocupa y otros celebran: la distancia entre el Estado y la *sociedad civil* que se instaure como elemento fundamental de los regímenes políticos con la salida del feudalismo. Este trabajo se enfoca en explorar estas cuestiones y sugiere una agenda de investigación.

El pueblo y sus representantes en el derecho constitucional

El concepto predominante en el CPD norteamericano es la palabra *pueblo*; lo que une a los autores que se embarcan en esta corriente es cierta *sensibilidad* hacia el rol de los ciudadanos en la construcción colectiva del derecho y cierto rechazo a diversas *aristocracias* que reclaman para sí una especie de inaceptable monopolio interpretativo⁹. Esta invocación del *pueblo* es problemática ya que se trata de un concepto fundamental y, a la vez, escurridizo. El *pueblo* no existe ni como actor político ni como realidad sociológica y ello –sugiero– mete al constitucionalismo popular en enormes dificultades¹⁰. Pero el concepto es válido desde el punto normativo y permite vincular al

⁸ Ramiro Álvarez Ugarte, “El Constitucionalismo Popular y Los Problemas de La Última Palabra: Apuntes Para Un Contexto Latinoamericano”, *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo* 13, no. 1 (Diciembre de 2012): 71; Ramiro Álvarez Ugarte, “La Aporía y El Diálogo En La Adjudicación Constitucional”, en *Por Una Justicia Dialógica. El Poder Judicial Como Promotor de La Deliberación Democrática*, ed. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 321.

⁹ Richard D. Parker, “Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review* 27, no. 3 (verano 1993): 531; Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?* (London; New York: Verso, 1996); Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000); Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York: Oxford University Press, 2004).

¹⁰ Ver Lucas A. Powe Jr, “Are “the People” Missing in Action (and Should Anyone Care)”, *Texas Law Review* 83 (2005): 855; Larry Alexander and Lawrence B. Solum, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review* 118, no. 5 (2005): 1594 y Doni Gerwitzman, “Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture”, *The Georgetown Law Journal* 93 (2005): 897. Este último señala que el constitucionalismo popular no puede tratar a lo *político* y al *pueblo* como conceptos intercambiables. “Si la teoría constitucional está evolucionando desde la búsqueda normativa de un paradigma interpretativo dominante a una investigación descriptiva sobre las interacciones legales y políticas que están detrás de la revisión judicial no es suficiente con descansar en abstracciones como ‘el

CPD a una visión de la democracia un tanto imprecisa que, de todas formas, reclama para los ciudadanos mayores espacios de participación y toma de decisiones. Por ello, parece ser una atractiva alternativa a las visiones constitucionales predominantes en América Latina.

El CPD es una etiqueta sumamente generosa. Abarca trabajos —en su vertiente *popular*— que son investigaciones históricas¹¹ o propuestas teóricas¹² y comparativas¹³. En su variante *democrática*, el CPD se preocupa por ver cómo los ciudadanos interactúan con los tribunales y las legislaturas y cómo así logran impactar en el desarrollo del derecho constitucional¹⁴. Estas miradas rechazan el lugar central asignado al Estado por el constitucionalismo tradicional y buscan posar su atención sobre los mecanismos a través de los cuales la Constitución es moldeada a fuerza de reclamos y demandas ciudadanas en el *teatro de disputas*¹⁵ que permiten los derechos democráticos.

Pero además de una propuesta teórica variada con un eje normativo claro, el CPD también constituye una reacción de la academia jurídica norteamericana al giro conservador de la sociedad en general, y de los tribunales en particular, producido a comienzos de la década del ochenta en ese país¹⁶. Es, en este sentido, un movimiento teórico con una agenda específica: contrarrestar el poder de los tribunales en la sociedad de los Estados Unidos. Tal vez la exposición más clara de esa misión colectiva haya sido

Pueblo" 937. Creo que esta crítica es correcta e identifica una de las principales debilidades del constitucionalismo popular.

¹¹ Bruce A. Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991); Bruce A. Ackerman, *We the People: Transformations* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000); Kramer, *The People Themselves*; Christian G. Fritz, *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition Before the Civil War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

¹² Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (New York: Oxford University Press, 1999); Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*.

¹³ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2008).

¹⁴ Robert Post y Reva B. Siegel, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review* 92 (2004): 1027; Robert Post y Reva B. Siegel, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review* 42 (2007): 373; Reva B. Siegel, "The Jurisgenerative Role of Social Movements in US Constitutional Law" (ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política (SELA), Oaxaca, México, junio 2004); Reva B. Siegel, "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de Facto Era. 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture", *California Law Review* 94 (2006): 1323; Reva B. Siegel, "Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller", *Harvard Law Review* 122 (2008): 191; Linda Greenhouse y Reva B. Siegel, *Before Roe V. Wade: Voices That Shaped the Abortion Debate Before the Supreme Court's Ruling* (New York: Kaplan Publishing, 2010).

¹⁵ Claude Lefort, *The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism*, ed. John B. Thompson (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1986), 258.

¹⁶ Robert C. Post, "Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law", *Harvard Law Review* 117, no. 4 (2003): 4, nota 15; Larry Kramer, "Response", *Chicago-Kent Law Review* 81 (2006): 1173.

planteada por Kramer en *The People Themselves*.

