

La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional

RAMIRO ÁLVAREZ UGARTE*

Aporia / noun. An irresolvable internal contradiction or logical disjunction in a text, argument, or theory. Rhetoric the expression of doubt. Oxford Dictionary of English. Third Edition, 2010.¹

En un trabajo anterior (Álvarez Ugarte, 2012a) abordé una pregunta que me resultaba interesante desde el punto de vista teórico: ¿Puede la Corte Suprema tener la última palabra en materia de interpretación constitucional? Concluí que, en un sentido relevante, no puede tenerla. El hecho del desacuerdo genera que las controversias más profundas que ocupan a una comunidad en un momento determinado sólo desaparezcan a través de complejos procesos culturales, en los que los jueces pueden intervenir de un modo significativo pero nunca resolver ni definitiva ni automáticamente.

*Este texto fue publicado originalmente en R. Gargarella (editor.), *POR UNA JUSTICIA DIALÓGICA. EL PODER JUDICIAL COMO PROMOTOR DE LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA*. Siglo XXI: Buenos Aires, 2014, págs. 321-343.

¹ *Nota sobre la edición electrónica*. Este artículo fue publicado en R. Gargarella (editor.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI: Buenos Aires, 2014, págs. 321-343.

Para arribar a esa conclusión recurrí a trabajos que buscan recuperar el lugar del pueblo en la tarea colectiva de interpretación constitucional: sólo si a este actor –difuso, relevante– se le reconoce una función que cumplir en relación a la determinación del alcance de su Constitución es posible responder a mi pregunta desde una mirada teóricamente atractiva. Negar la capacidad de resolver los desacuerdos constitucionales a los jueces en general y a la Corte Suprema en particular abre un espacio para pensar y valorar las formas que tienen los ciudadanos de influir en el sentido que le damos a nuestra Constitución en un momento dado. La distinción de Cover entre derecho como significado y como herramienta de control social se vuelve imprescindible para esa tarea, ya que revela y ayuda a comprender la capacidad creadora de derecho que reside en la ciudadanía. Por otro lado, los trabajos recientes del constitucionalismo popular y democrático explican cómo estos procesos ocurren en contextos determinados y a través de prácticas específicas.

En este trabajo profundizo mi análisis sobre una conclusión que sugerí en el trabajo anterior. Allí sostuve que la mirada que propongo respecto de la actividad de interpretación constitucional sugiere que la decisión sobre casos difíciles debería reconocer, de manera explícita, la complejidad de la controversia. Y que esa aproximación *humilde* hacia el conflicto debería favorecer una adjudicación constitucional que promueva el *diálogo* democrático sobre la cuestión.

Procedo de la siguiente manera. En la primera parte exploro los fundamentos teóricos que sostienen la necesidad de una aproximación aporística a los casos difíciles. Aquí preciso mi punto de vista ante críticas y comentarios recibidos que, en mi opinión, subrayan la radicalidad de la propuesta de Cover. En la segunda parte expando mi análisis sobre posibles soluciones dialógicas que, según argumento, deben alcanzar a las decisiones judiciales pero deben excederlas ampliamente.

I. LAS BASES TEÓRICAS PARA UNA ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL APORÍSTICA

Si bien hay muchas razones para favorecer aproximaciones dialógicas a la adjudicación de casos constitucionales (Roach, 2004; Bergallo, 2005; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010; Gargarella, 2013) el argumento que me resulta más atractivo se vincula con las formas en que construimos significados constitucionales desde hace, por lo menos, cincuenta años.

En efecto, resulta bastante obvio que los ciudadanos participan de iniciativas y movimientos que levantan al derecho como bandera, proponiendonos –a la sociedad en general, a los funcionarios públicos– determinadas interpretaciones de lo que el derecho *realmente* dice. Al hacerlo están ejerciendo su soberanía en materia de interpretación constitucional, que Robert Cover identificó con precisión en *Nomos and Narrative* (Cover, 1983). Aceptar la tesis de Cover exige tomarse en serio su distinción entre *derecho como significado* y *derecho como herramienta de control social*. La capacidad creadora del derecho de los ciudadanos se vincula al primer concepto, y de acuerdo a él todos –ciudadanos, funcionarios, jueces– somos capaces de leer la Constitución de la forma que consideremos más apropiada. Sin embargo, el derecho también prevé formas de elegir entre lecturas incompatibles entre sí: son las vías *jurispáticas* que Cover identifica en los actores estatales en general, y –muy particularmente– en la actividad judicial. Estos mecanismos buscan lidiar con el exceso de interpretaciones legales posibles eligiendo a unas sobre otras.

La invitación de Cover a “conocer nuevos mundos” con la que cierra *Nomos and Narrative* es algo más que un llamado al turismo normativo. No se trata de tener presente la existencia de desacuerdos y controversias (Waldron, 1999) sino de respetar esas visiones y rechazar el camino fácil de imponer sobre las mismas la fuerza de la jerarquía y el poder. Y se trata de

una invitación que pide bastante de nosotros. Implica expandir el concepto de derecho y ampliar el alcance del campo jurídico hasta llegar, incluso, a traspasar los límites del mismo. Seguir ese camino nos deposita en un espacio abierto y un tanto desconocido. El mero hecho de reconocerse en ese espacio nos obliga a cuestionar lógicas internas del campo que permiten, por ejemplo, que la Corte Suprema se llame a sí misma la “intérprete final de la Constitución Nacional”. Porque al hacerlo niega o resta importancia a los procesos sociales de construcción de significados jurídicos que son una parte muy importante de nuestra vida democrática.

En los próximos párrafos voy a referirme al tipo de compromisos que implica aceptar la invitación de Cover, cuya propuesta es más radical de lo que parece a primera vista.

A. El pluralismo normativo y los límites de la violencia estatal

Si la tesis de Cover se sostiene, todos los ciudadanos tienen derecho a interpretar su Constitución². Pero al hacerlo no están simplemente *opinando* sobre el significado de la misma: ellos producen verdadero significado jurídico cuando a un *corpus* normativo leído de acuerdo a ciertas narraciones, relatos y mitologías que le dan sentido se le suma el *compromiso* de una comunidad de vivir de acuerdo a esas reglas.

