

Traducción

LA IRA DE *ROE*: EL CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO Y EL CONTRAATAQUE
CONSERVADOR (*BACKLASH*)¹

*Robert C. Post*² & *Reva B. Siegel*³

Traducción: Santiago Vernaza y Felipe Yamín

La confianza progresiva en la adjudicación constitucional llegó a su cúspide en los tiempos de la corte Warren y en sus repercusiones inmediatamente posteriores. Las cortes eran alabadas, consideradas “foros de principios”⁴, lugares privilegiados para la difusión de la razón humana. Sin embargo, las actitudes progresistas hacia la adjudicación constitucional han comenzado a astillarse y a divergir⁵. Algunos progresistas, siguiendo el llamado del “constitucionalismo popular”, han argumentado que la Constitución debe

¹ *N. del Traductor*: el Comité Editorial de UNA Revista de Derecho de la Universidad de los Andes le agradece a la *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* por habernos dado el permiso de traducir este artículo para continuar con su discusión, ya en español, en Latinoamérica.

² Profesor de Derecho David Bois, Universidad de Yale.

³ Profesor de Derecho Nicholas de B. Katzenbach, Universidad de Yale. Muchas gracias a Bruce Ackerman, Jack Balkin, David Barron, Eric Citron, Bill Eskridge, Owen Fiss, Barry Friedman, Sarah Gordon, Mark Graber, Michael Graetz, David Hollinger, Dawn Johnsen, Amy Kapczynski, Michael Klarman, Scott Lemieux, Sandy Levinson, Joanne Meyerowitz, Sasha Post, Judith Resnik, Neil Siegel, and Christine Stansell por los comentarios en el manuscrito. Tuvimos el placer de trabajar con un grupo extraordinario de asistentes de investigación de Harvard y Yale en este ensayo, incluyendo a Nick Barnaby, Robert Cacace, Kathryn Eidmann, Rebecca Engel, Sarah Hammond, Kara Loewentheil, Sandra Pullman, Sandeep Ramesh, Sandra Vasher, y Justin Weinstein-Tull.

⁴ *Ronald Dworkin, The Forum of Principle, 56 N.Y.U. L. REV. 469 (1981)*

⁵ *Mark Kende observa: “Solía ser fácil. A los liberales generalmente les gustaba la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Los conservadores eran escépticos.” Mark S. Kende, Foreword, 54 DRAKE L. REV. 791, 791 (2006). Pero ahora, señala citando a Bob Dylan “los tiempos están cambiando”. Id.*

ser sustraída de las cortes y devuelta al pueblo⁶. Otros han enfatizado en la urgente necesidad de la prudencia judicial y minimalismo⁷.

Una de las muchas razones que explican este cambio es que los progresistas se han vuelto temerosos de que una decisión asertiva pueda iniciar “un contraataque conservador (*backlash*) político y cultural que puede (...) hacer[le] más daño” que bien a los valores progresistas⁸. Hace una generación, los progresistas respondieron al violento contraataque conservador en contra de *Brown v. Board of Education*⁹ intentando desarrollar una teoría constitucional de principios que, esperaban, pudiera justificar decisiones controversiales¹⁰. Hoy hay muchos progresistas que han perdido la fe en este proyecto. Temen que la adjudicación pueda causar un contraataque del tipo que le atribuyen a *Roe v Wade*¹¹, que ellos creen le dio vida a la Nueva Derecha. Aturdidos por la ferocidad de este contraataque, los progresistas han concluido que la mejor táctica es no tomar acciones que puedan provocar resentimientos populistas.

Desde nuestro punto de vista, el péndulo ha ido demasiado lejos, de una excesiva confianza en las cortes hacia una desesperanza excesiva en ellas.

⁶ LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004); MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); ROBIN WEST, *PROGRESSIVE CONSTITUTIONALISM: RECONSTRUCTING THE FOURTEENTH AMENDMENT 281-318* (1994); Owen Fiss, *Between Supremacy and Exclusivity*, in *THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE 452-67* (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006); Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *YALE L.J.* 1346 (2006).

⁷ CASS R. SUNSTEIN, *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 54* (1999); Martha M. Ertman, *Contractual Purgatory for Sexual Minorities: Not Heaven, but Not Hell Either*, 73 *DENV. U. L. REV.* 1107 (1996); Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 *DUKE L.J.* 187 (1997).

⁸ Kende *supra* nota 2, en la p. 792

⁹ 347 *US.* 483 (1954). Para ver una discusión sobre el tema, consulte Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 *HARV. L. REV.* 1470 (2004) [hereinafter Siegel, *Equality Talk*], (rastreando la influencia de los movimientos a favor y en contra de *Brown* en la siguiente interpretación judicial del significado de *Brown*)

¹⁰ Este trabajo buscaba dirigirse a lo que Alexander Bickel célebramente llamó la “dificultad contramayoritaria”. ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16-23* (2d ed., Yale Univ. Press 1986) (1962). Para una revisión amplia del esfuerzo por crear una teoría constitucional, ver Richard H. Fallon, Jr., *How To Choose a Constitutional Theory*, 87 *CAL. L. REV.* 535 (1999).

¹¹ 410 *U.S.* 113 (1973)

En este ensayo ofrecemos una visión más realista de cómo funcionan las cortes en nuestra democracia. Proponemos un modelo que llamamos “constitucionalismo democrático” para analizar las ideas, la comprensión y las prácticas a través de los cuales los derechos constitucionales han sido históricamente establecidos en el contexto de controversia cultural. El constitucionalismo democrático ve el desacuerdo interpretativo como una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional¹².

La premisa del constitucionalismo democrático es que la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, de la capacidad de la constitución para ser reconocida por los estadounidenses como *su* constitución. Esta creencia está sustentada por tradiciones de participación popular que autorizan a los ciudadanos a hacer afirmaciones sobre el significado de la Constitución y a oponerse a su gobierno -a través del procedimiento legislativo, la política electoral y las instituciones de la sociedad civil- cuando creen que no se está respetando la Constitución. Los funcionarios del gobierno, a su vez, se resisten y responden a estas afirmaciones ciudadanas. Estos complejos patrones de intercambio han formado históricamente el significado de nuestra constitución.

Las cortes juegan un rol especial en este proceso. Las cortes ejercen una forma distintiva de autoridad al declarar y ejecutar derechos, posición que ostentan en virtud de la Constitución y de las normas de razonamiento legal que emplean. Los ciudadanos buscan a las cortes para que protejan valores sociales importantes y para que restrinjan al gobierno cuando excede sus límites constitucionales. Sin embargo, la autoridad para defender la constitución, al igual que la legitimidad de todos los funcionarios públicos, depende, en última instancia, de la confianza de los ciudadanos. Si las cortes interpretan la constitución en términos que divergen de convicciones fervientemente sostenidas por el pueblo estadounidense, los estadounidenses encontrarán formas de comunicar sus objeciones y de resistirse a las decisiones judiciales.

Estos patrones de resistencia, históricamente recurrentes, reflejan una lógica profunda del orden constitucional estadounidense, formado por compromisos en disputa con el Estado de Derecho y con la autogobernanza. El constitucionalismo democrático analiza las prácticas empleadas por los ciudadanos y los funcionarios públicos para reconciliar estos compromisos potencialmente conflictivos. Estas prácticas están

¹² Ver, e.g. Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel*, 110 *YALE L.J.* 441, 487-502 (2000) (describiendo cómo los plantones moldearon las ideas sobre el poder de los derechos civiles a nivel federal).

alrededor nuestro. A través de múltiples canales, algunos explícitos y otros implícitos, los estadounidenses se han movilizado históricamente a favor y en contra de los esfuerzos judiciales por hacer cumplir la Constitución. Las cortes, ejerciendo profesionalmente el razonamiento legal, a veces se resisten y a veces responden a las pretensiones populares sobre la constitución.

Como la academia tradicional suele confundir la Constitución con las decisiones judiciales, se ha imaginado la resistencia a las cortes como una amenaza a la Constitución misma. Esto es un error. Criticar una decisión judicial por ser contraria a la Constitución es hablar desde una identificación normativa *con* la Constitución. Los ciudadanos que invocan la constitución para criticar a las cortes asocian la Constitución con ideas que encuentran normativamente vinculantes y que creen que vinculan a los otros también. Cuando los ciudadanos hablan de sus más apasionados compromisos en el lenguaje de una tradición constitucional compartida, le dan fuerza a esta tradición. De esta forma, incluso la resistencia a una interpretación judicial puede aumentar la legitimidad democrática de la constitución.

El constitucionalismo democrático ofrece una perspectiva fresca sobre los efectos potencialmente constructivos del contraataque conservador. Esta no es la visión común en la academia legal, donde el cumplimiento de la ley y la deferencia a los profesionales son generalmente apreciados. El contraataque conservador reta la presunción de que los ciudadanos deberían ceder a las decisiones judiciales que hablan en la desinteresada voz de la ley. El contraataque conservador cuestiona doblemente la autoridad de esa voz. En nombre de una constitución democráticamente sensible, el latigazo cuestiona la autoridad autónoma del derecho constitucional. Y en nombre de la auto-empoderamiento político, el contraataque conservador desafía la presunción de que los ciudadanos deberían, sin protestas, ceder las decisiones constitucionales a los profesionales legales.

Estos dos retos van al núcleo del control judicial. Los jueces regularmente reafirman la autoridad de sus decisiones constitucionales invocando la diferencia entre el derecho y la política. Ellos confían que la razón legal es la que separa el derecho de la política. Si los jueces parecen ceder a la presión política, el pueblo puede perder confianza en la autoridad de las cortes para declarar y adjudicar derecho constitucional.

Esta tensión entre el derecho y la política impregna nuestra democracia constitucional. Podemos ver este dilema estructurando el debate alrededor

de la confirmación de los jueces de la Corte Suprema¹³. Las audiencias en el Senado deben reafirmar la independencia de los jueces para que la Corte pueda proclamar el imperio de la ley, libre de simples intereses partidistas. Sin embargo, las audiencias en el Senado también deben reafirmarle al pueblo estadounidense que los recién nombrados en la Corte Suprema van a interpretar la Constitución en una forma que sea sensible a la voluntad democrática del pueblo¹⁴. Estos imperativos contradictorios transforman las audiencias de confirmación en escenas de mucho drama y confusión. Cuando son exitosas, las audiencias en el Senado llevan a que estadounidenses con visiones diferentes debatan sobre la Constitución, aun cuando dramatizan y afirman que la constitución es una fuente fundadora del derecho que existe con anterioridad a las luchas políticas sobre su significado.

La gramática política del contraataque conservador es parecida. Este expresa el deseo de un pueblo libre de influenciar el contenido de su constitución y, al mismo tiempo, amenaza la independencia del derecho. El contraataque es donde la integridad del Estado de Derecho choca con la necesidad de nuestro orden constitucional de contar con legitimidad democrática.

Proponemos el modelo de constitucionalismo democrático como un lente a través del cual podemos entender las implicaciones estructurales de este conflicto. Hacemos una teorización de las tradiciones de argumentos con los que los ciudadanos hacen reclamos sobre el significado de la Constitución y sobre el repertorio especializado de técnicas con las que los funcionarios responden a estos reclamos. El constitucionalismo democrático describe cómo nuestro orden constitucional efectivamente negocia la tensión entre el Estado de Derecho y la auto-gobernanza; muestra cómo el significado constitucional se dobla ante la insistencia de creencias populares y sin embargo, simultáneamente, mantiene su integridad como derecho¹⁵.

¹³ Robert Post & Reva Siegel, *Questioning Justice: Law and Politics in Judicial Confirmation Hearings*, 115 *YALE L.J. POCKET PART* 38 (2006), <http://www.thepocketpart.org/2006/01/post-and-siegel.html>.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Ver *infra* la nota 24 y el texto acompañante. Hemos tratado estos temas en buena parte de nuestro trabajo reciente. Ver ej. Robert Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 *HARV. L. REV.* 4, 110-11 (2003); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, 112 *YALE L.J.* 1943 (2003); Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de Facto ERA*, 94 *CAL. L. REV.* 1323 (2006).

Nuestro ensayo tiene tres partes. En la parte I, hacemos un esquema del modelo de constitucionalismo democrático, con un énfasis especial en las implicaciones que tiene para entender el fenómeno del contraataque conservador. A pesar de que los costos del contraataque son generalmente reconocidos, el constitucionalismo democrático identifica ciertos beneficios menospreciados de este fenómeno. El contraataque conservador puede promover solidaridad constitucional y darle vigor a la legitimidad democrática de la interpretación constitucional. El constitucionalismo democrático sugiere que no es ni posible ni deseable que las cortes eleven la ‘evitación de conflictos’ a la categoría de principio fundamental de la adjudicación constitucional.

Como el miedo del contraataque se ha vuelto un tema importante en la jurisprudencia contemporánea, en la parte II nos enfocamos en el trabajo realizado por tres eminentes teóricos del contraataque: Michael Klarman, William Eskridge y Cass Sunstein. Argumentamos que cada uno de estos tres teóricos tiende, a su manera, a sobreestimar los costos del latigazo y a subestimar sus beneficios. El debate académico contemporáneo no aprecia suficientemente las formas en las que la participación ciudadana en los conflictos constitucionales puede contribuir a la cohesión social en una comunidad política normativamente heterogénea. Nuestro análisis no resulta en una metodología normativa general para decidir casos constitucionales y de hecho dudamos que una metodología de estas características exista. Pero el constitucionalismo democrático sí da luces sobre cómo los valores en competencia de un sistema dan forma al proceso de toma de decisiones constitucionales.

Para los que aconsejan a las cortes evadir las controversias, *Roe* ilustra las terribles consecuencias de las decisiones judiciales que generan una oposición intensa. La academia legal convencional afirma que la ira *Roe* fue una respuesta a un exceso judicial y que una reforma por vía legislativa hubiera podido liberalizar el aborto sin el contraataque que vino si la Corte se hubiera controlado¹⁶. La parte III analiza investigaciones establecidas sobre la recepción de *Roe* que ponen en tela de juicio esta versión convencional de los hechos. A pesar de que *Roe* fue inmediatamente el centro de críticas jurisprudenciales, la movilización política en contra de la decisión expresaba la oposición a la liberalización del aborto que había comenzado años antes de que el caso *Roe* fuera decidido. Haciendo referencia a ensayos más recientes, mostramos que la movilización en contra de la liberalización del aborto se extendió a través de la década para ser lo que ahora llamamos la ira *Roe*- un movimiento social de base amplia que se oponía a los esfuerzos legales por asegurar la igualdad de las

¹⁶ Ver ej. las notas infra 180-182 y el texto acompañante

mujeres y la separación de la iglesia y el Estado. La ira de *Roe* se oponía a los ideales de individualismo y secularidad que están en la base de nuestro moderno orden constitucional.

Entendida de esta forma, la ira *Roe* plantea difíciles preguntas para los progresistas, quienes sugieren que las cortes deberían sistemáticamente decidir los casos con el fin de evitar el contraataque. A pesar de que a los profesores de Derecho les pueden importar mucho las preguntas profesionales sobre la técnica judicial, los ciudadanos que se han movilizadado en contra de *Roe* están principalmente interesados en temas de fondo. Estos ciudadanos actúan desde una visión constitucional que está intensamente preocupada no sólo por el aborto, sino por el rol de la mujer, el sexo, la familia y la religión en la vida estadounidense. Van a usar cualquier medio político disponible para presionar a las cortes con esta visión constitucional, incluso si los progresistas adoptan teorías constitucionales que les aconsejan a las cortes evitar el conflicto.

Los progresistas, entonces, necesitan más que una teoría constitucional basada en evitar el conflicto; necesitan una teoría sobre cómo proteger los ideales constitucionales en condiciones de conflicto constitucional. Es más, necesitan ideales constitucionales sustantivos. Así como los que apoyaron *Brown* de cara a una resistencia feroz necesitaban una visión de Estados Unidos viviendo de acuerdo a sus compromisos constitucionales, ahora los progresistas requieren una teoría que les permita mantener la fe constitucional en medio de la ira *Roe*.

I. EL CONTRAATAQUE CONSERVADOR Y LA PRÁCTICA DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Puede haber provisiones constitucionales de las que se puede decir, como lo han hecho Larry Alexander y Frederick Schauer, que “una importante - sino la más importante- función del derecho es su habilidad de definir con autoridad lo que debe hacerse”¹⁷. Esta definición le permite al derecho

¹⁷ Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1377 (1997). El pasaje completo dice:

Así, una función importante -quizás la función importante- del derecho es su habilidad de resolver autoritariamente lo que debe hacerse. Esa función es realizada por todo el derecho; pero como la Constitución es la fuente de derecho superior, es particularmente importante que lo que esta cubra esté acordado. En la medida en la que la ley es interpretada de forma diferente por cada intérprete y que hay una gran probabilidad de que esto suceda en

provocar “comportamientos de cooperación socialmente beneficiosos” y generar “soluciones al dilema del prisionero y otros problemas de coordinación”.¹⁸ Definir con autoridad puede fácilmente ser también esencial respecto a las provisiones constitucionales que establecen las reglas constitutivas del gobierno nacional, como cuando la constitución establece que la representación en la Cámara estará basada de acuerdo a la población o cuando la Constitución estipula que las leyes federales deben promulgarse con el acuerdo de las dos cámaras del Congreso. El contraataque con respecto de esas reglas bien puede ser ‘un palo en la rueda’, frustrando la capacidad del derecho de proveer los beneficios de la coordinación.

Pero hay muchas provisiones de la Constitución que no establecen reglas constitutivas de gobierno. Paradigmáticamente asociadas con derechos contenidos en las Enmiendas Catorceava, Octava y Primera, estas provisiones suelen tener textura abierta e invitan a tomar decisiones constitucionales que expresen ideales nacionales. Los estadounidenses a menudo han considerado que es más importante que el derecho constitucional determine *correctamente* la sustancia de esas provisiones a que simplemente haga una definición de su contenido. El contraataque frente a las decisiones judiciales que interpretan estas provisiones demuestra que para algunas preguntas constitucionales, la definición autoritaria no es ni posible ni deseable.

La interpretación legal de esas provisiones con textura abierta generalmente involucra la expresión de valores nacionales como la igualdad, libertad, dignidad, familia o la fe, que establecen un “campo de significado”¹⁹ que Robert Cover memorablemente llamó “nomos”²⁰. El nomos importa porque expresa una “identidad”²¹ nacional. El nomos es controversial porque el pueblo estadounidense es heterogéneo en sus valores y visiones acerca de lo que constituye una buena sociedad. Esta diversidad se visibiliza en los debates acerca de la acción afirmativa, el aborto y las oraciones en los colegios. Las decisiones judiciales que abordan estos temas provocan resistencia popular porque estos son temas sobre los que los estadounidenses están en desacuerdo, pero que les importan apasionadamente. La resistencia popular significa que los estadounidenses

temas socialmente importante, el derecho ha fallado a la hora de cumplir su tarea de resolver temas complejos.

¹⁸ *Id.* en la 1371

¹⁹ Robert M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, 97 *HARV. L. REV.* 4, 28 (1983)

²⁰ *Id.* en la 4 (énfasis omitido)

²¹ *Id.* en la 28

quieren que los servidores públicos hagan valer la constitución de forma que refleje su entendimiento de los ideales constitucionales.²² Este deseo no puede ser ignorado. Un vacío largo y persistente entre el entendimiento profesional y el popular de la Constitución sobre cuestiones que le importan al público, puede amenazar la legitimidad democrática del derecho constitucional.

