

CAPÍTULO TERCERO

¿CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN? LA DEFENSA DEL DELIBERATIVISMO DESDE EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

I. LA CONFIGURACIÓN DEMOCRÁTICA DEL CONSTITUCIONALISMO

El “constitucionalismo democrático” (“*Democratic Constitutionalism*”) hace parte de uno de los desarrollos teórico-políticos más importantes en el constitucionalismo estadounidense de los últimos veinte años.²⁸⁴ Surge con la pretensión de reorientar el destino del constitucionalismo luego del viraje conservador y retardatario que tuvo a partir del gobierno Reagan (1981-1989). Académicos progresistas, dentro de los que se encuentran Robert Post (Yale), Reva Siegel (Yale), Mark Tushnet (Harvard), Larry Kramer (Stanford) y Jack Balkin (Yale), al evidenciar el avance y los éxitos conseguidos por la agenda política conservadora en las maneras prevalentes de interpretar y configurar el derecho constitucional, tomaron una postura más proactiva a este respecto.

El constitucionalismo democrático aborda una cuestión de acuciante vigencia en el contexto de la práctica del derecho constitucional estadounidense, pero que está en capacidad de rendir importantes efectos teóricos, doctrinarios, pedagógicos y jurisprudenciales en distintos contextos iberoamericanos, en los cuales pareciera, por un lado, respecto del Poder Judicial, que los magistrados de las altas cortes han monopolizado la interpretación constitucional y, por otro, respecto de la sociedad civil, que el progreso social se puede alcanzar fundamentalmente ante la sede judicial y sin responder a la movilización política.

La expresión que denomina al movimiento está integrada por los conceptos “constitucionalismo” y “democrático”. Representa por lo tanto dos ideas cardinales en la discusión pública occidental desde el fin del fascismo

²⁸⁴ Dentro de las obras representativas del movimiento se destaca Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

cuando se asistió a un cambio de paradigma en la concepción de los derechos, de la democracia y del contenido mismo del constitucionalismo. En virtud de estas nociones, las principales instituciones del poder público y las organizaciones ciudadanas tienen un rol esencial que desempeñar en la interpretación y configuración del derecho constitucional, en general, y en la garantía de la Constitución, en particular.

El gobierno, el congreso y el tribunal que conoce de los asuntos constitucionales tienen la responsabilidad conjunta de hacer cumplir las provisiones iusfundamentales establecidas en la norma que cuenta con la máxima validez formal, porque ocupa la cúspide de la pirámide normativa en los países que optaron por el constitucionalismo como forma de organización jurídico-política. Si el derecho constitucional se enfoca exclusivamente desde la perspectiva de los tribunales, se tiende a perder de vista este aspecto, así como el hecho de que su legitimidad democrática radica, de modo fundamental, en que las sentencias surgen no sólo de estrictos razonamientos judiciales, sino también de interacciones entre el Poder Judicial y las otras ramas del poder público, las asociaciones civiles, los partidos políticos, los organismos de control, los movimientos sociales, la opinión pública, los centros de investigación y el Poder Judicial en conjunto.²⁸⁵ A estos escenarios se les debe prestar atención al momento de proferir sentencias ambiciosas o que ejerzan un considerable impacto social. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que el diálogo constitucional sea fluido y constante.

El constitucionalismo democrático, como su antecesor, el constitucionalismo popular, no es una teoría en sentido estricto. Es una concepción general o una idea amplia²⁸⁶ según la cual las altas cortes deben tener capacidades para reflejar e incorporar en sus fallos las perspectivas constitucionales de diversos organismos democráticos, con el fin de configurar de manera conjunta el significado del derecho constitucional mediante un diálogo constructivo. Al constitucionalismo democrático no sólo le interesa cuestionar que los tribunales encargados de los asuntos constitucionales se hayan atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas;

²⁸⁵ Sobre la relación entre la legitimación democrática y la necesidad de las personas de poder expresarse, así como sobre la “experiencia del Estado como receptiva a sus propios valores e ideas”, véase Post, Robert, “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review*, núm. 95, 1997; “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political & Social Science*, vol. 603, núm. 1, 2006.

²⁸⁶ Kramer, Larry, «“The Interest of the Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy», *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2007.

también le interesa proponer un tipo de rol judicial, que si bien esté orientado por el progresismo, sea sobre todo consciente de que el significado de la Constitución y en general del derecho constitucional se configura a partir de interacciones que surgen de una perspectiva dialógica o deliberativa.

Dentro de la academia jurídica sólo recientemente han tomado real importancia las interpretaciones, los argumentos y las discusiones constitucionales, así como las expresiones críticas y propositivas que sobre el contenido del derecho constitucional tienen los ciudadanos por fuera de las cortes. Estas resignificaciones y refiguraciones en el derecho constitucional también ejercen influencia en su significado dentro de las cortes. La Constitución, y el derecho constitucional en general, tienen una existencia que trasciende los muros de los tribunales. Las posiciones que se adoptan respecto del significado de determinada norma ante un nuevo y polémico caso (si la igualdad ampara a los afrodescendientes de ciertas discriminaciones o si el tipo actual de matrimonio debe ser o no ampliado para incluir a los homosexuales, por ejemplo), suscitan discusiones, que son las que al final dotan al resultado, al fallo, de la legitimidad, que no sólo es necesaria para que la decisión sea bien recibida por la comunidad, sino también para su efectividad.

El progresismo por el que aboga el constitucionalismo democrático es dialógico. Si bien los tribunales tienden puentes entre la normativa constitucional y la realidad social, deben hacerlo conscientes de la importancia de dicha interacción. La forma más adecuada como los tribunales desempeñan su función institucional es articulándose como partes en un extenso diálogo, en virtud del cual responden no sólo al Estado de derecho y los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. Contribuyen así a la incorporación de tales valores al derecho. En una sociedad democrática, caracterizada por un pluralismo de visiones del buen vivir desde lo religioso, cultural, político y social, los tribunales deben desarrollar actualmente muchos de los fines que persiguió la Corte Warren (1953-1969) en cuanto a los derechos a la igualdad, la justicia social y la acción afirmativa, pero a partir de una jurisprudencia menos centrada en sí misma y más en conexión con movimientos políticos progresistas.

La posibilidad permanente de contribuir a configurar su significado permite comprender por qué permanecen fieles a la Constitución los ciudadanos cuyas perspectivas sobre el derecho no son las que imperan. El constitucionalismo democrático otorga herramientas para comprender las maneras como la constitución inspira lealtad a pesar del intenso desacuerdo sobre

su significado.²⁸⁷ El pluralismo, como uno de los valores propios y distintivos de las sociedades democráticas contemporáneas, se reivindica permanentemente al considerar abierto el pacto constitucional.²⁸⁸ Quienes defienden el constitucionalismo democrático suscribirían el cambio en la metáfora sobre la democracia que propone Obama,²⁸⁹ a saber: que no es una casa que hay que construir, sino una conversación que hay que mantener.

