

CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XXI: ¿NEOCONSTITUCIONALISMO O CONSTITUCIONALISMO POPULAR?

Eduardo Hernando Nieto*

Este texto pretende mostrar las tensiones entre el liberalismo y la democracia en el Estado constitucional contemporáneo a partir del desarrollo de dos corrientes teóricas como son el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo popular. Siendo severamente crítico del primero por concebir erróneamente que la Constitución representa un acuerdo definitivo, el trabajo se orienta de forma más favorable por el constitucionalismo popular aun cuando también se muestra algo escéptico respecto a sus pretensiones, rescatando en todo caso su dimensión política de la que carece el neoconstitucionalismo.

1 Algunos antecedentes

El llamado Estado constitucional de derecho, evolución del Estado de derecho del siglo XX, intenta reflejar sin duda –en particular después de la Segunda Guerra Mundial– la armonía entre estos dos grandes valores que venían progresando desde inicios de la modernidad, a saber, el liberalismo y la democracia.

Revista de Economía y Derecho, vol. 10, nro. 38 (otoño de 2013). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Doctor en Filosofía, profesor del curso de Teoría Constitucional y Política en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Teoría Legal y Política en los posgrados de Derecho de la PUCP y la Universidad de San Martín de Porres. Profesor principal de Razonamiento Jurídico en la Academia de la Magistratura. Consultor del Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia (PMSJ)-Banco Mundial.

Desde un punto de vista conceptual, sin embargo, parece que podrían tratarse de dos términos más bien antagónicos antes que armonizables. Así, a pesar de lo que puedan señalar algunos teóricos contemporáneos¹, la tensión entre liberalismo y democracia nos hace pensar más en la oposición recalcitrante de libertad negativa *versus* libertad positiva, expuesta varios años atrás por ese gran pensador del liberalismo como fue Isaiah Berlin², y que los colocó en forma irreconciliable, a tal punto que él mismo optó por la libertad negativa en desmedro de la libertad positiva.

En este sentido, este texto pretende mostrar estas tensiones expresadas hoy por dos corrientes teóricas llamadas neoconstitucionalismo (ligada al liberalismo) y constitucionalismo popular (democracia), tomando partido por esta última –aunque con algunos reparos– por ser más cercana a la práctica política y encarnar mejor el sentido de la Constitución moderna.

2 Neoconstitucionalismo y liberalismo

Si bien hablar del Estado constitucional implica referirse tanto al liberalismo como a la democracia, se advertirá, sin embargo, que una gran cantidad de académicos opta por colocar en un segundo plano a la democracia, esto, por ejemplo, al afirmar la existencia de un Estado liberal democrático o liberal igualitario en el que la igualdad queda subordinada a la libertad³, no obstante, desde otra perspectiva, también podría hablarse de una relación inversa, es decir, que sea la igualdad la que se anteponga a la libertad⁴.

Pero, dada esta mayoritaria prevalencia del liberalismo sobre la democracia, poco a poco ha ido conformándose una teoría constitucional que ha venido también constituyendo una nueva teoría del derecho⁵ de características pospositivas y principialista⁶.

Así, el continuo desarrollo del constitucionalismo liberal en los últimos años ha sido tan evidente que hasta ha llegado ahora a postularse como la teoría del derecho (neoconstitucionalismo) del siglo XXI, la cual empieza hoy aparentemente a desplazar a la clásica teoría positivista del derecho y al concepto de Estado de derecho⁷.

Esta teoría neoconstitucional⁸ tiene por rasgo característico considerar por ejemplo al derecho como una *práctica* antes que como

un *objeto* (práctica interpretativa, como diría uno de los que anima esta corriente, el profesor estadounidense Ronald Dworkin). En este sentido, como en toda práctica, se requieren de guías, estas serían entonces los llamados *principios*, que ocupan paulatinamente espacios antes pertenecientes a las reglas; por ello, al recaer la tarea de aplicación de los principios en los jueces ahora ya no tendrían que identificarlos para subsumirlos, como ocurría con las reglas, sino que tendrían que justificarlos.