En este ensayo proponemos un modelo para entender los esfuerzos estatales por hacer cumplir la Constitución en condiciones de controversia pública. Llamamos a este modelo el “constitucionalismo democrático”. El constitucionalismo democrático reafirma el rol del gobierno representativo y la ciudadanía que se moviliza en la tarea de hacer cumplir la Constitución, al tiempo que reafirma el rol de las cortes que usan la razón legal para interpretar la constitución. A diferencia del constitucionalismo popular, el constitucionalismo democrático no busca evitar que la constitución resida en las cortes. El constitucionalismo democrático reconoce el rol esencial de la aplicación judicial de los derechos constitucionales en la comunidad política estadounidense. A diferencia de un enfoque jurídico sobre las cortes, el constitucionalismo democrático aprecia el rol esencial que la participación pública juega al guiar y legitimar las instituciones y las prácticas de revisión judicial. Los juicios constitucionales basados en la razón legal profesionalizada pueden adquirir legitimidad democrática sólo si esa razón profesionalizada se funda en valores e ideales populares. El constitucionalismo democrático observa que la adjudicación está incrustada en un orden constitucional que regularmente invita al intercambio entre funcionarios y ciudadanos alrededor de preguntas de significado constitucional.

Nuestra preocupación en este ensayo es por lo que pasa cuando el derecho constitucional elaborado por los jueces entra en conflicto con los significados constitucionales generados en otros lugares de nuestro sistema constitucional. El contraataque es un resultado posible de este conflicto. Visto desde una perspectiva sistémica del orden constitucional

²² *Qué temas constitucionales se vuelven controversiales de esta forma es una cuestión de contingencia, circunstancial. A veces las decisiones de la Corte intervienen en “guerras culturales” sobre ideales nacionales que ya son fuertes. Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 652 (1996) (Scalia, J., salvó su voto). A veces las decisiones de la Corte son usadas por grupos organizados para inspirar movilizaciones políticas. A veces las decisiones de la Corte crean oposición al contraria formas establecidas de vivir, o al redistribuir los beneficios del status y el privilegio. Ver. J. M. Balkin, The Constitution of Status, 106 YALE L.J. 2313 (1997). Y a veces, grupos que buscan reconocimiento y legitimidad van a la Corte para exigir créditos dentro de la doctrina constitucional. Ver Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483 (1954).*

estadounidense como un todo, el contraataque busca mantener la sensibilidad democrática del significado constitucional. Visto desde la perspectiva de las cortes, el latigazo es una amenaza a la autoridad y control legal. El constitucionalismo democrático nos invita a analizar el contraataque conservador desde estas dos distintas e interdependientes perspectivas.

Comenzamos con la historia. Los estadounidenses han luchado continuamente por moldear el contenido del significado constitucional. Lo hicieron con temas raciales en los '60s y con el género en los '70s, y estamos ahora en medio de esa lucha con preguntas sobre el aborto, los derechos de los homosexuales y la religión. Los estadounidenses han usado una miríada de métodos diferentes para moldear los entendimientos constitucionales - plantones, protestas, movilización política, el uso congresional de los poderes de la sección quinta, legislación federal y estatal, litigio en cortes estatales y la lista podría seguir. Estas luchas tienen como premisa la creencia de que la constitución debe expresar un *nomos* que los estadounidenses consideren como propio.

A través de estas luchas, los estadounidenses han buscado consistentemente encarnar sus ideales constitucionales dentro del dominio del derecho constitucional judicialmente exigible.²³ Los ideales constitucionales acogidos por las cortes expresan una identidad nacional; irradian una atmósfera de seriedad y consecuencias. Una vez incluidos a través de la lógica de la razón legal profesionalizada, interpretaciones de los valores nacionales que de otra forma generarían resistencia reciben patrocinio oficial y son aplicados por todos aquellos que se sienten obligados a cumplir la ley. Se vuelven guías para la organización jurídica de la sociedad, blandiendo un enorme poder simbólico y moldeando el significado social de innumerables transacciones que no son jurídicas.

Los estadounidenses se han dado cuenta que es importante que los cortes articulen una visión de la Constitución que refleje sus propios ideales. La legitimidad del sistema constitucional estadounidense depende de muchas prácticas que los estadounidenses han desarrollado para asegurar la responsabilidad democrática (*accountability*) de su derecho constitucional. Sin duda, la legislación constitucional juega un rol importante en soportar la legitimidad democrática del orden constitucional estadounidense, pero precisamente debido a que la dificultad de hacer leyes es tan grande y su éxito tan poco frecuente, la promulgación de leyes constitucionales no puede sostener, por sí misma, la legitimidad democrática de la

²³ Ver ROBERT G. MCCLOSKEY, *THE AMERICAN SUPREME COURT 10-11* (2005).

Constitución. Las enmiendas sobre el artículo V son tan escasas que no pueden proveer un camino efectivo para conectar el derecho constitucional con los compromisos populares.²⁴ Y si veintisiete enmiendas constitucionales no pueden asegurar la responsabilidad democrática, tampoco lo pueden hacer tres o cuatro discretos “momentos constitucionales.”²⁵

Se requiere de formas más persistentes y matizadas de intercambio para mantener la autoridad de los que aplican el derecho constitucional en situaciones de graves disputas. El constitucionalismo democrático examina las muchas prácticas que facilitan una constante y continua comunicación entre las cortes y la ciudadanía.²⁶ Estas prácticas deben ser lo suficientemente robustas para evitar la alienación constitucional y para mantener la solidaridad en una comunidad normativamente heterogénea.

Un camino importante para influenciar la toma de decisiones constitucionales es la elección de los magistrados de la Corte Suprema.²⁷ Puede haber presión popular para elegir jueces que, probablemente, van a expresar sus propios compromisos populares. Los que se oponían a la renovación de la corte Warren, por ejemplo, estaban atraídos por la promesa de Reagan de poner un alto a las tendencias “radicalmente igualitarias y al expansivo libertarianismo civil de la corte Warren (...)”²⁸. Apoyaron a Reagan porque prometió nominar jueces que adoptarían una

²⁴ Como el proceso de reforma constitucional es mucho más fácil a nivel estatal, hay literatura creciente sobre el rol distintivo de las reformas en la cultura constitucional de los estados. Ver e.g. Douglas S. Reed, *Popular Constitutionalism: Toward a Theory of State Constitutional Meanings*, 30 RUTGERS L.J. 871 (1999).

²⁵ Ver de forma general Bruce Ackerman, *A Generation of Betrayal?*, 65 FORDHAM L. REV. 1519 (1997)

²⁶ 23. Dada la baja frecuencia de la redacción de normas constitucionales, el sistema constitucional estadounidense parece depender de prácticas de participación para generar responsabilidad democrática que a menudo asociamos con prácticas formales de redacción de normas constitucionales ... La participación popular en la deliberación constitucional sostiene la autoridad democrática de los actos originarios de creación constitucional y complementa la redacción de normas constitucionales como una fuente de autoridad democrática de la Constitución.

Siegel *supra* nota 12, en las pp. 1342-43

²⁷ Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001); see also Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, 75 FORDHAM L. REV. 489 (2006) (argumentando que la elección de jueces ha facilitado un emergente “Estado de Supervisión Nacional”)

²⁸ Edwin Meese, III, *The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution*, 27 S. TEX. L. REV. 455, 464 (1986).

“filosofía de moderación judicial”.²⁹ Está bien documentado que el Departamento de Justicia de Reagan consciente y exitosamente usó las elecciones judiciales para alterar las prácticas existentes de interpretación constitucional.³⁰

Las políticas presidenciales y las nominaciones de la Corte Suprema, sin embargo, son métodos burdos y poco frecuentes de afectar el contenido del derecho constitucional. Un camino más disperso y continuo en términos democráticos es la práctica de oposición a las normas, que busca transformar los valores que subyacen a la interpretación judicial de la constitución. La administración de Reagan, por ejemplo, usó el litigio y la retórica presidencial para cuestionar y desacreditar los ideales básicos que habían generado los precedentes de la Corte Warren.³¹

La controversia actual sobre el matrimonio igualitario ilustra muchas de las dinámicas de la oposición a las normas. Gran parte de esta controversia ha transcurrido en el contexto de las decisiones de cortes estatales aplicando el derecho constitucional estatal.³² A pesar de que estas decisiones son, en términos de doctrina legal, irrelevantes a la hora de interpretar la constitución federal, las decisiones de las cortes estatales sobre la ley estatal son espacios en los que los valores nacionales son continuamente cuestionados y moldeados.³³ Entender la reciente

²⁹Ronald Reagan, *Statement on Senate Confirmation of Sandra Day O'Connor as an Associate Justice of the Supreme Court of the United States, 1981* PUB. PAPERS 819 (Sept. 21, 1981), available at <http://www.presidencyucsb.edu/ws/index.php?pid=44281>. For a discussion, see Robert Post & Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, 75 *FORDHAM L. REV.* 545 (2006).

³⁰ Ver de forma general Dawn E. Johnsen, *Ronald Reagan and the Rehnquist Court on Congressional Power: Presidential Influences on Constitutional Change*, 78 *IND. L.J.* 363 (2003); Debra Cassens Moss, *The Policy and the Rhetoric of Ed Meese*, A.B.A. J., Feb. 1, 1987, at 64. Para ver una discusión sobre las provisiones de las plataformas del Partido Republicano en 1980 y 1984, en cuanto a los nombramientos de jueces y el aborto consultar *infra* nota 221.

³¹ Ver *ej OFFICE OF LEGAL POL'Y, U.S. DEPT OF JUSTICE, GUIDELINES ON CONSTITUTIONAL LITIGATION* 3 (Feb. 19, 1988), disponible en <http://islandia.law.yale.edu/acs/conference/meese-memos/guidelines.pdf>; Edwin Meese, III, *A Return to the Founders*, *NAT'L L.J.*, junio 28, 2004, at 22; Meese, *supra* note 25, en las 465-66

³² Ver en *Marriage Cases*, 49 *Cal. Rptr. 3d* 675 (Ct. App. 2006); *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993); *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003); *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N.J. 2006); *H*

³³ *Cf* Robert M. Cover, *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation*, 22 *WM. & MARY L. REV.* 639 (1981) (argumentando que los encuentros jurisdiccionales o la redundancia en el sistema legal estadounidense

controversia sobre el matrimonio para parejas del mismo sexo requiere que apreciemos las múltiples y sutiles formas en las que las normas constitucionales circulan entre actores divergentes en el sistema constitucional estadounidense, viajando a través de caminos informales que no siempre se adecuan a las formas oficiales de la legislación constitucional y su interpretación.

La segunda ola del feminismo ofrece un valioso ejemplo de una oposición exitosa a las normas. Tan tarde como 1970, se consideraba que las distinciones basadas en el sexo eran naturales y adecuadas, y la cláusula de igual protección, interpretada conforme a esto, no tenía una aplicación particular a la discriminación por sexo.³⁴ Pero en la medida en que las mujeres se organizaron para oponerse a las formas tradicionales de entender los roles de género, el sentido común comenzó a evolucionar. La discriminación basada en el sexo comenzó a verse como algo irrazonable. Como los jueces interpretan el texto constitucional de forma que expresa sus entendimientos explícitos del mundo, la Corte comenzó a leer la Catorceava Enmienda de forma tal que se requería un escrutinio más estricto cuando lidiaba con clasificaciones basadas en el sexo.³⁵ La Corte alteró su entendimiento de la cláusula de igual protección a pesar de que la Enmienda de Igualdad de Derechos (“EID”), que proponía usar los procedimientos del artículo V para enmendar la Constitución para prohibir la discriminación basada en sexo, nunca fue ratificada.³⁶

persiste porque es útil para los litigantes que ejercen las funciones de resolución de disputas y la articulación de normas en la adjudicación); Paul W. Kahn, Interpretation and Authority in State Constitutionalism, 106 HARV. L. REV. 1147 (1993) (analizando cómo las decisiones de las cortes estatales pueden ser concebidas como contribuciones a una cultura constitucional común); Judith Resnik, Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism's Multiple Ports of Entry, 115 YALE L.J. 1564 (2006) (observando que la estructura federal estadounidense también sirve como un camino para el movimiento de derechos internacionales a través de las fronteras).

Los ideales constitucionales nacionales también están influenciados por otros actores como el Congreso en la promulgación de La Ley en Defensa del Matrimonio Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419, 2419 (1996), los varios referendos estatales que han hablado de este tema y los que han propuesto una reforma constitucional federal sobre el tema.

³⁴ Ver e.g. *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57 (1961); *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130 (1872).

³⁵ Ver e.g. *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

³⁶ *La historia es contada en Siegel, supra nota 12. Estos cambios incluso afectaron las visiones de un magistrado durante el curso de su carrera. Ver Reva B. Siegel, You've Come a Long Way, Baby: Rehnquist's New Approach to Pregnancy Discrimination in Hibbs*, 58 STAN. L. REV. 1871 (2006)

El constitucionalismo democrático sugiere que el contraataque puede ser entendido como una de las muchas formas de oposición a las normas, a través de las cuales los ciudadanos buscan influenciar el contenido del derecho constitucional. Es un lugar común de la historia y de la ciencia política el que estas prácticas puedan ser eventualmente exitosas porque, en el largo plazo, nuestro derecho constitucional es susceptible a la presión política.³⁷ Nuestro “derecho constitucional está históricamente condicionado y políticamente moldeado.”³⁸ La legitimidad democrática de nuestro

³⁷. Ver Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV. 1257, 1278 (2004) (“La afirmación simplemente es que la dependencia de la Corte en otras ramas para hacer valer decretos y para evitar ataques a la institución de revisión judicial necesariamente actúa como una fuerza moderadora,” asegurando que la revisión judicial nunca sea totalmente independiente de la política; el análisis positivo cuestiona nivel en el que la revisión judicial le pone límites a la regla de la mayoría y puede funcionar tanto como una “esperanza” o como una “amenaza” a la democracia). (de aquí en adelante Friedman, *The Importance of Being Positive*); Barry Friedman, *Mediated Popular Constitutionalism*, 101 MICH. L. REV. 2596 (2003); Mark A. Graber, *Constitutional Politics and Constitutional Theory: A Misunderstood and Neglected Relationship*, 27 LAW & Soc. INQUIRY 309 (2002); William Mishler & Reginald S. Sheehan, *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, 87 AM. POL. Sci. REV. 87 (1993). El originalismo a veces pinta un panorama del derecho constitucional como si fuera totalmente inmune a la influencia política, pero este panorama es obviamente falso. Ver Post & Siegel, *supra* nota 26.

³⁸ H. JEFFERSON POWELL, *A COMMUNITY BUILT ON WORDS: THE CONSTITUTION IN HISTORY AND POLITICS* 6 (2002); ver RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM* 12 (2004); GEORGE I. LOVELL, *LEGISLATIVE DEFERRALS: STATUTORY AMBIGUITY, JUDICIAL POWER, AND AMERICAN DEMOCRACY* 45 (2003); KEVIN J. MCMAHON, *RECONSIDERING ROOSEVELT ON RACE: How THE PRESIDENCY PAVED THE ROAD TO BROWN* 214 (2004); KEITH E. WHITTINGTON, *POLITICAL FOUNDATIONS OF JUDICIAL SUPREMACY: THE PRESIDENCY, THE SUPREME COURT, AND CONSTITUTIONAL LEADERSHIP IN U.S. HISTORY* 5 (2007); Paul Frymer, *Acting When Elected Officials Won't: Federal Courts and Civil Rights Enforcement in U.S. Labor Unions, 1935-85*, 97 AM. POL. Sci. REV. 483 (2003); Howard Gillman, *How Political Parties Can Use the Courts To Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*, 96 AM. POL. Sci. REV. 511, 512-13 (2002); Mark A. Graber, *Constructing Judicial Review*, 8 ANN. REV. POL. SCI. 425 (2005); Keith E. Whittington, *"Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court*, 99 AM. POL. Sci. REV. 583, 584-86 (2005); ver también Mark A.

derecho constitucional depende en parte de su sensibilidad a la opinión pública.³⁹ La creciente posibilidad de darle forma al significado constitucional ayuda a explicar porqué los estadounidenses siguen teniendo fe en su constitución incluso cuando sus visiones constitucionales no prevalecen.⁴⁰ El constitucionalismo democrático nos permite comprender cómo la Constitución puede seguir inspirando lealtad y compromiso, a pesar de los constantes desacuerdos.⁴¹

La legitimidad democrática, sin embargo, tiene un precio, porque el derecho constitucional define su integridad precisamente en términos de su *independencia* frente a la presión política. Desde una perspectiva interna del derecho, la distinción derecho/política es constitutiva de la legalidad. Es por eso que las cortes se precian de repetir que son “un simple instrumento de la ley”.⁴² Su autoridad es decir “lo que la ley dice es”⁴³, labor que solo

Graber, The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35, 41-45 (1993)

³⁹ *Sobre la relación entre legitimación democrática y la necesidad de los individuos por retener la capacidad de expresarse de forma que “experimenten el estado de forma que responda a sus propios valores e ideas,” ver Robert Post, Democracy and Equality, 603 ANNALS AM. ACAD. POL. & Soc. SCI. 24, 27 (2006); Robert Post, Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence, 95 MICH. L. REV. 1517, 1524 (1997).*

⁴⁰ , *Siegel, supra nota 12, en las 1342-43*

En los Estados Unidos, la confianza popular de que la Constitución es del pueblo está apoyada por ideas y prácticas que se atraen a la ciudadanía a involucrarse en temas de significado constitucional y permite comunicación entre los ciudadanos comprometidos y los funcionarios encargadas de hacer valer la Constitución

La sensibilidad de quienes toman las decisiones constitucionales a esta influencia permite que la voluntad popular guíe a los funcionarios del gobierno y promueve la vinculación del público con los funcionarios del gobierno. Al mismo tiempo, el prospecto de influencias a los funcionarios moldea la forma en la que los ciudadanos se relacionan con a los funcionarios y cómo se relacionan entre sí. Como los ciudadanos deben enlistar la voz y acomodar las visiones de los demás si pretenden convencer a los oficiales encargados de hacer valer la Constitución, la búsqueda por asegurar el reconocimiento constitucional puede promover formas de identificación comunitaria, y no solamente exacerbar las divisiones grupales. En estas y de otras maneras, la participación popular en la deliberación constitucional y las expectativas dadas por el rol que las sostienen, subyace la legitimidad del gobierno y la solidaridad de una comunidad normativa heterogénea.

⁴¹ *Ver Louis MICHAEL SEIDMAN, OUR UNSETTLED CONSTITUTION: A NEW DEFENSE OF CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW 8-9 (2001) (“Una constitución sin resolver ayuda a construir una comunidad fundada en el consenso, al provocar a los perdedores a participar en la conversación.”).*

⁴² *Osborn v. Bank of the U.S., 22 U.S. (9 Wheat.) 738, 866 (1824).*

puede ser concebida como un “un trabajo esencialmente de abogados”⁴⁴ que ocurre en un espacio de “principios y lógica”⁴⁵ del que toda consideración política está rigurosamente excluida.⁴⁶ El deber de un juez es “defender la ley y seguir lo que la Constitución dicta”, no “servir a sus electores.”⁴⁷ “Los jueces (...) no son actores políticos (...) deben luchar por hacer lo que es jurídicamente correcto y, más aún, cuando el resultado no es lo que quiere el “equipo local”.”⁴⁸

Las mismas prácticas que aseguran la responsabilidad democrática del sistema constitucional estadounidense parecen poner en peligro la integridad del derecho constitucional estadounidense. Para las cortes no es fácil encontrar formas de incorporar las creencias populares en el dominio de la legalidad mientras mantienen la fidelidad a los requerimientos de la razón legal profesional.⁴⁹ Uno puede imaginar este proceso como una serie de “conversaciones entre la Corte, el pueblo y sus representantes,”⁵⁰ pero el proceso rara vez es tan civilizado y ordenado como una conversación. La Corte debe navegar un campo complejo de intensos desacuerdos para producir un recuento de un derecho constitucional que sea democráticamente legítimo y fiel a los normas de su oficio profesional.

