

WE THE PEOPLE. EL CANON CONSTITUCIONAL Y SU TRANSFORMACIÓN (*)

We the people. *The constitutional canon and its transformation*

JUAN MANUEL MECINAS MONTIEL

Un cambio del canon constitucional no siempre tiene como resultado una enmienda formal a la constitución y no siempre se realiza a través de los cauces formales y estrictos que en ella se plantean (1). En una transformación del canon constitucional no es suficiente la voluntad e intervención de un poder, sino que las principales instituciones del Estado participen de forma determinante. Además, se trata de un proceso en el que hay un mandato ciudadano de apoyo y ratificación del cambio constitucional. Estos supuestos y sus riesgos son los ejes del tercer volumen de *We the People*, el trabajo del profesor Bruce Ackerman, publicado bajo el título *The Civil Rights Revolution*.

La obra aborda los cambios constitucionales de la Segunda Reconstrucción en los Estados Unidos de América (1954-1974). Esta transformación se tradujo en un nuevo marco de los derechos civiles. Este nuevo modelo consolidó la asunción de la dignidad como pilar de su marco constitucional (2). El autor resalta la importancia de quienes permitieron este cambio, que es producto de

(*) ACKERMAN, Bruce, *We the People. Volume III. The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, febrero de 2014.

(1) El ordenamiento supremo de un Estado puede sufrir modificaciones por vías no previstas en él. Al respecto, véase la posición de Alessandro Pace, quien reflexiona sobre los procedimientos de reforma constitucional previstos o no en la Constitución (en relación a su rigidez) y el segundo volumen del profesor Ackerman, donde analiza el proceso constituyente de Filadelfia. PACE, Alejandro, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid: CEPC, 1995, pág. 60; ACKERMAN, Bruce, *We the People. Volume II. Transformations*, Cambridge, MA.: Harvard Belknap University Press, 1998.

(2) Un nuevo modelo basado en un patrón «antihumillación». Se trata de un reconocimiento implícito de las injusticias del pasado. Véase GRANT, Evadné, «Dignity and Equality», en *Human Rights Law Review*, vol. 7, núm. 2 (299-329), Oxford: Oxford University Press, 2007, pág. 320.

generaciones de activistas, no de jueces auto-restringidos (pág. 49), donde el caso *Brown* (3) fue la catapulta del proceso, pero el Tribunal Supremo no fue el único actor de la transformación.

Resaltan dos aspectos en la obra del profesor Ackerman: desafía una narrativa —anclada dentro y fuera de los Estados Unidos de América— que considera al Tribunal Supremo Americano como único pilar de la transformación de derechos civiles (4) —desde una perspectiva jurídica. Por otra parte, vuelve a poner sobre la mesa la idea del cambio constitucional por vías no previstas por la misma constitución. Insiste en apreciar una transformación constitucional innovadora en la Segunda Reconstrucción, que supone un coto al asalto textualista que se despliega en sede del Supremo Americano (págs. 328-335).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América tuvo una influencia incomparable en la transformación del canon constitucional americano durante la Segunda Reconstrucción. No obstante, su rol «fue fundamental, pero limitado» (5).

Su papel fue esencial porque comenzó la transformación con su sentencia en el caso *Brown* —«la decisión judicial más importante del siglo XX» (pág. 317)— y fijó el debate sobre antihumillación (*Brown* es punto de partida, que no de llegada). Su papel también fue fundamental porque convalidó los *Landmark Statutes* —la *Voting Rights Act*, de 1964, y la *Fair Housing Act*, de 1968— que consolidaron una transformación profunda del sistema político-electoral y económico en los Estados Unidos.

Sin embargo, el rol del Tribunal fue limitado después de *Brown*. Este papel retraído abona a la percepción de este proceso de transformación constitucional como producto de *We the People* y no de *We the Judges*. El propio Tribunal propuso un sistema de constitucionalismo de colaboración (pág. 152) a partir del caso *Katzenbach v. Morgan* (6), lo que significa que participó en el juego político del Congreso y del Presidente (7), pero prefirió que fueran ellos los

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

(4) Por ejemplo, entre 1962 y 1966, la enmienda XXIV, la Sección 10 de la *Voting Rights Act* y el caso *Harper* eliminaron impuestos para el voto en elecciones federales y locales, pero sólo se recuerda la decisión del Supremo en *Harper* en el discurso de una buena parte de la academia. ACKERMAN, Bruce, *We the People. Volume III. The Civil Rights Revolution*, Cambridge, MA.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, págs. 84-5.