Los liberales defensores de una configuración progresista del derecho constitucional deben sofisticar sus análisis y sus apoloías al rol y a la importancia de los tribunales en las democracias constitucionales. Deben sobre todo tomar conciencia de que la influencia efectiva que puedan llegar a ejercer en la configuración del derecho constitucional también les exige un activo involucramiento en la acción política, tal como hicieron los republicanos durante el gobierno de Reagan, en el diseño de sus programas electorales, en la apelación a la opinión pública y en el apoyo electoral a candidatos a corporaciones públicas (presidente, congresistas...), cuyas perspectivas morales y jurídicas concuerden con las suyas.

Si bien cuando las cortes elevan a rango constitucional un determinado derecho ello implica que se le reduce en alguna medida el margen de acción al Legislativo en la configuración de la naturaleza o la estructura del derecho, aquéllas pueden de igual forma transformar la política al motivar a las partes en contienda para que dediquen tiempo y esfuerzo a la movilización política con miras a defender determinada interpretación constitucional. Esta idea parte de concebir, en contra de las perspectivas originalistas de la interpretación constitucional, al derecho como un organismo viviente.²⁹⁰ La Corte Constitucional Colombiana ha hecho referencia a la doctrina del “constitucionalismo viviente” cuando ha suscrito la concepción conforme a la cual independientemente de las intenciones subjetivas de los gestores de una ley, lo cierto es que las normas, una vez dictadas, se independizan del querer de sus autores.²⁹¹

²⁸⁷ “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *92 California Law Review* 1027, 2004; vers. cast. de Leonardo García J., en Post Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

²⁸⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

²⁸⁹ Obama, Barack, *The Audacity of Hope*, Random House-Crown Publishers, 2006.

²⁹⁰ Dice Waluchow que las Constituciones son mucho más que un texto escrito, pudiendo llegar a ser concebidas como entidades vivas, ya que pueden crecer y se les debe permitir hacerlo para acomodarse a las circunstancias cambiantes. Waluchow, Will, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el ‘common law’*, Madrid, Marcial Pons, 2009. Véase también, Strauss, David, *The Living Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

²⁹¹ En sentencias como la T-001 de 1992, retomada en sentencias como la C-152 de 2003. Una interpretación típicamente originalista es la del magistrado Scalia cuando afirma que

En este contexto, se ha utilizado una falsa dicotomía para caracterizar a quienes defienden el progresismo constitucional.²⁹² Los constitucionalistas deben ser presuntamente anti-Corte o prosustantividad judicial. Post y Siegel argumentan en cambio que toda posición progresista que se enmarque en un garantismo constitucional entraña un compromiso simultáneo con valores particulares y con arreglos institucionales que los protejan en la práctica. Los partidarios del constitucionalismo democrático afirman la importancia de que el Poder Judicial resguarde el carácter indisoluble entre la democracia política y los derechos fundamentales, y de que los derechos puedan ser garantizados por vía judicial, pero insisten en que no hay una única sede en el proceso de garantizar los derechos y de interpretar la Constitución, y que mucho menos esa sede la representan las altas cortes del Poder Judicial.

El movimiento no sólo tiene pretensiones descriptivas, sino también prescriptivas. No sólo examina cómo la comprensión popular del derecho constitucional afecta o influye en realidad sobre sus significados y sobre sus contenidos definitivos. Interesa observar cómo los movimientos sociales y políticos, así como los debates públicos sobre la interpretación de la Constitución que se desarrollan por fuera de las cortes terminan teniendo influencia en el significado que dentro de las cortes se le otorga a la Constitución. Pero interesa sobre todo defender que los ciudadanos deben tener un rol más activo políticamente en los distintos contextos en los cuales se configura el contenido del derecho constitucional.

Tiene asimismo un componente crítico, que resulta particularmente relevante para la discusión constitucional latinoamericana. El Poder Judicial no ha sido en general objeto de críticas por parte de la academia jurídica en los países de la región, la cual se ha abocado, en cambio, casi de manera exclusiva, a criticar los poderes Ejecutivo y Legislativo por sus excesos de poder y sus problemas de corrupción, ineficiencia y carencia de representa-

la Constitución de los Estados Unidos no prohíbe la discriminación sexual ni la segregación racial. La enmienda decimocuarta garantiza el debido proceso y la igual protección, pero en la actualidad ha sido interpretada de forma tal que se ha extendido la protección hacia los casos de discriminación sexual y segregación racial. Scalia objeta esta interpretación extensiva, porque la enmienda se promulgó después de la Guerra Civil en 1868, y esa protección no era la que se pretendía en ese momento por parte de quienes la redactaron. Esta objeción hacia el significado de la enmienda no implica que Scalia defienda la discriminación o la segregación, sino que a su juicio es a través de leyes y no de resignificaciones constitucionales como se deben prohibir las diversas formas de discriminación.

²⁹² Tal como hace David Barron en “What’s Wrong with Conservative Constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the Choice They Present”, *1 Harvard Law & Policy Review*, 2006.

tividad real del grueso de la población. Es poco conveniente que los doctrinantes del derecho constitucional tengan una deferencia en muchos sentidos acrítica hacia las altas cortes, y Post y Siegel enfatizan las implicaciones que ello tiene para la interpretación colectiva del derecho constitucional.

II. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y LOS LÍMITES A LA ACCIÓN POLÍTICA

La idea de un constitucionalismo democrático tiene relación directa tanto con la implantación de democracias constitucionales como con la constitucionalización de los sistemas jurídicos que, con diferencias contextuales, se ha venido llevando a cabo en las dos últimas décadas en varios países latinoamericanos. Dentro de los principios esenciales que sustenta la concepción de la democracia constitucional, y en concreto la fórmula política del Estado social y democrático de derecho,²⁹³ se destacan además del reconocimiento a la máxima validez normativa de los derechos fundamentales y a principios morales como igualdad material, justicia social, pluralismo, dignidad humana y solidaridad, el respeto por las reglas de juego electoral con la posibilidad real de alternancia en el poder; la salvaguarda del pluralismo político, el sistema de frenos y contrapesos, el goce efectivo de los derechos, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio y una colaboración armónica para la realización de los fines estatales. Por mayoritarias que sean las medidas políticas, si exceden estos principios que constituyen los diques por donde debe fluir el poder político con toda su fuerza, la medida debe ser invalidada por el Poder Judicial, así se lo juzgue como elitista y “antidemocrático”.

²⁹³ En América Latina, luego de los intensos procesos de reforma que vivieron varios países a partir de la década de 1980, se reaceptó la fórmula, de manera casi invariable respecto del contexto europeo, del Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad de la persona, y cuya soberanía radica en el pueblo. Así, Colombia es un Estado social de derecho (artículo 1), Venezuela es un Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (artículo 1) y Bolivia se constituye como Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (artículo 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente al modelo ideológico del Estado social de derecho, el artículo 3 consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

¿CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN? 151

Aunque surge una cuestión, discutible en principio, sobre la necesaria prevalencia de las opiniones constitucionales de los magistrados sobre las del pueblo, la presunción relativa al hecho de que las mayorías deben gobernar sin limitaciones a su voluntad se desestima, porque en las democracias latinoamericanas no son las mayorías las que están en las instancias de decisión política, sino pequeños pero poderosos grupos, y porque incluso si así fuera el propósito de las declaraciones de derechos que se incluyeron en las Constituciones luego de la segunda posguerra fue precisamente retirar ciertas cuestiones de las vicisitudes de la coyuntura política. Madison sostenía que el “trono de la razón” debe estar resguardado de “pasiones mayoritarias”. Una de las condiciones necesarias para hacer realidad el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales tiene que ver con la debida delimitación de los espacios de acción institucional entre los jueces constitucionales y el legislador como representante de la voluntad popular. Los principales problemas de justificación del constitucionalismo surgen al asumir el valor de la democracia y reconocer el principio mayoritario como uno de sus elementos.