La pregunta que deben responderse los norteamericanos es si están cómodos entregándole su constitución a las fuerzas de la aristocracia: si comparten esta falta de fe en sí mismos y en sus conciudadanos o si están preparados para asumir, una vez más, las completas responsabilidades del autogobierno y a no equivocarse: la elección es nuestra, necesaria e inevitablemente. La Constitución no toma esa decisión por nosotros. Tampoco la historia, la tradición o la ley. Podemos elegir, como señala Sanford Levinson, como una cuestión de 'fe constitucional' ceder el control a la Suprema Corte, convertirla en nuestro guardián platónico en la definición de los valores constitucionales. O podemos elegir mantener esa responsabilidad, incluso cuando dejamos que el tribunal sea nuestro agente en la toma de decisiones. En cualquier caso, decidimos nosotros¹⁷.

El contexto político en el que emerge el CPD es imprescindible para entenderlo, especialmente si se lo quiere tomar como punto de partida para pensar la realidad latinoamericana. Porque, lógicamente, estas teorías buscan explicar y dar respuestas normativas a una realidad muy diferente a la de los países de América Latina y si no prestamos atención a ese hecho corremos el riesgo de "comprar" soluciones o miradas que no sólo pueden ser inútiles para explicar lo que nos pasa sino que pueden ser normativamente poco atractivas. Ello no significa que el CPD carezca de principios valiosos o descripciones replicables en nuestra región. Pero para llegar a aquello que podemos utilizar como punto de partida es necesario desechar los componentes del CPD más vinculados a la historia y al contexto particular de los Estados Unidos.

Para una mirada preocupada por la igualdad política, uno de los aspectos más valiosos del CPD es el hecho de haber reflexionado sobre las formas en que los ciudadanos pueden tener un mayor impacto en la política constitucional de los Estados Unidos, algo que se ve especialmente en los trabajos de Siegel y Post. Un componente teórico fundamental de estos trabajos es cierta mirada sobre el Estado que se posiciona desde afuera: el Estado es para estos autores un *otro* a ser interpelado. Esto permite pensar en dos esferas separadas que he explorado en otro trabajo¹⁸: la sociedad civil como espacio que *interpela* al Estado con demandas, reclamos y exigencias de distinto tipo. Estas exigencias buscan persuadir¹⁹ a funcionarios públicos autorizados e involucra un tipo de política no preocupada por el acceso al poder sino por *influir* en los agentes autorizados encargados de tomar las decisiones²⁰. Como señala Lefort, de lo que se trata

¹⁷ Kramer, *The People Themselves*, 247.

¹⁸ Ugarte, "El Constitucionalismo Popular y Los Problemas de La Última Palabra"

¹⁹ Siegel, "The Jurisgenerative Role of Social Movements en US Constitutional Law" 12.

²⁰ Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998), 363.

es de rechazar los intentos por "mantener intacta la imagen del poder del Estado, en la convicción tenaz de que sólo su conquista podría permitir el desarrollo de algo nuevo"²¹. Para el CPD ese *algo nuevo* tiene que venir desde abajo.

Si este análisis del CPD se sostiene, entonces podemos postular una distinción que sugiero es útil para el análisis: aquella entre la política de la *representación* y la política de los *derechos*. La primera es el tipo de política que surge de nuestros textos constitucionales: ellos organizan el poder, establecen pautas para su ejercicio y para las relaciones entre distintos órganos y departamentos y establecen las formas en que ese poder puede ser disputado a través de elecciones libres y periódicas, entre otros aspectos. Estos textos también reconocen derechos, generalmente individuales, y establecen mecanismos de reclamos cuando esos derechos son violados. El tipo de política que esta estructura sugiere es la de los partidos políticos y las elecciones. Los derechos son mirados en tanto son *reconocidos* por el Estado y pueden invocarse ante él o los particulares. Por ello es que el constitucionalismo tradicional se preocupa principalmente por ver como esos derechos han de ser interpretados, armonizados y adjudicados en controversias judiciales. Lo novedoso del CPD es que toma a los derechos como recursos políticos²² que dan lugar a una nueva forma de práctica política²³.

Para entender por qué el CPD se preocupa por este tipo de política es necesario dar un paso atrás y reflexionar sobre el desafío que la política de la *representación* ha generado a la teoría democrática y al constitucionalismo moderno. Este problema es complejo pero puede presentarse de una manera simple en forma de paradoja: una democracia es el gobierno del pueblo pero el pueblo no gobierna. Debe, necesariamente, hacerlo a través de representantes. Este hecho genera una tensión ineludible entre el pueblo y quienes ocupan las estructuras formales del Estado, porque el primero tiene el doble y contradictorio estatus de *gobernante* y *gobernado*, es el origen de un poder que delega en el mismo momento que lo crea.

Desde el CPD, quien más claramente se ha enfocado en este problema es Larry Kramer en *The People Themselves*, donde explora los primeros años del constitucionalismo revolucionario de los Estados Unidos y rescata prácticas de democracia directa en las que los ciudadanos mostraban una relación estrecha y directa

²¹ Lefort, *The Political Forms of Modern Society*, 261.

²² Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004), 84.

²³ Lefort, *The Political Forms of Modern Society*, 239 y ss.

con sus constituciones estatales, como instrumentos de su creación y propiedad sobre los cuales mantenían el control que un autor puede mantener sobre su obra. El pueblo es el heredero *colectivo* de la soberanía que –hasta entonces– se había depositado en el cuerpo del rey y que éste había perdido por violar los principios naturales que limitaban su autoridad en la Inglaterra del siglo XVIII. ¿Pero cómo y cuándo actúa el pueblo? ¿Cómo hace oír su voz?

Según los estudios sobre el constitucionalismo revolucionario, la idea del pueblo como soberano colectivo se debatió entonces entre dos posibilidades diferentes: una *amplia*, según la cual el pueblo puede intervenir de manera directa en los asuntos públicos y una *restringida* que reduce al pueblo a elegir representantes de tanto en cuando²⁴. Estos estudios buscan rescatar al concepto *amplio* porque –sostienen– es la idea *restringida* la que eventualmente se impuso y la que nos resulta más familiar.

