

## APROXIMÁNDONOS AL TRABAJO DE DAVID A. STRAUSS

*Pedro Lamus\**

De acuerdo a Strauss, una Constitución viviente es una constitución que evoluciona, se adapta a nuevas circunstancias, y cambia a lo largo del tiempo sin ser enmendada formalmente<sup>1</sup>. Strauss comienza preguntándose si la constitución es una constitución viviente, y también se pregunta si es lo que se quiere, a lo que responde que “la respuesta tiene que ser que sí, porque no hay alternativas realistas a una constitución viviente”, de acuerdo a Strauss esto se evidencia en la constitución de Estados Unidos que si bien puede ser enmendada, el proceso mediante el cual se hace es muy difícil. La constitución fue adoptada hace más de doscientos años y sus principales enmiendas fueron añadidas a la constitución hace casi siglo y medio, y argumenta que, desde ese tiempo, las enmiendas han lidiado con temas relativamente pequeños. Esto en contraposición con los avances tecnológicos, sociales, culturales y económicos, avances que no pudieron haber sido previstos por los padres fundadores cuando adoptaron la constitución.

¿Pero si los cambios son tantos, que la constitución no alcanza a enmendarse al mismo ritmo del avance tecnológico y social? Strauss argumenta que la constitución debe cambiar y esto es bueno porque una constitución que no se adapta ni evoluciona sería ignorada o se interpondría en el camino del progreso y prevendría a la sociedad de funcionar como debe.

Algunos opositores de la constitución viviente argumentan que la respuesta a si se tiene una constitución viviente no puede ser que sí, esto fundado en la creencia de que es un pilar fundacional sólido, “la idea detrás de una constitución es la personificación de nuestros principios más fundamentales”<sup>2</sup>, Strauss ilustra el argumento preguntándose, ¿para qué tener una constitución si los principios que personifica no se mantienen constantes?

---

\* Estudiante de la Escuela mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda

<sup>1</sup> The Living Constitution. David A. Strauss. Oxford University Press

<sup>2</sup> Strauss, David A. Op. cit.

Una constitución viviente es una constitución que se puede modificar, y si se puede modificar, hay alguien que la modifica; los opositores a la constitución viviente argumentan que la constitución, al cambiar, termina siendo la voluntad o lo que quería quien o quienes la cambian, en este sentido estamos hablando de los grupos de jueces que crean precedente y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Strauss dice que esto implica un predicamento pues “queremos una constitución que sea tanto viviente, que este adaptándose, cambiándose y que, sea simultáneamente invenciblemente estable e impenetrable a manipulación humana”<sup>3</sup>, Y como escapar a este predicamento? Strauss nos dice que casi hemos escapado por completo de forma inconsciente a este predicamento y nos introduce al precedente como respuesta.

“El sistema de common Law es un sistema construido no en un texto cuasi-sagrado, autoritario, y fundacional como la constitución. Sino que más bien es construido a partir de precedentes y tradiciones que se acumulan a lo largo del tiempo. Esos precedentes permiten un espacio para la adaptación y el cambio pero solo dentro de ciertos límites y solo de formas que estén enraizadas en el pasado. Nuestro sistema constitucional se ha vuelto un sistema de common Law, uno en el que el precedente y las prácticas pasadas son, de su propia manera tan importantes como la constitución escrita en sí misma. Una Constitución de common law es una constitución “viviente”, pero también es una que puede proteger principios fundamentales en contra de la opinión pública del momento, y no es una que los jueces (o cualquiera) puede simplemente manipular para que se ajusten a sus propias ideas”<sup>4</sup>.

Strauss argumenta que si bien muchas de las disposiciones constitucionales son claras y precisas, como el periodo del presidente, o su forma de elección, hay otras de las cuales se pueden suscitar controversias, como la primera enmienda que prohíbe la promulgación de leyes, por parte del congreso, que reduzcan la libertad de expresión, pero Strauss nos dice que nos preguntemos qué debemos entender por libertad de expresión, o al menos que entendemos que cobija la libertad de expresión, pues claramente no puede ser un derecho absoluto si consideramos que hay otras personas que también tienen derechos que no se pueden ver afectados, además de un bien común o un interés general que está ligado a la vida en sociedad. Y es aquí donde se empieza a ver la constitución viviente, en como por ejemplo se limita la libertad de expresión por medio del precedente y la costumbre, puesto que no es legal revelar información militar sensible a un agente enemigo, o acosar telefónicamente a las personas, o promover discursos de

---

<sup>3</sup> Strauss, David A. Op. cit.