Cuando los *amish* amenazan con vender sus tierras y abandonar los Estados Unidos si ese país va a interferir con su obligación de obedecer a Dios por sobre todas las cosas, están haciendo algo más que opinar sobre el signi-

² Esta afirmación es el resultado de comentarios de Laura Saldivia y Federico Orlando a un trabajo anterior. En el caso de Laura, ella se preguntó si existe *realmente* un derecho a interpretar la Constitución del modo en que tenemos ganas. Creo que en el sentido en que Cover entiende el concepto, sí existe tal *derecho*.

ficado correcto de la Primera Enmienda. Cuando los estudiantes afroamericanos del Sur de los Estados Unidos deciden sentarse en las barras de los bares en las que no pueden sentarse, están haciendo algo más que violar las leyes que imponen la segregación racial en los espacios públicos. En ambos casos, lo que se pone en juego es el *compromiso* de una comunidad interpretativa con sus mundos normativos frente a un Estado que los rechaza. Y cuando ese compromiso es significativo se pone en juego, de manera simultánea, el compromiso del Estado con sus propias interpretaciones. Es allí donde surge la violencia como respuesta posible y probable.

El trabajo de Cover es, desde este punto de vista, una elaboración sobre el fenómeno del *pluralismo* y lo que ello implica. La coexistencia de visiones diversas sobre lo bueno y lo malo no siempre es fácil, y en muchas ocasiones puede ser imposible. Por ello las instituciones *jurispáticas* lidian con el exceso de significados jurídicos eligiendo a unas interpretaciones sobre otras.

Cover se muestra extremadamente preocupado por este escenario, ya que la posibilidad misma del pluralismo es negada por la existencia de instituciones tendientes a eliminarlo (Greene, 2011). La fuerza creadora de derecho que actúa en un ambiente comunitario y sin coerción puede simplemente ser aplastada si el mundo normativo que crea desafía a quienes detentan el poder, que pueden responder –y usualmente responden– con la fuerza del Estado.

Existen varias explicaciones posibles para el rechazo visceral de Cover a las instituciones jurispáticas.

Por un lado, la violencia institucional que dispara el compromiso del Estado con ciertas interpretaciones legales es clara y tangible: la vemos –por ejemplo– en las represiones a las protestas sociales o en la penalización del aborto. Pero en general *todo* el edificio estatal se sostiene sobre la base de una violencia cuya efectividad deriva más de su mera posibilidad que de

su actual ejercicio. Entonces podemos simplemente rechazar a la *coerción* y construir una jurisprudencia libertaria o anarquista. A fin de cuentas, en un volumen en homenaje a Cover el profesor Aviam Soifer lo recordó como “un anarquista que amaba al derecho” (Soifer, 2005: 59). Existen razones obvias y válidas para rechazar la violencia estatal y la lógica política que ella supone, y en Cover parece haber razones personales para hacerlo³.

Podemos llegar a una conclusión similar a partir de la defensa del pluralismo: es preferible vivir en una sociedad con multiplicidad de mundos normativos ya que ello incrementa nuestras posibilidades de elección si asumimos que “nuestra capacidad por formar y revisar nuestras concepciones de lo bueno están íntimamente ligadas a nuestra pertenencia a una cultura determinada, ya que las opciones individuales están relacionadas con las opciones que heredamos de nuestro lenguaje y nuestra cultura” (Kymlicka, 1992: 140). La coexistencia con múltiples visiones de lo bueno y lo justo aumenta nuestra autonomía individual. En un sentido similar, podemos asumir que todos tenemos derecho a desarrollar nuestros propios principios normativos y que –en principio– todas las visiones normativas son merecedoras de respeto.

Rechazo a la violencia y valoración de la diversidad son razones poderosas pero radicales en sus consecuencias. Por un lado, no resulta difícil imaginar situaciones en las que estamos dispuestos a tolerar y justificar el ejercicio de cierto tipo de violencia. Por otro lado, resulta relativamente fácil –también– imaginar límites a nuestra tolerancia. Queremos que el Estado proteja ciertos derechos esenciales ante la violencia privada y no estamos

³ En su época de estudiante, Cover fue activista en el sur de los Estados Unidos en el *Student Nonviolent Coordinating Committee* (SNCC). Sufrió en carne propia la violencia que desata el Estado contra comunidades nómicas redentoras, como lo fue el movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos durante la década del sesenta. Véase Burt, 2005.

dispuestos a tolerar visiones del bien que discriminen por razones de raza, sexuales, religiosas, etcétera. ¿Cuánta violencia estamos dispuestos a justificar? ¿Cuáles son los límites del pluralismo que estamos dispuestos a trazar? Estas no son preguntas fáciles de responder. Incluso asumir que el Estado sostiene sus mundos normativos *exclusivamente* por medio de la violencia niega la posibilidad de construir una comunidad democrática capaz de persuadir a sus miembros sin recurrir a la amenaza del castigo, situación que es perfectamente posible y que debilita los temores de Cover (Post, 2005: 15).

Para muchos autores estas posibles consecuencias de las premisas de *Nomos and narrative* revela límites en la propuesta de Cover (Post, 2005; Burt, 2005). Para mí revelan su radicalidad. En todo caso, no necesito comprometerme con una posición de rechazo *radical* a todo tipo de coerción ni a favor de un pluralismo absoluto. Me basta, por el momento, con señalar que es deseable reducir esa coerción al mínimo indispensable y que la actividad creadora de significados jurídicos merece el respeto más amplio posible.

B. El rechazo al campo jurídico y la indeterminación del lenguaje

Si todos pueden interpretar la Constitución, ¿eso significa que la Constitución puede decir *cualquier cosa*?⁴. La tesis de Cover es también radical en relación a la indeterminación de los significados jurídicos⁵ y no deja de ser perturbador asumir que, en efecto, la Constitución *puede* decir cualquier cosa. Pero la clave para encontrar una respuesta a esa pregunta es el lugar desde dónde partimos a buscarla.

⁴ Juan González Bertomeu me planteó, precisamente, esta pregunta al discutir una versión de mi trabajo anterior (Álvarez Ugarte, 2012).

⁵ En la nota 137 de *Nomos and Narrative* Cover sostiene que está proponiendo una “teoría de autonomía radical del significado jurídico” (Cover, 1983).

En efecto, asumir la posición de Cover nos obliga –por ejemplo– a rechazar los reclamos de prerrogativas *a priori* en materia de interpretación constitucional. Si todos tenemos derecho a interpretar la Constitución, en una comunidad democrática *nadie* puede reclamar un derecho mejor que otro para hacerlo en la medida en que nos mantengamos en la órbita del derecho en tanto que *significado*. Es sólo cuando pensamos en la lógica del derecho como *herramienta de control social* que podemos imaginar argumentos razonables para una prerrogativa en materia de interpretación, según la cual como comunidad depositamos en un órgano la facultad de resolver nuestras controversias interpretativas. Pero en la medida en que se trate del derecho como *significado*, no hay argumentos razonables que sostengan una prerrogativa en materia de interpretación.