Debido a que en los Estados Unidos rige la Constitución más antigua del planeta, promulgada en 1787, y a que su sistema de fuentes está basado en los precedentes judiciales, el ordenamiento constitucional puede tender fácilmente a convertirse en juriscéntrico. La Corte Suprema debe solucionar en la actualidad casos complejos a partir de un insumo básico, a saber: los siete artículos de la Constitución y sus veintisiete enmiendas —sobre todo las diez primeras, que constituyen el catálogo de derechos, las cuales fueron aprobadas en 1791—. Debe por tanto configurar constantemente una normativa para una realidad muy diferente de aquella para la cual fue promulgada. Al decir de Lawrence Sager: “Una constitución en sí misma sólo es un pedazo de papel. Lo interesante de una constitución es lo que se hace con ella”.²⁹⁴ Una pregunta de cardinal importancia en el movimiento es: ¿cómo podemos entender a la Constitución como algo que es al tiempo duradero y estable, pero no obstante cambiante?²⁹⁵

Un rasgo significativo de la política en América Latina en las últimas dos décadas ha sido su judicialización, la cual ha otorgado particular e inédito protagonismo al Poder Judicial. Ha acontecido un creciente protagonismo de las altas cortes en temas políticos, ya que muchos asuntos que tradicionalmente eran decididos por medios políticos, y que se consideraban propios de la arena política, son ahora decididos por los jueces. Las altas

²⁹⁴ Sager, Lawrence, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004.

²⁹⁵ Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, cit.

cortes locales y los tribunales internacionales de justicia, edifican márgenes de configuración constitucional desde la protección de los derechos fundamentales y crean controles de distintas intensidades para el ejercicio de la función pública. La constitucionalización del derecho ha derivado en una progresiva judicialización de la política, porque cuando los derechos y principios irradian íntegramente la estructura del poder público debido al deber de interpretar toda la normativa conforme a la Constitución, se limita la soberanía del legislador y de los parlamentos y se obliga a todas las instituciones a seguir los dictados constitucionales.²⁹⁶ Respecto de cómo ha sido en Colombia,²⁹⁷ en México, Ecuador y Chile la judicialización de la política ha sido débil. Además de la intensidad difieren los procesos de judicialización en la forma, pues en Colombia ha sido sobre todo trabajo de la Corte Constitucional en general, y de la Corte Suprema de Justicia en los casos de investigación y juzgamiento de congresistas o de examen a la legalidad de solicitudes de extradiciones, mientras que en Brasil ha sido el Poder Judicial en general o en Argentina ha habido un importante papel de la ciudadanía que se manifiesta en paros y marchas.²⁹⁸

Los jueces, al llevar la Constitución por cuenta de su naturaleza normativa a todas las áreas del derecho, han influenciado de manera directa las relaciones políticas. Adicionalmente, por la desidia de los congresos y los gobiernos en cuanto al amparo de derechos fundamentales, sobre todo de las minorías (mujeres, homosexuales, discapacitados, presos, entre otros), las cortes han debido proferir decisiones garantistas y progresistas que han tenido un impacto político y cultural e incluso fiscal, por lo cual se han agregado nuevas y complejas variables a la discusión constitucional latinoamericana. Las preguntas en este punto que vincula el constitucionalismo democrático son: ¿cuál es la función que las altas cortes le deben prestar a la ciudadanía? ¿Resulta al respecto relevante la consideración de que sus magistrados no son elegidos sino nombrados? ¿En qué institución del poder público radica la sede de la voluntad general? ¿Cuáles restricciones, si es que hay algunas, son admisibles en la configuración de la voluntad general en una democracia constitucional? Si la independencia judicial es un pilar de la democracia

²⁹⁶ Robinson, James, autor del libro *Por qué fracasan las naciones*, se pregunta: “¿Qué otro país de América Latina habría sacado a Uribe del poder?”. Entrevista a la revista *Semana*, octubre 8 de 2013.

²⁹⁷ Cepeda, José Manuel, “La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo”, en Sieder, Rachel *et al.* (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.

²⁹⁸ Sieder, Rachel *et al.* (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, *cit.* La judicialización de la política no siempre tiene efectos positivos, pues en Venezuela, por ejemplo, se ha asociado a la politización de la justicia.

¿cuál debe ser el grado de deferencia, si es que debe haber alguno, de las altas cortes hacia el pueblo?

Tras estas cuestiones están presentes temas propios no sólo del constitucionalismo, sino del estudio científico de la política, campos en cuya área de intersección se ubica el constitucionalismo democrático. Un problema central en estos campos es el rol de los tribunales constitucionales ante dos tipos de situaciones: las normas proferidas por el congreso que vulneran principios constitucionales, y el déficit amplio y generalizado en la garantía de derechos fundamentales que fuerza a las cortes a adoptar un rol progresista en el diseño de remedios institucionales que contribuyan a solucionar dichas violaciones, lo cual termina necesariamente por ensanchar jurisprudencialmente el contenido normativo de la propia Constitución. Una de las principales características de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados es la ampliación de la densidad normativa material de la Constitución por cuenta de las sentencias que en la resolución de casos concretos interpretan y concretan los principios y derechos constitucionales a partir de lo cual se constituyen subreglas jurisprudenciales, que a su vez crean una red de precedentes con los cuales, fundamentalmente, las altas cortes contribuyen en el proceso de la creación y el desarrollo del derecho.

Se han presentado varias objeciones a estas situaciones por no ser democráticas o por ser incluso antidemocráticas. No es este claramente el lugar para su repaso, pero interesa enfatizar que debido a los márgenes constitucionales que tienen las democracias contemporáneas, una institución debe asumir el rol de controlar que las mayorías respeten el pacto constitucional. La idea de democracia constitucional preceptúa sobre todo que una democracia no es un régimen que se basa en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón de ser en un principio mayoritario restringido en aras a la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. La democracia, desde que se dejó de pensar sólo en la configuración de la voluntad general, cuenta dentro de sus elementos esenciales la posibilidad de que las distintas facciones puedan llegar a tener juego dentro de la institucionalidad.

III. ¿QUIÉN TIENE LA ÚLTIMA (O LA ÚNICA) PALABRA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

El constitucionalismo democrático no adscribe a las concepciones populista ni agregativa de la democracia, para las cuales las mayorías deben tener la última palabra en la configuración de las políticas, ni rechaza la revisión judi-

cial de constitucionalidad. No objeta la posibilidad de que los jueces ejerzan un poder considerable al controlar la conformidad con la constitución de las leyes expedidas por el congreso y, en general, de los actos de los poderes públicos, garantizando así no sólo la integridad y supremacía del texto fundamental, sino también la vinculación de los organismos estatales a los derechos fundamentales. Sin embargo, Post y Siegel introducen y enfatizan la distinción entre control judicial de constitucionalidad y supremacía judicial; entre la posibilidad de que un tribunal tenga la *última* palabra y la posibilidad de que tenga la *única* palabra.