La forma exacta en la que la Corte logra esta impresionante tarea no está suficientemente estudiada.⁵¹ La academia legal tradicional ha buscado

⁴³ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958) (quoting *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803)).

⁴⁴ ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 46 (1997).

⁴⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 605 (2003) (Scalia, J., en el salvamento de voto)

⁴⁶ *Cheney v. U.S. Dist. Ct. for D.C.*, 541 U.S. 913, 920 (Scalia, sentado sólo). (“Esperar que los jueces tengan en cuenta las consecuencias políticas - y que calculen si el grado de incidencia va a ser alto o bajo- es pedirle a los jueces que hagan, precisamente, lo que no deben hacer.”).

⁴⁷ *Republican Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765, 799 (2002) (Stevens, J., en su salvamento de voto).

⁴⁸ *Id.* en la 806 (Ginsburg J., en su salvamento de voto)

⁴⁹ Lo fascinante de la Corte Suprema ha sido que ha tomado funciones judiciales ortodoxas con funciones de formulación de políticas públicas en una mezcla compleja... Pero a pesar de que los jueces sí entran en el terreno de hacer políticas públicas, entran con sus batas puestas, y no pueden (de ninguna forma) quitárselas; están empoderados y limitados por sus atributos judiciales.

McCloskey, *supra* nota 20

⁵⁰ ALEXANDER M. BICKEL, *THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS* 91 (1970); ver también Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993).

⁵¹ Algunas de las implicaciones de esta discusión, sobre la existencia de normas para la creación profesional, están presentes en Robert C. Post & Neil S. Siegel,

identificar métodos de interpretación constitucional que puedan justificar las decisiones de las cortes de cara a sus opositores. Pero mientras este enfoque puede tranquilizar a los académicos, dudamos de que tenga muchos efectos políticos. Las controversias constitucionales serias, como todas las controversias políticas, no pueden ser resueltas con un truco de magia metodológico. Los desacuerdos no van a desaparecer simplemente porque la Corte decidió plantear su argumento de una forma u otra.

El constitucionalismo democrático nos invita a ponerle mucha atención a cómo la Corte responde a los desacuerdos y a actitudes contestatarias. El derecho constitucional contemporáneo en temas de discriminación sexual, por ejemplo, surgió por primera vez cuando la Corte pudo identificar puntos de convergencia en la comprensión nacional de las mujeres como ciudadanos iguales, que emergió dentro de los debates entre quienes se oponían y los que apoyaban ERA.⁵² Al consolidar estas ideas en doctrina constitucional, la Corte rápidamente desarrolló una jurisprudencia en contra de la discriminación de género, basada en la Catorceava Enmienda, que ordenaba un apoyo increíblemente amplio, incluso aunque ERA fuera derrotada.⁵³

Aunque el sistema constitucional estadounidense está plagado de conflictos, hay un acuerdo general en preservar la integridad del derecho constitucional. Esto se debe a que los ciudadanos que buscan incorporar sus visiones constitucionales particulares en el derecho tienen razones para preservar la autoridad del derecho, incluso en su búsqueda por influenciar el contenido de las decisiones judiciales. Los que buscan cambiar el contenido del derecho constitucional se enfrentan entonces a un dilema: deben convencer a las cortes de la constitucionalidad de sus valores y, al tiempo, deben preservar la autoridad de las cortes para hablar en nombre de la Constitución, en nombre de un Estado de Derecho independiente.⁵⁴

El constitucionalismo democrático nos invita a explorar cómo este dilema está siendo realmente mediado. En *Steinberg v. Carthart*,⁵⁵ por ejemplo, la corte tumbó “una ley de Nebraska que prohibía ‘aborto parcial’”⁵⁶ porque la

Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin, 95 CAL. L. REV. (forthcoming 2007). "

⁵² Siegel, *supra* nota 12

⁵³ *Id*

⁵⁴ Para ver un útil recuento sobre el departamentalismo que explícitamente teoriza sobre esta cuestión, ver Keith E. Whittington, *Presidential Challenges to Judicial Supremacy and the Politics of Constitutional Meaning*, 33 POLITY 365 (2001).

⁵⁵ 530 U.S. 914 (2000).

⁵⁶ *Id* en la 921

ley no incluía una “excepción por salud”⁵⁷ que permitiera el procedimiento cuando fuera necesario para preservar la salud de la madre. Quienes están en contra del aborto respondieron a *Steinberg* mostrando un total desacuerdo con la Corte, pero al mismo tiempo transmitían un respeto por la autoridad institucional de la Corte para pronunciar el derecho. Presionaron al Congreso para promulgar leyes que se parecieran a la ley de Nebraska que la Corte había declarado inconstitucional. Y apoyando estas leyes descubrimientos científicos en el Congreso, en el sentido de que argumentaban que los hechos indicaban “que una aborto parcial nunca es necesario para preservar la salud de la mujer.”⁵⁸ El descubrimiento de estos cuestionables hechos⁵⁹ les permitió a los congresistas que estaban en contra de *Steinberg* disentir del precedente de la Corte, mientras mantenían la nominal fidelidad al Estado de Derecho⁶⁰. A pesar de que el Congreso cuestionó abiertamente a la Corte,⁶¹ no llegó al punto de rebelarse contra

⁵⁷ *Id en la 931*

⁵⁸ *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003, 18 U.S.C.S. § 1531 (LexisNexis 2006).*

⁵⁹ *Ver, e.g., Nat'l Abortion Fed'n v. Gonzales, 437 F.3d 278, 287 (2d Cir. 2006); Planned Parenthood Fed'n of Am., Inc. v. Gonzales, 435 F.3d 1163, 1175 (9th Cir. 2006), rev'd sub nom. Gonzales v. Carhart, 127 S. Ct. 1610 (2007).*

⁶⁰ *Ver e.g., 149 CoNo. REC. H4922, H4924 (impresiones del Rep. Sensenbrenner):*

En Junio del 2000, la Corte Suprema de Estados Unidos tumbó una prohibición al aborto en nacimiento parcial de Nebraska La Corte ... sostuvo, con base en hechos altamente discutibles tenidos por la Corte del Distrito, que la ley requería que se incluyera una excepción para los abortos de nacimiento parcial que fueran necesarios para preservar la salud de la mujer.

La nueva definición de HR 760 de lo que es el aborto por nacimiento parcial se dirige a la objeción de la Corte a la ley de Nebraska, incluyendo extensos descubrimientos congresionales basados en evidencias médicas recibidas en una serie de audiencias legislativas, que, en contra de los hechos en los que se basó la corte de distrito en Steinberg, un aborto por nacimiento parcial nunca es médicamente necesario para preservar la salud de la mujer y que por el contrario plantea un serio riesgo a la salud de la mujer, e incluso que está por debajo del estándar del cuidado médico.

La falta de una excepción por salud de la H.R. 760 está basada en la determinación del Congreso de que el aborto por nacimiento parcial es un procedimiento peligroso que no ayuda nunca a la salud de ninguna mujer. La Corte Suprema tiene un amplio historial, particularmente en el área de los derechos civiles, de deferir al Congreso las conclusiones sobre los hechos. Al hacerlo la Corte ha reconocido que la estructura institucional del Congreso está mejor diseñada que la judicial para atender hechos sobre los que las políticas públicas deben decidirse

⁶¹ *"Los defensores de la ley no dejaron dudas en cuanto a que su intención era anular el efecto de nuestra decisión en Steinberg." Gonzales v. Carhart, 127 S. Ct. 1610, 1643 n.4 (Ginsburg, J., en su salvamento de voto).*

ella. En una opinión cuyo voto de cinco contra cuatro incluía en su mayoría solamente a jueces elegidos por los presidentes Reagan, Bush y Bush -todos seleccionados sobre la plataforma de defender la vida de los no nacidos y los valores familiares tradicionales⁶²- la Corte respondió cediéndole a la legislación del Congreso (aun repudiando sus dudosos descubrimientos)⁶³ y dejando sonar por primera vez notas de una nueva justificación para restringir el aborto: la protección de las mujeres.⁶⁴

El sistema constitucional estadounidense tiene muchos aparatos que le permiten a los contradictores expresar su desacuerdo en formas que parecen reconocer, al mismo tiempo, el Estado de Derecho.⁶⁵ Estos aparatos

⁶² Ver *infra* nota 221 para ver las plataformas republicanas en 1980 y 1984. Ver también *Republican Party Platform of 2004*, disponible en <http://www.gop.com/media/2004platformpdf>; *Republican Party Platform of 2000*, disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=25849> (“El niño no nacido tiene un derecho fundamental individual a la vida que no puede ser vulnerado ... Nuestro propósito es tener protección legislativa y judicial de ese derecho, en contra de los que están realizando abortos ... Apoyamos la elección de jueces que respeten los valores familiares tradicionales y la santidad de la vida humana inocente.”) *Republican Party Platform of 1988*, disponible en <http://patriotpost.us/histdocs/platforms/republican/rep.988.html> (“Aplaudimos el excelente registro del presidente Reagan en cuanto la elección de jueces, y reafirmamos nuestro apoyo a la elección de jueces, en todos los niveles de la rama, que respeten los valores familiares tradicionales y la santidad de la vida humana inocente.”).

⁶³ *Carhart*, 127 S. Ct. en las 1637-38

⁶⁴ *Id.* en la 1634-35. Para ver una discusión sobre estos nuevos temas anti aborto, ver *infra* el texto acompañante de las notas 258-260. Ver también Robert Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 *ILL. L. REV.* 939; Reva B. Siegel, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Women-Protective Abortion Restrictions*, 2007 *ILL. L. REV.* 991

⁶⁵ Hemos analizado las técnicas doctrinales que usa la Corte para mediar esta tensión nuestros trabajos anteriores. Escribimos, por ejemplo:

La ambigüedad creada por el enfoque de Katzenbach había permitido que relaciones contradictorias y generalmente tensionantes entre la autodeterminación política y el mandato de la ley persistieron sin que ninguna de las dos paralizara a la otra. Al eliminar esta ambigüedad y obligara al Congreso a hablar con el tono de una corte, Garret está intentando desarmar un mecanismo importante por el que la nación mantiene el diálogo democrático con su Constitución, judicialmente defendida.

Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 *IND. L.J.* 1, 42 (2003) (discutiendo el diferimiento deliberado de la Corte de la cuestión sobre si las leyes

son particularmente importantes a la hora de estudiar el efecto boomerang y la resistencia.

II. EL CONTRAATAQUE CONSERVADOR (BACKLASH) Y LA ACADEMIA CONSTITUCIONAL

El diccionario de la Real Academia Española nos informa que “contraataque”, inicialmente referido a la “reacción contraria de una rueda o conjunto de ruedas conectadas en una pieza de un mecanismo, cuando el movimiento no es uniforme o cuando se aplica presión repentinamente.”⁶⁶ La palabra rápidamente se asoció con efectos indeseados o contraproducentes, como cuando el algodón se “retraía o el viento se enredaba alrededor de las ruedas” de una máquina de algodón⁶⁷, o una caña de pescar tendría “backlash” y se rompe⁶⁸. En el siglo XX el “backlash

sobre derechos civiles promulgadas durante los poderes de la Sección Quinta y el comercio fueron ejercicios apropiados de la autoridad de la Sección Quinta).

Si los actores no judiciales deben cumplir la ley a excepción de circunstancias excepcionales es una cuestión relevante determinar cómo dibujamos el límite entre el derecho constitucional y la Constitución. Mientras se agrande el alcance del derecho constitucional, más actores no judiciales están vinculados por la visión legal de las cortes, y menos espacio hay para que la Constitución se construya políticamente... Una dimensión importante de esta frontera es la cuestión sobre si el derecho constitucional existe en principios y razones usadas en opiniones judiciales, o si por el contrario está confinado a unas posiciones particulares de algunas decisiones judiciales. En el momento hay controversia en este punto

Robert C. Post & Reva B. Siegel, Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy, 92 CAL. L. REV. 1027, 1040 (2004) (discutiendo el debate sobre los elementos de una decisión judicial que son vinculantes con fuerza de ley para actores no judiciales).

⁶⁶ OXFORD ENGLISH DICTIONARY 867 (2d ed. 1989). Para ejemplos de este uso, ver *Krajewski v. Pharr*, 105 F. 514, 521 (5th Cir. 1900); *Lindbladh v. C.E. Sheppard Co.*, 7 F. Supp. 446, 453 (E.D.N.Y. 1933), *aff'd*, 72 F.2d 1015 (2d Cir. 1934); *Woodworth Planing Mach. Cases* (E.D. Pa. 1852), reported in *W.L.J. Sept. 1852*, at 550; *Holmes'Ship Steering Apparatus*, *Sci. AM.*, May 9, 1857, at 273; *E. M. ElBeheiry, Contouring Error Control of Machine Tool Drives with Backlash Compensation*, 220 *PROC. INST. MECHANICAL ENGINEERS PART I, J. SYSTEMS & CONTROL ENGINEERING* 395, 395-410 (2006); *Laws Govern Steering*, *N.Y. TIMES*, Aug. 22, 1915, at X8. Un Glosario de Términos Mecánicos de 1846 definió en *backlash* como “el movimiento de retorno de una rueda que no está firmemente sostenida en su eje.” *Sci. AM.*, Abr. 9, 1846, en la 1

⁶⁷ *Miscellaneous Intelligence*, *S. AGRICULTURIST & REGISTRAR RURAL AFF.*, June 1835, en la 332.

⁶⁸ *A Chapter on Game Fish*, *N.Y. TIMES*, Julio 7, 1886, en la 5.

fatal⁶⁹ de un carrete de pescador se volvió un término de uso tan común que las propagandas se jactaban de vender carretes “anti-latigazo”⁷⁰ que “nunca iban a tener latigazo”⁷¹. Para la mitad del siglo el alcance de la palabra se había expandido de forma tal que una demanda por difamación podía “backlash”⁷² y las figuras políticas debían preocuparse de un “backlash de opinión”⁷³ en el contexto de controversias relacionadas a protestas laborales⁷⁴ y el Plan Marshall⁷⁵.

La palabra backlash comenzó a usarse de forma rutinaria en la arena política durante el movimiento de los derechos civiles, cuando el término desarrolló un “uso más amplio”⁷⁶ que se refería tanto a la resistencia sureña a los derechos civiles - “el backlash de un sistema mortalmente plagado de desigualdad”⁷⁷- y también a “la backlash blanca del norte”, como se evidenció en la demostración particularmente fuerte de George Wallace en las primarias presidenciales de 1964⁷⁸. “Backlash” se volvió la forma de

⁶⁹ *Sea and River Fishing: Chicago Fly-Casting Club Open Tournament, FOREST & STREAM, Ago. 25, 1900, en la 149; ver Anglers' Club Casting Contest, FOREST & STREAM, Dic. 8, 1906, en la 908 (La práctica de Charles Stepath ha sido tan buena que fue considerada peligrosa, pero el backlash en su séptimo turno arruinó sus posibilidades.)*.

⁷⁰ *FOREST & STREAM, Abr. 1919, en la 181.*

⁷¹ *FOREST & STREAM, Junio 30, 1930, en la 446; ver N.Y. TIMES, May 12, 1954, en la 39 (publicitando un riel con “un freno anti backlash patentado.”)*.

⁷² *Libel Suit Backlashes, N.Y. TIMES, July 24, 1952, en la 30. EL significado en este contexto parece ser “boomerang”. Más o menos en este momento el inglés James Raisin publicó una “dura novela” llamada Backlash. Marquis W Childs, Speed Demon, N.Y. Times, Feb. 13, 1949 en la BR30. Una película estadounidense sobre venganza, ambientada en el Oeste, titulada Backlash, fue dirigida por John Stugres, The Screen N.Y. Times, Abr 21, 1956, en la 11. Una obra titulada Backlash sobre “un hombre vengativo” fue propuesta a Broadway. Sam Zolotow, Kern To Do Score for ‘Annie Oakley,’ NY Times, Sept. 14, 1945 en la 20.*

⁷³ *Joseph A. Loftus, President Confers on Coal Stalemate with Top Advisers, N.Y. TIMES, May 7, 1946, at 1.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Arthur Krock, In the Nation, N.Y. TIMES, Feb. 25, 1949, en la 22.*

⁷⁶ *Edward A. Stephenson, Backlash, 40 AM. SPEECH 156, 156-57 (1965).*

⁷⁷ *Harold C. Fleming, A Southern View of the South, N.Y. TIMES, Abr. 3, 1960, en la SM23*

⁷⁸ *Michael Rogin, Wallace and the Middle Class: White Backlash in Wisconsin, 30 PUB. OPINION Q., 98, 98-106 & n.12 (1966); The Nation: Eyes on Goldwater, N.Y. TIMES, May 10, 1964, at E2; see also John Herbers, Critical Test for the Nonviolent Way, N.Y. TIMES, July 5, 1964, at SM 5 (refiriéndose al “backlash blanco provocado por el Gob. George Wallace de Alabama en tres primarias de Presidenciales en el norte”); E. W. Kenworthy, Civil Rights: Politics, N.Y. TIMES, Abr. 26, 1964, en la E6 (“El backlash blanco es más amorfo, menos organizado, pero claramente discernible de ... el voto amasado por el gobernador George*

designar las fuerzas opuestas que se desataban por cambios amenazantes al status quo. Los científicos sociales comenzaron a referirse a lo que Seymour Martin Lipset y Earl Raab denominaron "políticas backlash", que "pueden definirse como la reacción de grupos que están sintiendo que su importancia está disminuyendo, al igual que su influencia y su poder, como resultado de un cambio endémico en la sociedad."⁷⁹ El movimiento de mujeres, por ejemplo, comenzó un "backlash" entre los que se sentían amenazados por el rol creciente de las mujeres en la fuerza laboral y por la búsqueda de la enmienda de igualdad de derechos.⁸⁰

Los académicos que discuten la "tesis de backlash" en relación con *Brown v. Board of Education*⁸¹, o que ahora se lamentan "[d]el desastroso backlash que ocurrió en respuesta a *Roe v Wade*,"⁸² usan el término backlash para enfocarse en preguntas sobre el rol judicial y la autoridad judicial. Estas formas de contar la resistencia a *Brown* o a *Roe* a menudo, implícitamente, acogen la perspectiva de las cortes, preocupándose porque las decisiones de la Corte desatan "el tipo de respuesta que le quita fuerza tanto a la Corte como a sus decisiones."⁸³ El constitucionalismo democrático se resiste a esta visión judicial angosta de lo que es el backlash.