Así, la Constitución orienta todas las conductas, pues somete la voluntad del pueblo y sus autoridades a su mandato, ahora “sabiamente” interpretado por los jueces constitucionales, pero en realidad al devenir el derecho en Constitución⁹, entonces tendríamos que decir que en todos los jueces y su modalidad de acción se verifica el llamado control de constitucionalidad o revisión judicial¹⁰.

Tal actividad ha dotado al juez “neoconstitucionalista” de un poder que no gozaba en el modelo anterior, en que la función de identificación y aplicación (método jurídico) solamente descansaba en un juicio lógico deductivo y nada más. Precisamente, el giro que se da hoy se sustenta en la denominada ponderación entre principios, que resulta en una actividad cotidiana entre los neoconstitucionalistas, lo cual como decía otorga a los jueces constitucionales (y en nuestro caso a todos los jueces por el llamado control difuso) un mayor protagonismo en la práctica del derecho, a través del impacto social que puede traer que los jueces se conviertan hoy en los grandes defensores de los derechos fundamentales.

Ciertamente, el contenido de los principios está basado en la moral liberal; es decir, en la moral de los derechos individuales (moral crítica) que tiene por base filosófica la racionalidad práctica kantiana. En este aspecto se podría señalar que el neoconstitucionalismo, a pesar de lo que se diga en contra, representa una ideología política que no es otra que el liberalismo contemporáneo. Si bien es cierto, los defensores de esta corriente se suelen amparar en la defensa de la racionalidad práctica, para ellos la única racionalidad práctica (o moral) aceptable o correcta sería la liberal de raíz kantiana.

Por otro lado, junto con la fuerza de la moral de los derechos, también el neoconstitucionalismo refuerza la idea de Constitución rígida (algo congruente con la moral kantiana); esto es, que la estructura institucional que configura la Constitución es difícilmente modificable, lo cual en la práctica evidencia una clara desconfianza respecto a la

voluntad popular que no podrá cambiar la Constitución de una forma fácil, esto por cierto muestra también poco aprecio por la autonomía colectiva, cuyas metas u objetivos podrían ser calificados de quiméricos e irrealizables.

Pero uno de los principales problemas que podemos encontrar en la propuesta neoconstitucionalista, como adelantamos, es que los derechos individuales (la moral de los derechos) al convertirse en la esencia del derecho hace que los jueces actúen principalmente como defensores de derechos antes de que se aboquen a la tarea de resolver conflictos.

En este sentido, los profesores Richard Bellamy¹¹ y Jeremy Waldron¹² han advertido sobre el peligro de esta tendencia, que podría implicar no solamente una posibilidad de dejar sin soluciones las controversias, sino que también claramente marcaría un alejamiento entre el (neo)constitucionalismo y la democracia, esto en la medida en que la democracia hoy se la aprecia fundamentalmente por el valor epistémico que posee al ser una vía de acceso al conocimiento (o verdad)¹³, esta separación por lo tanto entre el constitucionalismo y la democracia dejaría al constitucionalismo sin sólidos fundamentos y haría más difícil su justificación.

Ciertamente, en defensa del neoconstitucionalismo y su control de constitucionalidad se esgrimen algunas tesis como que este busca proteger contra la incompetencia de las mayorías y el abuso del poder o que la misma integridad de la ley depende de los principios (derechos), entre otros. Pero ¿es realmente cierto que el neoconstitucionalismo y su control de constitucionalidad de las leyes garantizarían el no caer en una tiranía? ¿Son los jueces mejores que los legisladores? ¿Acaso la legalidad no conlleva previamente alguna forma de ponderación entre principios?

Si bien resultan siendo una minoría en el debate contemporáneo, autores como los antes citados y otros como Roberto Gargarella¹⁴ en Sudamérica consideran que el neoconstitucionalismo posee claramente un carácter contramayoritario y que no llega a “tomar en serio al pueblo”. En este sentido, se aprecia igualmente la probabilidad del surgimiento de una nueva (o vieja) élite social integrada por los jueces que además carecen en su mayor parte de la legitimidad popular con la que sí cuentan los legisladores.

Sin embargo, al margen de ello, me parece que lo más relevante en todo este problema es la concepción de la que parte el modelo

neoconstitucional y que sería el de considerar que la Constitución contiene un acuerdo final y acabado sustentado en la justicia, y que este acuerdo final es presentado cada vez que se aplique el control judicial, llegando entonces a tesis neoconstitucionalistas como la famosa única respuesta correcta al caso difícil (Dworkin).