Kramer aborda la distinción entre la supremacía judicial y la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, las cuales por décadas tendieron a considerarse dos caras de la misma moneda, debido sobre todo a la sentencia *Marbury vs. Madison* (1803), que fundamentó primeramente la facultad judicial para revisar la conformidad constitucional de las leyes y los actos del Ejecutivo.²⁹⁹ Una de las principales características del sistema jurídico estadounidense es la *Judicial Review*, extendida ya en los países en los cuales se promulgaron democracias constitucionales, que consiste en la facultad judicial para revisar la conformidad con la Constitución de las normas expedidas por el Congreso y el gobierno, pudiendo por tanto declararlas inválidas o sometiendo su interpretación a un sentido determinado. En *Marbury* se instruyó la posibilidad de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución.

En el caso que resolvió dicha sentencia,³⁰⁰ William Marbury demandó a James Madison, secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, porque no obstante haber sido nombrado juez federal por John Adams, entonces presidente, pero no reelegido, a Marbury no se le confirmó el nombramiento. Jefferson no confirmó éste ni otros nombramientos a cargos judiciales, porque Adams los había hecho con premura antes de retirarse del cargo para conservar algo de poder una vez fuera de la presidencia. Marbury acudió directamente a la Corte Suprema solicitándole un auto de “*mandamus*”, que obliga a los funcionarios a cumplir las obligaciones que les impone la ley, para que se le ordenara al secretario Madison realizar el nombramiento correspondiente. Marbury apoyó su demanda a la ley del Poder Judicial (*Judiciary act*) promulgado por el Congreso de la Unión en 1789.

²⁹⁹ Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁰⁰ Entre una numerosa bibliografía, consúltense Clinton, Robert L., “*Marbury vs. Madison*” and *judicial review*, University Press of Kansas, 1989; Van Alstyne, William W., “A Critical Guide to *Marbury vs. Madison*”, *Duke Law Journal* 1, 1969; Nelson, William E., *Marbury v. Madison: The origins and legacy of judicial review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000.

El presidente de la Corte Suprema, John Marshall, argumentó como fundamento de la decisión que aunque el nombramiento reunía los requisitos legales y Marbury efectivamente tenía el derecho a reclamarlo, la Corte no tenía competencia para ordenarlo, y no reconoció por tanto la pretensión de Marbury. La Constitución establece que, salvo en casos determinados, la Corte sólo es una instancia de apelación, y este caso no figuraba entre aquellos enumerados taxativamente como de su competencia original.³⁰¹

Sin embargo, la ley del Poder Judicial (*Judiciary act*) debía ser considerado para ese caso concreto como una norma inconstitucional y, por unanimidad, la Corte descartó la aplicación de una ley federal por considerarla contraria a la Constitución. La Corte adquirió la competencia para declarar inválidas normas que se interpretaran contrarias a la Constitución. “El juramento no podía cumplirse de otra manera”. El magistrado Marshall estableció las bases de la autoridad futura de la Corte al declarar que la rama judicial tiene la competencia para “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional era una consecuencia necesaria del cometido de mantener la vigencia de la Constitución. Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre la interpretación política de la Constitución. Se salvaguarda la propia Constitución por parte de la jurisdicción de cada estado y la Constitución federal contra las leyes estatales.

Se dice en la sentencia:

Si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de tal manera que la Corte debe decidir el caso conforme a la ley desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley, la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto es de la pura esencia de la función judicial. Si, entonces, las cortes deben vigilar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso.

Más adelante se sostiene que

Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y esta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables. Quienes niegan el principio de que el tribunal debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven re-

³⁰¹ El primer ejemplo de la exclusiva sujeción de la Corte a las facultades que le otorga la Constitución para resolver casos específicos se encuentra en la negación del primer *Chief Justice*, John Jay, a dar un concepto solicitado por el presidente George Washington sobre las implicaciones constitucionales de un proyecto sobre política exterior.

ducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la constitución y mirar sólo a la ley.³⁰²

Además de establecer y fundamentar dicha facultad judicial, el fallo ubicó la perspectiva del magistrado Marshall sobre la del presidente Jefferson, actuando así como un verdadero poder político del Estado. Casi simultáneamente surgió la perspectiva departamentalista según la cual la supremacía judicial es relativa y débese mediar con las otras ramas del público en la aplicación de la Constitución. Ninguna de las ramas del poder, ni la judicial, debe tener el monopolio de precisar el significado definitivo de la Constitución. La interpretación constitucional por parte de las altas cortes es autoritativa mas no autoritaria; es decir, constituye una de las voces, y no la única ni necesariamente la principal, en el intenso diálogo del cual debe surgir en últimas el significado del derecho constitucional, que encuentra entonces su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales. Respecto de su superioridad jerárquica, en varios casos la Corte Suprema se ha visto abocada a definir y reafirmar la supremacía del Poder Judicial, y suya en particular, respecto de su poder último en materia jurisdiccional. En *Martin vs. Hunter's Lessee* (14 U.S. 304, 1816), la Corte sentó por primera vez un precedente en el cual reafirmó no sólo en este caso sino en general su autoridad definitiva sobre las cortes supremas estatales, no obstante tratarse de un país integrado por estados con márgenes significativos de independencia, en asuntos de derecho federal.³⁰³

Casi simultáneamente al fallo Marbury surgió la perspectiva departamentalista, según la cual podría decirse que tanto en los sistemas de corte suprema, que conoce de asuntos constitucionales, como en los sistemas de corte constitucional independiente, la supremacía judicial es relativa, y debe mediar con las otras ramas del poder público en la aplicación de la normativa constitucional. Ninguna de las ramas del poder, incluyendo la Judicial, debe tener el monopolio de precisar el significado definitivo de la Constitución. La interpretación constitucional por parte de las altas cortes es autoritativa, mas no autoritaria; es decir, constituye una de las voces, no la única ni necesariamente la principal, en el diálogo del cual debe surgir en última instancia dicho significado, que encuentra entonces también su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales.

³⁰² *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137, 1803, trad. propia. Énfasis añadidos.

³⁰³ Posteriormente, en materia de interpretación en particular, profirió la sentencia *Cooper vs. Aaron* (358 U.S. 1, 18, 1958), donde confirió a su jurisprudencia carácter vinculante a este respecto y en caso de control de constitucionalidad.

No hay razón, además de la normativa orgánica que la ubica como un tribunal de cierre jurisdiccional, que sustente el hecho de que los juicios que las cortes hacen sobre la interpretación constitucional deban situarse necesariamente por sobre los juicios de los otros actores jurídicos y políticos. En la actualidad no se venera con la misma solemnidad la sabiduría que antes se predicaba de los magistrados, en parte porque, como afirman Balkin y Levinson respecto del contexto estadounidense —cómodamente trasladable al latinoamericano—, la mayoría de las veces las sentencias son redactadas por auxiliares recién egresados de las facultades de derecho. Incluso se ha sostenido que los pronunciamientos de la Corte Suprema no son en todos los casos interpretaciones autorizadas del más genuino significado de la Constitución.³⁰⁴

Los tribunales no deben tener la última (y, en todo caso, nunca la única) palabra en cuestiones de interpretación constitucional, máxime ante casos complejos de progreso social. En una democracia, el constitucionalismo limita y empodera al gobierno para garantizar los fines del Estado. En lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde una torre de Babel donde los tribunales no hablan con los organismos estatales, el constitucionalismo democrático propugna una concepción conforme a la cual la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progresivo.