El constitucionalismo democrático conceptualiza el fenómeno del backlash no simplemente desde la perspectiva de las cortes, sino también desde el punto de vista del sistema constitucional estadounidense como un todo. Sitúa al backlash en la densa red de intercambios de comunicación que sostiene la legitimidad democrática de la Constitución. Los estadounidenses creen que el significado constitucional debe estar incorporado de formas legalmente exigibles y que los significados constitucionales deben ser potencialmente sensibles a sus propias visiones.

Wallace de Alabama en la primaria presidencial en Wisconsin.) Fletcher Knebel, *LOOK*, Sept. 22, 1964, en la 36 ("Transferido al mundo de la política, el backlash blanco hábilmente describe el resentimiento de muchos blancos estadounidenses a la velocidad de la gran revolución Negra, que ha obtenido momentum desde la primera tanda de plántones en los 60s tempranos.")

⁷⁹ SEYMOUR MARTIN LIPSET & EARL RAAB, *THE POLITICS OF UNREASON: RIGHTWING EXTREMISM IN AMERICA, 1790-1970*, at 29 (1970); ver también Kenneth L. Karst, *Justice O'Connor and the Substance of Equal Citizenship*, 55 *SUP. CT. REV.* 357, 377 (2003).

⁸⁰ SUSAN FALUDI, *BACKLASH: THE UNDECLARED WAR AGAINST AMERICAN WOMEN* 230-31 (1991).

⁸¹ Ver e.g., Michael J. Klarman, *How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis*, 81 *J. AM. HIST.* 81 (1994).

⁸² Neal Devins, *I Love You, Big Brother*, 87 *CAL. L. REV.* 1283, 1297 (1999).

⁸³ Laura Krugman Ray, *Justice Ginsburg and the Middle Way*, 68 *BROOK. L. REV.* 629, 636 (2003).

Los ciudadanos involucrados en backlash presionan a los funcionarios del gobierno para ejecutar lo que los ciudadanos creen que es el entendimiento correcto de la Constitución. Presionan a estas exigencias para que los oficiales interpreten la Constitución en formas que sea democráticamente responsables.

Los recuentos del backlash que ahora son dominantes en la academia legal no analizan el conflicto constitucional desde esta perspectiva. Son, por el contrario, juri-céntricos, viendo el backlash como un obstáculo en los esfuerzos judiciales para dotar a los ideales constitucionales de contenido. En esta parte de nuestro ensayo, examinamos los problemas de esta aproximación. Analizamos las visiones de tres importantes académicos - Michael Klarman, William Eskridge y Cass Sunstein- quienes no escriben típicamente desde una perspectiva juricéntrica, pero que sin embargo ven el backlash primordialmente en términos de la amenaza que significa para la autoridad judicial y la solidaridad social.

Klarman es un historiador cuyo trabajo ha contribuido significativamente al reciente interés en el backlash.⁸⁴ A pesar de que Klarman no pretende instruir a los jueces cómo decidir sus casos, sugiere que la adjudicación tiene la capacidad única de generar oposición, y opina que el backlash es un signo de que las cortes han fallado en ejecutar adecuadamente su rol judicial. Eskridge y Sunstein han desarrollado, cada uno por su parte, un teoría normativa constitucional que recomienda a las cortes decidir los casos de forma tal que se eviten ciertos tipos de conflicto constitucional. Eskridge advierte sobre los peligros políticos trae una revisión judicial que pueda hacer que las personas se alejen de los procesos políticos. Sunstein adelanta una teoría comprensiva e influyente -"minimalismo"- que recomienda a las cortes decidir los casos de forma que eviten decisiones de valor contenciosas.

El constitucionalismo democrático sugiere que un nivel de conflicto puede ser una consecuencia inevitable de la defensa de derechos constitucionales, sea que éstos estén asegurados por la legislación o por la adjudicación. Las decisiones constitucionales pueden provocar resistencia, especialmente si amenazan el status de grupos que están acostumbrados a ejercer autoridad y a creen que la resistencia puede desviar el cambio constitucional. Cuando

⁸⁴ Ver e.g., Klarman, *supra* nota 78; ver también Friedman, *The Importance of Being Positive*, *supra* note 34, at 1292; Frederick Schauer, *Foreword: The Court's Agenda and the Nation's*, 120 HARV. L. REV. 4, 39 n.133 (2006). An important early influence was certainly GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991).

la controversia es inevitable, la defensa de un derecho puede estar justificada si los valores en juego son suficientemente importantes.⁸⁵

El constitucionalismo democrático sugiere, por encima de esto, que la controversia provocada por las decisiones judiciales pueden incluso tener efectos positivos para el sistema constitucional estadounidense. Los ciudadanos que se oponen a las decisiones de las cortes son políticamente activos. Viven su compromiso con la importancia del significado constitucional. Buscan convencer a otros estadounidenses de acoger sus entendimientos constitucionales. Estas formas de participación llevan a los ciudadanos a identificarse con la Constitución y con sus semejantes. El debate popular sobre la constitución le da contenido a los recuerdos y a los principios de nuestra tradición constitucional con significados que generan compromiso popular y que nunca se desarrollarían si una ciudadanía normativamente estrangulada se sometiera pasivamente a las decisiones judiciales.

Los teóricos constitucionales del backlash que razonan en lógicas juricéntricas han sido poco curiosos en cuanto a cómo se genera el compromiso a nuestro orden constitucional y así existe una tendencia a ignorar o subvalorar las formas de compromiso político que crean significados constitucionales democráticamente legítimos. Un teórico que asume que los ciudadanos se identifican con la Constitución y que nunca examina los entendimientos y las prácticas que sostienen esta identificación tiene altas probabilidades de ver el backlash como un peligro que debe evitarse. Por estas y otras razones, el modelo de constitucionalismo democrático sugiere que Klarman, Eskridge y Sunstein pueden sobreestimar sistemáticamente los costos del backlash, y subestimar sus beneficios.

a. Michael Klarman

Klarman sostiene una interpretación de *Brown* en la que afirma que, aunque *Brown* no desmanteló la segregación ni inspiró al movimiento de derechos civiles, sí inspiró “un masivo backlash en contra del cambio racial”⁸⁶, tan agresivo que “a su vez, creó un backlash en el norte de los Estados Unidos que contribuyó significativamente al cambio racial.”⁸⁷

⁸⁵ Ver e.g., *Post*, supra nota 12, en la 110.

⁸⁶ Michael J. Klarman, *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7, 115 n.494 (1994).

⁸⁷ Michael J. Klarman, *Civil Rights Law: Who Made It and How Much Did It Matter?*, 83 GEO. L.J. 433, 433 n.4 (1994). Klarman ofrece “La tesis de backlash de *Brown*”:

Klarman cree que este efecto no es único de *Brown*, pues “muchas sentencias hito de la Corte parecen haber generado backlash en vez de apoyo.”⁸⁸ “Las decisiones hito de la Corte Suprema *a menudo* producen efectos de backlash impredecibles.”⁸⁹ Klarman también considera, sin embargo, que a grandes rasgos la Corte es un reflejo de la sociedad, de forma que su tendencia principal es “constitucionalizar el consenso y eliminar a las voces apartadas.”⁹⁰ La Corte “rara vez, si acaso, juega” el “rol aventurado” de apoyar “a la vanguardia de un movimiento de reforma social.”⁹¹ “Los jueces reflejan la opinión pública dominante de tal forma que no pueden proteger a los grupos verdaderamente oprimidos.”⁹²

Klarman debe explicar cómo esas cortes desventuradas pueden inspirar un backlash tan furioso. La explicación de Klarman es significativa:

Los fallos como *Brown* y *Goodridge* producen backlash políticos por tres razones principales: resaltan la importancia de un tema, incitan rabia por “la interferencia externa” o “el activismo judicial” y alteran el orden en el que el cambio social hubiera ocurrido normalmente.⁹³

Brown fue indirectamente responsable de la importante legislación sobre derechos civiles en la mitad de la década de 1960, catalizando la resistencia sureña al cambio racial. Brown propulsó la política del sur a la derecha, en la medida en la que la raza fue exaltada sobre los otros temas. En este ambiente político, los hombres que fueron elegidos en todos los niveles del sector público estaban, tanto por sus predisposiciones personales como por sus cálculos políticos, preparados para usar virtualmente cualquier medio para resistirse al cambio racial, incluyendo una descarada desobediencia de la autoridad federal y una supresión brutal de los derechos civiles. La consecuencia predecible fue una serie de confrontaciones violentas entre funcionarios de la derecha de supremacía blanca y, generalmente, opositores no violentos, que provocaron una queja nacional de los televidentes, llevando a que el Congreso y el Presidente intervinieran con importante legislación en tema de derechos civiles.

Klarman, *supra* nota 83, en la 85

⁸⁸ MICHAEL J. KLARMAN, *FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY* 464 (2004).

⁸⁹ Michael J. Klarman, *How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?*, 87 VA. L. REV. 1111, 1182 (2001) (énfasis propio).

⁹⁰ KLARMAN, *supra* nota 85, en la 453; ver también Michael J. Klarman, *What's So Great About Constitutionalism?*, 93 NW. U.L. REV. 145, 172 (1998).

⁹¹ Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 MICH. L. REV. 431, 445 (2005).

⁹² KLARMAN, *supra* nota 85, en la 449.

⁹³ Klarman, *supra* nota 88, en la 473

De las tres razones principales que plantea para explicar el backlash, Klarman identifica como “tal vez la más importante” aquella que plantea que “las decisiones de las cortes producen backlashes por ordenar que la reforma social ocurra en un orden diferente al que hubieran ocurrido.”⁹⁴ La afirmación es de carácter comparativo. Klarman parece sugerir que instituciones políticamente responsivas como la legislatura y el ejecutivo, ordinariamente no tomarían las mismas decisiones, productoras de backlash, que toman las cortes.⁹⁵ Asume que la política democrática generalmente ocurre en un espacio de “negociación”⁹⁶ que naturalmente funciona para evitar las decisiones que provocan resistencia masiva. Así,

⁹⁴ Id en la 477; ver también KLARMAN, supra nota 85 en la 465) “Las decisiones de la Corte pueden irrumpir el orden en el que el cambio social puede de otra forma ocurrir, al dictar reformas en áreas en las que la opinión pública no está lista para aceptarlas.” Hay serias dificultades conceptuales asociadas con las primeras dos razones articuladas por Klarman. Decir que la Corte provoca el backlash porque represente “interferencia externa” puede ser relevante en un caso como Brown, en el que los valores Norteños fueron impuestos sobre los colegios del sur, pero la idea no puede generalizarse a decisiones como Roe o Lawrence, que no reflejan el mismo grado de desviación regional. Decir que el backlash es causado por el antagonismo al “activismo judicial” implica decir que las decisiones judiciales son inherentemente más propensas a generar backlash que las decisiones legislativas. Klarman no hace ningún esfuerzo serio por argumentar que hubiera habido menos backlash si el Congreso, y no las cortes, hubiera terminado la segregación escolar o abolido el crimen de sodomía, y el sentido común sobre el tema seguramente indica lo contrario. Lo mismo puede decirse del punto de Klarman referido a la importancia. Parece cierto, como lo afirma Klarman, que “las decisiones de la Corte como Lawrence y Goodridge forzaron a la gente que antes no le ponía atención a los temas relacionados a los derechos de los gays a ponerle atención a lo que ha venido ocurriendo y a tener una opinión al respecto”. Klarman supra nota 88 en la 474. Pero, seguramente, la legislación federal que reconoce el matrimonio del mismo sexo también obligaría a las personas a poner atención, y no es claro que una opinión judicial generaría más ruido que la legislación del congreso.

⁹⁵ Así lo explica Klarman en el Sur de Jim Crow “los sureños blancos creían con más firmeza en mantener la segregación de los colegios” que en la integración “en el transporte público, el departamento de policía, el empleo, competencias atléticas y el registro de votos.” Klarman supra nota 88 en la 477. “Los negros, de forma contraria, a menudo estaban más interesados en la votación, en terminar la brutalidad policial, en asegurarse trabajos decentes y en recibir una porción adecuada de los fondos de la educación pública que en terminar la segregación de los colegios.” Id. Había por lo tanto “espacio para negociación política” que Brown hizo “inutilizable al traer al frente un tema -la segregación racial en los colegios públicos- que la mayoría de sureños blancos no estaban dispuestos a negociar. Brown prácticamente aseguró un backlash entre los sureños blancos.”

Id en la 477-78

⁹⁶ Ver supra nota 92

puede pensarse que instituciones democráticamente responsables, como el Congreso y las legislaturas estatales, no hubieran terminado la segregación en los colegios hasta que la posibilidad de generar backlash hubiera disminuido. Las cortes, por el contrario “a menudo”⁹⁷ producen backlash porque responden a “las agendas planteadas por los litigantes” y no a la “negociación política”.⁹⁸

Las implicaciones normativas de la adjudicación en la tesis del backlash de Klarman son sumamente ambiguas. En el contexto de *Brown*, podemos tomar la descripción del backlash de Klarman como una que implica que la terminación de la segregación de los colegios, ordenada por la corte o por la legislatura, debió ser pospuesta indefinidamente, o al menos hasta que el fin de la segregación no hubiera causado backlash.⁹⁹ O podríamos tomar su descripción positiva como una sugerencia de que como el fin de la segregación nunca hubiera podido lograrse de una forma pacífica a través de la política y la legislación, la corte no debió actuar en aguas turbias y provocar resistencia masiva.

Según la primera posible interpretación, la tesis de Klarman equivaldría a una precaución general en contra de la implementación de derechos constitucionales cuando tal implementación generara controversias fuertes. Evitar el backlash por esta razón reafirmaría la distribución existente de derechos. No vamos a abordar esta interpretación, excepto para afirmar que nos parece que su excesiva quietud es incompatible con un compromiso por abordar los derechos constitucionales. Preferimos enfocarnos en la segunda interpretación posible de Klarman, que podría leerse como un argumento en favor de que las cortes deberían, en su adjudicación de derechos constitucionales, hacerlo de forma cautelosa porque sus esfuerzos van a interferir con la realización de los valores constitucionales que pueden ser alcanzados, sin conflicto, a través de la legislación.

⁹⁷ Klarman, *supra* nota 86, en la 1182.

⁹⁸ KLARMAN, *supra* nota 85, en la 465.

⁹⁹ *Apreciamos que Klarman mismo probablemente no sacaría esta implicación normativa de su propio trabajo, porque prefiere creer que Brown a final de cuentas produjo un nivel de resistencia violenta tan alta en el sur que provocó un backlash del norte, comprometiendo a la nación entera a la des-segregación. Desde la perspectiva de Klarman, por lo tanto, Brown a final de cuentas (siaun si fue indirectamente) produjo un resultado social deseable. Pero por supuesto que este resultado no pudo haber sido conocido ex ante, por lo que al momento de Brown no podía preverse que la resistencia sureña generaría un backlash norteno. Ex ante, así, las implicaciones normativas de Klarman del análisis de Klarman no son obvias.*

La idea de que los valores constitucionales pueden ser alcanzados más armoniosamente a través de la legislación y el Congreso que a través de la adjudicación está en la base del miedo contemporáneo al backlash. Parece descansar en una visión seriamente romántica de la política democrática. Sabemos, por ejemplo, que “la política de backlash realizada por grupos decadentes” es “un fenómeno recurrente en la política estadounidense.”¹⁰⁰ La legislación que interviene en las relaciones de status preestablecidas suele generar respuestas en términos de movilización¹⁰¹ y en consecuencia serias controversias.¹⁰² La sola palabra “backlash” adquirió notoriedad política en el contexto de antagonismo generado por la Ley de Derechos Civiles de 1964.¹⁰³ Las ratificaciones estatales de ERA también generaron un backlash poderoso¹⁰⁴ y la legislación que liberalizaba el acceso al aborto inició “una significativa contra-movilización” en el periodo inmediatamente anterior a *Roe*.¹⁰⁵

Klarman podría conceder que la legislación causa backlash y sin embargo argumentar que los derechos deberían ser ejecutados por las ramas populares del gobierno, en vez de por las cortes, porque la adjudicación es poco efectiva y precipita los costos de las controversias constitucionales sin tener beneficios que correspondan a dicho costo.¹⁰⁶ Por momentos, Klarman parece indicar que la adjudicación no puede alterar las prácticas y

¹⁰⁰ Ver Seymour Martin Lipset, *Beyond the Backlash*, 23 *ENCOUNTER* Nov. 1964, en la 11.

¹⁰¹ Ver e.g., Clarence Y.I.H. Lo, *Countermovements and Conservative Movements in the Contemporary U.S.*, 8 *ANN. REV. SOC.* 107 (1982); David S. Meyer & Suzanne Staggenbord, *Movements, Countermovements, and the Structure of Political Opportunity*, 101 *AM. J. Soc.* 1628 (1996).

¹⁰² Ver de forma general Scott Lemieux, *Constitutional Politics and the Political Impact of Feminist Litigation: Legal Challenges to Abortion Law in Comparative Perspective*, at 227-28 (2004) (unpublished Ph.D. Dissertation, University of Washington).

¹⁰³ Stephenson, *supra* nota 73, en la 156.

¹⁰⁴ Ver *FALUDI*, *supra* nota 77; Siegel, *supra* nota 12.

¹⁰⁵ Ver Lemieux, *supra* nota 99 en la 227-28; *infra* nota 192 y el texto acompañante

¹⁰⁶ Debemos hacer énfasis en que en esta interpretación, el recuento de Klarman repudiaría la premisa fundamental de gran parte de la agenda liberal académica post Nuevo Acuerdo, según la cual la función fundamental del derecho constitucional es reparar los defectos en el proceso político. Ver e.g. JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980). Generalmente se cree que el derecho constitucional debería intervenir si los resultados políticos son injustos debido a prejuicios en contra de “minorías discretas e insulares.” En esta interpretación de Klarman, por le contrario, las cortes no deberían buscar corregir las dinámicas del proceso político. EL rol de las cortes sería el de suprimir las partes aisladas y consolidar las conclusiones a las que llegan los procesos políticos.

creencias sociales.¹⁰⁷ La implicación hace eco de la tesis propuesta por Gerald Rosenberg en 1991, según la cual “las cortes rara vez producen efectos significativos en la reforma social”, a pesar de que pueden “movilizar al oponente.”¹⁰⁸

La premisa de que la adjudicación es relativamente incapaz de afectar el contenido de los ideales sociales y el comportamiento es compartida por personas de la izquierda.¹⁰⁹ Pero esta premisa contradice buena parte de la academia sociolegal reciente, que “ve el discurso, las categorías y los procedimientos legales como el marco a través del cual individuos en una sociedad aprehenden la realidad.”¹¹⁰ En la influyente formulación de Austin Sarat, “el derecho le da forma a la sociedad desde adentro al proveer las principales categorías que dictan los términos en los que la vida social está construida, para parecer natural, normal, cohesiva y coherente.”¹¹¹ Esta “visión constitutiva del derecho”¹¹² sugiere que la adjudicación en el derecho constitucional puede generar compromisos positivos y antagonismos negativos.¹¹³

El constitucionalismo democrático se basa en la idea común según la cual el derecho constitucional hecho por los jueces y la política democrática se afectan entre sí. Hay buenas razones por las que los estadounidenses han luchado por generaciones para incorporar su visión de la constitución en la realización judicial de los derechos constitucionales. El constitucionalismo democrático afirma que estas luchas no han sido en vano. No hay ninguna razón teóricamente fuerte para ver la adjudicación como una práctica social

¹⁰⁷ *La legitimidad de la Corte, según Klarman, “fluye menos de la fuerza de su razonamiento legal que de su habilidad de predecir las tendencias futuras en la opinión pública.” Klarman supra nota 88, en la 488.*

¹⁰⁸ *Rosenberg, supra nota 81, en la 341*

¹⁰⁹ *Ver e.g. STUART A. SCHEINGOLD, THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE 218-19 (Univ. Mich. Press, 2d ed. 2004) (1974); Gerald N. Rosenberg, Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places, 54 DRAKE L. REV. 795, 813-15 (2006) (“Depender en el litigio en vez de en la movilización política, tan difícil como parezca, malinterpreta tanto los límites de las cortes como las lecciones de la historia. Sustituye los símbolos por la sustancia y nubla nuestra visión con una creencia, romántica e ingenua, en el triunfo de los derechos sobre la política.”).*

¹¹⁰ *Paul Schiff Berman, The Cultural Life of Capital Punishment: Surveying the Benefits of a Cultural Analysis of Law, 102 COLUM. L. REV. 1129, 1140 (2002) (comentarios a su ensayo).*

¹¹¹ *Austin D. Sarat, Redirecting Legal Scholarship in Law Schools, 12 YALE J.L. & HUMAN. 129, 134 (2000) (reseña a su libro).*

¹¹² *Berman, supra nota 107, en la 1140.*

¹¹³ *Por supuesto, puede ocurrir que en alguna decisión en concreto, como por ejemplo en Brown, la adjudicación no pueda producir estos efectos positivos.*

particularmente incapaz de afectar los valores sociales. El significado constitucional, tanto en el derecho constitucional construido judicialmente y como en otras formas de construcción, influencia y es influenciado por creencias y compromisos sociales más generales.