Esto no significa, sin embargo, que no haya lecturas de la Constitución *buenas y malas*. Por ejemplo, una interpretación que justifica la segregación racial nos parece mala; una que la considera inconstitucional nos parece buena; una interpretación que prohíbe a una asociación de defensa de los derechos de las personas homosexuales nos parece mala, la que la permite nos parece buena, etcétera. En el campo jurídico –entendido como campo profesional, integrado por actores en diversas posiciones de jerarquía, poseedores de distinto capital simbólico (Bourdieu, 1987)– estamos acostumbrados a realizar ese tipo de juicios. Incluso contamos con reglas, técnicas de interpretación y formas de analizar una controversia que nos facilitan la tarea y nos permiten a todos los miembros del campo hablar un lenguaje común.

Por ello no es difícil para nosotros distinguir entre interpretaciones *buenas y malas*. Pero tenemos esas discusiones dentro del campo jurídico y su extrapolación fuera del campo nunca puede ser automática a menos que reclamemos una prerrogativa interpretativa con base en nuestra experiencia, nuestra formación en las reglas del campo, etcétera. Se trata éste de un

argumento esencialmente *elitista*, es incompatible con la visión radical en materia de indeterminación de Cover y con el reconocimiento de una verdadera soberanía interpretativa a toda la sociedad.

Dicho esto, en muchos casos el campo jurídico *captura* una controversia normativa e influye en la forma en que otras personas toman posición respecto de la misma. Esto sucede –por ejemplo– cuando esas personas están dispuestas a asumir la lógica interna del campo para realizar argumentos o cuando defieran a la discusión interna del campo en determinada controversia. Esto ocurre muy usualmente. Pero en los casos verdaderamente difíciles, que he intentado definir en otro lado⁶, el éxito o el fracaso de los argumentos *legales* es una cuestión absolutamente coyuntural ya que la controversia social traciende los límites del campo. Allí hay otras razones, no vinculadas a la lógica jurídica, que compiten en pie de igualdad para definir qué lecturas de la Constitución son mejores que otras.

Un ejemplo tal vez sirva para apuntalar el punto. Cuando en 1999 se discutía sobre la posibilidad de re-reelección del entonces presidente argen-

⁶ Allí sostuve lo siguiente: “Entiendo que la dificultad o facilidad de un caso se puede plantear en términos jurídicos o sociológicos. En el primer sentido, un caso es difícil cuando hay un desacuerdo muy profundo entre los operadores jurídicos respecto de cómo debe resolverse determinada controversia, generalmente en relación a alguna cuestión más o menos oscura de interpretación legal o constitucional. En el segundo, ese desacuerdo se extiende más allá de los límites del campo jurídico: ya no se trata de lo que opinen los operadores jurídicos sino de lo que piense la sociedad en general que tiene algo para decir sobre el asunto. En consecuencia, lo difícil o fácil de un caso se vincula con el grado de desacuerdo que existe sobre cómo determinadas controversias deben resolverse. Esta tipología nos deja con cuatro posibilidades: que el caso sea fácil tanto en sentido jurídico como sociológico; que sea difícil en sentido jurídico pero fácil en sentido sociológico porque no se trata de una cuestión controvertida; que sea fácil en sentido jurídico pero difícil en sentido sociológico o que sea difícil en ambos sentidos” (Álvarez Ugarte, 2012b).

tino, un prestigioso jurista quiso argumentar que *en realidad*, correctamente interpretada, la Constitución *sí* permitía un tercer mandato presidencial. La condena unánime de todo el campo jurídico –allí no había verdadero desacuerdo– sumada a la caída en la consideración pública de ese presidente hizo fracasar la idea. Pero los contextos pueden ser perfectamente diferentes: una situación parecida ocurrió en Bolivia y allí el Tribunal Constitucional cedió ante un argumento similar. Si un porcentaje claramente mayoritario de la población decide ponerse detrás de una interpretación que nos parece absurda, ¿qué podemos hacer desde el campo para impedir que esa interpretación prime sobre las razonables que nosotros proponemos? A menos que estemos dispuestos a reclamar una prerrogativa *a priori* –y no creo que estemos dispuestos– la discusión sobre interpretaciones *buenas* y *malas*, en los casos *verdaderamente difíciles*, no tiene demasiado sentido.

La Constitución entonces *sí* puede *decir cualquier cosa*, en cierto sentido. En muchos casos el campo jurídico capturará algunos desacuerdos normativos, pero ello depende de que el resto de la sociedad esté dispuesto a ceder su soberanía interpretativa a los expertos de la profesión legal.

Creo estar en condiciones de sostener dos conclusiones parciales. Por un lado, no es posible reclamar una prerrogativa especial *a priori* en materia de interpretación sin caer en una posición elitista. Por el otro, no es posible asumir una ventaja comparativa en materia de *interpretación* sin reclamar la expertise del propio campo. Ambas condiciones de posibilidad de esos argumentos son incompatibles con asumir la soberanía interpretativa radicalmente democrática que propone Cover.

Para culminar esta sección, cabe recordar que el argumento sería diferente si, incluso asumiendo esa soberanía interpretativa en la sociedad, postuláramos que como comunidad hemos establecido mecanismos para lidiar con nuestros desacuerdos. Pero eso se vincula con las instituciones jurispáticas

y los argumentos en contra de ese tipo de soluciones fueron presentados en la sección anterior (I.B).

C. *Construyendo sobre Cover*

En las dos secciones anteriores presenté las consecuencias radicales de la distinción de Cover entre derecho como *significado* y como *herramienta de control social*. Presenté, en ese sentido, razones para rechazar a las instituciones jurispáticas del Estado o –al menos– para exigir que sus intervenciones sean lo más limitadas posibles, en respeto a la diversidad que genera la capacidad creadora de derecho que reside en la sociedad y en rechazo a la violencia –actual o potencial– con la que el Estado sostiene sus compromisos normativos. Asimismo, señalé que la invitación de Cover también nos pide traspasar los límites estrechos del campo jurídico, y sostuve que su argumento a favor de la indeterminación de los significados jurídicos se sostiene sobre la imposibilidad de reclamar *a priori* algún tipo de prerrogativa en materia de interpretación.

¿Es posible construir algo sobre ese legado de Cover? ¿Es posible ir más allá de un rechazo radical a la *violencia* o a la adopción de un pluralismo que se parece demasiado a un escepticismo moral? Entiendo que hay dos formas de responder a estas preguntas: una de ellas se concentra en aspectos sustantivos y otra se enfoca en aspectos procedimentales.

En efecto, una posible primera respuesta nos obliga –por ejemplo– a rechazar la violencia de manera total y radical o aceptar que en ciertos casos estamos dispuestos a aceptarla. En ese caso, debemos producir una jurisprudencia de la violencia y asumir que tendremos que hacer estos argumentos frente a aquellos cuyos cuerpos vamos a someter al castigo, al encarcelamiento, a la privación, etcétera. También podemos pensar en argumentos que establezcan límites al *multiculturalismo* y señalar que hay ciertas visio-

nes normativas que no estamos dispuestos a tolerar. Ambos caminos son posibles, pero no voy a seguirlos.