Más bien para los teóricos de la democracia o del llamado constitucionalismo político (Bellamy), la Constitución expresa antes que nada un “desacuerdo” sobre distintas concepciones de justicia que se configura así precisamente por la diversidad de personas que conviven en el Estado constitucional. En tal sentido, la propuesta del control judicial podría implicar que no se reconozca tal desacuerdo sobre las distintas concepciones de justicia y que al final se imponga una decisión que no es más que una de las tantas formas de racionalidad práctica (la kantiana), pero que para el juez neoconstitucional resultará siendo la correcta o la mejor. Así, temas de relevancia social como el matrimonio entre homosexuales o la determinación de una pensión de jubilación quedarían en manos de jueces –que muchas veces ignoran todas las dimensiones que convergen en estos temas–, excluyendo la posibilidad de la deliberación pública y la opción de alcanzar un resultado más ampliamente consensuado.

Precisamente, esta tendencia a dejar todo en manos de los jueces y la Constitución ha ido generando respuestas desde otras perspectivas constitucionales. A los trabajos ya mencionados de Bellamy o Waldron, se suma también un enfoque convergente que toma partido de modo radical por la democracia. Esta corriente también se origina en Estados Unidos y lleva por nombre constitucionalismo popular. Veamos ahora algunos alcances de la mentada corriente, para luego volver sobre el constitucionalismo liberal.

3 El constitucionalismo popular

Sin duda, uno de los textos fundamentales del constitucionalismo popular es el del profesor de la Universidad de Stanford Larry D. Kramer, titulado *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*¹⁵, junto con las propuestas de Kramer también son importantes las de otros destacados constitucionalistas estadounidenses como Mark Tushnett¹⁶ y el propio Jeremy Waldron, ya citado.

Pero ¿qué es el constitucionalismo popular? El profesor de la Universidad de California (Irvine) Erwin Chemerinsky en un artículo bastante crítico sobre esta corriente señalaba: “En primer lugar, los partidarios del constitucionalismo populista defienden la idea de que el control de constitucionalidad no es muy importante en la práctica para la sociedad. Invocan muchas veces el libro de Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope*¹⁷, que defiende que el control de constitucionalidad únicamente tiene efectos mínimos a la hora de cambiar la sociedad [...]. En segundo lugar, los constitucionalistas populistas sostienen que el control de constitucionalidad es innecesario. Argumentan que se puede confiar en que los procesos mayoritarios respetarán la Constitución [...]. En tercer lugar, los constitucionalistas populistas critican el control de constitucionalidad por ser indeseable. Exaltan la regla de las mayorías y argumentan que el control de constitucionalidad reemplaza las elecciones de las mayorías por decisiones tomadas por jueces no electos [...]”¹⁸.

En realidad, se afirma respecto al origen del constitucionalismo popular que este se inicia desde el surgimiento del propio orden constitucional en Estados Unidos, el que se refleja con la famosa frase “We the people” (“Nosotros el pueblo”), que tiene una fuerte vinculación con la teoría política lockeana y su interés por destacar el rol que desempeña el consentimiento del pueblo, el mismo que se expresa también en la decisión de las mayorías¹⁹.

En este sentido, se pueden hallar diversos casos en los inicios de la República estadounidense, en que se destaca precisamente ese interés popular por el gobierno y la administración de la justicia²⁰. Por ejemplo, está el caso de un jurado que en 1793 absolvió a Gideon Henfield del cargo de haber servido abordo de un buque francés. En este caso, la Corte consideró que era espuria jurídicamente la defensa de Henfield; sin embargo, el jurado fue de una opinión totalmente contraria. Lo interesante con esta historia es que el pueblo en Maine, Georgia o Charlestone celebró ruidosamente la decisión del jurado²¹; asimismo, otros casos como los de la llamada Alien Act en 1798, en que se estableció una ley desde el Congreso, que facultaba al presidente poner en prisión o deportar extranjeros, incluso en tiempos de paz, lo cual fue rechazada de forma enfática en distintos Estados de la Unión²².