Las consecuencias prácticas de las decisiones judiciales que aplican y hacen cumplir valores constitucionales pueden ser vistas en el detallado examen que Bill Eskridge hace de los derechos de los homosexuales. Eskridge concluye que “las actitudes públicas pueden ser influenciadas por cambios en el Derecho.”¹¹⁴ Eskridge alaba el “éxito relativo”¹¹⁵ de la decisión de la Corte Suprema de Vermont en *Baker v State*,¹¹⁶ que reconoció tanto los derechos de las parejas del mismo sexo y obligó al Estado a proveer a las parejas del mismo sexo uniones civiles en vez de acceso igual a la institución del matrimonio. Eskridge hace el recuento de cómo la decisión en *Baker* permitió “que los valores de tolerancia y respeto mutuo” encontraran una expresión en un proceso político estancado.¹¹⁷

Si la adjudicación fuera irrelevante a la hora de formar los ideales constitucionales, tendría sentido que las cortes sistemáticamente evitaran los efectos destructivos del backlash. Pero como las decisiones de las cortes sí afectan efectivamente los valores constitucionales, el backlash puede ser una consecuencia necesaria de reivindicar los derechos constitucionales.

b. William Eskridge

Pensando sobre el backlash, en su rol como académico y abogado,¹¹⁸ Eskridge ofrece una gran “teoría facilitadora del pluralismo” sobre el rol de

¹¹⁴ William N. Eskridge, Jr., *Equality Practice: Liberal Reflections on the Jurisprudence of Civil Unions*, 64 *ALB. L. REV.* 853, 877 (2001) [de aquí en adelante *Eskridge, Equality Practice*]. “Mientras que las opiniones de las cortes están limitadas por las normas sociales, los jueces también pueden influenciar la evolución de estas normas.” William N. Eskridge, Jr., *No Promo Homo: The Sedimentation of Anti-Gay Discourse and the Channeling Effect of Judicial Review*, 75 *N.Y.U. L. REV.* 1327, 1405 (2000) [de aquí en adelante *Eskridge, No Promo Homo*]

¹¹⁵ William N. Eskridge, Jr., *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, 114 *YALE L.J.* 1279, 1326 (2005).

¹¹⁶ 744 A.2d 864 (Vt. 1999).

¹¹⁷ 114 *Eskridge, Equality Practice*, supra nota 11, en la 881. Para ver un estudio empírico detallado de ese proceso, ver WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *EQUALITY PRACTICE: CIVIL UNIONS AND THE FUTURE OF GAY RIGHTS* 55-82 (2002); *Eskridge, No Promo Homo*, supra nota 111, en la 1405

¹¹⁸ *Eskridge* generalmente conceptualiza el backlash como un posible efecto de una decisión judicial que debe ser tenido en cuenta como cualquier otro factor

las cortes en el sistema constitucional estadounidense.¹¹⁹ Usa el trabajo de John Hart Ely para desarrollar un marco normativo que autorice las cortes a actuar de forma que puedan preservar una política democrática saludable en una nación heterogénea, plagada de “la emergencia, el conflicto y el triunfo de movimientos sociales cuya identidad está basada en la normatividad.”¹²⁰

Eskridge recomienda a los jueces proferir sentencias entendiendo que “una democracia pluralista es dinámica y frágil.”¹²¹ Una democracia pluralista saludable “depende del compromiso, de todos los actores políticamente relevantes, en sus procesos. Los perdedores políticos pueden retirarse del sistema a menos de que crean que sus intereses van a ser tenidos en cuenta, o que crean que las pérdidas generadas por su partida excedan sus ganancias por quedarse.”¹²² Sin embargo, una democracia pluralista también “necesita que los grupos emergentes se comprometan a sus procesos de la misma forma en que necesita que los grupos establecidos se

relevante. Algunas veces los jueces deberían evitar el backlash, mientras que otras veces pueden necesitar tomar decisiones que lo provoquen. Por ejemplo Eskridge argumenta que “la práctica de la igualdad que se mueve demasiado rápido, como el matrimonio del mismo sexo aparentemente lo hizo en Hawaii y en Alaska, puede resultar en un backlash contraproducente.” Eskridge Equality Practice supra nota 111, en la 878. Pero también cree que una decisión de la corte “que se mueve muy lentamente corre el riesgo de reafirmar una grave desigualdad.” Id. Los jueces saben que si “protegen a un grupo minoritario muy pequeño, arriesgan su legitimidad personal y la de su institución si el grupo se vuelve una parte aceptada de la cultura pública. La Corte no usó bien su legitimidad en Dred Scott, Bradwell y en Hardwick.” Eskridge, supra nota 14 114, en la 80; Eskridge. No Promo Homo, supra nota 111, en la 1394 n. 281 (concediendo que Baker produjo “un backlash popular”).

¹¹⁹ Eskridge, supra nota 112 en la 1301

¹²⁰ Id en la 1296. La ambición de Eskridge es construir normas judiciales para la preservación de la política democrática no podría ser más contraria a las premisas esenciales de Klarman. Comparar supra nota 103.

¹²¹ Eskridge supra nota 112 en la 1294

¹²² Id. Eskridge observa:

Los grupos se van a desvincular cuando crean que la participación en el sistema no tiene sentido debido a su derrota constante en temas importantes o a su percepción de que el proceso está barajado en su contra, o cuando el proceso político les impone una carga fundamental o amenaza la identidad o la cohesión de su grupo.

Id. en la 1293.

mantengan apegados a ellos.”¹²³ Estos dos prerrequisitos implican que las cortes deben evitar decisiones que causen que los grupos establecidos se retiren de la política y deben evitar también decisiones que avalen leyes represivas que eviten que los grupos emergentes se involucren en la política.

Eskridge argumenta que las cortes deben evitar fallos como *Roe v. Wade*¹²⁴ y *Bowers v. Hardwick*.¹²⁵ Eskridge censura *Roe* porque reconoció un derecho que llevó a que los estadounidenses más tradicionales que se oponían al aborto sintieran “que habían sido repudiados por su país”.¹²⁶

Roe esencialmente declaró a un ganador en uno de los más difíciles y polémicos debates de derecho público en la historia estadounidense. No se molesten yendo a las legislaturas estatales para revocar esta decisión. No se molesten intentando persuadir a sus vecinos (a menos de que su vecino sea el juez Powell). *Roe* fue una amenaza a nuestra democracia porque subió las apuestas en un debate en el que las lealtades primordiales eran profundas. *Roe* no sólo energizó el movimiento pro-vida y aceleró la infusión de las religiones sectarias en la política estadounidense, sino que también radicalizó a muchos tradicionalistas.¹²⁷

Eskridge critica *Hardwick* porque no declaró inconstitucional una ley de Georgia sobre la sodomía consensual que simbólicamente apoyaba la idea

¹²³ *Id.* en la 1294. Eskridge escribe:

Hay razones positivas para promover a todos los grupos -nuevos y viejos- a trabajar dentro del sistema democrático. Cualquier gobierno depende de la cooperación de los ciudadanos en los temas del día a día. La democracia pluralista potencialmente involucra a la mayoría de ciudadanos en los temas de gobernanza del día a día y esa vinculación promueve la cooperación entre todos. Si muchos estadounidenses se salen o nunca entran en nuestro sistema, éste va a perder mucho de ese bono democrático.

Repetidamente, la participación de grupos diversos enriquece el discurso democrático. Cuando los partidarios deben articular y defender sus propuestas frente a una variedad de perspectivas y no sólo frente a quienes los apoyan, tienen más posibilidades de moderar y universalizar sus propuestas

Id. en la 1294-95

¹²⁴ 410 U.S. 113 (1973).

¹²⁵ 478 U.S. 186 (1986).

¹²⁶ Eskridge, *supra* nota 112, en la 1312.

¹²⁷ *Id.*

de que “la gente que realiza “actos de sodomía homosexual” puede ser considerada como una clase de ciudadanos ‘de segunda categoría.’”¹²⁸ *Hardwick* “generó una tormenta de protestas” porque “parecía una declaración de guerra por parte del estado en contra de los ‘homosexuales’”.¹²⁹ “Fue un error judicial en el mismo sentido en el que lo fue *Roe*.”¹³⁰ Si *Roe* llevó a los tradicionalistas a retirarse de la política estadounidense, *Hardwick* evitó que los homosexuales quisieran participar en ella.

La teoría de “darle fuerza al pluralismo” de Eskridge se trata entonces de preguntarse cuándo las cortes deben, y cuándo no, provocar backlash. Su teoría gira hacia una interpretación de la salud del sistema constitucional estadounidense. Eskridge afirma que las decisiones que alejan a los grupos de la política, sea manteniendo legislación opresiva o constitucionalizando temas polémicos, le hacen daño a una democracia pluralista. Para valorar esta afirmación, uno necesitaría saber precisamente qué significa aislar grupos de la política. El análisis de Eskridge de este punto crucial parece estar casi totalmente conceptualizado desde una perspectiva juricéntrica que él rechaza en sus demás trabajos, tanto como académico como abogado.

Seguramente le haría daño a la democracia que ciertos grupos tuvieran prohibido participar en política; esta es la razón por la que las libertades de expresión y de asociación están constitucionalmente protegidas. Pero ni *Roe* ni *Hardwick* evitaron la participación política. Por el contrario, cada decisión provocó a sus oponentes, haciendo que entraran en la arena política. *Roe* inspiró una campaña política para prohibir el aborto que cambió la forma tanto de la política como del derecho constitucional.¹³¹ Los defensores de los derechos de los homosexuales fueron igualmente activos y exitosos en los años que siguieron a *Hardwick*, como bien lo observa Eskridge.¹³² Usando cualquiera de las medidas de descripción normales,

¹²⁸ *Id. en la 1314*

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Ver *infra* la Parte III. Es cierto, como lo ha observado Eskridge, que “algunos estadounidenses pro vida ... abandonar los procesos estatales y montaron campañas de guerra en temas privados de economía o incluso con violencia en contra de los que proveen el aborto.” Eskridge *supra* nota 112 en la 1300. Pero esto no puede seguir siendo visto como un éxodo general de la política, así como la violencia posterior a *Brown* tampoco. Cf. Siegel *supra* nota 12, en la 1356 (observando el uso de “conductas procesalmente inadecuadas, socialmente disruptivas e ilegales que le dan atención a las peticiones de los movimientos”).

¹³² Ver e.g. Eskridge *No Promo Homo supra* nota 11. En el momento inmediatamente posterior de *Bowers*, los defensores de los gays se mantuvieron en la política, sumando acciones directas de protesta, notablemente la marcha en

Roe y *Hardwick* parecen haber aumentado la participación política, no reducirla.

¿Cómo, entonces, puede Eskridge afirmar que estas decisiones alejaron a algunos grupos de la política? Eskridge razona desde una queja común sobre *Roe*, que critica la decisión de la Corte por considerar que fue la creación “de un derecho fundamental a costa de la deliberación democrática.”¹³³ Basarse en esta caracterización es confundir una crítica política a la decisión con una descripción de su verdadero efecto. La fuerza de la afirmación de que *Roe* apagó la política se basa en una convención juricéntrica tan poderosa que oscurecen el hecho evidente de que el aborto se ha vuelto uno de los temas más políticamente explosivos de la nación. La confusión resultante es visible en el salvamento de voto de Scalia en *Casey*, que ataca *Roe* por haberle “dado vida a un tema que ha incendiado nuestra política nacional” y que, simultáneamente, condena *Roe* por “cerrar cualquier salida democrática a las profundas pasiones que este tema genera.”¹³⁴

Roe sí restringió el ámbito de aplicación de las legislaciones futuras, limitando la toma de decisiones mayoritarias en la forma en la que lo hacen las cortes cuando defienden cualquier derecho constitucional. Sin embargo, es claro que *Roe* no cerró todas las salidas democráticas para las profundas pasiones generadas por el tema del aborto. Las afirmaciones de Scalia sobre *Roe* sólo tienen sentido cuando son vistas como esfuerzos por movilizar a quienes critican esta decisión.¹³⁵ Como bien lo sabe Scalia, el expresivo y práctico poder de las decisiones judiciales no apaga la política; puede, por el contrario, inspirar a los estadounidenses a que

Washington y los esfuerzos legislativos continuos. ee Karlyn Barker, Rights March Drawing Gays to Washington: Rally on the Mall To Follow Week of Lobbying and Protests, WASH. POST, Oct. 9, 1987, at C1; Peter Freiberg, The March on Washington: Hundreds of Thousands Take the Gay Cause to the Nation's Capital, ADVOC., Nov. 10, 1987, reprinted in WITNESS TO REVOLUTION: THE ADVOCATE REPORTS ON GAY AND LESBIAN POLITICS, 1967-1999, at 205 (Chris Bull ed., 1999); ver también Peter Freiberg et al., The New Gay Activism: Adding Bite to the Movement, ADVOC., June 7, 1988, reprinted in WITNESS TO REVOLUTION, supra en la 226 (catalogando la emergencia de protestas de alto perfil y directas por parte de los gays y las lesbianas como un suplemento a los esfuerzos legislativos tradicionales

¹³³ Jason A. Adkins, Note, *Meet Me at the (West Coast) Hotel: The Lochner Era and the Demise of Roe v. Wade*, 90 MINN. L. REV. 500, 502 (2005).

¹³⁴ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 995, 1002 (1992) (Scalia, J., en su salvamento de voto).

¹³⁵ *Esfuerzos de esta naturaleza son recurrentes en los salvamentos de voto de Scalia. Ver Post y Siegel, supra nota 26 en la 566-68.*

apasionadamente busquen darle forma al ejercicio de control judicial.¹³⁶ El control judicial limita, conduce y amplifica la política democrática.¹³⁷ La política democrática, a su vez, forma la institución del control judicial.¹³⁸ El hecho histórico es bien descrito por Barry Friedman: “(D)espués de decir y hacer todo lo posible, si la lucha es llevada y perseguida con concentración, y atrae suficientes seguidores, el derecho cambia. *Roe* se vuelve *Casey*. *Bowers* se vuelve *Romer* y después *Lawrence*.”¹³⁹

El constitucionalismo democrático nos invita a analizar cuidadosamente cómo los grupos efectivamente se involucran políticamente en temas constitucionales de este tipo. Como lo sugiere la más reciente legislación federal relacionada con el aborto¹⁴⁰, hay múltiples caminos para que los que están en desacuerdo con la decisión de la Corte puedan mostrar respeto por el Estado de Derecho mientras mantienen vigorosamente su desacuerdo con la decisión de la Corte. Este desacuerdo frecuentemente se expresa a través de leyes que ofrecen incontables oportunidades para que los críticos de las decisiones judiciales interpongan obstáculos prácticos para la realización de las normas constitucionales defendidas por un fallo cuestionado.

Roe ha sido retada por innumerables leyes que miden su alcance y atacan sus bases normativas.¹⁴¹ Sólo cuatro años después de *Roe*, la Corte “explícitamente reconoció el fuerte interés estatal en la protección de la

¹³⁶ *La movilización a favor o en contra de una decisión es una forma clave de participación democrática, a pesar de que esas formas de deliberación colectiva no asuman la forma de legislación, o incluso encuentren una expresión a través de una institución diseñada para aducir la voluntad democrática:*

La deliberación colectiva construye muchas de las preguntas prácticas que las instituciones de agregación preferencial asumen; infunde en esas preguntas prácticas el tipo de significado simbólico que causa que los miembros de una comunidad política se interesen por la disposición. Ayuda a forjar los tipos de identidad y vinculación que causarían que una población participa en los procesos mayoritarios.

Siegel, supra nota 12, en la 1341.

¹³⁷ *Ver Robert Post & Reva Siegel, Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy, 92 CAL. L. REV. 1027, 1035-37 (2004).*

¹³⁸ *Ver Jack M. Balkin, Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution, 39 TULSA L. REV. 485, 505 (2004).*

¹³⁹ *Friedman, The Importance of Being Positive, supra nota 34, en la 1293.*

¹⁴⁰ *Ver supra el texto acompañante a las notas 52-57.*

¹⁴¹ *Ver, e.g., Thornburgh v. Am. Coll. of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986); City of Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health, 462 U.S. 416, 442-49 (1983); Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979); Planned Parenthood of Cent. Mo. v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976).*

vida potencial del feto” y decidió que no era inconstitucional que los programas de Medicaid excluyeran los abortos, incluso si financiaba los partos.¹⁴² *Roe* ha inspirado a sus oponentes a “correr la larga carrera de la política, manteniendo la relevancia del tema por el tiempo necesario para que se les permita ponerlo en un lugar de la agenda en el que influenciara no sólo el proceso de selección de los jueces, sino el pensamiento público, de forma que quienes se pusieran la toga estuvieran preparados por el cambio.”¹⁴³ Estas luchas han producido *Casey* y ahora *Carhart*.¹⁴⁴

A diferencia de *Roe*, *Hardwick* se niega a articular un derecho constitucional. Los que buscaron cuestionar a *Hardwick* no pudieron movilizarse en contra de una opinión particular, como lo hicieron los críticos de *Roe*. Los defensores de los derechos de los homosexuales, sin embargo, tenían que alterar las ideas comunes sobre la orientación sexual, de forma que la discriminación en contra de los gays, paradigmáticamente mostrada en los estatutos que criminalizaban la sodomía, no pareciera razonable ni aceptable. La comunidad de los derechos de los gays alcanzaron su objetivo.¹⁴⁵ Mientras que en 1987 el 55% de los estadounidenses pensaban que la homosexualidad entre adultos no debería ser legal y el 33% pensaba que debería ser legal, para el 2001 estos números se habían invertido: el 54% de los estadounidenses pensaban que las relaciones homosexuales deberían ser legales y sólo el 42% pensaba que deberían ser ilegales.¹⁴⁶ Las ideas comunes sobre la orientación sexual habían cambiado de forma importante,¹⁴⁷ un hecho que sin duda subyace la decisión de cambiar a línea jurisprudencial de *Hardwick* en el 2003.