Larry Kramer ha llegado a afirmar respecto de la Corte Suprema Estadounidense algo que para muchos es traslapable al contexto de la Corte Constitucional colombiana, y es que se trata de “una élite social a la que injustificadamente se ha atribuido una competencia suprema y su supremacía es un indeseable elemento aristocrático que vulnera el sistema democrático. Si la Constitución ha sido creada por el pueblo entonces el pueblo mismo y no la Corte es el que debería tener la supremacía para interpretarla”.³⁰⁵ Para que el constitucionalismo tenga éxito en un contexto de progresismo judicial, debe ser democráticamente legítimo, tiene que reflejar nuestros valores y la forma en la cual entendemos sus profundos significados. A través de las movilizaciones sociales y de la expresión de las posiciones políticas por parte de grupos no institucionales, las personas

³⁰⁴ Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 9-53; Paulsen, Michael S., “The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is”, *Georgia Law Review*, 217, 1994, pp. 217 y 220-222.

³⁰⁵ Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, cit. Han planteado influyentes críticas similares: Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006; Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008.

realizan demandas concretas sobre lo que esperan que sea constitucionalmente amparado o prohibido, sobre la validez que legisladores y jueces deben darle a un significado particular de la Constitución, y sobre los cambios que debe tener el derecho constitucional para responder a un mundo interconectado y en permanente cambio.³⁰⁶

IV. LOS TRIBUNALES Y LA OPINIÓN PÚBLICA

Post y Siegel enfatizan la paradoja en virtud de la cual la posibilidad de desacuerdos sobre el significado de la Constitución, debido al reconocimiento del pluralismo como un valor esencial en las democracias contemporáneas, es la que mantiene su autoridad, toda vez que permite a las personas de convicciones y concepciones diferentes observarla como si expresara sus compromisos más fundamentales y considerarla asimismo como la norma fundacional del sistema jurídico, a pesar incluso de que determinada interpretación oficial pueda diferir de la suya propia. El constitucionalismo democrático es un modelo de análisis de las prácticas y las comprensiones mediante las cuales los derechos constitucionales han sido históricamente establecidos en el contexto de una controversia cultural.³⁰⁷ El desacuerdo interpretativo es una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional. La autoridad misma de la Constitución radica tanto en su sensibilidad hacia las instituciones democráticas y los movimientos sociales como en su legitimidad en tanto norma que a la vez goza de la máxima validez jurídica y cuenta entre sus atributos con una naturaleza vinculante.³⁰⁸

Los tribunales reflejan, pero también construyen opinión pública. La política puede ser demasiado contenciosa y compleja para ser captada por encuestas de opinión o por alguna noción de consenso con la cual puedan corresponderse las decisiones judiciales.³⁰⁹ Los ciudadanos presentan afirmaciones y reclamos sobre el significado de la Constitución y realizan actos políticos de diverso tipo (protestas frente a las cortes o el congreso, mítines, marchas en las calles, reuniones ideológicas, difusión de comunicados, even-

³⁰⁶ Post, Robert y Siegel, Reva, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *42 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 373, 2007; vers. cast. de Leonardo García J., Post Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, *cit.*

³⁰⁷ Post, Robert, "Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity", *Australian Journal of Legal Philosophy* 185, 2000.

³⁰⁸ Post, Robert y Siegel, Reva, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *cit.*

³⁰⁹ *Idem.*

tos académicos, envío de cartas a los medios, etcétera) cuando estiman que sus concepciones no están siendo respetadas o que determinada concepción que objetan se está volviendo paradigmática. Las reacciones vehementes de la ciudadanía hacia determinadas decisiones judiciales han sido consideradas en algunos casos amenazas a la legitimidad democrática de la constitución. El constitucionalismo democrático, por el contrario, considera que los diversos actos políticos en los cuales se plantean objeciones ciudadanas a las formas judiciales de interpretar y aplicar la Constitución, en lugar de socavar su legitimidad, contribuyen a su reforzamiento. Las polémicas que surgen ante fallos judiciales de los que se discrepan podrían tener efectos positivos para el sistema constitucional, ya que llevan a los inconformes a involucrarse en la dinámica política.

Pareciera que la heterogeneidad cultural, que se ha convertido en un rasgo particularmente distintivo de la política contemporánea, pondera de modo considerable los valores que desafían precisamente la unidad necesaria en una comunidad para alcanzar un exitoso constitucionalismo democrático. Post insiste en que se debe explorarse la forma en la cual la diversidad cultural armoniza con un tipo de constitucionalismo que reconoce la importancia del pluralismo característico de las sociedades democráticas.³¹⁰ La cuestión acerca de cómo un Estado democrático debe promover la diversidad cultural aparece entonces como central en el ámbito de las constituciones fuertemente sustantivas, en las cuales no es posible establecer a priori una jerarquía entre los valores, principios y derechos que protegen, y en casos concretos muchas veces colisionan entre sí de manera radical. Para contar con mayor legitimidad, las interpretaciones que las cortes realizan del derecho constitucional deben descender del podio donde tradicionalmente se han ubicado. Los jueces deben interpretar la Constitución de manera tal que, respetando el principio de legalidad, el Estado de derecho, el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, le resulte claro al pueblo que su voluntad democrática también está siendo considerada dentro del razonamiento de la decisión.³¹¹

Balkin y Levinson identifican en los cánones del derecho constitucional contemporáneo un “canon pedagógico” que corresponde al conjunto de casos y materiales jurídicos que se enseñan tradicionalmente en las facultades de derecho.³¹² La objeción a un enfoque indebido por restringido hacia las sentencias de las altas cortes implica, también para el contexto latinoame-

³¹⁰ Post, Robert, “Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity”, *cit.*

³¹¹ Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *75 Fordham Law Review*, 2006.

³¹² Los otros son los cánones de “cultura general” y de “teoría académica”.

ricano, que la estructura y el contenido de lo que se enseña como canónico dentro del derecho constitucional debe considerar también materiales como discursos de disidentes políticos, proyectos de ley y de reforma constitucional, debates académicos y doctrina de otros tribunales. Respecto del canon pedagógico, el constitucionalismo democrático insistiría en que no se trata de dejar de leer o enseñar los casos canónicos de las altas cortes, sino de complementarlos con otras fuentes que también influyen, muchas veces de manera determinante, en la manera como se configura el derecho constitucional en la realidad. Las cuestiones sociológicas confluyen en este punto con las normativas.³¹³

Una de las razones que explican la objeción del constitucionalismo democrático en virtud de la cual el canon constitucional es construido casi exclusivamente en términos de lo establecido por los casos de la Corte Suprema, radica entonces en parte en el indebido protagonismo que se le ha dispensado dentro de la enseñanza del derecho. A su vez, el juriscentrismo en el canon pedagógico tiene efectos ideológicos, porque tiende tanto a reforzar su poder de decisión final en materia de interpretación constitucional como a desalentar la posibilidad de realizar interpretaciones constitucionales que difieren del canon establecido de casos. Al enfocar el significado de la Constitución exclusivamente en las decisiones judiciales, los académicos, profesores y estudiantes no considerarán en general necesario explorar otros elementos que correlativamente intervienen en la forma en la cual la normativa constitucional se aplica a casos concretos.