Precisamente, en este sentido, el profesor Kramer enfatiza el papel que ha cumplido el pueblo estadounidense en la determinación de la justicia, al respecto dice:

“En estas y en incontables escenas del mismo tipo, los estadounidenses de la época de la fundación revelan la forma en la que comprendían su rol en el gobierno popular con un alcance que nosotros, que damos mucho por sentado, no podríamos comprender. Estados Unidos era entonces el único país del mundo con un gobierno fundado explícitamente en el consentimiento del pueblo, manifestado en un acto distintivo e identificable, y quienes habían dado ese consentimiento eran intensa y profundamente conscientes de ello. Y estaban orgullosos”²³.

Tal idea podía perfectamente engarzarse con aquella razón subyacente al “We the people”, que en último término podía interpretarse como el compromiso que tenía todo estadounidense con el denominado autogobierno, el mismo que podía continuar de generación en generación²⁴.

Pero, a pesar de esta identificación del gobierno y de la administración de justicia con la gente, ¿cómo se explicaría entonces el surgimiento de la revisión judicial? Según lo expuesto por el juez Blackstone²⁵ al sintetizar de manera magistral el derecho común inglés, indicaría que sería absolutamente imposible pensar en que un juez pudiese corregirle la plana al Legislativo²⁶, en Estados Unidos como vimos inicialmente se destacaba siempre el origen popular del poder²⁷. En este sentido, el poder popular se trasladó a cada legislatura estadual, de hecho la legislatura fue la que elegía a los jueces algunas veces junto con el Ejecutivo, aunque este último dependía del Legislativo.

Sin embargo, se señala que la revisión judicial surgió en respuesta al exceso de democracia entre 1780 y 1790, en que se vivió una suerte de embriaguez legislativa. Tanto es así, que James Madison (cuarto presidente de Estados Unidos y autor, junto con Jay y Hamilton, de *The Federalist Papers*) indicó que uno de los grandes males del nuevo Estado era la abundancia de normas, de la cual no se salvaba ningún Estado²⁸, ahora bien, no solamente se trataba de la abundancia de normas, sino que muchas de ellas amenazaban los derechos de propiedad por obra del Legislativo²⁹.

Por su lado, Roberto Gargarella refirió que se trató también de un problema de intereses en juego, es decir, de pequeños propietarios y campesinos seriamente afectados por la guerra de independencia que a su vez eran presionados por los grandes comerciantes y grandes propietarios, los que también tenían que pagar sus deudas con los ingleses, estos no encontraron mejor forma de hacer efectivo tales pagos que

tomando lo poco que quedaba de los campesinos y pequeños propietarios. Ahora bien, en la medida en que los pequeños comerciantes eran sectores mayoritarios presionaron a sus legislaturas estatales para conseguir leyes en su favor. Los sectores sociales adinerados contaban entonces con el soporte de los jueces, que empezaron a ejercer un control sobre las leyes a fin de frenar el poder creciente de las mayorías y sus demandas contra los grandes comerciantes³⁰.

Así queda claro en Estados Unidos la cercanía del constitucionalismo popular con los intereses mayoritarios, mientras que el neoconstitucionalismo y el control de constitucionalidad aparecerían más bien como una propuesta conservadora y temerosa en cierto modo de la fuerza popular: “Quienes apuestan por Constituciones rígidas y control judicial suelen albergar una desconfianza de fondo sobre la capacidad del pueblo de autogobernarse democráticamente. Creen que si no se protege a la democracia de sus propios usos, los ciudadanos la destruirán o pervertirán. Este temor se fundamenta en el peligro de que la sociedad sucumba a diversos peligros en la toma colectiva de decisiones: la miopía, la demagogia, las pasiones transitorias, etcétera. Si las reglas de la Constitución no se ponen a salvo de esos peligros –mediante el blindaje de los procesos de enmienda, o cediendo el poder de la interpretación a un tribunal–, la democracia no está segura”³¹.

4 Algunas conclusiones preliminares

En resumen de todo lo expuesto, a partir del contexto constitucional de Estados Unidos se puede deducir que existe una tensión clara entre la legislatura asociada a la democracia y el control de constitucionalidad vinculada a perspectivas más liberales y conservadoras. Ahora bien, si la democracia es un régimen político y el liberalismo contemporáneo una ideología (aunque estén detrás de este filósofos como Locke o Kant), se podría considerar que el control judicial depende de la democracia y no a la inversa³²; es decir, que la democracia antecede al control de constitucionalidad y al basarse este en la moral de los derechos individuales, entonces se deja de lado la voluntad de la comunidad en favor del individualismo, que sería la razón subyacente en la lógica de la revisión judicial contemporánea³³.

