

DOI: 10.4067/S0718-09502013000100014

POST, ROBERT y SIEGEL, REVA, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013 (291 pp).

Los editores en castellano de Post y Siegel nos han aportado un libro tremendamente valioso para la discusión sobre el papel de la Constitución en una democracia; una discusión tremendamente urgente en un momento en que la demanda por una nueva Constitución que sea sentida como propia por el pueblo cobra fuerza en la agenda nacional. Ahora bien, los planteamientos allí contenidos son fruto de una rigurosa reflexión profundamente anidada en el contexto político y académico norteamericano, por lo que comprender adecuadamente qué propósitos persiguen requiere por parte del lector algo de familiaridad con dicho contexto.

La discusión académica norteamericana sobre las fronteras entre lo jurídico y lo político exhibe tanto una sorprendente lógica interna como una gran capacidad de dar cuenta de las transformaciones del medio político. El (según algunos, mal llamado) formalismo (Langdell) y su nuevo método de enseñanza jurídica, que habría establecido drásticas fronteras entre ambos planos, respondió a las necesidades surgidas de los desafíos posteriores a la Guerra Civil, particularmente la reconstrucción del Estado y el dinamismo de la economía. La jurisprudencia sociológica (Holmes, Brandeis, Cardozo y Pound) exhibe tanto las grietas lógicas como las consecuencias sociales de dicha alianza entre formalismo y capitalismo, estableciéndose como crítica de la defensa del capitalismo a ultranza de la Corte Suprema. El realismo jurídico (Frank, Llewellyn y tantos otros) radicaliza ambas críticas y eclosiona la forma misma de enseñar y describir el derecho desde la academia en el momento mismo en que la Corte Suprema cae y cede ante la expansión regulatoria del New Deal. De entre las ruinas de este *big bang* surgen el procesualismo (Hart y Sacks), que intenta restituirle al derecho una identidad a través del foco en los procedimientos como mecanismo de construcción de legitimidad. La arremetida de la Corte Warren (1953-1969), parcialmente continuada durante la Corte Burger (1969-1986), evidencia un esfuerzo resuelto por proteger los derechos fundamentales de grupos desaventajados en razón, por ejemplo, de su raza o género; esfuerzo que cataliza nuevos cambios en las estrategias partidarias y los discursos académicos. Frente a dicha arremetida hay quienes, influidos por el procesualismo, la critican por entrar en ámbitos sustantivos (Wechsler), intentan llamarla a mantener en su despliegue el apego a las virtudes judiciales pasivas (Bickel), o la justifican en nombre de los defectos del proceso político (Ely). Otros sencillamente defienden el papel de la Corte como foro de los principios (Dworkin). Sin embargo, la Corte Warren llega a su fin, Reagan gana las elecciones, y el conservadurismo constitucional se aboca a dismantelar sus avances en nombre del apego al significado original de la Constitución (Scalia). Para la crítica conservadora, el problema con la Corte Warren y sus defensores académicos es que hicieron pasar por derecho aquello que eran sus preferencias políticas (Bork)¹.

¹ Post y Siegel también han destacado que, detrás de este esfuerzo por presentar al progresismo constitucional como un reemplazo del derecho por la política, hay una deliberada estrategia de movilización política. Véase "Originalism as a Political Practice: the Right's Living Constitution", *Fordham Law Review*, vol. 75, pp. 545-574 (2006).

Así, las últimas dos décadas han presenciado la hegemonía del discurso originalista, y el desconcierto del constitucionalismo progresista.

Es haciéndose cargo de ese desconcierto que aparece el trabajo de Post y Siegel. Este volumen reúne cinco ensayos, tres publicados conjuntamente y dos de autoría individual de cada uno de los autores, aparecidos entre 1996 a 2009 en diversas revistas de derecho norteamericanas y un libro colectivo. Todos ellos giran en torno a una concepción del derecho constitucional que, implícita e innominada en los trabajos cronológicamente más tempranos (Post, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, 1996; Siegel, “El discurso de la igualdad: los valores de la antisubordinación y la clasificación en las luchas constitucionales en torno al caso ‘Brown’”, 2004), empieza a tomar articulación explícita en su primer trabajo conjunto aquí recogido (“Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, 2004), recibe un nombre en su segunda entrega (“La furia contra el fallo ‘Roe’: constitucionalismo democrático y reacción violenta”, 2007) y alcanza una teorización general en la más reciente de ellas (“Constitucionalismo democrático”, 2009). Si bien la secuencia de producción de cada uno de estos trabajos evidencia una aproximación inductiva, esto es, de lo particular a lo general, ellos están ordenados en este volumen en el sentido contrario, de forma tal que el lector pueda comprender fácilmente el punto teórico de Post y Siegel para así posteriormente observar en concreto la manera en que dicho punto, la teoría del constitucionalismo democrático, se desenvuelve en la discusión de sentencias constitucionales concretas y teorías interpretativas específicas.