¹⁴² *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 478 (1977); ver *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991); William N. Eskridge, Jr., *Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century*, 100 MICH. L. REV. 2062, 2144-53 (2002).

¹⁴³ Friedman, *supra* nota 34, en la 1294.

¹⁴⁴ Ver *supra* el texto acompañante de las notas 56-61; *infra* nota 243. Nos resistimos a la idea de que la Corte simplemente deba decidir los casos en formas que reflejen “la opinión popular” o “el consenso popular”. El significado de estos casos a menudo es demasiado complejo para ser capturado por encuestas; las cortes construyen y reflejan la opinión popular; la política puede ser demasiado combatida para ser capturada por alguna noción de consenso a la que la adjudicación pueda corresponder.

¹⁴⁵ Ver Adam Nagourney, *Gay Politics and Anti-Politics: A Movement Divided Between Push and Shove*, N.Y. TIMES, Oct. 25, 1998, at D3; Ben White, *Gay and Lesbian Groups Plan To Step Up Voter Turnout Campaigns*, WASH. POST, Sept. 22, 2000 en la A16

¹⁴⁶ Public Agenda, *Gay Rights: Bills and Proposals*, http://www.publicagenda.org/issues/major_proposals-detail.cfm?issue-type=gayrights&list=1 (consultado mayo 12, 2007).

¹⁴⁷ Como lo describe Michael Klarman:

El modelo de constitucionalismo democrático nos permite apreciar que la política constitucional inspirada tanto por *Roe* como por *Hardwick* son el pan de cada día del sistema constitucional estadounidense. *Roe* y *Hardwick* pueden ser criticadas (o alabadas) por temas sustantivos de derecho constitucional, pero no nos convence que exista un criterio independiente y neutral de un sistema pluralista político saludable sobre el que sería posible criticarlas. La teoría normativa del control judicial de Eskridge parecería, por el contrario, derivarse de una fuerte visión sustantiva del tipo de tolerancia que debería sostener lo que John Hart Ely una vez llamó el “bazar pluralista.”¹⁴⁸ De la teoría de Eskridge puede decirse, como fue convincentemente argumentado frente a la de Ely, que “el esfuerzo por darle fuerza a la representación es un intento lleno de decisiones de valor,” incluyendo las “decisiones (escondidas) sobre quién es justificadamente el objeto del prejuicio y si las metas legislativas son suficientemente

Lawrence, al igual que Brown, vino en la víspera de cambios extraordinarios en las actitudes y las prácticas en los temas homosexuales. En 1986, el presidente de la Corte Warren Burger en su opinión concurrente en Bowers recitó la condena a la homosexualidad como una ofensa a una “maldad más profunda” que la de la violación que estaba en Blackstone. En 17 años que pasaron entre Bowers y Lawrence, la opinión pública pasó de oponerse a la legalización de las relaciones homosexuales por 55 por ciento contra 33 por ciento a apoyar la legalización por 60 por ciento contra 35 por ciento. Muchos estados a través de acciones legislativas o judiciales, anularon las leyes que criminalizaban la sodomía del mismo sexo. Varios estados y muchas ciudades añadieron protección a la orientación sexual en sus leyes anti discriminación. Cerca de doscientas compañías de Fortune 500 extendieron beneficios laborales a las parejas de los homosexuales, así como lo hicieron varios estados y muchas ciudades para los trabajadores públicos. La Corte Suprema de Hawaii invalidó una prohibición al matrimonio del mismo sexo y la Corte Suprema de Vermont dictó que las parejas del mismo sexo deben tener al menos permitido alguno forma de “unión civil”. EN los 90s, cientos de hombres y mujeres abiertamente homosexuales fueron elegidos en cargos públicos, y los gays entraron en la cultura popular en televisión, películas y música; en 1998, un hombre abiertamente gay se ganó un Pulitzer por primera vez. En 2003 la Iglesia Episcopal ordenó su primer sacerdote abiertamente gay.

Tanto Brown como Lawrence reflejaron, al menos en tanto como produjeron, cambios en las actitudes y prácticas sociales.

Klarman, supra nota 88, en la 443-44

¹⁴⁸ *ELY, supra nota 103, en la 152*

importantes para justificar las cargas que le imponen a algunos miembros de la sociedad.”¹⁴⁹

c. Cass Sunstein

A diferencia de Klarman y Eskridge, Sunstein no se enfoca en el fenómeno del backlash. Sabe, por supuesto, que las decisiones “pueden producir un backlash social intenso en el proceso de legitimar tanto a la Corte como a la causa que favorece.”¹⁵⁰ Pero esta posibilidad es sólo una de las muchas razones por las que Sunstein defiende la jurisprudencia que él ha tan fervientemente articulado en la última década. Jurisprudencia que él llama “minimalismo.”¹⁵¹ La “característica distintiva” del minimalismo es el apoyo por “decisiones estrechas e incrementales, no decisiones amplias que la nación después pueda lamentar.”¹⁵² Las decisiones minimalistas son “*estrechas en vez de amplias*,” porque “deciden el caso concreto; no deciden otros casos a menos de que se vean obligadas a hacerlo (...)”¹⁵³ Además, son “superficiales en vez de profundas,” porque “intentan evitar temas sobre los principios básicos y por el contrario intentan alcanzar acuerdos incompletamente teorizados.”¹⁵⁴ Sunstein ve a *Roe* “como un error en la medida en la que resolvió mucho demasiado rápido.”¹⁵⁵

Para Sunstein, el minimalismo ha evolucionado y ahora es una teoría completa e independiente sobre el rol que debe tener un juez en el sistema constitucional estadounidense.¹⁵⁶ El apoyo de Sunstein al minimalismo

¹⁴⁹ Paul Brest, *The Substance of Process*, 42 OHIO ST. L.J. 131, 140 (1981).

¹⁵⁰ Cass R. Sunstein, *Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. 4, 33 (1996).

¹⁵¹ CASS R. SUNSTEIN, *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT* 54 (1999).

¹⁵² CASS R. SUNSTEIN, *RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING COURTS ARE WRONG FOR AMERICA* Xiii (2005).

¹⁵³ Sunstein, *supra* nota 147, en la 15.

¹⁵⁴ *Id.* en la 20

¹⁵⁵ *Id.* en la 31

¹⁵⁶ En sus escritos más viejos, Sunstein había hecho énfasis en que “sería tonto sugerir .. que el minimalismo en general es una buena estrategia ... Todo depende de las consideraciones contextuales.” Sunstein, *Supra* nota 148 en la 50; ver Sunstein, *supra* nota 147 en la 28, 30 (“El minimalismo es apropiado sólo en ciertos contextos. No es de ninguna forma un enfoque adecuado para todos los oficiales, o incluso para todos los jueces, tood el tiempo... La decisión entre el minimalismo y sus alternativas depende de un espectro de consideraciones pragmáticas y en ela opinión sobre las capacidades de varios actores institucionales.”) En su libro más reciente, sin embargo, Sunstein categoriza el minimalismo como una “de las cuatro perspectivas que han dominado los debates constitucionales.” Sunstein, *supra* nota 149, en la xi. Las otras tres son el fundamentalismo, que sostiene que “la

epitomiza la disminución de la fe de los progresistas en la adjudicación en el constitucionalismo estadounidense.¹⁵⁷ A pesar de haber sido criticados, en otros contextos, por desear “quitarle la Constitución a las cortes,”¹⁵⁸ el constitucionalismo democrático da un recuento mucho más robusto sobre la adjudicación constitucional que el minimalismo de Sunstein.

Sunstein da cinco razones para apoyar el minimalismo.¹⁵⁹ El minimalismo reduce los costos de decisión para las cortes que resuelven los casos concretos.¹⁶⁰ Reduce los costos por errores generados en las decisiones judiciales equivocadas.¹⁶¹ Reduce las dificultades asociadas con “la racionalidad limitada, incluyendo la falta de conocimiento de efectos adversos imprevistos.”¹⁶² El minimalismo “ayuda a una sociedad a manejar un pluralismo razonable.”¹⁶³ Y, “de pronto lo más importante” el minimalismo “permite que el proceso democrático tenga espacio amplio para adaptarse a los desarrollos venideros, para producir compromisos beneficiosos para todas las partes y para agregar nueva información y perspectivas a los temas y problemas legales.”¹⁶⁴

*CO*nstitución debe ser interpretada de acuerdo a su entendimiento original;” el perfeccionismo, que sostiene que “La Constitución debe ser interpretada de forma que sea “lo mejor que pueda ser”; y el mayoritarismo, que sostiene que “las cortes deben deferir a los juicios de sus representantes electos.” *Id.* en la xii-xiii. *CO*mo Sunstein afirma que hay “pocos defensores en las cortes de distrito actuales” del perfeccionismo y el mayoritarismo, cree que “las disputas constitucionales modernas ... se entienden mejor en términos de la división entre fundamentalismo y minimalismo.” *Id.* en la xi, 30.

¹⁵⁷ Por supuesto que no es cierto de todos los progresistas. Ver e.g. David J. Barron, *What's Wrong with Conservative Constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the Choice they Present*, 1 HARV. L. & POL'Y REV. (Sept. 18, 2006), http://www.hlpronline.com/2006/07/barron_01.html; William P. Marshall, *The Empty Promise of Compassionate Conservatism: A Reply to Judge Wilkinson*, 90 VA. L. REV. 355 (2004).

¹⁵⁸ Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretive Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539, 1564 (2005); ver Barron, *supra* nota 154; Robert Post & Reva Siegel, *Democratic Constitutionalism: A Reply to Professor Barron*, 1 HARV. L. & POL'Y REV. (Sept. 18, 2006), <http://www.hlpronline.com/2006/08/post-siegel01.html>.

¹⁵⁹ SUNSTEIN, *supra* note 148, en la 53-54.

¹⁶⁰ *Id.* en la 47.

¹⁶¹ *Id.* en la 49.

¹⁶² *Id.* en la 53. Es bajo es ta rúbrica que Sunstein explícitamente pone la cuestión sobre el backlash, que es la posibilidad de que “una decisión judicial pueda enfrentar una oposición política intensa de forma que pueda ser contraproducente a los valores morales y políticos que estaba llamada a defender.” *Id.* en la 54, ver Sunstein, *supra* nota 149, en la 100-01.

¹⁶³ Sunstein, *supra* nota 148 en la 51.

¹⁶⁴ *Id.* en la 53

Las primeras tres de estas razones defienden consideraciones pragmáticas que son más o menos convincentes dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular. Involucran concesiones sobre las que poco puede decirse en abstracto. Sin embargo, las últimas dos razones articulan justificaciones más sistemáticas para defender el minimalismo. Ya hemos discutido la última de estas justificaciones, la democracia, en nuestras consideraciones sobre Eskridge. Sunstein cree que el minimalismo promueve “que las instituciones respondan democráticamente y la deliberación democrática” y de esta forma “estén conscientemente conectadas con la legitimidad como un principio liberal.”¹⁶⁵ Pero Sunstein, como Eskridge, tiende a adoptar la visión juricéntrica según la cual la toma de decisiones judiciales es incompatible con la participación democrática. Escribe que cuando una corte defiende un derecho constitucional está “decidiendo que algunas prácticas están fuera del terreno de la política.”¹⁶⁶ Sunstein, no menos que Eskridge, tiene una imagen del derecho constitucional como una disciplina que “*anula la democracia*.”¹⁶⁷

El constitucionalismo democrático se niega a aceptar esta imagen y provee una apreciación más matizada sobre la verdadera operación de nuestro sistema constitucional. *Ninguna* corte, incluyendo la Corte Suprema, tienen la capacidad de determinar que un tema controversial esté “fuera del terreno de la política.”¹⁶⁸ Como irónicamente lo plantea Jon Stewart en su discusión sobre *Roe*, “la Corte decide que el derecho a la privacidad protege la decisión de una mujer a abortar y que el feto no es una persona con derechos constitucionales, acabando así cualquier debate sobre este tema que solía ser controversial.”¹⁶⁹ Es claro que la constitucionalización de un

¹⁶⁵ Sunstein, *supra* nota 147, en las 7 y 8

¹⁶⁶ Sunstein, *supra* nota 148 en la 26

¹⁶⁷ *Id.* en la 26 “En este punto la ventaja del minimalismo sobre el perfeccionismo debe ser clara. Los minimalistas respetan las prerrogativas democráticas. Sunstein, *supra* nota 149 en la 103; cf. *id.* en la 104: “*Roe* ... por mucho tiempo ha dominado los debates sobre la dirección futura de la Corte Suprema. EN cada una de las recientes elecciones presidenciales, la pregunta ¿Cuál va a ser el futuro de la Corte Suprema a menudo es entendida, tanto por liberales como por conservadores, como una pregunta que tiene de fondo otra pregunta: ¿Qué va a pasar con el derecho a elegir abortar?”

¹⁶⁸ Waldron, *supra* nota 3 en la 1369

¹⁶⁹ Jon Stewart et al., *America (THE BOOK): A CITIZEN'S GUIDE TO DEMOCRACY IN ACTION* 90 (2004); cf. John F. Basiak, Jr., *Dangerous Predictions: Referencing "Emerging" History and Tradition in Substantive Due Process Jurisprudence in an Era of Blue State Federalism*, 15 *WIDENER L.J.* 135, 155 (2005) (“Como resultado de *Roe*, la Corte Suprema de los Estados Unidos retiró el tema del aborto del debate público y lo pasó a la prácticamente intocable esfera de los derechos fundamentales, garantizados por la Catorceava Enmienda.”)

derecho altera la naturaleza de la política democrática. Enfoca el debate en las decisiones judiciales; elimina algunos resultados legislativos; inyecta principios constitucionales en el debate; puede, usando el lenguaje de Friedman y de Eskridge, “aumentar lo que está en juego en la política.”¹⁷⁰

Aun así, es un error imaginar que la relación entre la adjudicación constitucional y la democracia es un juego de gana o pierde, en el que el aumento de uno necesariamente lleva a la disminución del otro. A pesar de que constitucionalizar un derecho elimina algunas posibilidades legislativas, también puede avigorar y transformar la política.¹⁷¹ Determinar si y cómo deberían ser constitucionalizados los derechos por las cortes es un juicio contextual que debe ser evaluado al nivel de los derechos y los casos individualmente considerados. Algunos derechos, por ejemplo los que están relacionados con la libertad de expresión y asociación, pueden ser requeridos para la democracia misma.¹⁷² Otros derechos imponen límites a la política democrática en nombre de ideales constitucionales fundamentales; prohíben la tortura o repudian las prácticas que perpetúan las relaciones de status injustas.

Los jueces que reivindican los derechos constitucionales, deberían, por supuesto, considerar los efectos que su decisión va a tener en términos políticos. Esto es lo que generalmente hacen los jueces en el ejercicio normal de su razonamiento legal profesionalizado. Las cortes rutinariamente determinan, por ejemplo, si los valores constitucionales son suficientemente importantes para justificar un escrutinio judicial estricto cuando posiblemente están siendo vulnerados o si los valores constitucionales no son tan importantes, de forma que las cortes deben examinar su posible violación usando un control exclusivamente racional. Una teoría sobre la relación entre la adjudicación y la política democrática necesariamente está en el centro de cada derecho constitucional que es implementado por vía judicial. (Sunstein describe la forma en la que los

¹⁷⁰ Eskridge, *supra* nota 112, en la 1310 (“La revisión judicial puede elevar las apuestas de la política al retirar prematuramente algunos temas del sistema política; al frustrar la capacidad de un grupo de organizarse, vincularse y expresar los valores de sus miembros; o al demonizar a un grupo disidente”); Friedman, *The Importance of Being Positive*, *supra* nota 34 en la 1294 (la toma de decisiones constitucionales “eleva las apuestas del debate y lo hace más intenso”).

¹⁷¹ Ver e.g. *supra* nota 135 y el texto acompañante. Ver de forma general Parte III A. *infra*

¹⁷² Jürgen Habermas, *On the Internal Relation Between the Rule of Law and Democracy*, in *CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY* 267-72 (Richard Bellamy ed., 2006).

jueces, con diferentes filosofías interpretativas, se aproximan a este problema en su excelente contribución a este volumen.)¹⁷³

La idea que evitar el conflicto es necesario para que haya solidaridad social está presente en la quinta razón usada por Sunstein para apoyar el minimalismo, en la que recomienda interpretar la Constitución de forma que se acomode a un “pluralismo razonable”. En “una sociedad heterogénea”, señala Sunstein, “la gente razonable está en desacuerdo en una gran cantidad de temas.”¹⁷⁴ Como el derecho constitucional aplica a la totalidad de una población heterogénea,¹⁷⁵ Sunstein cree que las cortes deberían “intentar economizar los desacuerdos morales, negándose a retar los compromisos morales que otros sostienen apasionadamente cuando no es estrictamente necesario”.¹⁷⁶ Las cortes deben acoger “argumentos incompletamente teorizados” de forma que puedan “poner los desacuerdos a un lado” y crear acuerdos alrededor de “resultados sustentados por un razonamiento relativamente modesto”¹⁷⁷ Al poner entre paréntesis las

¹⁷³ Cass R. Sunstein, *Backlash's Travels*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 435 (2007).

¹⁷⁴ SUNSTEIN, *supra* nota 148 en la 50

¹⁷⁵ *Id.* en la 50

¹⁷⁶ Sunstein, *supra* nota 147 en la 8

¹⁷⁷ *Id.* en la 21. A veces, Sunstein parece alejarse de la visión que afirma que la adjudicación debe entender la Constitución como un argumento incompletamente teorizado. Hay puntos en los que Sunstein cándidamente reconoce que “seguimos la Constitución porque es bueno para nosotros hacerlo.” Sunstein, *supra* nota 149 en la 75. Sunstein escribe:

La constitución es legítima porque provee un excelente marco para el auto gobierno democrático y promueve otras metas también, incluyendo la libertad y la prosperidad económica...

La estabilidad es sólo un valor y para las sociedades buenas no es el más importante ... Desde 1950 nuestro sistema constitucional no ha sido totalmente estable; el documento ha sido reinterpretado para prohibir la segregación racial, para proteger el derecho al voto, para prohibir la discriminación sexual y para entender que contiene un robusto derecho a la libertad de expresión. De verdad deberíamos haber buscado más estabilidad?

Id. en la 76. A menos de que estemos malinterpretando a Sunstein, este pasaje asume que una justificación básica para el derecho constitucional es expresar valores sociales fundamentales. (Esto es lo que Sunstein llama perfeccionismo. Ver *supra* nota 153.) Sunstein invoca estos valores para distinguir las decisiones judiciales deseables de los indeseables. Sin embargo, estos valores no pueden ser deducidos del minimalismo. Deben ser determinados en referencias a los ideales que la Constitución, se supone, expresa. Las cortes que buscan conseguir sólo

disputas más grandes, la corte minimalista intenta alcanzar una gran meta de una sociedad así: hacer que los acuerdos sean posibles cuando son necesarios, y hacer que los acuerdos sean innecesarios cuando son imposibles.”¹⁷⁸ Sunstein argumenta que este enfoque está asociado con dos tipos de propósitos sociales: “la promoción de la estabilidad social y (...) alcanzar alguna forma de respeto mutuo.”¹⁷⁹

El minimalismo se aproxima al conflicto con la presunción de que es una amenaza a la cohesión social y a la legitimidad. El constitucionalismo democrático, por el contrario, examina las prácticas y las diferentes comprensiones que promueven la cohesión social y la legitimidad en nuestro orden constitucional. Considera la posibilidad de que los desacuerdos sobre el significado constitucional promueva la cohesión, en condiciones de heterogeneidad normativa. El tratamiento minimalista de la Constitución, que la ve como un “argumento incompletamente teorizado”, puede ser incluso contraproducente si inhibe la participación que contribuye a la misma “estabilidad social” que el minimalismo pretende proteger.