Los análisis en los Estados Unidos suelen, en general, partir de la tensión entre los federalistas y los republicanos en los primeros años de los Estados Unidos: mientras los primeros eran partidarios de un gobierno central fuerte alejado de los ciudadanos y comandado por una aristocracia natural que gobernaría en beneficio de todos, los segundos desconfiaban del poder central y encontraban a la verdadera democracia en estados pequeños y homogéneos²⁵. Esta diferencia es constitutiva de esa primera democracia *restringida* que apostó a la agencia de los ciudadanos de un modo reticente²⁶.

Sólo algunos individuos (los más instruidos y/o propietarios, o una tecnocracia, o una vanguardia política o una junta militar) fueron considerados portadores de las capacidades morales e intelectuales necesarias para participar en la vida política. Sólo a ellos se los consideraba suficientemente dotados (en materia de educación, propiedad, trabajo revolucionario o designios patrióticos) para tener los conocimientos necesarios y la motivación adecuada para tomar responsablemente decisiones colectivas vinculantes. (...) [E]n los países del Noroeste los sectores privilegiados generaron, en la mayoría de los casos, regímenes democráticos oligárquicos no inclusivos para ellos y exclusión política para el resto. Sólo luego de numerosas y arduas luchas, los sectores anteriormente excluidos lograron ser aceptados como ciudadanos políticos; fue entonces que la apuesta democrática se tornó inclusiva²⁷.

Este *elitismo* nos resulta hoy sorprendente y repudiable. Pero quienes escribieron nuestras primeras constituciones creían firmemente en ello: como recuerda Gargarella,

²⁴ Kramer, *The People Themselves*; Fritz, *American Sovereigns*, 21.

²⁵ Ver Fritz, *American Sovereigns*, 123.

²⁶ Guillermo A. O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado: Teoría Con Intención Comparativa* (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010), 49.

²⁷ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 49.

esos dirigentes "coincidían en la necesidad de recortar los poderes de la ciudadanía y reafirmar la capacidad de la dirigencia para actuar a partir de su sola voluntad"²⁸. Si bien la apuesta democrática hacia una creciente *inclusión* de los ciudadanos como agentes titulares de derechos de participación política fue expandiéndose paulatinamente a partir de procesos de cambio y lucha social, ese elemento aristocrático persiste en nuestras constituciones. Tal vez un ejemplo particularmente burdo de ello sea el artículo 22 de la Constitución argentina, que afirman que el pueblo "no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes".

Vemos, entonces, que esa *desconfianza* hacia la democracia de la que habla Mangabeira Unger²⁹ y que el CPD se plantea como principal objetivo de ataque tiene su origen en las miradas de los primeros constituyentes. Pero sería una simplificación inaceptable sostener que la única causa por la cual nuestras instituciones parecen desconfiar de los ciudadanos son esos pecados de origen. La separación entre *representantes* y *representados* es parte de la distinción entre *sociedad civil* y *Estado* que señalé antes. Y, como sugerí, es ineludible: la democracia moderna requiere de algún tipo de esquema de representación para funcionar y las prácticas de democracia directa de la *polis* griega o del constitucionalismo revolucionario de los Estados Unidos simplemente "no están disponibles para nosotros"³⁰. La representación es entonces un "mal necesario"³¹.

El CPD, como todo el pensamiento político contemporáneo, se mueve en el marco de esa dificultad pero el análisis de sus teóricos parece enfocarse puramente en la forma en que el problema se manifestó en los Estados Unidos. Esto representa un desafío considerable si queremos tomar al CPD como punto de partida para analizar la realidad de América Latina. Para ver la magnitud de ese desafío es útil reflexionar sobre las distintas formas en que el análisis desde el CPD puede arrojar un resultado inútil o poco atractivo cuando buscamos utilizarlo para analizar nuestras comunidades.

Pensemos, por ejemplo, en los estudios históricos sobre el constitucionalismo revolucionario. Estos estudios señalan que el pueblo no se consideraba a sí mismo

²⁸ Roberto Gargarella, *Crítica de La Constitución: Sus Zonas Oscuras* (Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004), 22.

²⁹ Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?*

³⁰ Mark Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986), 148.

³¹ Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven: Yale University Press, 1996), 132.

limitado por las constituciones escritas porque la legitimidad de ellas dependía de su consentimiento³². Así, logran revelar las tensiones que operaron sobre la idea de *soberanía popular* mientras se iba gestando y rescatando el vínculo estrecho entre las primeras constituciones y los ciudadanos, algo especialmente considerable en un contexto de creciente influencia de jueces conservadores en la vida pública de los Estados Unidos. Pero el valor normativo de estos trabajos no va mucho más allá de eso porque recuperan prácticas imposibles de replicar en las democracias de masas de la actualidad. Ello explica por qué Kramer se vio en la obligación de reconocer que el control directo que rescató en *The People Themselves* no es una opción disponible ahora y que lo que podemos esperar, en el mejor de los casos, es un constitucionalismo popular *mediado* por las instituciones representativas³³. Si el CPD es vulnerable a estas críticas en los Estados Unidos, ¿qué deberíamos decir desde América Latina donde esa relación directa de los ciudadanos con su constitución no estuvo presente ni siquiera en el momento inicial de nuestro constitucionalismo?