Prefiero concentrarme en intentar responder al desafío de Cover en términos procedimentales. Para emprender ese camino resulta útil reiterar aquellos aspectos de su teoría que acepto sin reservas. En efecto, reconozco que todos los ciudadanos tienen derecho a interpretar su Constitución, que nadie puede reclamar *a priori* un mejor derecho a emprender esa tarea y que los argumentos a los que estamos acostumbrados para pensar en las *mejores* y *peores* lecturas de nuestra Constitución son argumentos internos del campo jurídico, insuficientes para responder a la indeterminación radical del significado jurídico que deriva de aceptar la soberanía interpretativa de todos los ciudadanos. Es más, también rechazo la *violencia* posible que acompaña el ejercicio jurisprudencial de la autoridad judicial o estatal y valoro el pluralismo jurídico que deriva de la existencia simultánea de varios mundos normativos diferentes y contradictorios o compatibles entre sí.

¿Cómo afrontamos ese mundo pluralista y complejo en el que vivimos? ¿De qué forma damos cuenta de los conflictos que se generan cuando colisionan mundos normativos contradictorios? Creo que las respuestas a estas preguntas las empezaron a dar algunos discípulos de Cover que tomaron en serio su invitación a explorar nuevos mundos. En efecto, a los teóricos del constitucionalismo popular y el constitucionalismo democrático los une una cierta *sensibilidad* hacia el rol del pueblo en la construcción de significados constitucionales. En sus mejores momentos, estos teóricos identificaron y analizaron los procesos que se generan cuando el significado de la Constitución empieza a ser disputado por diversos actores sociales. Ellos descubrieron las interacciones que se producen entre la sociedad civil y el Estado mediante las cuales esos sentidos se confrontan unos contra otros. Estas dinámicas son propias de los movimientos que Cover llama *redentores* (Cover, 1983: 59), es decir, aquellos que buscan no sólo vivir de acuerdo

a sus propias visiones normativas sino persuadir al resto de la sociedad y al Estado de que sus visiones son las correctas.

Estos procesos son complejos y nuestras instituciones no están especialmente diseñadas para lidiar con ellos, algo que sostuve en mi trabajo anterior. En efecto, las *políticas de los derechos* se desarrollaron en el marco de los sistemas institucionales existentes y ellas han convertido a los actores judiciales en sujetos predilectos de sus interpelaciones a pesar de que ellos no estaban necesariamente preparados para esa tarea. Es precisamente por el tipo de demandas que permanentemente volcamos sobre los jueces que una y otra vez volvemos sobre cuestiones como la dificultad contramayoritaria. Estamos pidiendo del sistema judicial más de lo que fue diseñado para dar.

Por ello creo que una forma de avanzar la discusión es pensar cómo nuestras instituciones pueden responder de una mejor manera a nuestras prácticas democráticas *realmente existentes* que tienen su origen –sostengo– en la capacidad de todos los ciudadanos de crear mundos normativos propios. Si aceptamos algunas de las premisas de Cover sin llegar a sus conclusiones más radicales podemos alcanzar algunos principios normativos básicos que nos ayuden a pensar en esos potenciales cambios institucionales. En la próxima sesión voy a profundizar mi análisis sobre las razones por las cuales las soluciones que promueven el diálogo e incrementan las interacciones entre distintos actores responden mejor a la realidad en que vivimos.

II. ARGUMENTOS PARA UNA ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL APORÍSTICA

A. La aporía, el pluralismo y la violencia

La *aporía* implica el reconocimiento de una situación paradójica, de una contradicción interna no resoluble. Denota un enigma filosófico, un estado

de incertidumbre ante una dificultad que se presenta como imposible de superar. La palabra es el término preciso para describir la realidad en la que vivimos si aceptamos que algunas de las premisas de Cover son correctas. La tomo de un trabajo de Kahan, en el que la utiliza por razones diferentes a las que yo recurro para invocarla.

Kahan escribe frente a lo que llama la *crisis de la neutralidad*: los intentos por encontrar plataformas objetivas desde donde interpretar al derecho de una manera neutral han fracasado. Comparto esta crítica –que he insinuado al señalar los límites de los argumentos internos del campo jurídico⁷– pero difiero en las causas de ese fracaso. En efecto, Kahan se propone explicar la crisis de la neutralidad no con base en los límites de la propia empresa teórica sino a partir de teorías del conocimiento que explican por qué los argumentos de neutralidad y objetividad suelen no convencer a aquellos que se ven perjudicados por las decisiones de que se trate.

Según Kahan, nuestro conocimiento es motivado: muchas veces procesamos la información de una forma que satisface un objetivo o fin *extrínseco* a la formación de creencias acertadas sobre el mundo que nos rodea (Kahan, 2011: 19). Así, por ejemplo, a veces entendemos cierta información de una forma que tiende a avanzar los fines *extrínsecos* de tener una imagen positiva de nosotros mismos, del grupo con el que nos identificamos o de los valores

⁷ En un trabajo anterior recurrí a la idea de *hegemonía* para describir el tipo de procesos sociales que tengo en mente a la hora de buscar un *final* a nuestras controversias sociales. Allí sostuve: “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 narrativas. 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” (Álvarez Ugarte, 2012: 81).

éticos o morales que sostenemos. A esto Kahan llama el *conocimiento que tiende a proteger la identidad*. Asimismo, en ocasiones somos realistas respecto de la existencia de estos procesos en grupos diferentes a los nuestros pero no en relación al propio (*realismo naíf*). Hay estudios que demuestran que cuando pedimos a alguien que produzca argumentos *objetivos* esas personas tienden a mostrar una resistencia aún mayor a la información que pone en cuestión una creencia relevante o definitoria de su grupo de pertenencia. Este tipo de dinámicas psico-sociales explican –según Kahan– gran parte de la *crisis de neutralidad* y las *guerras culturales* que afectan a los Estados Unidos.