<sup>4</sup> Strauss, David A. Op. cit.

odio, son limitaciones o arreglos a los que se ha llegado casuísticamente y por medio de la jurisprudencia, y que no están tipificados en la constitución, pero se entiende, hacen parte de ella.

Strauss es un acérrimo crítico de los originalistas en sentido general, y no hace tanto énfasis en diferenciar los distintos tipos de originalismo pues para él todos son objeto de “objeciones decisivas”, argumenta que la mejor forma de empezar es “considerando los méritos y deméritos del originalismo.

### **“La América Originalista”**

Strauss hace un ejercicio hipotético donde analiza lo que se hubiese tenido que dejar de lado si el sistema de interpretación imperante fuera el originalismo. Argumenta que hay muchos principios entramados profundamente en la ley de los Estados Unidos, que tendrían que ser refutados si los originalistas mantuviesen su posición de una forma rigurosa. Strauss hace una lista apenas enunciativa de los principios que se tendrían que dejar de lado, como por ejemplo:

- *la segregación racial en escuelas públicas sería constitucional-* en *Brown v. Board of Education* la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la segregación racial impuesta por el estado en las escuelas es inconstitucional bajo la cláusula de igual protección de la catorceava enmienda, pero de acuerdo a Strauss es claro que al momento de adoptar la enmienda no se entendía así, sino que más bien la enmienda garantizaba la igual protección ante la ley, era la doctrina de *equal but separate*, donde los estados y gobiernos locales tenían la potestad de segregar por raza los hospitales, las escuelas, el transporte, los empleos, entre otros, siempre y cuando se garantizaran las mismas condiciones, aunque en la práctica rara vez fueran iguales.
- *El gobierno tendría la libertad de discriminar a las mujeres-* Strauss argumenta que si bien la cláusula de igual protección pretendía lidiar con discriminación racial de ciertos tipos, “nadie en 1868, cuando la catorceava enmienda fue adoptada, pensaba que ésta prohibía la discriminación en contra de mujeres, la cual era endémica en la sociedad y solo se le oponía, de forma vigorosa lo que se consideraba una franja feminista.”<sup>5</sup>

Strauss argumenta que en este respecto no ha pasado mucho, si bien la decimonovena enmienda garantiza el derecho al voto de la mujer,

---

<sup>5</sup> Strauss, David A. Op. cit.

no se adoptó ninguna otra para garantizarles otros derechos a las mujeres.

- *el gobierno federal podría discriminar a cualquier minoría racial*- la cláusula de la catorceava enmienda que ningún estado podrá negarle a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de la ley, cláusula que aplica solo a los estados pero no al gobierno federal.
- *La carta de derechos no aplicaría a los estados*- cuando se adoptó la carta, esta aplicaba solo para el gobierno federal, lo que implica que los estados podían ir en contra de la misma, Strauss argumenta que hoy la carta de derechos aplica también a los estados por decisiones que ha tomado la Corte Suprema de Justicia.

Estos son solo algunos de los resultados que se esperarían de una aplicación rigurosa del originalismo, Strauss dice que a Scalia le gustaba decir que era un originalista tímido porque “está dispuesto a abandonar el originalismo cuando conduce a resultados que no son plausibles como los descritos arriba, dice que Scalia decía que “era un originalista, no un chiflado”. Strauss dice que hay al menos tres problemas fundamentales con el originalismo; 1) es casi imposible saber cual era el entendimiento original –lo que la gente pensaba que estaba haciendo al momento de adoptar las provisiones varias de la constitución, esta tarea dice Strauss es de los historiadores y no de los jueces ni de los abogados; 2) también argumenta que si bien descubrimos el entendimiento original, todavía tenemos que traerlo al mundo de hoy para que puedan resolver los conflictos que se susciten, es preguntarse cómo aplicar el entendimiento del mundo que tenían los padres fundadores, a nuestro mundo; 3) y el mas fundamental de todos de acuerdo a Strauss es la que propuso Jefferson por si mismo y es que el mundo pertenece a los vivos, Strauss se pregunta porque debemos seguir decisiones tomadas cientos de años atrás por personas que murieron.

Como se puede evidenciar el rol que se le da a los jueces es preponderante en el constitucionalismo viviente de Strauss, sin embargo hay quienes creen que no es suficiente solo hablar del rol de los jueces sino que también se deben tener en cuenta los movimientos políticos y las instituciones gubernamentales que se crean a través del tiempo<sup>6</sup>, y que el significado original al que refiere Strauss puede ser mucho más amplio por que puede también incluir “los principios, propósitos, expectativas o asunciones de la generación que la adopta” [la norma].<sup>7</sup>

<sup>6</sup> The Roots of the Constitution, Jack M. Balkin. Boston University Law Review.