El constitucionalismo democrático reconoce que los estadounidenses que participan en una disputa sobre el significado de una tradición compartida están unidos por ideas y prácticas comunes. Cuando los ciudadanos invocan la Constitución como base para criticar un decisión judicial, están expresando su inconformidad con el gobierno identificándose con la Constitución. Para demostrar que la Constitución defiende sus ideales, apelan a los recuerdos y a los principios que comparten con quienes buscan persuadir. Estas tradiciones de argumentos guían a los contendientes a invocar a la Constitución como un símbolo poderoso de los compromisos sociales estadounidenses. En estas y de otras formas, el backlash puede fortalecer la cohesión social y la legitimidad constitucional en una nación normativamente heterogénea como la nuestra, que se vale de las razones duraderas para luchar con el objetivo de definir el significado de una tradición constitucional compartida.¹⁸⁰

“acuerdos incompletamente teorizados” deben sistemáticamente oscurecer el significado y la guía que nos pueden dar estos ideales. Sunstein, supra nota 147 en la 21.

¹⁷⁸ Sunstein, supra nota 148 en la 50

¹⁷⁹ Id.

¹⁸⁰ Ver, e.g., Siegel, supra nota 12 en la 1418-19:

A través de la mayoría, pero no toda, la historia estadounidense, la resistencia constitucional que cuestiona los pronunciamientos autoritativos del derecho constitucional ha servido para vitalizar en vez de debilitar el sistema. Este paradójico resultado se obtiene porque la resistencia vigorosa

El minimalismo no considera esta posibilidad. Ve la controversia como una simple amenaza a la cohesión social y recomienda cortar la relación entre la adjudicación constitucional y el significado constitucional para evitar el conflicto. El minimalismo, entonces, contraviene las mismas prácticas de deliberación participativa que el constitucionalismo democrático identifica como posibles fuentes de estabilidad social.

Si el conflicto sobre una tradición compartida en efecto provee formas de cohesión social, entonces la justificación de mayor peso en favor del minimalismo debe ser el segundo objetivo articulado por Sunstein, que es la necesidad de decidir los casos en una forma que mantenga el “respeto mutuo”¹⁸¹ en una comunidad política heterogénea y plural. Este es el tema que abordamos en la tercera y última parte de este ensayo.

III. DEMOCRACIA Y DESACUERDO: EL ABORTO Y LA IRA ROE

La corriente constitucional que le recomienda al juez interpretar la Constitución de forma que evite las controversias refleja un cambio importante en el tono de la academia legal, particularmente en la izquierda. Sin duda este cambio refleja un miedo al activismo de derecha por parte de los nuevos miembros, conservadores, de las cortes federales. Sin embargo, también expresa ansiedad sobre las causas del dominio conservador contemporáneo, que muchos le atribuyen al “intenso” “backlash popular en contra de *Roe*.”¹⁸²

los pronunciamientos del derecho generalmente son conducidos por medios de un complejo código que preserva el respeto por los valores de la autoridad legal y el estado de derecho, incluso cuando diferentes entendimientos de la autoridad que se sobrelapan disputan un significado constitucional. ...

La práctica de negociar los conflictos sobre los términos de la vida colectiva refiriéndose a una tradición constitucional compartida crea una comunidad alrededor de la lucha por el significado de la tradición; forja una comunidad en condiciones de disenso normativo.

¹⁸¹ Sunstein, *supra* nota 149 en la 76

¹⁸² A. Jean Thomas, *The Hard Edge of Kulturkampf.* "Cultural Violence, Political Backlashes, and Judicial Resistance to Lawrence and Brown," 23 *QUINNIPIAC L. REV.* 707, 734- 35 (2004).

A los progresistas les atemoriza la ira *Roe*. Por ejemplo, se puede considerar la visión de Sunstein sobre los “duraderos efectos dañinos en la vida estadounidense” causados por *Roe*.¹⁸³

Para 1973 (...) las legislaciones estatales se estaban moviendo con firmeza para expandir el acceso legal al aborto, y es posible que una garantía amplia a su acceso hubiera podido alcanzarse incluso sin *Roe* (...). La decisión bien pudo haber creado la Mayoría Moral, ayudó a derrotar la enmienda de igualdad de derechos y debilitó el movimiento de mujeres al generar la oposición y al des-movilizar a posibles adherentes. Al mismo tiempo, *Roe* puede haber tornado la política nacional de forma demasiado abrupta a un punto hacia el cual se estaba arrastrando más lentamente, y en el proceso pudo haber imposibilitado que las legislaciones estatales encontraran soluciones duraderas basadas en consensos públicos amplios.¹⁸⁴

Sunstein se acerca mucho a afirmar que *Roe* es responsable por el poderoso backlash de derecha que en los últimos años a devastado los principios liberales en una variedad de políticas públicas. No es el único en plantear esta afirmación.¹⁸⁵ Los progresistas interesadas en apaciguar la ira *Roe*

¹⁸³ Cass R. Sunstein, *From Theory to Practice*, 29 *ARIZ. ST. L.J.* 389, 394-95 (1997).

¹⁸⁴ Cass R. Sunstein, *Three Civil Rights Fallacies*, 79 *CAL. L. REV.* 751, 766 (1991).

¹⁸⁵ See, e.g., Ken I. Kersch, *Justice Breyer's Mandarin Liberty*, 73 *U. CHI. L. REV.* 759, 797-98 (2006) (reviewing STEPHEN BREYER, *ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION* (2005)) (“Políticamente, la decisión de la Corte de declarar el aborto como un derecho nacional sirvió como un catalizador del movimiento *Right to Life*. Ese movimiento, a su vez, jugó un papel importante a la hora de realinear las lealtades partidistas de millones de estadounidenses. ...”); David Brooks, *Roe's Birth, and Death*, *N.Y. TIMES*, Abr. 21, 2005, en la A23 (explicando que como resultado de *Roe*, “los conservadores religiosos quedaron alienados de su propio gobierno, sintiendo que sus derechos democráticos habían sido usurpados por élites ladronas”); Cynthia Gorney, *Imagine a Nation Without Roe v. Wade*, *N.Y. TIMES*, Feb. 27, 2005, § 4 y 5 (“En efecto, *Roe* creó el movimiento nacional de derecho a la vida, forjando una poderosa e instantánea alianza entre los que antes eran una serie de grupos de oposición divididos a nivel local. ¿Qué le pasaría a ese grupo si su galvanizante objetivo común desapareciera?”); Jeffrey Rosen, *The Day After Roe*, *ATLANTIC MONTHLY*, Junio 2006, en la 56, 57 (“Los críticos de *Roe v Wade* a menudo la comparan con la decisión de *Dred Scott* sobre la esclavitud antes de la Guerra Civil. En ambos casos, la Corte Suprema se retiró de sus compromisos políticos, que eran apoyados por la mayoría nacional, causando una respuesta política dramática”); Benjamin Wittes, *Letting Go of Roe*, *ATLANTIC MONTHLY*, En. 2005, en 48, 51. (“La corte no se ha bajado del aborto. Así, la sensación de exclusión

parecen preocuparse menos por la revocación de *Roe* que por el prospecto de que el backlash en contra de *Roe* puede crecer al punto de hundir toda la agenda liberal.¹⁸⁶

El énfasis que hace el minimalismo en la necesidad que el control judicial mantenga un “respeto mutuo” entre grupos que están en desacuerdo en la diversa comunidad política estadounidense sugiere que la ira *Roe* podría haberse evitado si las cortes hubieran mantenido la neutralidad adecuada en relación a las perspectivas divergentes. Si las cortes hubieran sido modestas, así podría construirse el argumento, el surgimiento de la Nueva Derecha hubiera podido evitarse. A pesar de que muchos están convencidos de la veracidad de este argumento, su fuerza ha sido sutilmente debilitada por una nueva academia histórica que estudia la movilización en contra del aborto en la década de 1970.¹⁸⁷

La academia sobre los movimientos antiaborto en la década de 1970 ha llegado en dos momentos importantes. El primero rechazaba la visión de que el backlash a causa del aborto pudiera entenderse como una respuesta

del movimiento pro vida ha sido irremediable - haciéndolo cada vez más fuerte. Un efecto de Roe fue movilizar una base permanente en favor de la criminalización del aborto - unas bases que han llevado a gran parte del realineamiento sureño al conservatismo.

¹⁸⁶ . *Las visiones de Sanford Levinson parecen ser representativas:*

Mis preocupaciones sobre Roe, y sobre si el Partido Demócrata debería continuar gastando gran parte de su capital político en mantenerlo en los libros, tienen menos que ver con temas específicamente legales - i.e., cuál constituye la mejor interpretación de la Constitución?- y tienen mucho más que ver con la política alrededor del aborto en el 2005 y en adelante. Estoy cada vez más convencido de que el principal beneficiado de la pugna actual por mantener Roe es el Partido Republicano. En efecto, a menudo me he referido a Roe como “el regalo que sigue dando” en la medida en la que ha servido para mandar a muchos votantes buenos, decentes, ampliamente comprometidos (aunque ciertamente no exclusivamente) de la clase trabajadora a los brazos de un partido que sistemáticamente trabaja en contra de sus intereses materiales, pero está dispuesto a ser firme en la defensa de su compromiso con el “derecho a la vida”.

Sanford Levinson and Jack M. Balkin Debate, LEGAL AFF. DEBATE CLUB, Nov. 28, 2005, [http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub-ayotte I 105.msp](http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub-ayotte%20I%20105.msp).

¹⁸⁷ *La influyente crítica de la magistrada Ginsburg a Roe fue publicada antes de la aparición de la mayoría de la literatura discutida en esta parte. Ver e.g. Ruth Bader Ginsburg, Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade, 63 N.C. L. REV. 375 (1985); Ruth Bader Ginsburg, Speaking in a Judicial Voice, 67 N.Y.U. L. REV. 1185 (1992).*

a un exceso judicial. Demostraba que la movilización política en contra de *Roe* fue parte un movimiento más grande que se oponía a liberalizar el acceso al aborto, fuera autorizado por la legislación o por la adjudicación. Un cuerpo aún más reciente de trabajos académicos ha comenzado a explorar los compromisos normativos que animaron la oposición al aborto. Muestra que a través de la década, la movilización en contra de *Roe* se expandió y se volvió un vehículo para cuestionar la protección a la igualdad de género en un estado secular. Este segundo cuerpo de trabajos deja claro que la visión constitucional encarnada por los estadounidenses que se movilizaron en contra de *Roe* al final de la década es profundamente incompatible con los compromisos constitucionales progresistas.¹⁸⁸

Argumentamos que en circunstancias como esta la aspiración de “respeto mutuo” no puede ofrecer mayor guía a la negociación de las controversias efectivamente producidas por la ira *Roe*. En el fondo, la resistencia a *Roe*

¹⁸⁸ *Los progresivos críticos de Roe a menudo discuten los valores que animan los movimientos anti aborto en términos altamente selectivos, como si el movimiento fuera sólo sobre la protección de un feto carente de cuerpo. Ver e.g. Levinson, supra nota 183:*

Yo sí creo que el aborto es especial, en la misma forma en la que la pena de muerte es distinguida de los castigos ordinarios porque, como dice el dicho “la muerte es especial.” Hablando personalmente, tengo muchos problemas genuinamente respetando a los que se oponen al matrimonio de parejas del mismo sexo u otros reconocimientos de igualdad absoluta para los gays, lesbianas, bisexuales y transexuales. No tengo el mismo problema entendiendo a los que, como nuestro amigo Mike Paulsen, se oponen al aborto. Confío no estar sólo en este sentimiento. Hay algunos asuntos en los que estoy más dispuesto a decir “Cállese. Usted es un intolerante y eso es todo lo que se puede decir. Usted no debería esperar ser capaz de articular sus visiones, e incluso potencialmente ganar, en el mercado ordinario de la política, porque éstas han sido quitadas de la discusión política por la Constitución.” Sin embargo, me parece difícil decirle esto a las personas que considero que están “en el otro lado” de la discusión sobre el aborto. Constitucionalizar el tema es, en una forma profunda, tratarlos con irrespeto, decir que el tema ha sido pretermitido por abogados interpretante un documento notoriamente vago.

*Los progresistas que piensan de esta forma en el movimiento anti aborto no aprecian que el movimiento se ha vuelto políticamente influyente (y por lo tanto jurisprudencialmente influyente) en gran medida por sus visiones sobre los valores familiares tradicionales y sobre la importancia de la religión en la vida pública. Para ver una discusión sobre la importancia de esta distinción, ver el texto acompañante de la nota 192. infra; para ver evidencia de las complejas visiones que hoy energizan las fuerzas políticas de la ira *Roe*, ver la nota 232, infra.*

plantea un reto normativo para los intérpretes constitucionales, así como la resistencia a *Brown* planteó un reto a los teóricos constitucionales de una era más reciente. La ira *Roe* nos obliga a decidir cuáles de nuestros ideales constitucionales vale la pena defender.

a. Las raíces del movimiento anti-aborto

Los progresistas que se preocupan del backlash en contra de *Roe* a menudo hacen una descripción de la decisión mostrándola como si el exceso judicial en la que ella incurrió hubiera sido lo único que inspiró el surgimiento de la Nueva Derecha.¹⁸⁹ Su visión parece señalar que una decisión judicial equivocada e imprudente en el ejercicio de una autoridad profesional produjo una reacción política extraordinaria. En ocasiones también sugiere que esta extraordinaria reacción política pudo haberse evitado si el acceso al aborto se hubiera liberalizado por vía legislativa en vez de judicial –vía que desastrosamente intentó saltarse el proceso político.¹⁹⁰ En esta parte de nuestro ensayo argumentamos que estas visiones sobre simplifican de las causas y el carácter de la ira *Roe*. La movilización en contra de *Roe* no fue una simple reacción a una decisión judicial, ni fue tampoco sólo sobre el aborto.

Es cierto que desde el momento en el que *Roe* fue decidida fue criticada por ser un exceso judicial. Los contradictores de *Roe* criticaron la decisión de la corte como “un ejercicio burdo del poder judicial,”¹⁹¹ y este criticismo fue

¹⁸⁹ Ver supra el texto acompañante de las notas 124 y 181 y supra la nota 182

¹⁹⁰ Ver e.g. Michael Kinsley, *The Right's Kind of Activism*, WASH. POST., Nov. 14, 2004, en la B7 (“*Roe v. Wade* es una masa de mal razonamiento y un auténtico ejemplo de un exceso judicial. También creo que fue un desastre político para los liberales. *Roe* es lo que primero politizó a los conservadores religiosos, mientras cortaba un proceso político que estaba legalizando el aborto estado a estado de todas formas.”). Cass Sunstein hace una afirmación similar, pero no tan robusta. Ver supra nota 181 y el texto acompañante. Para ver un crítico de *Roe* que es aun más precavido que Sunstein en la especulación de que la ley del aborto hubiera sido extensivamente liberalizada incluso si *Roe* no se hubiera decidido, ver JEFFREY ROSEN, *THE MOST DEMOCRATIC BRANCH: HOW THE COURTS SERVE AMERICA* 95 (2006).

¹⁹¹ 8 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 179, 222 (1973) (White, J., en su salvamento de voto):

Como un ejercicio crudo del poder judicial, la Corte a lo mejor tiene la autoridad para hacer lo que hoy hace; pero en mi opinión, su decisión es un ejercicio extravagante e improvidente del poder de revisión judicial que la Constitución le da a esta Corte. La Corte aparentemente valora la conveniencia de la mujer embarazada más que la existencia continua y el desarrollo de la vida o la vida en potencia que ella lleva. Más allá de si comparto o no esa jerarquía de valores, no pueo en ningún caso unirme a la

extensamente elaborado en la academia legal y en la prensa.¹⁹² Sin embargo, las objeciones frente a la jurisprudencia rara vez logran inspirar un movimiento político capaz de alterar la cara de la política constitucional. Es importante distinguir entre las afirmaciones que sirven como objeciones a la jurisprudencia dentro de un debate profesional y las afirmaciones que sirven como argumentos políticos en un debate popular. La función de las primeras es promover la racionalidad profesional, mientras que la función

decisión mayoritaria de la Corte porque no encuentro ningún fundamento constitucional para imponer un orden tal de prioridades sobre el pueblo y las legislaturas de los estados.

El magistrado White aparentemente consideró que la mayoría había ejercido “un poder judicial crudo” sin fundamento constitucional en parte porque la mayoría protegió los abortos por “conveniencia”, que no podían ser justificados como terapéuticos bajo criterios médicos que habían emergido durante el siglo en el que estuvo criminalizado el aborto. Compare, id. con id. en la 222-23:

Es mi visión, por lo tanto, que el estatuto de Texas no es inconstitucional porque niegue abortos a los que buscan su conveniencia en vez de proteger su derecho a la vida o a la salud. Tampoco está el demandante, quien no afirma que haya ninguna amenaza a su salud mental o física, autorizado jurídicamente para representar los posibles derechos de las mujeres cuyos embarazos efectivamente tengan implicaciones en su salud. Esto, junto con United States v. Vuitch.... determina la revocación del juicio de la Corte de Distrito

¹⁹² Ver, e.g. ALEXANDER M. BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 27 (1975) (“Pero si el modelo legislativo de la Corte (sobre el aborto) es generalmente inteligente, cuál es la justificación para su imposición? Si este estatuto, por qué no uno sobre las causales justas del divorcio; o sobre la adopción de niños?”): Erwin Chemerinsky, Rationalizing the Abortion Debate: Legal Rhetoric and the Abortion Controversy, 31 BUFF. L. REV. 107 (1982) (repasando serias críticas a la decisión presentes en las revistas de derecho durante los 1970s): John Hart Ely, The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade, 82 YALE L.J. 920, 943 (1973) (“El problema con Roe no es tanto que juega con la pregunta que se plantea, sino que se plantea una pregunta que, de acuerdo con la Constitución, no es de su incumbencia” Para ver críticas similares en la prensa popular, ver, e.g., David Robinson Jr, Carta al editor, Aborto y derecho, Wash. Post, Feb. 20, 1973. en la A 19:

La acción de la Corte es una puntilla más en el ataúd en el que puso al gran experimento estadounidense de la democracia representativa ... Lo que pasó es que una mano de jueces acostumbrados al poder aprovecharon el control de gran parte de la maquinaria necesaria para ajustar las interacciones más sensibles de los 210 millones de ciudadanos de nuestro país. La Corte parece ver, cada vez más, su libertad de responsabilidad política como una oportunidad para decidir con base en las preferencias personales de la mayoría de sus miembros.

de las últimas es movilizar a los ciudadanos para ejercer presión política para alterar el significado constitucional.¹⁹³ Como es difícil para los académicos del Derecho comprender esta división,¹⁹⁴ suelen confundir la crítica profesional con las causas y los objetivos de la resistencia popular.