La solución que propone Kahan –cuyo argumento es más complejo y estoy aquí simplificando– es precisamente una aproximación *aporística* a la adjudicación de casos constitucionales⁸. Según Kahan, la aporía es un mecanismo retórico que recurre a la expresión de incertidumbre o duda. Pero también es una forma de argumentación filosófica, cuya característica distintiva es el reconocimiento de la complejidad. Una aproximación *aporística* a la solución de un problema “no impide una resolución definitiva (...) pero trata como *falsa* (...) cualquier resolución que pretenda no ser pro-

⁸ Kahan sostiene, por ejemplo, que el recurso a *evidencia empírica* de los tribunales suele utilizarse para postular una idea de objetividad que sólo convence a aquellos cuyos valores son reasegurados por el resultado final del caso (Kahan, 2011, pág. 31 en adelante). También identifica otro caso de *iliberismo cognitivo* en la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda y el principio de “daño no comunicativo”, que pretende ser neutral y mete a los jueces que buscan aplicarlo en un embrollo del que es difícil salir (Kahan, 2011, pág. 42 en adelante). Finalmente, Kahan también señala que la utilización de teorías *neutrales* de interpretación también tienden a ser leídas (y están vinculadas a) posiciones valorativas (Kahan, 2011, pág. 52 en adelante). Cabe señalar, además, que la aporía es sólo *una* de las propuestas que hace para revertir la tendencia que identifica en la forma en que la Suprema Corte de Estados Unidos adjudica casos. Sobre el punto, ver Kahan, 2011, pág. 60 en adelante.

blemática”⁹.

Desde mi punto de vista, el *reconocimiento de la complejidad* es una solución que no está sólo recomendada por las dinámicas psico-sociales que Kahan identifica sino también por *el hecho radical del pluralismo* y el *rechazo a la violencia* que propone Cover.

En efecto, y en relación al primer punto, el *pluralismo* se presenta como un hecho dado que –además– estimamos valioso. Una decisión judicial que tome en cuenta los argumentos de todas las partes, que entienda los compromisos normativos profundos que están detrás de ellas *respete* ese hecho del pluralismo mejor que una que recurre –por ejemplo– a la autoridad interpretativa superior de la Corte Suprema.

En relación al segundo punto, una decisión que *reconozca la complejidad* se escapa de la violencia que rechaza Cover en dos sentidos. En primer lugar, al mostrar un mayor respeto hacia todas las posiciones la decisión judicial se aleja del tipo de lenguaje que señala como *ilegítimas* las posiciones normativas que rechaza, ya sea expresa o implícitamente (al justificar, por ejemplo, como *neutral*, *objetiva* o *racional* la decisión que el propio tribunal favorece). Desde este punto de vista, una decisión aporística rechaza la

⁹ Ver Kahan, 2011, pág. 63. Kahan cita evidencia empírica en este sentido, de acuerdo a la cual las personas están más dispuestas a aceptar la autoridad de la Corte Suprema si sienten que el tribunal consideró adecuadamente sus razones o que la equidad procedimental en los procesos de toma de decisiones tiene un impacto mayor sobre la legitimidad de la decisión en sí que el acuerdo con el resultado. Los trabajos que cita Kahan son de Tom Tyler (Kahan, 2011: 63-64). Ver Tom R. Tyler & Gregory Mitchell. 1994. Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United States Supreme Court and Abortion Rights, *Duke Law Journal*, Vol. 43, pág. 703; Tom R. Tyler, Why people cooperate (2011); Tom R. Tyler, Why people obey the law (2006). Ver también Dan Simon & Nicholas Scurich. 2012. Lay Judgments of Judicial Decision-Making, *Journal of empirical legal studies*, Vol. 8, No. 4, págs. 709-727.

violencia *simbólica* que acompaña a toda afirmación de la verdad estatal por sobre verdades alternativas. Pensemos, por ejemplo, en la carga simbólica de una decisión como el caso *CHA* de la Corte Suprema argentina de 1991, en el que un miembro del tribunal sostuvo que el estilo de vida homosexual podría “erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo”¹⁰.

En segundo lugar, una aproximación de ese estilo nos promete una distancia mayor de la violencia *material* que puede acompañar a ciertas decisiones del Estado si sus propios compromisos son puestos a prueba. En efecto, si los jueces ven como *equivocada* una determinada interpretación pueden estar más dispuestos a imponer sus decisiones por medio de caminos coercitivos; si –por el contrario– reconocen la complejidad de la controversia, esos mecanismos coercitivos pueden resultar menos atractivos incluso para magistrados que habitan un mundo “de dolor y muerte” (Cover, 1986: 1601).

En última instancia, todo parece reducirse a una cuestión de lenguaje. Los jueces pueden reconocer la dificultad de una decisión o pueden seguir el camino inverso y ocultarla detrás de diversos mecanismos retóricos o teóricos a su disposición que brindan a su decisión un halo de objetividad o neutralidad imposible y contraproducente. El primer camino, sin embargo, es más respetuoso de los mundos normativos que nacen en la sociedad civil. Al no pretender invocar una prerrogativa especial para interpretar la Constitución ni ocultar la decisión bajo recursos teóricos que sugieren objetividad, la aproximación *aporística* a los casos da la sensación de que no todo ha sido dicho, de que no todo está cerrado. Sugiere que esa controversia –expresamente reconocida como difícil, compleja– es algo sobre lo que

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso CHA*. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Voto del Juez Boggiano.

debemos seguir hablando.

Esa apertura a continuar conversando es *sólo* una cuestión de lenguaje, pero no es poca cosa. En la sección siguiente voy a argumentar que la aproximación aporística a la adjudicación de casos judiciales no sólo impacta en la forma en que los casos son argumentados y presentados, sino también en el tipo de remedios que es posible adoptar.

B. La aporía y el diálogo realmente existente

Hasta el momento he procurado demostrar que es mejor reconocer la complejidad de las controversias que ocultar esa dificultad. El pluralismo *radical* que sigue al reconocimiento de autoridad interpretativa a todos los ciudadanos nos exige tratar a esas visiones con respeto y rechazar imponer sobre ellas la fuerza material o simbólica del Estado. Pero así como adoptar esta posición debería generar un cambio en la forma en que los jueces dan razones de sus decisiones, también creo que debería generar un cambio en materia de remedios judiciales y llevarnos a pensar en nuevas instituciones para lidiar con nuestros desacuerdos normativos.

Sugerí esta conclusión en un trabajo anterior en el que fundé mi argumento en la necesidad de generar diálogos significativos sobre nuestros desacuerdos normativos (Álvarez Ugarte, 2012a). Desde mi punto de vista, crear mecanismos institucionales capaces de receptor reclamos de los ciudadanos y procesarlos es –de alguna manera– lo máximo a lo que podemos aspirar en el marco de una sociedad pluralista. Ese tipo de *interacciones* deberían llevarnos a un tipo de diálogo capaz de producir cambios de preferencias en los actores involucrados.

Desde una posición *deliberativista* de la democracia se han realizado argumentos similares a favor del diálogo (Gargarella, 2013). Esas razones en-

fatizan mucho la cuestión de las reglas de la deliberación, de la existencia de razones públicas y argumentos prohibidos, de la capacidad de alcanzar *el mejor argumento*, etcétera. Si bien acepto aquello como *ideal regulativo*, soy bastante escéptico en términos de su posibilidad práctica en una sociedad moderna. En todo caso, no creo que sea necesario presentar un argumento tan exigente a la hora de reclamar mayores canales institucionales donde se puedan poner en discusión nuestros desacuerdos normativos. Me basta con pedir esas instancias, con la esperanza de que un diálogo *lo más significativo posible* ocurra.