Por otro lado, el importante trabajo de Ackerman vinculado a los *momentos constitucionales*, identifica la acción de los ciudadanos con el acto de votar de manera masiva y sostenida a ciertos presidentes especialmente populares³⁴. La mirada es valiosa pero nos mantiene de todas formas dentro de la lógica de representación y –además – no es fácilmente traducible al contexto de América Latina. Por ejemplo, podría llevarnos a replicar la posición de Ackerman y depositar nuestra fe en presidentes fuertes de América Latina, algo que podemos hacer pero *sin* fundar nuestra postura en el CPD norteamericano, donde los presidentes *fuertes* operan bajo una lógica diferente a la de los caudillos de nuestra región³⁵.

Finalmente, pensemos en los trabajos de Siegel y Post que sostienen como punto central de su teoría de constitucionalismo *democrático* que las posiciones políticas de los ciudadanos norteamericanos dan forma al derecho constitucional "a través de numerosos caminos por fuera de los mecanismos formales [de reforma constitucional]"³⁶. Uno de los

³² Fritz, *American Sovereigns*, 263.

³³ Kramer, "Response", 1173; ver también Barry Friedman, "Mediated Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review* 101, no. 8 (Agosto 2003): 2596.

³⁴ Ackerman, *We the People*, 1991; Ackerman, *We the People*, 2000.

³⁵ Sobre las características de nuestros presidencialismos exacerbados, ver Guillermo A. O'Donnell, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy* 5, no. 1 (enero 1994): 55.

³⁶ Robert C. Post y Reva B. Siegel, "Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act", *The Yale Law Journal* 112, no. 8 (2002): 1943.

caminos que destacan es el del proceso de selección de jueces³⁷. Si vamos a utilizar el CPD para pensar las realidades latinoamericanas va a ser necesario buscar más allá de los caminos que los teóricos norteamericanos encuentran al estudiar su propia realidad: existen diferencias institucionales significativas entre Estados Unidos y las democracias de América Latina (por ejemplo, falta de bipartidismo sostenido en el tiempo, menor estabilidad institucional, mandatos judiciales limitados, etcétera) que sugieren que el mecanismo de selección de jueces probablemente no sea un mecanismo efectivo para implantar visiones constitucionales sustantivas.

Los párrafos precedentes no buscan ser una impugnación del CPD: su objetivo es simplemente señalar cuestiones centrales de estas teorías que es necesario revisar antes de emprender un camino que, como sugiero aquí, es de todas formas promisorio. Desde mi punto de vista, los trabajos que desde América Latina han interpelado al CPD no han dado suficiente cuenta de esas dificultades³⁸. En la siguiente sección señalo la vigencia contemporánea de las prácticas que describe el CPD, especialmente en su vertiente *democrática*, y señalo hacia posibles formas de llenar los vacíos que exige tomar al CPD como punto de partida para pensar al constitucionalismo latinoamericano.

Las políticas de derechos como prácticas constitutivas de la política democrática

Además de los estudios históricos que revelan la tensión fundamental entre *pueblo* y *representantes*, el CPD en su vertiente *democrática* ha explorado prácticas contemporáneas que buscan persuadir a funcionarios públicos. Estos análisis también son históricos pero abordan períodos más cercanos y se concentran en los movimientos sociales de fines del siglo XX como los principales actores de la trama. El ejemplo más claro de esta mirada se encuentra en los trabajos de Siegel y Post sobre el movimiento por los derechos civiles³⁹, el movimiento feminista^{40 41} y el que favorece la tenencia de armas como un derecho constitucional⁴².

Todos estos reclamos pueden entenderse como demandas de *derechos*, ya que su

³⁷ Siegel, “The Jurisgenerative Role of Social Movements in US Constitutional Law”, 6.

³⁸ Ver, por ejemplo, algunos de los trabajos recopilados por Alterio y Ortega *Constitucionalismo Popular En Latinoamérica*.

³⁹ Siegel, “The Jurisgenerative Role of Social Movements in US Constitutional Law”.

⁴⁰ Siegel, “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change”.

⁴¹ Post y Siegel, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”.

⁴² Reva B. Siegel, “Dead or Alive”.

reclamo suele estar detrás de las acciones de los ciudadanos que buscan influir en la agenda pública utilizando el lenguaje de la Constitución. Sucede que los términos amplios y ambiguos utilizados por nuestros textos fundamentales se presta a ese uso instrumental por parte de ciudadanos que reclaman una soberanía interpretativa⁴³ que ninguna autoridad puede reclamar de manera exclusiva sin recaer en un inaceptable elitismo⁴⁴.

Como señala O'Donnell, los *derechos* ocupan un lugar central en los procesos de expansión de las fronteras democráticas que reaccionan a la distancia entre representantes y ciudadanos que buscaron nuestras constituciones originales.

"Si nos dicen, una y otra vez, que somos todos iguales en tanto miembros de esta nación, ¿cómo es posible, y aceptable, que algunos sufran severas privaciones y desigualdades? Tales reclamos pueden convertirse en demandas masivas y contundentes..."⁴⁵.

Esta igualdad básica, que O'Donnell identifica como la *apuesta* fundacional de la democracia, sostiene reclamos de derechos que buscan ser *reconocidos* por el Estado, *implementados* por sus burocracias e *interpretados* en ciertos sentidos determinados. Como explica O'Donnell, "las luchas políticas son libradas frecuentemente en el terreno de lo que debería ser la ley que va a ser escrita o de lo que debería ser la interpretación de una ley ya dada"⁴⁶.