Debo señalar que discrepo con la decisión editorial de incluir en esta selección “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, donde Post critica los esfuerzos de Owen Fiss por reinterpretar la protección de la libertad de expresión en una clave colectivista e igualitaria. La conexión de este texto con la temática central de este volumen –la teoría del constitucionalismo democrático– es tan solo indirecta, y consiste en su reivindicación de la libertad individual de expresión como una forma de reconciliar la autonomía individual y la colectiva, haciendo a cada quien partícipe de la *autoría* del discurso público (pp. 148-151). Más apropiado hubiese sido incluir “Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law”,² un artículo que constituye un paso central en la articulación de la teoría del constitucionalismo democrático. Esto, pues allí Post le da sustento jurisprudencial a la afirmación según la cual “el derecho constitucional y la cultura están trabadas en una relación dialéctica, de tal manera que el derecho constitucional al mismo tiempo emerge de la cultura y la regula” (p. 8). En esa misma línea analítica apunta el trabajo en solitario de Siegel incluido en este libro, “El discurso de la igualdad...”; un trabajo de historia constitucional contemporánea que “explora la relación que existe entre los principios constitucionales y la política constitucional en las formas en las cuales hablamos acerca del significado de [Brown

² *Harvard Law Review*, vol. 117, pp. 4-112 (2003), disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/179. Este artículo, por añadidura, inaugura un nuevo volumen anual de la *Harvard Law Review* a través de la revisión de la jurisprudencia constitucional del año inmediatamente anterior; prestigiosa responsabilidad a la que son invitados solo los integrantes más destacados de la academia jurídica norteamericana.

v. Board of Education]” y que muestra “cómo las convicciones respecto del principio sobre el cual descansa Brown fueron construidas sobre la base de conflictos referidos a su aplicabilidad” (p. 173). Son estos trabajos, más que “Igualdad y autonomía...”, los que reflejan la perspectiva analítica del constitucionalismo democrático.

¿Y en qué consiste la teoría del constitucionalismo democrático? Post y Siegel la explican como una descripción del hecho de que “hay aspectos importantes del derecho constitucional estadounidense que han evolucionado en respuesta a perspectivas constitucionales sustantivas producto de la movilización del pueblo” (p. 32). A su juicio, estos “aspectos sensibles o receptivos (*responsive features*) del derecho contribuyen a preservar la autoridad de la Constitución a lo largo de la historia” (p. 32), pues “la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, de su capacidad para inspirar a los estadounidenses a reconocerla como *su* Constitución (p. 44). Esto no anula la distinción entre derecho y política, entre concepciones sociales y concepciones profesionales de la Constitución, sino que injerta dinamismo a esta ecuación observando que el ordenamiento constitucional norteamericano “negocia, de hecho, la tensión entre el Estado de derecho y el autogobierno” (p. 47). Estas premisas llevan a Post y Siegel, por ejemplo, a criticar como reduccionista la antítesis que Larry Kramer encuentra entre constitucionalismo popular y supremacía judicial, la cual a juicio de ambos autores obvia la posibilidad existente en el orden norteamericano de “encontrar un equilibrio viable entre el estado de derecho y la autoridad del pueblo para referirse a cuestiones del significado constitucional” (p. 122).

Uno de los elementos más interesantes del trabajo de Post y Siegel es que emerge como respuesta a teorías contemporáneas que intentan prevenir la conflictividad asociada a la reacción conservadora contra la protección jurisdiccional de derechos constitucionales, reacción (supuestamente) ejemplificada en la movilización conservadora contra la sentencia *Roe v. Wade* (1973). Estas teorías, entre ellas el minimalismo de Cass Sunstein, sugieren que la “furia” causada por esta sentencia “quizás podría haber sido evitada si los tribunales hubieran conservado una neutralidad apropiada entre las perspectivas divergentes” (p. 86). Frente a tales teorías del autocontrol judicial, Post y Siegel señalan no solo que “cierto grado de conflicto puede ser una consecuencia inevitable de reivindicar los derechos constitucionales” (p. 64), sino también que “la controversia provocada por la toma de decisiones judiciales podría incluso tener efectos benéficos” al incentivar tanto la participación política activa como la crítica desde una posición de identificación con la Constitución (p. 65).