(5) El autor no minimiza el papel del Tribunal, sino que deja en claro que ese papel no debe maximizarse, porque ello sugeriría que se trató de un proceso exclusivo de jueces, y no un proceso complejo con la intervención vital de otros actores políticos. ACKERMAN, Bruce, *We the People. Volume III...*, pág. 49.

(6) *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641 (1966).

(7) El mensaje de este proceso es claro: las fuerzas políticas apostaron por la igualdad de los derechos políticos de los americanos en un periodo clave. Impulsados por el caso *Brown*, con

responsables de la transformación en la arena política (8). Este papel limitado se hace patente por su desastroso trabajo —enfatisa Ackerman— en la segunda década después de *Brown*, especialmente en el caso *Miliken v. Bradley* (9). El autor retrata un Tribunal de vaivenes (10), que poco a poco se aleja del activismo judicial; un tribunal que fue la guía en el caso *Brown*, pero después «lidera» convalidando. Detrás de ese ir y venir y esa autorrestricción judicial está la confrontación con Franklin D. Roosevelt en 1937. Por eso, sus miembros evitaron el activismo que los confrontara de nuevo con el Ejecutivo, fuese éste Johnson o Nixon, en aras de conservar su independencia judicial (pág. 231).

En el análisis del profesor de Yale, la *Voting Rights Act* y la *Fair Housing Act* juegan un papel primordial como canon constitucional a pesar de no ser enmiendas (11). Esta lectura choca con la percepción «originalista» que permea buena parte de la academia y del Tribunal Supremo Americano (con gran influencia en otros países). Los *Landmark Statutes* permiten hablar de un nuevo canon porque reconocieron el derecho a una igualdad en el trato (en instalaciones públicas), de oportunidades (en el mercado inmobiliario), a un indivi-

el compromiso del Ejecutivo y el apoyo del Legislativo, se logran acuerdos históricos que se convalidan en las urnas. La llegada a la Presidencia de Lyndon B. Johnson resultó determinante para que se lograra la aprobación de la *Voting Rights Act*. En ese proceso, son decisivos los aportes de Martin Luther King Jr. y del Congreso, con personajes como Dickson y Humphrey que resultan vitales. Con la reelección de Johnson en 1964 se ratifican las transformaciones y con la elección de 1968 se cierra un círculo, al elegirse a Richard Nixon —candidato de un partido distinto al de Johnson—, quien hizo una clara apuesta por la consolidación de los derechos civiles. ACKERMAN, Bruce, *We the people. Volume III...*, págs. 63-104, 241-252.

(8) Eso permitió que los ataques contra esa transformación fueran dirigidos contra Johnson y el Congreso, no contra el Tribunal. Con esta nueva lectura, el Congreso resulta ser uno de los pilares para el cambio en la concepción y goce de los derechos civiles en los Estados Unidos. Ackerman trata de poner la atención en el proceso mismo, que no se desarrolla conforme el artículo V de la Constitución americana.

(9) El autor se refiere a los casos *Emporia* (1973), en el que el Tribunal reafirma el principio de antihumillación establecido en *Brown*, lo que dio pie a que en *Keyes* (1974) se girara hacia el legalismo, y *Miliken* (1974), donde tuvo que hacer un nuevo «switch in time», como lo había realizado con Roosevelt cuatro décadas antes. ACKERMAN, Bruce, *We the people. Volume III...*, págs. 257-287.

(10) El mismo juez Brennan simboliza esta paradoja de un Tribunal pendular: su opinión en el caso *Bell v. Maryland* es poco progresista, mientras que cinco meses después será una opinión que revalide los cambios constitucionales en el caso *Heart of Atlanta Motel y McClung*. ACKERMAN, Bruce, *We the people. Volume III...*, págs. 146-153.

(11) Es el parámetro que ha escogido Ackerman desde que inició el estudio de *We the people*: los grandes cambios constitucionales en los Estados Unidos de América no siempre se han dado conforme a lo que dispone la Constitución de ese país para su reforma. En la Segunda Reconstrucción esta visión cobra relevancia.

dualismo tecnocrático (en el lugar de trabajo) y el verdadero goce de derechos de grupos minoritarios (en el proceso electoral). Ackerman enfatiza el carácter creativo de este nuevo canon y de los actores de la Segunda Reconstrucción. Por eso, destaca el autor, no se trata de un proceso que revise lo ya establecido en las enmiendas de la Segunda mitad del siglo XIX. Es un proceso original en sí mismo; constitucional en sí mismo.