Ahora bien, otro punto relevante sería el siguiente: ¿hasta qué punto el control de constitucionalidad desalienta o inhibe la participación política? Siguiendo el razonamiento expuesto por el constitucionalismo popular, una de las críticas importantes hacia el neoconstitucionalismo sería esta tendencia a frenar la participación popular y desalentar entonces las prácticas deliberativas. Dice por ejemplo un representante del constitucionalismo popular: “La inflación de criterios de interpretación constitucional ha llevado, a su vez, a desplazar la posición jurídica de los sujetos políticos en el discurso convencional del derecho constitucional. Por un lado, han erosionado la capacidad de la gente corriente de tomar parte en ese debate, e incluso de comprenderlo. Los ciudadanos, incluidos los sujetos políticos que tienen la responsabilidad de considerar el derecho constitucional, se convierten en espectadores, fascinados principalmente por la lejanía de ese derecho”³⁴.

Es más, agrega el autor de esta cita, hasta los mismos jueces han dejado paulatinamente de ser los que redactan las sentencias trasladando el trabajo para sus asistentes (generalmente jóvenes y talentosos abogados), ahora el problema radicaría justamente en el interés por parte de estos jóvenes profesionales en articular discursos académicos muchas veces muy sofisticados, impidiendo así que la sentencia pueda ser evaluada por cualquier persona, salvo por los expertos en el derecho constitucional³⁵.

Todos estos argumentos hacen atractiva la crítica del constitucionalismo popular hacia el neoconstitucionalismo; sin embargo, tampoco es que se deba de tener tantas esperanzas en torno a la deliberación pública y la democracia popular³⁶, más aún cuando las condiciones para llevar adelante una discusión en el terreno legislativo no necesariamente resultan mejores que en la vía judicial, no obstante ello, el problema de que la teoría neoconstitucional devenga en ideología neoconstitucional³⁷ sí resulta preocupante, es decir, cuando los jueces consideran que su función no es otra que la de defender derechos y que existe una obligación moral de obedecer la Constitución (esto es, los derechos convertidos en reglas), además de otorgarle a la Constitución un sentido progresista, que no es otra cosa que la concepción ideológica liberal camuflada en este caso con la etiqueta de “interpretación constitucional” o, de una forma más sofisticada, como “la lectura moral de la Constitución”³⁸.

Este es el aspecto más nefasto de la teoría neoconstitucional, ya que se aparta de la búsqueda de la verdad y del conocimiento en aras de zanjar el debate apelando a la defensa de lo que ellos –los que siguen esta ideología– consideran la respuesta correcta. Así pues, coincidiendo con lo expresado por los profesores Bellamy y Waldron, la Constitución contemporánea no debe verse como un acuerdo final, sino como un desacuerdo que deje abierta las opciones para el desarrollo de argumentos y la posibilidad de generar ciertos consensos, pero no más que eso.

NOTAS

- 1 Por ejemplo, como se afirma en un texto bastante difundido en América Latina el de Pedro Salazar Ugarte: *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México D. F., FCE, 2006. También en esa misma línea de armonización se puede destacar el caso del conocido profesor Luigi Ferrajoli, desde su clásico trabajo *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, y más recientemente *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, Teoría de la democracia, Madrid, Trotta, 2011. Básicamente, la tesis de Ferrajoli es considerar que el fin es la democracia social, pero la vía para lograrlo es el liberalismo (los derechos individuales).
- 2 Cfr. Isaiah Berlin. “Dos conceptos de libertad” en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1996.
- 3 Ejemplos de este enfoque se encuentran en los autores John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press, 1971, y Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978. Sin embargo, también se pueden hallar algunos matices sugerentes en la obra del profesor alemán Robert Alexy, quien de pronto considera la opción de la ponderación de los derechos, en términos de libertad (justicia) *versus* igualdad (bienestar) en cada caso concreto. Sin embargo, existe en Alexy un ámbito de derechos no discutibles que configuran eso que el profesor Garzón Valdés denominó el “coto vedado” de los derechos. En este sentido, Alexy podría compartir en el fondo las posturas de Rawls y de Dworkin. Cfr. Eduardo Hernando Nieto, “Neoconstitucionalismo y teoría de la argumentación jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes”. En: *Gaceta Constitucional*, Guía 6, Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.