"Recordemos que desde tiempos muy tempranos, las clases y sectores subordinados han luchado por la publicidad de la ley y para ganar al menos parcial control de su texto e interpretación. A su vez, los sectores y clases dominantes y sus aliados han tendido a imponer concepciones formalistas, naturalizadas o cosificadas de la ley como expresión de una racionalidad superior que sanciona adecuadamente el orden social ya existente. En los tiempos modernos, las luchas por la democracia y su expansión fueron en gran medida conflictos para que los derechos de los sectores y clases subordinados fueran inscritos en la ley e implementados por burocracias estatales adecuadas. *La democracia y sus derechos proveen el principal camino* por el cual se pueden lograr algunos resultados igualadores contra las tendencias estructuradas hacia la desigualación de la burocracia y el capitalismo, así como también del género, de diversas discriminaciones y otros males sociales" (el destacado me pertenece)⁴⁷.

Estas políticas de derechos (en adelante, PDD) suponen un cuestionamiento de la lógica de representación pero, simultáneamente, una afirmación de la misma.

⁴³ Robert Cover, "Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97, no. 1 (noviembre 1983): 1.

⁴⁴ Sobre el punto, ver Álvarez Ugarte "El Constitucionalismo Popular y Los Problemas de La Última Palabra"

⁴⁵ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 123.

⁴⁶ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 154.

⁴⁷ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 159.

Significan un *cuestionamiento* porque –en general– operan por fuera del sistema representativo, que sería el gran agregador de intereses: cuando los ciudadanos tienen demandas y reclamos que plantear frente al Estado no forman partidos políticos y ganan elecciones porque ese mecanismo de acción es tan demandante que simplemente no está disponible para quienes no pueden votar (quienes tienen obstáculos *de iure* en el acceso) o quienes pertenecen a sectores minoritarios de la población y no pueden acceder a los beneficios de la lógica mayoritaria bajo la cual funciona el sistema representativo (obstáculos *de facto*). Cuando el grupo G que tiene la demanda D no puede lograr el número suficiente de votos para ubicar a su representante en el Congreso⁴⁸ impulsan esa demanda de otras formas. Al hacerlo, *afirman* a los funcionarios que interpelan y al sistema representativo del que ellos derivan su autoridad. El sistema representativo finalmente *agrega* esos intereses pero no a través de las elecciones y los votos sino a través de formas que nuestras constituciones receptan de modos diversos e imperfectos. Sobre ellas, la vertiente *democrática* del CPD en los Estados Unidos (cuyos principales exponentes son Siegel y Post) ha identificado como formas de *influencia* al litigio estratégico, el cabildeo legislativo, las manifestaciones populares y el proceso de selección de jueces. Friedman ha encontrado ciertas correlaciones entre lo que deciden los tribunales y lo que piensa la opinión pública y ha concluido que algún mecanismo difuso de coordinación opera en la práctica⁴⁹.

Pero el CPD no ha avanzado mucho más que eso, tal vez porque no consideró necesario hacerlo: en un contexto de instituciones democráticas más o menos consolidadas y de una larga historia de activismo y organización por parte de una sociedad civil activa, robusta y suficientemente estudiada, bastaba con trazar el vínculo entre los ciudadanos y el derecho constitucional que se establecía por medio de los movimientos sociales. Si queremos utilizar al CPD como punto de apoyo para pensar la realidad de América Latina vamos a tener que hacer mucho más que ello. Para avanzar de manera fructífera en ese camino es necesario complejizar las PDD y señalar cuestiones que la

⁴⁸ Y muchas veces esos obstáculos no son *fácticos* sino que son cuidadosamente establecidos por el régimen de elecciones, que funciona como gran *gatekeeper* de las estructuras formales del Estado. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los distritos de minorías étnicas divididos de manera tal que impiden la elección de representantes propios en los Estados Unidos, obstáculos que la *Voting Rights Act* de 1964 buscó eliminar a partir de la acción que habilita la sección X de ese texto legal. Cuando el sistema presenta rendijas, los ciudadanos si buscan meter a sus representantes en el Congreso, como ocurrió con Alfredo Palacios en el distrito de La Boca a comienzos del siglo XX en la Argentina o con Harry Milk a principios de la década del ochenta en San Francisco, Estados Unidos.

⁴⁹ Barry Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution* (New York: Macmillan, 2009).

discusión en los Estados Unidos parece dar por sentadas o considera poco importantes. Esos son los vacíos *teóricos* y *empíricos* que señalaba en la introducción y a los que me referiré en lo que queda de esta sección.

La sociología de las PDD

Una primera mirada que uno puede tener sobre las PDD es la mirada sociológica: estas prácticas de interpelación hacia el Estado por parte de movimientos sociales han sido sumamente estudiadas por la sociología tanto en los Estados Unidos como en América Latina. No se trata en este caso de un vacío a llenar sino de relaciones a trazar, entre la sociología y el derecho constitucional. Rubin señalaba en 2001 que los académicos del derecho en los Estados Unidos "parecen ignorar la extensa literatura científica sobre los movimientos sociales"⁵⁰. Si bien hay claras diferencias de aproximación y enfoque, hay mucho por aprender de la literatura sobre movimientos sociales, ya que ella explica el origen, organización y desarrollo de los actores que interesan al CPD.

Los estudios sociológicos sobre las organizaciones *legales* se expandieron, principalmente, a partir de la consolidación del fenómeno del derecho de interés público desde la década del 50 en adelante⁵¹. Estos estudios buscan entender la forma en que los grupos de abogados activistas actúan: ellos recurren al derecho para obtener victorias y beneficios para los grupos que representan, que –no sorprendentemente– suelen ser los menos escuchados por el sistema representativo. Tal vez uno de los primeros estudios más relevantes en este sentido sea el trabajo de Scheingold⁵², quien analizó la forma en que los abogados de interés público buscaban promover el cambio social y consideró a los derechos que ellos invocaban como *recursos políticos*, siguiendo las perspectivas de las teorías sociológicas de movilización de recursos⁵³. Otros trabajos han visto cómo los abogados construyen sus causas de *activismo*⁵⁴ y otros han indagado en cómo el derecho

⁵⁰ Edward L. Rubin, "Passing Through the Door: Social Movement Literature and Legal Scholarship", *University of Pennsylvania Law Review* 150 (2001): 1, 2.