<sup>7</sup> Balkin, Jack M. Op. cit.

Strauss asemeja los precedentes a las provisiones que se han adoptado sobre la constitución, y dice que estas juegan el mismo rol de un precedente en el sentido que “el efecto de las provisiones constitucionales no se fija en el momento de su adopción- o, en ese sentido en cualquier otro momento. En cambio, como los precedentes, las provisiones se expanden, se limitan, se califican, son concebidas de nuevo, relegadas al fondo, o, cualquier cosa menos ignoradas, dependiendo de lo que venga después – en juicios o decisiones subsecuentes acerca de la dirección en la que la ley se debería desarrollar”.<sup>8</sup>

Strauss propone que las provisiones de la constitucion funcionan de la misma manera que los precedentes en un sistema de *Common Law*, que cuando el precedente nulifica las provisiones constitucionales se puede hablar de anomalías, y que están evidencian la cercanía o similitud del precedente con las provisiones. De acuerdo a Strauss los precedentes moldean el texto y no el texto al precedente.

La postura de Strauss es interesante y cabe la pena mencionarla en este escrito porque llega a conclusiones similares a las de Balkin, por ejemplo en el sentido de referirse a que si se descubre cómo se entendía en el principio un precepto constitucional, debemos separar su aplicación esperada de cómo se aplica en la actualidad, además que también resalta el rol que tienen las instituciones gubernamentales y de los movimientos políticos en crear precedente y moldear la constitución, a través del tiempo.

De los autores estudiados resulta practico, para efectos de este trabajo académico, tomar fragmentos, ideas y posturas para entender de forma concreta cómo funciona el sistema constitucional americano, se suele centrar el debate en escoger un bando, pero en la práctica se logran mejores resultados en términos de justicia material, mezclando ambos métodos interpretativos, y teniendo claros sus orígenes, siendo especialmente el originalismo una reacción frente al activismo judicial, que busca mantener integro el cuerpo constitucional, y el dinamismo o teoría de la constitución viviente, una forma de explicar porque si bien muchos de los derechos de rango constitucional no se ven expresamente en la constitución, sino derivan de sentencias, provisiones y acciones de este tipo que están lejos del concepto tradicional de enmienda constitucional y tienen menos rigor.

A mi parecer es inevitable la construcción jurídica desde lo judicial y la labor realmente importante es saber dónde trazar la frontera entre lo que dice la ley y las anomalías o casos difíciles que traen otros hechos no previstos por la norma, que no se pueden dejar sin resolver, lo que lleva a de-

<sup>8</sup> The Supreme Court 2014 Term, Foreword: Does The Constituition Means What it Says? David A. Strauss. Harvard Law Review. Volume 129, Nov. 2015.

sarrollos jurisprudenciales y resultados que no se esperaban y que terminan estableciendo y concretándose a medida que pasa el tiempo. Entonces, ¿es el sistema americano un sistema dinámico y cambiante? Sí, el desarrollo, las nuevas tecnologías o incluso el azar, hacen que cualquier caso tenga la posibilidad de alterar el ordenamiento jurídico, es la piedra en el zapato del sistema americano pero a la vez, lo que permite que fluya eficientemente y que se vea representada la democracia y los derechos de los ciudadanos en el sistema.

Se podría pensar que todas estas teorías y posturas distan de nuestra realidad colombiana pero no es así, el juez en su labor de interpretación, debe crear reglas que limen el vacío entre el texto abstracto y general, y su aplicación a cada caso concreto, y más aún, cuando hay normas que fueron promulgadas hace mucho tiempo y se va perdiendo la voluntad del legislador, o el propósito original de la norma, y que deben ser modificadas jurisprudencialmente, de forma que los resultados pueden alterar la ley, esto en manos de jueces y magistrados, no del pueblo, ni del congreso, es por esto que tener estas herramientas académicas a la mano enriquece el debate y nos da con que enfrentarnos a un eventual desfase judicial.

## **Bibliografía**

The Living Constitution. David A. Strauss. Oxford University Press.

The Roots of the Constitution, Jack M. Balkin. Boston University Law Review.

The Supreme Court 2014 Term, Foreword: Does The Constitution Means What it Says? David A. Strauss. Harvard Law Review. Volume 129, Nov. 2015.