- 4 Sin duda, el teórico más afín a esta línea sería el profesor estadounidense Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- 5 Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en: *Para una teoría pospositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009.
- 6 Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- 7 Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *ibídem*.
- 8 Para una exhaustiva lectura de la realidad del neoconstitucionalismo se puede ver: *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- 9 Que es una de las tesis del neoconstitucionalismo, es decir, la constitucionalización o rematerialización del derecho. Cfr. Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, edición Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005.
- 10 Más adelante haré una introducción general a los orígenes de esta práctica.
- 11 Richard Bellamy, *Constitucionalismo político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- 12 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, *ibídem*.
- 13 Justamente quien desarrolló esta perspectiva fue el prematuramente fallecido profesor argentino Carlos Santiago Nino, quien destacó que la democracia deliberativa podía ser una buena vía para acceder al conocimiento y llegar a resultados imparciales, allí radicaba la potencia epistémica de la democracia. Cfr. Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003. Para un análisis de la concepción democrática deliberativa de Nino, ver Roberto Gargarella, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El constitucionalismo popular”, en: *El canon neoconstitucional*.
- 14 Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; *Crisis de la representación política*, México D. F., Fontamara, 1997, entre otros.
- 15 Edición en español, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- 16 Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.
- 17 Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago, Chicago University Press, 1991.
- 18 Erwin Chemerinsky, “En defensa del control de constitucionalidad: Los peligros del constitucionalismo populista”, en: *Constitucionalismo Popular*, Erwin Chemerinsky, Richard D. Parker, Bogotá, Siglo del Hombre Editores,

- Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011, pp. 68-69.
- 19 John Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*: “Pues cuando un número cualquiera de hombres, con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo con poder de actuar corporativamente, lo cual solo se consigue con la voluntad y determinación de la mayoría”. Madrid, Alianza, 1990. Cap. 7, p. 112.
 - 20 Tómese en cuenta que Locke no distingue la administración de justicia de la función legislativa. Cfr. *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*.
 - 21 Larry D. Kramer, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 15.
 - 22 *Ibídem*.
 - 23 *Ibídem*, p. 17.
 - 24 Jack M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 57.
 - 25 William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*.
 - 26 Barry Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 20-21.
 - 27 *Ibídem*, por ejemplo la declaración de derechos de Carolina del Norte afirmaba que todo el poder político derivaba de la gente solamente y así como se estipulaba en Virginia o Maryland.
 - 28 Barry Friedman, *The Will of the People...*, p. 23.
 - 29 *Ibídem*.
 - 30 Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, capítulo 1.
 - 31 Ignacio Sánchez-Cuenca, *Más democracia, menos liberalismo*, Buenos Aires, Katz, 2010, p. 189.
 - 32 Es más, como ya se dijo, Locke –liberal– consideraba que el Poder Judicial dependía del Legislativo.
 - 33 En este sentido, comparto las críticas elaboradas al liberalismo o constitucionalismo liberal esbozadas por el profesor de la Universidad de Harvard Michael Sandel respecto al sesgo individualista hacia el que se ha decantado la Corte Suprema de Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, resolviendo los casos con una clara inclinación a favor de los individuos y de las minorías. Cfr. Michael Sandel, *Democracy's Discontent America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
 - 34 Richard Parker, “Aquí el pueblo gobierna: Un manifiesto populista constitucional”, en: *Constitucionalismo Popular*, p. 149.

- 35 *Ibíd.*
- 36 Hace muchos años yo mismo escribí en contra de las posturas democráticas deliberativas, mostrando más bien mucho escepticismo sobre su viabilidad. Cfr. Eduardo Hernando Nieto, *Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, Lima, PUCP, 2000.
- 37 Paolo Comanducci, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, editor Miguel Carbonell.
- 38 Ronald Dworkin, “The Moral Reading of the Constitution”, Introducción a *Freedom’s Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.