⁵¹ Joel F. Handler, *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change* (New York: Academic Press, 1978).

⁵² Scheingold, *The Politics of Rights*.

⁵³ Doug McAdam, John D. McCarthy, y Mayer Zald, eds., *Comparative Perspectives on Social Movements: Political Opportunities, Mobilizing Structures, and Cultural Framings*, Cambridge Studies in Comparative Politics (Cambridge y New York: Cambridge University Press, 1996).

⁵⁴ Austin Sarat y Stuart A. Scheingold, *Something to Believe in: Politics, Professionalism and Cause Lawyering* (Palo Alto, California: Stanford University Press, 2005).

de interés público cuestiona ciertos postulados del campo jurídico entendido como *profesión legal*⁵⁵.

El constitucionalismo democrático en los Estados Unidos se ha sostenido fuertemente en este tipo de investigaciones. La literatura sobre movimientos sociales ofrece la posibilidad de construir sobre bases sólidas nuestras miradas *jurídicas* sobre procesos sociales. Las posibilidades de incidencia que suponen las PDD ocurren en contextos específicos y de la mano de actores determinados, cuyos comportamientos, relaciones y estrategias pueden analizarse desde la mirada sociológica sobre los movimientos sociales *vis-à-vis* las peculiares características de la realidad que queremos analizar.

Intenté una aproximación de este estilo en un trabajo anterior⁵⁶, donde analicé las estrategias jurídicas de la *Coalición por una Radiodifusión Democrática* en relación a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Allí apliqué un modelo sociológico que analizaba los efectos que las estrategias de incidencia exitosas tienen sobre los movimientos sociales y las organizaciones que los lideran e integran. Ese breve artículo no requirió de un trabajo de campo específico: bastó con recurrir a literatura secundaria del campo de la sociología y la comunicación para arrojar una mirada *jurídica* sobre un movimiento que se planteó como objetivo principal modificar la forma en que el derecho a la información se ejerce en la Argentina. Creo que ese tipo de esfuerzos pueden replicarse en otros casos de PDD; también creo que mucho deberá emprenderse desde cero, por juristas con conocimientos de sociología o sociólogos con conocimiento de derecho o a través de colaboraciones entre ambos.

Las PDD y la teoría política y del Estado

Otra mirada que parece relevante y a la que el CPD en Estados Unidos no se refiere particularmente es a la que vincula a las PDD con la teoría política. En efecto, si la descripción de las PDD que hice al comienzo de esta sección se sostiene, ellas son – esencialmente– acciones desde la *sociedad civil*, entendida como una esfera diferente al Estado y sus estructuras jurídicas⁵⁷. Entender a las PDD en el marco de esa dicotomía

⁵⁵Austin Sarat y Stuart A. Scheingold, *Cause Lawyering Political Commitments and Professional Responsibilities* (New York: Oxford University Press, 1998).

⁵⁶Ramiro Álvarez Ugarte, “Una Mirada Desde Los Movimientos Sociales Al Pasado, Presente y Futuro de La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (Julio 2013).

⁵⁷Jean L. Cohen y Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory* (Cambridge Massachusetts: MIT Press, 1994).

abre el espacio para una reflexión teórica que, como señala O'Donnell, suele estar ausente en la academia legal de Estados Unidos⁵⁸: la que permite pensar a las PDD de la mano de una teoría del Estado que se preocupe por sus distintas dimensiones. Esto tendría diferentes efectos en la construcción de un CPD latinoamericano.

En primer lugar, entender a las PDD dentro de la esfera de la sociedad civil permite una mirada particular sobre los distintos contextos de nuestros países, ya que los procesos de transición a las democracias experimentados desde la década del 80 estuvieron signados por un fortalecimiento estructural de esa esfera⁵⁹. En este sentido, tiene sentido pensar a estas prácticas como parte de los procesos de democratización de nuestras sociedades.

En segundo lugar, una teoría del Estado permite tener una mirada más detallada sobre el tipo de relaciones que se establecen con el Estado, entendido éste como un conjunto complejo de actores, relaciones, burocracias, etcétera. En los trabajos del CPD en Estados Unidos esa mirada está presente; los trabajos sobre *departamentalismo* capturan por ejemplo ese carácter multidimensional del Estado. Pero en ocasiones las interacciones que se establecen entre la sociedad civil y las burocracias son idealizadas: nos encontramos con que el *pueblo* dialoga con *la corte* y algo de la complejidad de las interacciones se pierde en esa simplificación.

También es posible mirar –desde la teoría política– al vínculo entre agencia, estado y democracia, que fuera subrayado por Guillermo O'Donnell en uno de sus últimos trabajos⁶⁰. Allí O'Donnell vincula al nacimiento de la democracia con el reconocimiento de agencia a cada uno de los individuos que forman parte de la comunidad, a quienes se les reconoce la capacidad de intervenir en el proceso político en condiciones de igualdad⁶¹. Esta "apuesta" por la agencia que realizan los regímenes democráticos fue precedida por un largo proceso de construcción de derechos subjetivos en el ámbito privado, que luego decantaron en derechos políticos en permanente expansión⁶². Si la agencia constituye un elemento central para entender la democracia, como sostiene

⁵⁸ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 143, nota 209.