En este sentido, algunos de los autores que más en serio han tomado la invitación de Cover de *descubrir nuevos mundos* han detectado cómo este tipo de interacciones funcionan en la práctica. Así, Siegel y Post han analizado la forma en que el movimiento por los derechos civiles, el movimiento feminista y el movimiento a favor de la tenencia de armas han interpelado al Estado para que éste adopte como propias sus interpretaciones de la Constitución (Siegel, 2006; Siegel y Post, 2007; Siegel, 2008). En el mismo sentido, Friedman sostiene que hay mecanismos a través de los cuales las decisiones de la Suprema Corte *siguen* a las visiones sustantivas del pueblo estadounidense (Friedman, 2009).

Si bien tiendo a estar de acuerdo con este tipo de análisis desde el punto de vista descriptivo, estos autores realizan una reconstrucción excesivamente idealizada de las prácticas *realmente existentes*. En efecto, ellos hablan de cierto *diálogo* que se produce entre la sociedad civil y el Estado –jueces, legislaturas, ejecutivos– pero el uso de un concepto normativamente tan *cargado* oculta los múltiples problemas que desde el punto de vista democrático presentan esos caminos¹¹. Coincido, en este sentido, con las críticas de Gar-

¹¹ Cuestioné esta visión de diálogo en mi trabajo anterior. Ver Álvarez Ugarte, 2012, pág. 102 en adelante.

garella a algunas de estas visiones: la desigualdad de posición y status entre los distintos actores que participan del diálogo¹²; la capacidad de la Corte Suprema de hablar de forma autoritativa, imponiendo –o buscando imponer, diría yo– su *última palabra* en una controversia; los largos tiempos que demandan los cambios, si es que se producen; los limitados casos en los que efectivamente ocurre algún tipo de diálogo; la influencia del dinero en la política y medios de comunicación; entre otras. (Gargarella, 2013). Agregaría, además, la falta de instancias suficientes de interacción (¿qué hacemos cuando la Corte resuelve un caso –con pretensiones de finalidad– con el que no estamos de acuerdo?); la desigual distribución de recursos simbólicos y capital social en las *políticas de derechos*; la preeminencia del *campo jurídico* en los conflictos normativos; lo 18 difíciles de transitar y azarosos que son los caminos del *diálogo* que rescatan algunos autores como el *judicial entrenchment* de Siegel, etcétera.

Gargarella vincula nuestras pésimas herramientas con el sistema de *frenos y contrapesos*, un diseño institucional alejado de los principios de la de-

¹² Sobre el punto, realizaría una aclaración conceptual respecto de la posición de Gargarella. Él parece sugerir que es un problema la diferencia de estatus entre –por ejemplo– jueces y ciudadanos. En efecto, sostiene que “tanto la Corte como el público participan, de algún modo, en una ‘conversación’ que se desarrolla a lo largo del tiempo, en torno a temas de máxima relevancia pública. Sin embargo, el hecho es que una de las partes en esta conversación grita, se queja, escribe en los periódicos, y litiga... mientras que la otra simplemente decide” (Gargarella, 2013: 18). La crítica me parece legítima y mi crítica a la intención de la Corte Suprema de asumir *la última palabra* en materia de interpretación es fundamentalmente una crítica a la forma en que la Corte Suprema *nos cuenta el cuento* de lo que hace (Álvarez Ugarte, 2012: 108). Sin embargo, me parece oportuno resaltar que la diferencia de estatus entre la sociedad civil y el Estado es una condición constitutiva de la *política de los derechos*, que surge de la distinción de Cover ya señalada entre derecho como *significado* y derecho como *herramienta de control social*. Una alternativa no fundada en la coerción es posible –y atractiva– pero en este trabajo no me pareció necesario realizar un argumento en ese sentido.

mocracia deliberativa (Gargarella, 2013: 13). Su posición me resulta convincente. Sin embargo, también creo que es posible explicar –por ejemplo– las limitaciones del camino dialógico *judicial* con base en un simple cambio de nuestras prácticas políticas. En efecto, nuestros textos constitucionales piensan a los jueces de una forma diferente a la que los pensamos hoy en día. Hoy les pedimos que intervengan en asuntos de interés general, que den ordenes a los poderes públicos, que resuelvan complejas controversias normativas y solucionen problemas estructurales. En el marco de las *políticas de derechos* son actores privilegiados y sujetos de la interpelación constante de la sociedad civil interesada en agendas de reforma. Nuestros textos constitucionales no han previsto la expansión que se daría en la segunda mitad del siglo veinte en relación a los derechos y su lugar en la agenda política. Ello explica, también, por qué algunas de las novedades más interesantes en la materia las encontramos en las constituciones más modernas (Álvarez Ugarte, 2012a: 104).

Tenemos, entonces, prácticas de diálogo o interacciones que ocurren en el marco de instituciones imperfectas que no fueron diseñadas para cumplir con la tarea que les pedimos. Y sin embargo, la idea de diálogo es normativamente atractiva, ya que la deliberación podría favorecer a los procesos culturales a través de los cuales los desacuerdos desaparecen lentamente y con el transcurso del tiempo¹³. La reflexión sobre las formas en que podemos

¹³ En un trabajo anterior recurrí a la idea de *hegemonía* para describir el tipo de procesos sociales que tengo en mente a la hora de buscar un *final* a nuestras controversias sociales. Allí sostuve: “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 narrativas. 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” (Álvarez Ugarte, 2012: 81).

mejorar los procesos de diálogo es entonces relevante, ya que es lo promete alejarnos más de la violencia y respetar más el pluralismo en el que vivimos.

En los próximos párrafos voy a expandir mi análisis sobre dos posibles caminos a seguir en ese sentido¹⁴. Uno de ellos se vincula con los remedios *dialógicos* en las controversias judiciales. El otro con la necesidad de pensar en cambios más profundos y radicales.

(1) *Los remedios judiciales dialógicos*

Existen numerosas reformas *dialógicas* que se pueden imaginar en materia judicial. Creo que pueden calificarse de acuerdo a la etapa del proceso judicial sobre el que actúan.

Un primer grupo de reformas se relaciona con la necesidad de ampliar el acceso a la justicia. En este sentido, el cambio radical que supuso la *acción de tutela* en Colombia es usualmente citado como el ejemplo de reformas que pueden facilitar el acceso de los ciudadanos al poder judicial (Restrepo, 2002; Botero, 2006). Este tipo de avances parece ser un requisito indispensable para convertir al poder judicial en un actor que los ciudadanos quieran interpelar –en ocasiones, de modo preferente– para adelantar sus visiones normativas y sus agendas de reforma.