No obstante, los cambios constitucionales de la Segunda Reconstrucción llevan en su seno su virtud y su desgracia: no son parte formal de la Constitución. Por eso están sujetos a un embate incesante por parte del ala conservadora del Tribunal Supremo, liderada por los jueces Thomas y Scalia. El problema estriba en la distinción entre el cambio formal de la Constitución (que resalta su carácter supremo) y el cambio no formal de ésta (que resalta el contenido y la voluntad popular) (12). La audacia política de los actores de 1960 y 1970 —validada en dos elecciones generales (1964 y 1968)—, contrasta con la visión mezquina impulsada por los jueces conservadores del Supremo. Sólo así puede entenderse la lógica de la Corte en casos como *Citizens United* (13) o *McCutcheon* (14). El Tribunal Supremo Americano realiza una lectura de la transformación de la Segunda Reconstrucción como si hubiera sido un producto de *We the Judges* —una simple revisión de la Primera Reconstrucción (segunda mitad del siglo XIX)—, que la ha llevado a «proteger» derechos de ciudadanos que se sienten afectados por leyes —como la Voting Rights Act— que «protegen los derechos y oportunidades de la minoría» (15). En cierto sentido, el Tribunal ha entrado en una espiral de deconstitucionalización por vía pretoriana, mediante lecturas regresivas de la Constitución, especialmente en materia electoral (16).

Ante este escalafón de transformaciones pretorianas de la Constitución cobra relevancia uno de los ejes importantes de la obra del profesor Ackerman: la reivindicación de *We the People* como único actor legítimo para la transformación del canon constitucional, más allá de los cauces (formales o informales) utilizados para ello. El autor se opone a la «competencia de los jueces» para

(12) Véase CABO, Carlos de, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1978, págs. 25-7.

(13) *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 U.S. 310 (2010).

(14) *McCutcheon v. Federal Election Commission* 572 U.S. (2014).

(15) SIEGEL, Reva, «Equality Divided», en *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 1 (1-94), noviembre de 2013, pág. 4.

(16) Esta espiral no es exclusiva del Tribunal americano ni tampoco se circunscribe de manera exclusiva a la materia electoral, aunque esta afirmación y su desarrollo exceden los límites e intención de este trabajo.

cambiar el canon constitucional (17). No se trata de un alegato contra el *judicial review*, sino contra del derecho de los jueces a transformar un canon cuando no cuentan con el aval ciudadano ni el apoyo de los demás poderes del Estado; cuando actúan como único poder transformador de la Constitución.

En ese sentido, la Constitución no puede dejarse al arbitrio de jueces o legisladores que la reformen en una coyuntura. Admitir que una mayoría coyuntural —legislativa o judicial— puede cambiar una Constitución sin la participación reiterada y libre de los electores —y de todas las instituciones del Estado—, implica: 1) asumir el carácter constitucional de textos llamados Constitución, independientemente del contenido normativo y democrático de los mismos; 2) admitir que cualquier reforma constitucional se considere democrática, más allá de su contenido; o 3) asumir que la decisión de un Tribunal Supremo puede anular una reforma constitucional democrática y aprobada democráticamente (18).

Los jueces del Tribunal Supremo participan en la transformación del canon constitucional, pero de ninguna manera pueden transformarlo por sí solos. La visión de la Constitución como ordenamiento jurídico cerrado es dañina y peligrosa, pero dejarla a merced de las mayorías coyunturales es antidemocrático y ajeno al ánimo constitucional de un constituyente democrático, porque la Constitución y su interpretación no pueden ser camisa de fuerza, sino marco de referencia para *We the People*.

(17) En este mismo sentido, véase la reciente discusión entre Jamal Greene y Sanford Levinson sobre el Tribunal Supremo como corte constitucional. Véase GREENE, Jamal, «The Supreme Court as a constitutional court», en *Harvard Law Review*, vol. 128, núm. 1, noviembre de 2014, págs. 124-153, y LEVINSON, Sanford, en *Harvard Law Review*, vol. 128, núm. 1, noviembre de 2014, págs. 14-23.

(18) Estas tres propuestas no pueden admitirse como constitucionales o democráticas en el sentido moderno de Constitución, porque existen principios que no pueden ser modificados, derogados o subvertidos de ninguna forma y se encuentran «sustraídos a la reforma constitucional». Véase GUATINI, R., *Estudios de Teoría Constitucional*, México: Distribuciones Fontamara, 2001, págs. 185-208.