⁵⁹ Catalina Smulovitz, "El poder judicial en la nueva democracia argentina. El trabajoso parto de un actor", *Agora. Cuaderno de Estudios Políticos* 2 (1995): 97; Catalina Smulovitz y Enrique Peruzzotti, "Societal accountability in Latin America", *Journal of Democracy* 11, no. 4 (octubre 2000): 147; "Organizaciones que invocan derechos sociedad civil y representación en la Argentina", en *Sociedad Civil Y Democracia en América Latina: Crisis Y Reinvencción de La Política*, ed. Bernardo Sorj y Miguel Darcy de Oliveira (Rio de Janeiro: Ediciones Centro Edelstein: 2007), 13.

⁶⁰ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*.

⁶¹ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 60.

⁶² O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 51, 60.

O'Donnell, entonces prestar atención a los procesos de PDD –el *derecho a tener derechos*⁶³– implica atender a uno de los principales motores de avances democráticos en el marco de la relación dialéctica que se establece entre ciudadanos y estados.

"El ejercicio individual y colectivo de interpelaciones dialógicas respaldadas legalmente, verticales y horizontales, es un aspecto fundamental de la democracia; estos son espacios donde ciudadanos/ agentes pueden deliberar acerca de temas de su interés, incluso cuestiones referidas a decisiones presentes en la agenda de estados y gobiernos. Desde esta perspectiva, un ciudadano/a es quien, portador de diversas identidades e intereses, está legalmente autorizado/a y respaldado/a para expresarse en esas redes de discurso y puede actuar en consecuencia. (...) Por cierto, estas redes se intersectan *con diversas instituciones y prácticas que a veces obstruyen su potencialidad, sobre todo en sociedades marcadas por profunda desigualdad y pobreza...*" (el destacado me pertenece)⁶⁴.

El párrafo citado es significativo porque establece una conexión posible entre la preocupación por el vínculo entre agencia y democracia y el CPD. Pero también sugiere, como destaqué en el párrafo anterior, un camino a seguir en la exploración de contextos diferentes marcados –como señala O'Donnell– por una profunda desigualdad y pobreza. Ello parece relevante para la reflexión sobre un CPD latinoamericano y constituye uno de los vacíos empíricos y teóricos que quería señalar.

Finalmente, otro aporte que puede ser útil se vincula con la cuestión del *pueblo* y el uso particular que a esa palabra se le da en el marco de sociedades desiguales, donde "lo que demandamos como miembros de un pueblo oprimido o excluido (...) evidencia clivajes e intereses en conflicto que los discursos homogeneizantes de la nación tienden a borrar"⁶⁵. Esta mirada que ha sido tomada por autores que podrían estar interesados en la tarea de desarrollar un CPD latinoamericano⁶⁶ tiene un enorme desarrollo teórico en Laclau⁶⁷ y ha tenido una aparente influencia en procesos políticos recientes. Ello puede hacerla relevante para el desarrollo de un constitucionalismo latinoamericano atado a las discusiones locales y consciente de las diferencias de contexto entre los Estados Unidos y los países de América Latina. En este sentido, el discurso constitucional como elemento unificador que se verifica en los Estados Unidos⁶⁸ puede no estar presente –o estar presente con otras características– en los países de América Latina.

⁶³ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*.

⁶⁴ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 190–91.

⁶⁵ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 123.

⁶⁶ Ricardo Sanín Restrepo, "Cinco Tesis Desde El Pueblo Oculto", *OXÍMORA Revista Internacional de Ética y Política*, no. 1 (Diciembre 2012): 10.

⁶⁷ Ernesto Laclau, *La Razón Populista* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006).

⁶⁸ Ver Siegel, "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change", 1356.

Conclusión

En este trabajo presenté una problemática que, desde mi punto de vista, es un buen punto de partida para entender al constitucionalismo popular o democrático: la distancia considerable que existe entre los ciudadanos y sus gobiernos, resultado de una decisión de los constituyentes originarios que todavía se percibe en nuestra Constitución y de una dificultad teórica que considero insalvable: el autogobierno colectivo necesita de algún tipo de representación para ser factible en una sociedad moderna.

Las políticas de derechos (PDD) son prácticas de nuestra democracia que ocurren por fuera del sistema representativo pero lo tienen como principal foco de atención. Ello se explica por la dialéctica entre estados y ciudadanos documentada en numerosos casos de estudio. Pero el derecho constitucional ha prestado atención a este fenómeno sólo recientemente. Durante mucho tiempo, los constitucionalistas se concentraron en analizar el funcionamiento de las estructuras estatales y relegaron a los ciudadanos al lugar de votantes casi pasivos.

Los ciudadanos, sin embargo, rechazaron de manera consistente ese rol y se organizaron de diversas maneras para postular demandas e impactar en la agenda pública a través de diversos mecanismos que implicaron, muchas veces, el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, reunión y asociación⁶⁹. Muchos de los derechos conseguidos a través de las PDD son el resultado de procesos de lucha, que explican, justifican y sostienen al reconocimiento legal finalmente alcanzado⁷⁰.

La tarea de desarrollar un constitucionalismo popular *latinoamericano* se enfrenta, sin embargo, a enormes dificultades.

Uno, los constitucionalistas norteamericanos pecan de un excesivo provincialismo a la hora de sus análisis y recurren a conceptos con significados unívocos cuya traducción a otros contextos es problemática. Pensemos, por ejemplo, en la forma unívoca en que utilizan el término *pueblo*. Desde este punto de vista, esos trabajos funcionan como una ayuda que resulta insuficiente para pensar en contextos distintos al que los inspiró en un primer momento. Se trata de una herramienta que podemos tomar prestada pero, al hacerlo, debemos ser conscientes de que la vamos a utilizar de un modo diferente al que la pensaron quienes la diseñaron en un primer momento. Si vamos a seguir ese camino, debemos introducir cambios a la herramienta: ofrecerle *complementos* que nos sirvan para

⁶⁹ O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 69.