Otro segundo grupo de reformas están relacionados a cuestiones de procedimiento: todo lo que tenga por objeto ampliar la participación, apertura, transparencia y publicidad de los procedimientos favorece el *diálogo* sobre los conflictos normativos que allí se discutan. En este sentido, la práctica de realizar audiencias en casos de relevancia institucional de la Corte Suprema argentina y la apertura a los *amicus curiae* son ejemplos en ese sentido

¹⁴ Expuse argumentos similares en Álvarez Ugarte, 2012, pág. 103 en adelante.

(Linares, 2008; Gargarella, 2013).

Un tercer grupo de reformas se vincula con la etapa de adjudicación de los casos y en el tipo de órdenes que los jueces emiten. Por ejemplo, en los últimos años ha habido muchísima reflexión en América Latina sobre los remedios *dialogicos*, a través de los cuales los jueces se alejan de modelos de *comando y control* para asumir un rol de mediadores entre los actores involucrados en el caso sobre quienes recae la responsabilidad primaria de encontrar soluciones al problema de que se trate (Sabel & Simon, 2004). Este tipo de trabajos –cuyas conclusiones comparto– ofrecen varias razones sobre las que sostener el argumento a favor del diálogo. Dicen, por ejemplo, que el diálogo favorece la solución de casos complejos en los que se dan verdaderas situaciones estructurales de violación de derechos (Sabel y Simon, 2004; Bergallo, 2005; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010; Basch, 2010). También sostienen que este tipo de remedios resuelve o al menos reduce considerablemente la objeción contramayoritaria al control judicial. Desde una concepción deliberativista, esta clase de remedios “[profundizan] la democracia en lugar de erosionarla” (RG y RF, 2010: 11). En este sentido, Pou Giménez sostiene que “lejos de erosionar la salud de la vida democrática, proporcionan vías que contribuyen a mantenerla o mejorarla, pues ayudan a detectar y superar deficiencias en el funcionamiento de las estructuras legislativas y ejecutivas responsables de satisfacer las necesidades y los derechos de los ciudadanos” (Pou Giménez, 2011: 238).

Estas prácticas son positivas pero admiten miradas escépticas. Por ejemplo, la práctica de convocar audiencias públicas en la Argentina es, por lo menos, profundamente inconsistente. Los magistrados tienen total discrecionalidad para resolver cuando un caso va a llegar a esa instancia. Asimismo, los cambios *ad hoc* resueltos por la Corte Suprema en un caso reciente en el que se discutía la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual alejaron a la práctica del ideal de un diálogo significa-

tivo¹⁵. Por otro lado, la práctica es exclusiva de la Corte Suprema y no se ha expandido a tribunales inferiores.

Por otro lado, los *amicus curiae* son muchas veces ignorados por los jueces a la hora de resolver. Es notable, en este sentido, el respeto y la consideración que la Corte Constitucional colombiana brinda a estos escritos, por oposición a la forma en que ellos son prácticamente ignorados por la Corte Suprema argentina.

También hay varias críticas que hacer respecto de los remedios *dialógicos*. Por lo pronto, ellos no están previstos en las normas procesales, lo que significa que la Corte *hace camino al andar*. Ello es positivo en la medida en que reconoce a los jueces cierta capacidad de innovación que puede favorecer la defensa de los derechos humanos –así fue creada la acción de amparo, por ejemplo– pero tiene varios aspectos negativos: no es claro cuando estos remedios pueden exigirse, cuando deben ser concedidos ni cuando van a ser utilizados por el tribunal. Tampoco están claramente a disposición de tribunales inferiores que son mucho menos *innovadores* que la Corte Suprema.

Finalmente, existe un fuerte desconocimiento respecto de la *efectividad* de este tipo de medidas. Por ejemplo, si los remedios dialógicos no producen las soluciones esperadas y si no aumentan la legitimidad del tribunal de cara a la sociedad y a los demás poderes, el futuro de esta clase de remedios no es promisorio. El tribunal podría replegarse sobre sí mismo y volver a un modelo de *comando y control* o bien retroceder aún más y esconderse detrás de recursos retóricos como –por ejemplo– la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales.

¹⁵ Expando brevemente mi análisis en ese sentido en una entrada del blog Pensar al Derecho. Véase Álvarez Ugarte, Ramiro. 2013. Sobre los casos ‘especiales’. Pensar Al Derecho. Disponible en: <http://pensaralderecho.tumblr.com/post/61124381313/sobre-los-casos-especiales>.

(2) *Las nuevas instituciones*

Si bien los cambios en materia judicial reseñados en el apartado anterior son positivos, ellos no son suficientes. Si partimos de una visión que valore el diálogo –por las razones que sean– estamos obligados a responder una simple pregunta. ¿Qué cambiaríamos de nuestra Constitución para hacer eso posible?

América Latina es un contexto amigable para hacerse esa pregunta. A diferencia de Estados Unidos –donde la Constitución, se ha dicho, es el fundamento de una *religión civil*– en nuestra región podemos pensar en nuevos diseños institucionales que se aparten de las estructuras que conocemos. Tenemos que recuperar la práctica de la imaginación constitucional como ejercicio deliberativo que debe ser adelantado colectivamente.

En este trabajo he procurado ofrecer argumentos para sostener innovaciones que tiendan a promover el diálogo entre la sociedad y el Estado y los múltiples actores que integran ambos campos. He podido aislar dos razones que deberían integrar el ideal regulativo en ese ejercicio de *imaginación* constitucional: rechazo a la violencia y defensa del pluralismo. La aproximación aporística a la adjudicación de casos difíciles implica un cambio de actitud que debería tener su correlato en cambios constitucionales. En este sentido, pensar en nuevas formas de interacción entre la Corte Suprema y los demás poderes se me presenta como una posibilidad especialmente atractiva ante la sensación de callejón sin salida que crea la Corte al resolver *con pretensiones de finalidad* controversias difíciles, que permanecen vivas (Álvarez Ugarte, 2012: 105). En este sentido, la cláusula *notwithstanding* de Canadá es un ejemplo usualmente citado, o la posibilidad de reenvío adiós entre el Tribunal Superior de Justicia y la Legislatura que prevé la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Este ejercicio de *imaginación* debe ser colectivo. Pero es una conversación que no estamos teniendo. Por ejemplo, podríamos estar discutiendo sobre cómo aprovechar las tecnologías de la comunicación para afectar los procesos de toma de decisiones de nuestros órganos públicos. Podríamos pensar –por ejemplo– en descentralizaciones efectivas, constitucionalizadas, que creen organismos de control y participación social en todos los niveles de gobierno. Podríamos pensar en arreglos institucionales *posteriores* a las decisiones de la Corte, en la expansión del concepto de *caso* desde el punto de vista constitucional, en la creación legislativa de nuevos remedios judiciales, en la creación de nuevas funciones –como funcionarios encargados de ejecutar sentencias complejas o llevar adelante procesos de diálogo– y nuevos esquemas de interacción.