La historia muestra que los tribunales interpretan la Constitución en un diálogo con las ramas políticas y el pueblo.³¹⁴ Levinson ha defendido la necesidad de realizar interpretaciones constitucionales no oficiales, a las cuales denominó interpretaciones “protestantes”,³¹⁵ que son tareas conjuntas en las cuales las altas cortes no se encierran en salas plenas a decidir exclusivamente conforme a sus criterios, sino que mantienen canales abiertos para conocer las perspectivas sociales. “Ningún progresista quisiera vivir en un Estado en donde la autoridad del ‘Nosotros, el pueblo’ se refiera sólo a la opinión profesional de los jueces”.³¹⁶ La capacidad que tiene la Constitución

³¹³ Balkin, Jack y Sanford, Levinson, “The Canons of Constitutional Law”, *111 Harvard Law Review* 964, trad. de Leonardo García J., “Los cánones en el derecho constitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 1998.

³¹⁴ Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, *cit.*

³¹⁵ Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, *cit.*

³¹⁶ Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *cit.*

¿CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN? 161

para hablar por y para los grupos pertenecientes a la misma comunidad que representan y defienden, no obstante cosmovisiones heterogéneas en aspectos fundamentales de la vida, depende en una medida importante de que se mantengan abiertos canales comunicativos para que dicha comunidad pueda plantear objeciones, propuestas y perspectivas constitucionales que eventualmente sean consideradas. La clave para que un grupo no se considere excluido de la discusión política ante un fallo con el cual difiere es que existan mecanismos para exteriorizar y canalizar institucionalmente los reclamos. El grado de capacidad de representación y, así, de legitimidad del derecho constitucional, es correlativo de la forma de creación interactiva de dicho derecho.

De la confianza del pueblo en las instituciones públicas, y en esto las altas cortes no son la excepción, depende en gran medida la autoridad necesaria para hacer cumplir la Constitución, muchas veces en contra de las decisiones de los poderes con representación popular. No sólo las dos ramas con mayor representatividad popular, sino también los tribunales, deben ser receptivos hacia los reclamos y las perspectivas constitucionales de la ciudadanía. El trabajo conjunto entre las ramas del poder público, además del diálogo con los movimientos políticos y la opinión pública, dota de fuerza y carácter verdaderamente vinculante a una determinada medida, de modo que cuente con la receptividad democrática necesaria para tener legitimidad y efectividad. Conforme a Balkin, lo que legitima a la revisión judicial de constitucionalidad es su sensibilidad o receptividad —a largo plazo— hacia las perspectivas rivales de la sociedad acerca de lo que significa la Constitución.³¹⁷

Si bien el constitucionalismo democrático considera que los tribunales deben ser sensibles a la opinión pública, que la autoridad del derecho constitucional depende de su legitimidad democrática y que, a su vez, dicha legitimidad depende en buena medida de su capacidad para percibir la opinión popular, ello no justifica ni implica que los tribunales simplemente decidan los casos de forma que reflejen la “opinión pública” o el “consenso popular”. Es importante entonces considerar que el Poder Judicial es un poder socialmente integrado y atento a las incidencias e implicaciones de su actividad, pero no suponer que por ello debe atender el termómetro político cada vez que va a tomar una decisión, y en particular una decisión polémica. Como todos los poderes públicos, el Poder Judicial es un poder público del Estado. Esta es una tensión difícil de resolver, porque asimismo la integridad del derecho constitucional depende de su independencia de la

³¹⁷ Balkin, Jack, “Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution”, *Tulsa Law Review*, núm. 39, 2004, pp. 508 y ss.

influencia política. Desde la perspectiva interna del derecho, la distinción entre el derecho y la política es constitutiva de la legalidad.³¹⁸

Surge una tensión entre la necesaria cautela judicial y la también necesaria realización de las provisiones constitucionales progresistas. Diversos casos que han involucrado a algunas democracias iberoamericanas recientemente ilustran la tensión: permisión condicionada del aborto, reconocimiento de derechos iguales para minorías sexuales y étnicas, facultades especiales para las fuerzas militares, controles a los medios de comunicación y participación de la Iglesia en la discusión pública, entre otros. Por una parte, podría argumentarse que los tribunales no deben involucrarse en cuestiones socialmente debatidas y sobre las cuales no ha habido suficientes pronunciamientos judiciales locales, pero por otra podría eludirse el eventual impacto que podría llegar a tener una determinada decisión por cuenta de la vulneración de derechos fundamentales, que de forma reiterada y masiva puede estar sufriendo un grupo. Como sucedió con *Roe v. Wade* (1973) y *Brown v. Board of Education* (1954), al elevar abruptamente a rango constitucional una cuestión que al momento es debatida de manera vehemente, se agravan las discusiones sociales y la controversia política, y pueden llegar a producirse extendidas reacciones furibundas por parte de determinados sectores del pueblo.

Las reacciones ciudadanas podrían tener en muchos casos efectos favorables en el plano de la inclusión democrática. Las protestas deben ser concebidas como mecanismos inclusivos democráticos, sobre todo donde subsisten situaciones crónicas de asimetría de poder. Se acepta que cierto grado de conflicto puede ser una consecuencia inevitable de garantizar los derechos constitucionales, ya sea a través de la legislación o de las decisiones judiciales. Las decisiones constitucionales suscitan resistencia en algunos casos, especialmente cuando amenazan el estatus de los grupos acostumbrados al ejercicio de la autoridad.³¹⁹ La movilización a favor o en contra de una decisión es una forma importante de compromiso democrático. Los argumentos, casos y discusiones que plantean Post y Siegel de este enfoque poco común en la academia jurídica resultan de singular relevancia en contextos jurídicos en los cuales, por cuenta del influjo de diversos aspectos del canon neoconstitucional, hay un optimismo muchas veces desmesurado acerca de las verdaderas posibilidades de alcanzar el progreso social vía el progresismo jurisprudencial. Las instituciones a las que se les confió la guarda de la superioridad e integridad de las Constituciones en América Latina deben velar también por que ella conserve un grado de legitimidad social,

³¹⁸ Post, Robert y Siegel, Reva, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *cit.*

³¹⁹ *Idem.*

dado que responde en efecto ante las expresiones y los reclamos ciudadanos. La oportunidad de cuestionar la autoridad del derecho constitucional debe estar permanentemente abierta y, de igual forma, los tribunales tienen la responsabilidad de asegurar esta posibilidad.

Post y Siegel propugnan una fundamentación disensual del constitucionalismo en aras de la apertura democrática, la inclusión y, así, de la convivencia armónica de la comunidad. La legitimidad democrática de la Constitución no sólo está sustentada por el consenso respecto de las formas de concebirla y aplicarla, sino también por el disenso, que genera intensos intercambios comunicativos entre la ciudadanía. El constitucionalismo democrático sostiene que, en la medida en que los tribunales tengan canales para comunicarse con los reclamos que se realizan por fuera del estrado respecto de decisiones con fuerte impacto social, la legitimidad del derecho constitucional radicará en el hecho de que el pacto constituyente, además de ser incluyente y deliberativo en su génesis, permanezca abierto. “Sólo en los libros de texto sobre procedimientos jurídicos, el derecho es una cuestión contenciosa completamente aparte de la política”.³²⁰ Resulta infructuoso por tanto insistir en la separación entre la política y el derecho, porque ello implica ignorar la fuente de la legitimidad real del derecho.

V. CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

Luego del anuncio del retiro del magistrado David Souter de la Corte Suprema, el presidente Obama, dentro de los criterios que señaló para realizar la nueva nominación, sostuvo que deberá ser alguien que entienda que la justicia no es algo sobre alguna teoría jurídica abstracta o una nota al pie de página en un libro de casos, sino que es algo sobre cómo las leyes afectan las realidades cotidianas de las vidas de las personas.³²¹ Obama se refirió al magistrado Earl Warren³²² como un juez ideal, que era consciente de los efectos sociales y culturales de las decisiones de la Corte, pero también sostuvo que en los complejos procesos hacia el cambio social no es correcto otorgar demasiada confianza a los tribunales y poca al activismo político.³²³ Obama se pregunta, refiriéndose a

³²⁰ Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *cit.*

³²¹ <http://theconstitution.org/text-history/681>.

³²² Sobre quien puede consultarse la ilustrativa biografía de Cray, Ed, *Chief Justice: A Biography of Earl Warren*, Nueva York, Simon & Schuster, 1997, en particular las partes III y IV.

³²³ Obama, Barack, *The Audacity of Hope*, *cit.*

las batallas libradas en la comisión judicial del Senado por las designaciones de magistrados para la Corte Suprema durante el gobierno de George W. Bush, si los progresistas han perdido fe en la democracia debido a una desmedida confianza en los tribunales para reivindicar los derechos. Las decisiones tomadas por el Poder Legislativo y por los funcionarios gubernamentales sobre los derechos son tan importantes como las decisiones judiciales, si no más.³²⁴ Ha habido un enfoque laudatorio de la jurisprudencia de la Corte Warren sobre el poder y la función judicial, que ha tendido a desestimar el poder y la función de la acción política. Los liberales tienen la tarea de desarrollar una perspectiva política capaz de generar un amplio apoyo popular.³²⁵

En la actualidad, un liberal como Warren, defensor de un ambicioso activismo judicial, puede no contar con la sensibilidad política necesaria para que ciertas decisiones, aunque jurídicamente fundamentadas, tengan la legitimidad popular necesaria para que la institución conserve un alto estatus de representatividad y para que las decisiones sean efectivamente obedecidas. El método con el cual opera el derecho constitucional en sede judicial debe pasar del activismo tal como se lo entendió y defendió durante la Corte Warren, a un progresismo respetuoso de las funciones y competencias de los diversos organismos estatales. Debe ser consciente a la vez de que es necesario erradicar del derecho constitucional una perspectiva centrada en el hecho de que la Constitución es definida exclusivamente por los tribunales. El Poder Judicial debe ser, al contrario, socio no sólo de los actores, sino también de los movimientos políticos en la construcción de un derecho constitucional sensible a la manera en la cual el derecho opera en la realidad.

El activismo de la Corte Warren hizo pensar a gran parte de la ciudadanía que la sede del cambio social no era el gobierno ni el congreso, sino la Corte. Cuando los progresistas tengan una perspectiva de la vida colectiva que pueda generar reclamos constitucionales, se motivarán para movilizarse en defensa de su propia forma de comprender la identidad nacional; es decir, de su idea de la Constitución. Se orientará el desarrollo de una jurisprudencia constitucional que resulte adecuada para su efectiva garantía en el campo popular y profesional.³²⁶

Con el fin de evitar reacciones vehementes por parte de la ciudadanía, algunos críticos³²⁷ han defendido una postura conforme a la cual debe pre-

³²⁴ Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, cit.

³²⁵ Post, Robert y Siegel, Reva, "Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution", cit.

³²⁶ *Idem*.

³²⁷ Como Michael Klarman, William Eskridge y Cass Sunstein. Sobre este punto, Post Robert y Siegel, Reva, "La furia contra el fallo Roe", *Constitucionalismo democrático*, cit.

ferirse un enfoque judicial restringido debido a la deferencia que el Poder Judicial le debe dispensar al Legislativo. Las altas cortes no deben proferir fallos en los cuales esté involucrada una doctrina ambiciosa que sienta un precedente condicionante de la manera de resolver dichos casos.³²⁸ Si una cuestión de gran cambio social apenas se está arraigando en la ciudadanía, se afirma, no es conveniente que una alta corte intervenga de manera definitiva. Magistrados de raigambre conservador de la Corte Suprema estadounidense han sostenido que la Constitución debe interpretarse estrictamente siguiendo la orientación de su significado original. Para un intérprete constitucional al estilo Scalia o incluso un minimalista, la Corte debe esperar hasta que haya un consenso mayor en la ciudadanía o decisiones de tribunales de instancia para que se implementen decisiones con efecto social y cultural significativo. Se esgrime el argumento de que en grado importante las decisiones judiciales restringen la discusión al retirar de la agenda política un tema y elevarlo a estatus de derecho fundamental.

La concreción de las provisiones constitucionales garantistas depende en gran medida de que los tribunales no procuren sustituir las otras ramas del poder público al monopolizar la realización de la Constitución. El progresismo modera su activismo cuando se enmarca en una adecuada cautela judicial. No sólo la tiranía del gobierno, sino también la anarquía de la sociedad entrañan riesgos para la posibilidad de hacer valer las provisiones que contienen los derechos constitucionales, los cuales se pueden ver amenazados en su real garantía no sólo por un gobierno demasiado débil, sino también por uno demasiado fuerte. Además del establecimiento de una forma determinada de gobierno y la creación de instituciones a las cuales se les confieren funciones precisas, el constitucionalismo ha significado desde su génesis la existencia tanto de límites al gobierno para evitar que el poder derive en despotismo y prevenir así la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública como de vínculos representados en las normas iusfundamentales, que a la vez determinan lo que debe hacer y demarcan lo que no debe hacer la legislación.³²⁹

Los ciudadanos han encontrado tradicionalmente diversas formas de movilización efectiva a favor o en contra de los esfuerzos judiciales para aplicar la Constitución. En los Estados Unidos, por ejemplo, es bien conocido el caso en el cual la cláusula de igual protección ante la ley consagrada en la enmienda decimocuarta había sido interpretada de forma que tolera-

³²⁸ Sunstein, Cass, *One case at a Time*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

³²⁹ Holmes, Stephen, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, 1995.