⁷⁰ Cohen y Arato, *Civil Society and Political Theory*, 441.

abordar cuestiones que el CPD no aborda o desprenderla de *anclajes* que no nos sirven en nuestro contexto.

Dos, las diferencias en términos de *regímenes democráticos* que es posible encontrar entre las poliarquías funcionales del Noroeste y las democracias delegativas de América Latina deben necesariamente impactar en la forma en que pensamos a un constitucionalismo preocupado por la participación de los ciudadanos en el proceso político. ¿Creemos que si miramos a las PDD con atención vamos a encontrar el mismo tipo de dinámicas en un contexto de presidencialismo más o menos limitado que en uno de hiperpresidencialismo y sistema delegativo?

Tres, el constitucionalismo norteamericano idealiza ciertas prácticas o las reconstruye porque la reforma constitucional es prácticamente imposible. En América Latina ello no es así. Un constitucionalismo preocupado por la participación del pueblo en los asuntos públicos debería enfocar su atención en posibles reformas constitucionales e innovadores diseños institucionales. No tiene sentido arrastrar ataduras si no estamos obligados a ello, y creo que en América Latina se puede pensar en esas innovaciones institucionales que no están disponibles en los Estados Unidos.

Considero que los puentes que sugerí en relación a la sociología de los movimientos sociales y a la teoría política servirán para enfrentar los desafíos que supone el desarrollo de un CPD con una perspectiva latinoamericana. Quedaron afuera de mi enumeración otras tareas pendientes, como el desarrollo de una teoría de los derechos capaz de encajar en las prácticas de las PDD, la necesidad de explicar el por qué de los derechos ante los ataques de los estudios críticos o la reflexión que el CPD exige en términos de teoría del derecho. Estas tareas no parecen, sin embargo, tan urgentes como las que subrayé: la necesidad de llenar los vacíos *empíricos* que supone la falta de una mirada sociológica sobre las PDD vernáculas y los vacíos *teóricos* que nos impone el particular contexto latinoamericano frente a teorías pensadas en y para los Estados Unidos. No he dicho cómo llenar esos vacíos: sólo sugerí que es necesario pensar en formas de hacerlo.

Todo esto tiene sentido si queremos efectivamente buscar una alternativa que nos permita mirar la realidad latinoamericana desde un punto de vista preocupado por la igualdad en un sentido amplio, que no se preocupa sólo por acortar las brechas de la desigualdad material sino que vea en la igualdad política un camino efectivo para abordar las desigualdades materiales. Esta empresa debe enfrentarse a obstáculos vinculados al

pensamiento jurídico latinoamericano, a nuestras propias prácticas políticas y a las dificultades teóricas de las fuentes a las que recurrimos en búsqueda de inspiración.

En efecto, desde mi punto de vista la mirada que propongo es contraria al pensamiento *progresista* expresado en el llamado *neoconstitucionalismo* que pone una fe excesiva en el poder judicial como espacio para la protección y la defensa de los derechos. Por supuesto, hay un espacio para tender puentes con esta tradición. Pero una mirada preocupada por la igualdad debería valorar el rol *político* de los derechos, algo que las miradas jurídicas puras o *juriscéntricas*⁷¹ no hacen.

La mirada que propongo es también contraria a los procesos políticos *populistas* que en la última década se han consolidado en numerosos países de la región. Ello debido que las dinámicas de estos procesos políticos suelen generar enormes tensiones con los movimientos sociales que los sostienen. Asimismo, si bien estos sistemas políticos pueden disminuir la desigualdad⁷² o la pobreza estructural, es perfectamente posible que ello ocurra de un modo paternalista que asigne a los ciudadanos el rol secundario de aceptar o rechazar los liderazgos fuertes, en una lógica plebiscitaria. Ello niega la igualdad política que la mirada que propongo como valiosa busca rescatar.

Finalmente, la tarea de construir un CPD en América Latina debe enfrentarse a las limitaciones que las propias teorías del CPD revelan. Estas son múltiples, pero pongamos por ahora sólo un ejemplo: el rechazo más o menos radical de algunos teóricos del CPD al control judicial de constitucionalidad es incompatible con las prácticas políticas ciudadanas experimentadas durante nuestros procesos de transición en América Latina. Si vamos a tomar a estas teorías como punto de partida, no podemos compartir sus puntos de llegada porque los contextos son sustancialmente diferentes. Si de lo que se trata es de poner en valor lo que los ciudadanos hacen con sus constituciones, el primer paso es prestar atención a lo que efectivamente hacen. Y en América Latina gran parte del activismo *de derechos* que nace desde la sociedad civil tiene a los tribunales como principal espacio de interpelación al Estado. No se trata de liderar cambios, sino de interpretar prácticas extendidas y pensarlas en función de un constitucionalismo más democrático, preocupado por hacer realidad el desafío del autogobierno colectivo.

⁷¹ Cover, "Foreword".

⁷² Aunque según datos del Banco Mundial, todos los regímenes políticos en América Latina están disminuyendo la pobreza de un modo significativo. Ver Banco Mundial, *Shifting Gears to Accelerate Shared Prosperity in Latin America and Caribbean* (The World Bank, Junio de 2013). Es otro dato a tener en cuenta a la hora de evaluar a distintos regímenes de acuerdo al criterio de reducción de desigualdades materiales.