Ninguna actividad de creación es cien por ciento original. Por ejemplo, la idea de *control y participación social* presente en la Constitución boliviana tiene su origen en prácticas autónomas desarrolladas por comunidades indígenas y poblaciones locales por fuera del Estado (Contartese y Deledicque, 2013). Pero pensar en nuevas *instituciones* requiere salirnos del marco conceptual que favorece el campo jurídico, que tiende a ver a las instituciones como *dadas*. Esta última sección es poco más que un llamado a la reflexión en ese sentido.

CONCLUSIÓN

En 2005, el *Yale Journal of Law & The Humanities* organizó un simposio en homenaje a *Nomos and narrative*. Quienes participaron de él destacaron, de manera invariable, la influencia de ese texto seminal en numerosos trabajos posteriores. Christian Courtis, en la edición en español de *Nomos y de Violence and the word* señalaba que “[r]astrear las citas que han generado los dos artículos (...) es una tarea inacabable, tanto por la cantidad como

por la ariedad da campos disciplinarios en los que es necesario aventurarse”. En mi caso, llegué a ese texto desde las teorías constitucionales del constitucionalismo popular y el constitucionalismo democrático, que toman de ese texto la revelación de que el pueblo sí puede interpretar su constitución y, de hecho, lo hace usualmente.

El punto de vista de Cover tiene consecuencias que estimo radicales, ya que busca recuperar y resguardar la creación de mundos normativos de manera autónoma y sin coerción. Ese empresa se me presenta tan atractiva como difícil de llevar a la práctica. Y sin embargo, el argumento en contra de la violencia y a favor del pluralismo me sigue pareciendo convincente. Utilizar esos dos principios como pauta para analizar nuestras prácticas me ha llevado a cuestionar la lógica de la *última palabra* en materia de interpretación constitucional y a proponer un cambio en la forma en que pensamos y resolvemos nuestras controversias normativas. Una aproximación *humilde* a los problemas normativos que tenemos como comunidad empieza por reconocer que no se trata de simples diferencias de opinión respecto del alcance de la Constitución sino de verdaderos significados que construyen mundos normativos autónomos y propios. Cuando distintas visiones sobre *la ley* se enfrentan, se pone en juego el compromiso de los actores con sus propios mundos noramtivos. Y esas visiones, en los estados modernos, nunca se enfrentan en un campo de batalla equilibrado. Se trata, entonces, de tomar plena conciencia de lo que significa asignar al Estado el rol de árbitro de esas contiendas. De lo que es trata, en última instancia, es de tomar en serio la invitación de Cover de “alentar la creación de nuevos mundos” (Cover, 1983: III).

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Ugarte, Ramiro. 2012a. El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 13, No. 1. págs. 71-121.

Álvarez Ugarte, Ramiro. 2012b. Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso FAL sobre aborto no punible. *Jurisprudencia Argentina*, 11/7/12, JA 2012-III, Fascículo No. 2, pág. 83.

Stuart Scheingold. 1974. *The politics of Rights*. Segunda Edición (2004). Ann Arbour: The University of Michigan Press.

Basch, Fernando. 2010. Breve introducción al litigio de reforma estructural. Documento base para el Seminario *Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural*, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.

Contartese, Daniel y Deledicque, Melina. 2013. ¿Participación ciudadana o autoorganización popular? pág. 38-68, *en* Dinerstein, Ana (compiladora). 2013. *Movimientos sociales y autonomía colectiva. La política de la esperanza en América Latina*. Buenos Aires: Capital Intelectual.

Friedman, Barry. 2010. *The Will of the People*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Cover, Robert. 1983. *Nomos and Narrative*, *Harvard Law Review*, Vol. 97, pág. 4 (1983). Aquí voy a citar a la versión en español del texto, que se encuentra en Robert Cover. 2002. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Cover, Robert. 1986. *Violence and the word*. *Yale Law Journal*. Vol. 95,

págs. 1601-1629.

Soifer, Aviam. 2005. Covered Bridges, *Yale Journal of Law & The Humanities*, Vol. 17, No. 1, págs. 55-80.

Post, Robert. 2005. Who's Afraid of Jurispathic Courts?: Violence and Reason in Nomos and Narrative. *Yale Journal of Law & The Humanities*, Vol. 17, No. 1, págs. 9-16.

Botero, Catalina. 2006. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura.

Reva B. Siegel. 2006. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of The The Facto ERA California *Law Review*, Vol. 94. pág. 1323.

Robert Post & Reva Siegel. 2007. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, pág. 373.

Reva B. Siegel. 2008. Dead or Alive: Popular Constitutionalism in Heller. *Harvard Law Review*, Vol. 122, pág. 191.

González Bertomeu, Juan. 2011. Against the core of the case. Structuring the evaluation of judicial review. *Legal Theory*, Vol. 17, págs. 81-118.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana. 2010. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia.

Kahan, Dan M. Foreword: Neutral principles, motivated cognition, and some problems for Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Vol. 115, No.

1, págs. 1-78.

Sabel, Charles F. y Simon, William H. 2004. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, Vol. 117, págs. 1015-1101.

Bourdieu, Pierre. 1987. The force of the law. Toward a sociology of the juridical field. *Hastings Law Journal*. Vol. 38, págs. 805-853.

Bergallo, Paola. 2005. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper No. 45.

Pou Giménez, Francisca. 2011. Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo. En Rodríguez Garavito, César. 2011. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Linares, Sebastián. 2008. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas, *Revista Mexicana de Sociología*. Vol. 70, págs. 487-539.

Roach, Kent. 2004. Dialogic Judicial review and its critics. *Supreme Court Law Review*. Vol.23, págs. 49-104.

Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* The University of Chicago Press: Chicago.

Restrepo, Esteban. 2002. Reforma Constitucional y Progreso Social: La Constitucionalización de la Vida Cotidiana en Colombia. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 14.

Waldron, Jeremy. 2006. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, Vol. 115, págs. 1346-1406.

Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford University Press: USA.

Burt, Robert A. 2005. Robert Cover's Passion. *Yale Journal of Law & The Humanities*, Vol. 17, No. 1, págs. 1-8.

Greene, Jamal. 2011. Originalism's Race Problem. *Denve University Law Review*, Vol. 88:3, págs. 517-522.

Kymlicka, Will. 1992. The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas. *Political Theory*, Vol. 20, No. 1 (Feb., 1992), págs. 140-146.