ba diversos tipos de discriminación. Dos trascendentales cambios de precedentes en el derecho estadounidense ilustran el tipo de evolución social en el significado del derecho constitucional que defiende el constitucionalismo democrático. Respecto de la discriminación sexual, la Corte Suprema había decidido en 1873³³⁰ que la cláusula de igual protección no amparaba a las mujeres en sus reclamos por igualdad laboral. Para 1996³³¹ resolvió que la Constitución prohíbe la discriminación sexual. Sobre la doctrina que se relacionaba con los derechos civiles, en 1896³³² creó la doctrina “separados, pero iguales” para admitir las prácticas segregacionistas en las cuales incurrieron muchos estados en la educación de las poblaciones negras. En 1954³³³ la Corte decidió que eran inconstitucionales las leyes que separaban entre las escuelas públicas a los negros y a los blancos. La segregación era ahora una violación de la cláusula de igual protección reconocida por la enmienda decimocuarta. ¿Qué sucedió entre 1873 y 1996, y entre 1896 y 1954? El activismo vehemente de las mujeres y de los grupos afrodescendientes hizo cambiar, primero, la doctrina jurídica y, después, la opinión que la ciudadanía hasta entonces defendía sobre el significado de la igualdad. También con cuestiones que involucran no ya derechos de igualdad, sino de libertad, se puede ejemplificar este punto. La Corte Suprema había decidido de manera unánime en 1939³³⁴ que la Constitución no protegía el derecho a que las personas tuvieran armas de fuego para uso personal, pero en 2008³³⁵ sostuvo exactamente lo contrario, ya que encontró fundamento en la segunda enmienda para proteger el derecho individual a tener armas.

La articulación de las minorías raciales y, luego, de las mujeres en movimientos activistas por los derechos en la década de 1970, generó un cambio paulatino en la percepción popular hacia la admisibilidad de las formas tradicionalmente discriminatorias de comprender la Constitución. El significado mismo que se le atribuye en la actualidad a un caso no sólo jurídica, sino también culturalmente muy importante en la vida política de los Estados Unidos, como es la sentencia del fallo “Brown”, surge de varias décadas de discusiones políticas, jurídicas y académicas sobre su aplicación.³³⁶ El derecho no existe como tal antes de las luchas políticas sobre su

³³⁰ *Bradwell v. State of Illinois*, 83 U.S. 130 (1873).

³³¹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

³³² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³³³ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³³⁴ *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

³³⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

³³⁶ Siegel, Reva, “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, 117 *Harvard Law Review* 1470, 2004.

significado,³³⁷ sobre todo si se trata de un derecho constitucionalizado; es decir, sustantivado por numerosas provisiones, y en el cual la positivización de principios de naturaleza moral derivó en un desmoronamiento de las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política. En este punto radica la premisa del constitucionalismo democrático: cómo aumentar la legitimidad democrática de la Constitución.

VI. EL ORIGEN DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

El constitucionalismo democrático refleja una inconformidad radical con la forma contemporánea de concebir el derecho, arraigado en concepciones conservadoras que en Estados Unidos constituyen el legado que el gobierno de Reagan se propuso instaurar. Esa agenda contribuyó a configurar en forma jurídica y social el derecho constitucional. Profesores e investigadores conocieron unos documentos del Departamento de Justicia titulados “La Constitución en 2000”, que fueron redactados en 1988 durante el gobierno de Reagan. Este proyecto para cambiar el derecho constitucional procuró, con un éxito estimable, instaurar en varios niveles una práctica jurídica conservadora que estuviera orientada, básicamente, por formas particulares de litigio y por designaciones para el Poder Judicial. Los movimientos sociales y políticos conservadores no ahorraron esfuerzos ni recursos para hacer que el constitucionalismo concordara con sus perspectivas sobre los derechos y sobre la organización del gobierno.

Este proyecto político se desarrolló mediante determinadas elecciones e interpretaciones de la Constitución, en virtud de la cual se identificaron precedentes importantes que debían conservarse o modificarse según hubieran sido, desde su filosofía judicial, correcta o incorrectamente decididos de acuerdo con criterios como la estricta interpretación constitucional conforme al significado original. Dentro de los segundos se destacan precedentes relacionados con casos como la separación entre Iglesia y Estado, el aborto, los métodos anticonceptivos, la educación sexual en las escuelas, el Poder Ejecutivo, el derecho a la intimidad, la protección constitucional de los acusados en casos penales y cuestiones de raza e igual protección, federalismo y Poder Legislativo para promulgar leyes sobre derechos civiles. Los conservadores les enseñaron a los progresistas que la acción política, en lugar de la estrictamente jurídica, es esencial para configurar el derecho constitucional

³³⁷ Post, Robert y Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *cit.*

mediante la incorporación de determinada ideología en el proceso de interpretación constitucional.

El constitucionalismo democrático defiende un original proyecto en virtud del cual se debe implementar a futuro una perspectiva duradera del progresismo en el derecho constitucional, orientando las cuestiones más acuciantes del debate. Desde este modelo teórico se aboga por una nueva perspectiva en las polémicas tradicionales por las relaciones entre el constitucionalismo y la democracia. Cada uno de estos dos pilares de las sociedades contemporáneas comporta una serie de valores y principios que suscitan tensiones cuando se tratan de armonizar en la vida en comunidad. Los tribunales son entidades democráticas, y el Poder Judicial es un poder político, porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *política*.³³⁸ Propone una serie de temas, argumentos y discusiones, que podrían apoyar una revalorización en el contenido de la discusión constitucional iberoamericana. Se analizan desde diversas perspectivas las formas como se legitima popularmente el derecho constitucional, toda vez que las interpretaciones monopólicas del texto por parte de los jueces y que las normas proferidas por el Poder Legislativo no son necesariamente suficientes para dotar de legitimidad a la normativa constitucional. En las reacciones ciudadanas vehementes es donde la integridad del Estado de derecho colisiona con la necesidad de que los ordenamientos constitucionales cuenten con legitimidad democrática.³³⁹

En la consolidación de la democracia y en el progreso social, los tribunales desempeñan un rol crucial, el cual en algunos casos es subsidiario. El cambio constitucional debe fluir desde abajo en lugar de ser unilateralmente impuesto desde arriba, en especial si pretende ser democrático. En el nivel local se construyen consensos políticos que luego son amparados judicialmente en el nivel constitucional. Con sus decisiones sensibles a la democracia los tribunales muchas veces impulsan a la sociedad hacia un rumbo determinado. El cambio constitucional debe ser dialéctico e interactivo, porque las ramas del poder público deben promover conjuntamente los valores constitucionales progresistas. Las reformas jurídicas no necesariamente erradican la injusticia, pero con frecuencia contextos y situaciones injustos se reconfiguran para prosperar en nuevos ambientes jurídicos.³⁴⁰

³³⁸ Ya en 1848 el constitucionalista chileno José Victorino Lastarria afirmaba en sus *Elementos de derecho constitucional* que como todos los demás poderes, el Poder Judicial es un verdadero poder político del Estado.

³³⁹ Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *cit.*

³⁴⁰ Siegel, Reva, “Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action”, *49 Stanford Law Review* 1111, 1997.

¿CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN? 169

El constitucionalismo democrático es un modelo de teoría del derecho con profundas implicaciones políticas que aún está en construcción. Puede contribuir a la tarea de fundamentar una concepción liberal de la jurisprudencia y una práctica judicial progresista duradera y públicamente justificable. Otorga importantes elementos que pueden contribuir en la esfera doctrinaria, académica y política en los intensos debates que se desarrollan en la actualidad sobre los diversos temas que vincula el amplio campo del derecho constitucional, en particular la acción política y el compromiso con un sistema jurídico legítimo en el cual todos podamos reconocernos como partes.