Incluso, más allá de la valoración positiva o negativa del conflicto, Post y Siegel plantean la siguiente pregunta: ¿era la controversia surgida *Roe v. Wade* evitable con un pronunciamiento más moderado, con estrategias minimalistas o —como se dice entre nosotros— deferentes? Un estudio revisionista de este caso específico,³ como observan los autores, sugiere que los grupos que se han opuesto a dicha sentencia “se oponían

³ Reva Siegel ha continuado junto a la destacada periodista Linda Greenhouse este esfuerzo revisionista, crítico de la verdad convencional sobre el desencadenamiento de conflicto como resultado del “activismo judicial”, en *Roe v. Wade*. Véanse sus trabajos conjuntos *Before Roe v. Wade: Voices that Shaped the Abortion*

a todo tipo de liberalización del aborto, fuera a través de legislación o de decisiones judiciales” (p. 93). Por esto, hay que tener claro que dejar fuera a los tribunales no es garantía de apaciguamiento ni de suspensión del conflicto. Peor aún, dicha estrategia no representa “la mejor comprensión profesional” (p. 109) sobre cómo deben actuar los tribunales, y tiene el inconveniente de que “[c]uando un tribunal se rehúsa a aplicar un derecho constitucional debido al ‘respeto’ a quienes podrían llegar a ofenderse, parece afirmar de forma indirecta que el valor constitucional relevante no es suficientemente importante para ameritar la protección judicial” (p. 109).

En lugar de adoptar “una metodología normativa general para decidir casos constitucionales” (p. 48), y más específicamente “una metodología transcontextual que procura evitar las reacciones violentas independientemente del derecho específico en cuestión o de las circunstancias propias de su aplicación” (p. 110), la decisión sobre si proteger jurisdiccionalmente un derecho constitucional y cómo hacerlo “es un juicio contextual que tiene que evaluarse en el plano de derechos diferenciados y casos individuales” (p. 82). Por lo tanto, y respondiendo a quienes se refugian en el minimalismo en defensa (de los restos) del legado de la Corte Warren, Post y Siegel sostienen que lo que necesita quien se identifique con dicho legado no es única ni principalmente “una teoría de la interpretación constitucional”, sino, por sobre todo, “una perspectiva constitucional sustantiva” (p. 32).

En esta línea, Post y Siegel consideran que “un prerrequisito esencial para una movilización constitucional es el desarrollo de una perspectiva constitucional que resulte lo suficientemente motivadora para el pueblo, así como confiable, para actuar a partir de ella. Esto depende en parte de la capacidad para expresar esa perspectiva constitucional en términos de derecho” (p. 32). Desde luego, “la movilización constitucional empieza mucho más allá del campo de la teoría del derecho” (p. 39), pues empieza en el plano de la opinión pública y la organización y movilización sociales. La función de los “argumentos académicos” es simplemente “ayudar a darles forma jurídica a las aspiraciones y los reclamos prácticos” enarbolados por dicha movilización (p. 39). Lo importante, en lo que respecta a los segmentos profesionales, es que dicha formulación jurídica de las demandas sociales esté disponible cuando sea necesaria. Los progresistas, dicen Post y Siegel, “tienen que poder expresar estos compromisos en el lenguaje del derecho”, apelando entre otras fuentes “a los precedentes jurídicos, a la experiencia histórica, a la estructura constitucional, a las tradiciones normativas, a los propósitos constitucionales y a los principios éticos y jurídicos fundamentales” (p. 39).

¿Qué lecciones nos deja el volumen? La primera, una admonición analítica: debemos ser capaces de leer entre líneas, de ver la sociedad y la cultura a través de la opacidad del discurso jurídico. Esta observación es tan válida en Estados Unidos como lo es en Chile. La segunda, una invitación orgánica: los académicos, litigantes y jueces chilenos deben ser capaces de traducir las demandas sociales en reglas de derecho. Esta invitación,

ciertamente, supone saldar cuentas con el legado del gran intelectual jurídico chileno –en el sentido gramsciano de la expresión–, Eduardo Novoa Monreal. Esta tarea, como es lógico, deberá quedar para una próxima ocasión.

Fernando Muñoz León
Universidad Austral de Chile