Las versiones de los progresistas de la ira *Roe* confunden la crítica profesional y la popular de esta forma. A pesar de que es generalmente reconocido que la ira *Roe* fue una respuesta a un exceso judicial, varios historiadores han demostrado que la movilización política en contra de la liberalización del aborto comenzó mucho antes de *Roe*, y se oponía a todos los esfuerzos, fueran legislativos o judiciales, por reformar las leyes penales sobre el aborto.¹⁹⁵ Los estadounidenses que entraron a la política para

¹⁹³ Ver *Post & Siegel*, *supra* nota 26.

¹⁹⁴ Ver, e.g. *supra* nota 185

¹⁹⁵ Ver *Lemieux*, *supra* nota 99, en la 227-28 (demostrando que “hubo una contra movilización significativa a nivel estatal” justo antes de *Roe*, de forma que “los movimientos pro vida ... claramente no fueron “llevados a la existencia” por *Roe*”); ver también *Gene Burns*, *THE MORAL VETO: FRAMING CONTRACEPTION, ABORTION, AND CULTURAL PLURALISM IN THE UNITED STATES* 227 (2005) (“*Roe* no inició un periodo de sentimientos divididos sobre el aborto; no fue un quiebre significativo de las discusiones que se estaban teniendo a nivel estatal”); *id.*, en la 227-28 (“El proceso de reforma a nivel estatal se había desgastado a sí mismo ... Dada la cantidad de pretensiones que se hacen sobre la necesidad de “prudencia judicial” teniendo a *Roe* en la cabeza, es sorprendente ver qué tan incorrectas, empíricamente, están las afirmaciones usadas como base para criticar a *Roe*”); *LAURENCE H. TRIBE*, *ABORTION: THE CLASH OF ABSOLUTES* 50-51 (1990) (cuestionando si la liberalización de las leyes sobre aborto a través de la política era factible una vez la contra movilizaciones comenzaron; observando que entre 1971 y 1973 ningún estado votó a favor de revocar las leyes que criminalizaban el aborto; y observando que un referendo liberalizando el acceso fue derrotado en Michigan por activistas antiaborto a pesar de gozar de un amplio apoyo popular); *William N. Eskridge, Jr.*, *Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law*, 150 *U. PA. L. REV.* 419, 520 (2001) (“El contra-movimiento pro-vida ya estaba en camino cuando *Roe* fue decidida.”) *David Garrow* es bastante explícito en este punto:

Podríamos llenar una gran repisa con los escritos que afirman que fue sólo la Corte Suprema en *Roe v Wade* la que creó un intensamente energizado movimiento en pro del derecho a la vida, y que si la Corte no hubiera ido tan “lejos” como fue en *Roe*, entonces las fuerzas anti-aborto no se hubieran movilizado en las formas en las que lo hicieron en los 1970s y 1980s. ... Así, en este ficcionalizado, y sin embargo ampliamente aceptado escenario histórico, la Corte Suprema, y particularmente el magistrado *Blackmun*, tienen la culpa de cometer un acto de “intervención judicial pesada” que propició el movimiento defensor del derecho a la vida y engendró gran parte de la lucha que Estados Unidos ha observado en los últimos veinticinco años.

oponerse a *Roe* estaban principalmente preocupados por el contenido sustancial de las leyes acerca del aborto, no por cuestiones de técnica judicial o incluso sobre el rol de las cortes en una democracia.¹⁹⁶

Esta versión es abierta y sencillamente equivocada. No sólo fue la legislación de Nueva York la que energizó las fuerzas de del derecho a la vida, sino que las energizó el hecho de que casi logran revocar el estatuto que legalizaba el aborto en Nueva York; sólo un veto gubernamental en 1972, de Nelson Rockefeller, evitó que se diera un triunfo anti-aborto de esta magnitud y mantuvo el aborto legal en Nueva York en los meses inmediatamente anteriores a Roe. Pero el surgimiento en Nueva York simultáneamente estimuló una política en favor del derecho a la vida que fue muy influyente a través de todo el país, estado tras estado tras estado, en 1971 y 1972. Durante estos años, las fuerzas pro-elección no tuvieron victorias políticas, y los activistas de Nueva York estaban preocupados, pues dudaban de su capacidad de proteger el estatuto de ser revocado por vía legislativa después de que Nelson Rockefeller dejara de ser gobernador. En los dos estados que celebraron referendos populares sobre el aborto en 1972, las medidas pro-elección tuvieron derrotas estrepitosas, y en muchos otros los legisladores tomaron tomaron la posición según la cual las cortes resolverían el problema, que ellos no tenían que esforzarse confrontando el asunto ellos mismos. Así, para noviembre de 1972, cuando Richard Nixon fue sobrecogedoramente reelegido como presidente, haciendo una campaña abiertamente anti aborto, los prospectos de hacer algún avance no judicial con la liberalización del aborto por vía legal parecían bastante lúgubres. Los activistas pro-elección temían que más obstáculos los esperaran adelante.

David J. Garrow, Abortion Before and After Roe v. Wade: An Historical Perspective, 62 ALB. L. REV. 833, 840-41 (1999). Sólo algunos en derecho discuten esta historia, y permanece subestimada en la academia jurídica sobre el contra ataque. Cf Michael J. Klarman, Fidelity, Indeterminacy, and the Problem of Constitutional Evil, 65 FORDHAM L. REV. 1739, 1751-52 (1997); Michael J. Klarman, Rethinking the History of American Freedom, 42 WM. & MARY L. REV. 265, 286 (2000) (Revisando ERIC FONER, THE STORY OF AMERICAN FREEDOM (1998)) (“Roe v Wade no sólo anunció el derecho constitucional a abortar sino que movilizó a una oposición defensora del derecho a la vida que continúa jugando un rol prominente en la política estadounidense contemporánea.”).

¹⁹⁶ No es una ironía menor que los “construccionistas estrictos” que Richard Nixon puso en la Corte generalmente votaron con la mayoría de *Roe*. Ver George Will “Strict Construction”: An Interpretation Wash. Post, Mar. 2, 1973 en la A18:

Los construccionistas estrictos ha sugerido el presidente Nixon, no impone valores distintos a los que clara y explícitamente están afirmados en la Constitución; basan sus decisiones en las palabras y en las intenciones discernibles de los constituyentes; así, no legislarían con base a sus preferencias, sino que respetarían las preferencias de los legisladores

Recientemente, los historiadores han comenzado a analizar cómo una creciente coalición política en contra del aborto fue forjada durante la década de 1970. Esta nueva coalición estaba preocupada por muchas más cosas que el aborto, y sus preocupaciones evolucionaron en la medida en que la coalición se expandió en el transcurso del decenio. Al reconstruir cómo diferentes grupos terminaron haciendo parte de la coalición en contra de *Roe*, y rastreando las diversas preocupaciones sustantivas que estos grupos expresaron y la forma en la que lo hicieron, este nuevo cuerpo de historiografía ilumina la forma en la que el contenido normativo de la lucha en contra del aborto se desarrolló.

La academia reciente muestra que la decisión de la Corte en *Roe* no tuvo como efecto inmediato la organización de una coalición conservadora amplia en contra del aborto, que se movilizaría al final de los 70s. La resistencia a la liberalización del aborto por vía legislativa en los años anteriores a *Roe* fue predominantemente católica,¹⁹⁷ y los católicos

elegidos. Entre la visión del señor Nixon y la de los escépticos, una reciente decisión de la Corte sobre un caso de aborto en Texas ciertamente parece apoyar la visión de los escépticos.

Cuando la movilización en contra de Roe finalmente recibió reconocimiento oficial en la presidencia de Ronald Reagan, su expresión fue abiertamente sustantiva. Editorial, The Reagan Court, N.Y. TIMES, Oct. 1, 1980, en la A26 (objetando que “la promesa de Ronald Reagan por nombrar jueces federales que compartan su visión sobre el aborto y las relaciones familiares es ominoso.”) En el momento de Roe, el slogan político “construccionismo estricto” fue primordialmente codificado en términos de preguntas sobre la raza y el crimen. No cubría los temas de género, familia, religión que fueron dominantes al final de la década

¹⁹⁷ *La posición oficial de la Iglesia Católica antes de Roe era preservar las leyes que criminalizaban el aborto. Ver See TIMOTHY A. BYRNES, CATHOLIC BISHOPS IN AMERICAN POLITICS 54 (1991) (“En una serie de reuniones en 1967, los obispos decidieron denunciar el (modelo penal ALD) código y oponerse activamente a la legalización del aborto”) ver también id. en la 57 (sugiriendo que Roe ayudó a movilizar a los obispos católicos porque movió la política sobre el aborto de las legislaturas estatales a la agenda política nacional). EN 1968, el Papa Pablo VI publicó Humanae Vitae, una encíclica reafirmando la prohibición de la iglesia a los medios artificiales de anticonceptivos.. Claro, en la comunidad católica, como en cualquier otra comunidad de creencias, había un desacuerdo considerable sobre la moralidad de los anticonceptivos y sobre el aborto y la pregunta sobre la posición de la iglesia hacia las reformas legales en esas áreas. Ver See Benedict M. Ashley, O.P., The Loss of Theological Unity: Pluralism, Thomism, and Catholic Morality, in BEING RIGHT: CONSERVATIVE CATHOLICS IN AMERICA 63, 64 (Mary Jo Weaver & R. Scott Appleby eds., 1995) (discutiendo la “controversia sobre Humanae Vitae que abrió las puertas para una ola de desacuerdo popular de las*

lideraron a quienes se dedicaron a criticar a *Roe* algo que no pasó desapercibido en el momento de la decisión.¹⁹⁸ Los católicos que se opusieron a *Roe* se opusieron a cualquier liberalización del aborto, fuera adelantada a través de la legislación o de la adjudicación.¹⁹⁹ A pesar de que

enseñanzas católicas oficiales - sobre el aborto, la homosexualidad, la exclusión de las mujeres de ser ordenadas y muchos otros temas”).

¹⁹⁸ Ver *Catholics Warned To Avoid Abortions*, N.Y. TIMES, Feb. 15, 1973, en la 20 (“Los romano-católicos han sido advertidos por los líderes de su iglesia de que se enfrentan a la excomunión si se practican o practican un aborto.”); *Marjorie Hyer, Catholic Bishops Urge Defiance of Any Law Requiring Abortion*, WASH. POST, Feb. 14, 1973, en la A17 (Los curas Católicos de Estados Unidos ayer publicaron un mensaje pastoral que contiene un consejo sin precedentes: desobedecer ‘cualquier ley civil que requiera de aborto’, y advirtiendo de la excomunión a cualquier católico que ‘se practiquen o practiquen un aborto”); *Lawrence Van Gelder, Cardinals Shocked-Reaction Mixed*, N.Y. TIMES, Ene. 23, 1973, en la 1 (Las reacciones a la decisión de la Corte Suprema siguieron los caminos esperados ayer, cuando los líderes de la Iglesia Católica atacaron la decisión mientras los activistas defensores de los derechos de las mujeres y de los anticonceptivos la alabaron”); *Vatican's Radio Criticizes Abortion Ruling by Court*, N.Y. TIMES, Ene. 24, 1973, at 14 (“La radio del vaticano criticó duramente la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos que limitó duramente las leyes anti-aborto ayer.”). *Warren Weaver, Jr., Landmark Ruling on Abortion*, N.Y. TIMES, Ene. 28, 1973, en la E3 (“Respuestas de las fuerzas anti-aborto, tradicionalmente lideradas por la Iglesia Católica, fueron amargas, llenas de rabia y explícitas. Un grupo de derecho Católico, La Sociedad del Común Cristiano incluso pidió la excomunión del magistrado William J. Brennan por apoyar a la mayoría.”). cf. *Lynn Taylor, Churches Not United on Question of Abortions*, CHI. TRIB., Feb. 12, 1973, en la IA5 (“La oposición de la Iglesia Católica a la legalización del aborto y la reciente decisión de la Corte Suprema es bien conocida. No tan públicas son las visiones sostenidas por otras iglesias, que van en todo el espectro -desde liderar los grupos de Derecho a la Vida a establecer clínicas de aborto con bajos costos.”).

¹⁹⁹ En su testimonio en 1974 ante el Congreso, un portavoz del Consejo Estadounidense de Católicos declaró: “Es repugnante al sentido de justicia simplemente permitir como opción que los estados dentro de sus varias jurisdicciones puedan o no conceder a una clase de seres humanos derechos, particularmente el más básico de los derechos, el derecho a la vida.” *Pro-Life Amendment for Unborn*, CHI. DEFENDER, Mar. 16, 1974, en la 25. La Conferencia Nacional de Curas Católicos afirmó:

El aborto es un tema específico que resalta la relación entre la moralidad y el derecho. Como mecanismo humano, la ley no puede articular totalmente los imperativos morales, pero ni la filosofía legal puede escapar el orden moral. Las decisiones a favor del aborto de la Corte Suprema de los Estados Unidos (enero 22 de 1973) violan el orden moral, y han irrumpido el proceso legal que anteriormente había intentado salvaguardar los derechos del niño no nacido. Un programa legislativo comprensivo sobre la materia por tanto debería incluir los siguientes elementos:

pocos lo recuerdan, los protestantes se demoraron en unirse al movimiento antiaborto, incluso después de *Roe*. En la primera parte de los 70s, la mayoría de los protestantes no compartían la visión católica sobre el aborto.²⁰⁰ La mayoría de los grupos protestantes generalmente aprobaban la liberalización del aborto; algunos incluso apoyaron a *Roe*.²⁰¹ Los grupos

a. Pasar una enmienda constitucional que provea la mayor protección posible al niño no nacido

b. Para leyes federales y estatales y adoptar políticas administrativas que restrinjan la práctica del aborto tanto como sea posible

c. Investigación continua sobre y refinar y precisar la interpretación de *Roe* y *Doe* y las subsiguientes decisiones de la Corte.

d. Apoyo a legislación que provea alternativas al aborto.

NAT'L CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, PASTORAL PLAN FOR PRO-LIFE ACTIVITIES (Nov. 1975), disponible en:

<http://www.priestsforlife.org/magisterium/bishops/75-11-20pastoralplanforprolifeactivitiesnccb.htm>.

*Es importante distinguir entre la oposición a *Roe* y la oposición al aborto mismo. Así, una propuesta de enmienda constitucional proponía “darle a los estados el derecho irrestricto a hacer sus propias leyes sobre aborto” en 1973 no prosperó, mientras una enmienda “en favor del derecho a la vida” que hubiera prohibido totalmente el aborto fue parte de la plataforma republicana en 1980. Nullification of Abortion Ruling Sought, WASH. POST, Mar. 27, 1973, at 14; ver Joseph Sobran, Amendment Fever, WASH. POST, Ago. 14, 1979, en la Al. Para ver una historia de las diferentes versiones de las propuestas de enmienda constitucional entre 1973 y 1983 vea <http://en.wikipedia.org/wiki/HumanLifeAmendment#MajorversionsoftheHumanLifeAmendment> (consultado en mayo 12, 2007).*

LifeAmendment#MajorversionsoftheHumanLifeAmendment (consultado en mayo 12, 2007).

²⁰⁰ Los protestantes estaban divididos en sus visiones sobre la moralidad del aborto, el uso del derecho penal para regular el aborto, las formas en las que las leyes debían reflejar las visiones religiosas y qué tan apropiado era movilizarse políticamente alrededor de estos temas. Elliot Wright Protestants Split on Abortion Edict, WASH. POST; Ene. 26, 1973 en la B/ (discutiendo la división de opinión alrededor de *Roe* en un grupo de cuatro líderes protestantes, algunos “le daban la bienvenida a la decisión” y otros “eran críticos fuertes” de la misma, y notando que los dos teólogos que criticaron *Roe* “están en desacuerdo con las posiciones oficiales de su denominación”).

²⁰¹ Ver *id.* Por ejemplo, la Iglesia Presbiteriana USA) ha apoyado los derechos de aborto desde 1970, cuando la Asamblea General afirmaba que “la terminación artificial o inducida del embarazo es una cuestión de sumo cuidado ético por parte del paciente .. y por lo tanto no debería estar prohibido por el derecho.” Presbyterian 101: Abortion Issues, <http://www.pcusa.org/101/101-abortion.htm> (consultado en mayo 12, 2007). En 1972, la Conferencia General de la Iglesia Metodista Unida llamó a la “remoción del aborto del código penal, poniéndolo en vez en las leyes relacionadas a otros procedimientos de la práctica médica estándar. Joretta Purdue, United Methodists Agreed More on Abortion Issue 25 Years Ago, UNITED METHODIST NEWS SERVICE, Ene. 21,

evangélicos tomaron un enfoque más cauto²⁰², pero incluso estos grupos más conservadores en temas sociales no consideraban que el aborto

1998, <http://www.wfn.org/1998/01/msg00077.html>. A comienzos de 1971, algunos sínodos de la Iglesia Unida de Cristo hablaron en favor de quitar las restricciones legales al aborto y en favor de Roe. UCC General Synod Statements and Resolutions Regarding Freedom of Choice, <http://www.ucc.org/justice/choice/resolutions.htm> (consultada mayo 12, 2007) (citando resoluciones). Sin embargo, la histórica Iglesia Episcopal Metódica de Negros Africanos dio una “guía limitada” a los defensores del aborto. Lawrence N. Jones, *The Black Churches: A New Agenda*, CHRISTIAN CENTURY, Abr. 18, 1979, en la 434, disponible en <http://www.religion-online.org/showarticle.asp?title=1219>.

²⁰² Grupos Protestantes Evangélicos generalmente discriminaban los llamados “abortos por conveniencia propia”, que condenaban. ver supra nota 188, y los terapéuticos o los abortos con fines médicos, que implícita o explícitamente permitían. Ver National Association of Evangelicals, *Abortion 1973*, <http://www.nae.net/index.cfm?FUSEACTION=editor.page&pageID=154&IDCategory=9> (consultada en mayo 12, 2007). Las divisiones entre los protestantes evangélicos sobre el aborto son visibles en una serie de resoluciones que la mayor parte de estos grupos la Convención Bautista del Sur (CBS) publicó en los 1970s. Estas resoluciones reconocían el continuo desacuerdo y planteaban una posición sobre la reforma de las leyes penales del aborto que estaba entre la revocación y la prohibición. En junio de 1971, la CBS declaró:

CONSIDERANDO, que los cristianos en la sociedad de Estados Unidos hoy en día se enfrentan a difíciles decisiones sobre el aborto; y *CONSIDERANDO*, que algunos defienden que no haya legislación sobre el aborto, haciendo que la decisión sea puramente privada entre una mujer y su doctor; y *CONSIDERANDO*, que otros defienden que no haya una forma de aborto legal, o que permita el aborto sólo en los casos en los que corra peligro la vida de la mamá; Por lo tanto, *RESUELVE* que esta convención expresa la creencia que la sociedad tiene una responsabilidad de afirmar a través de las leyes del estado una visión alta en cuanto a la santidad de la vida humana, incluyendo la vida fetal, de forma que debe protegerse a los que no son capaces de protegerse a sí mismos, y es más *RESUELVE* que llamamos a las Bautistas del Sur a trabajar para tener legislación que permita la posibilidad de abortar bajo casos como aborto, incesto, evidencias de deformidad fetal severa y de evidencia cuidadosamente recogida de la posibilidad de daño emocional, mental y física a la salud de la madre.

Southern Baptist Convention, SBC Resolution: Resolution on Abortion (June 1971), available at <http://www.sbc.net/resolutions/amResolution.asp?ID=13> (consultada en mayo 12, 2007).

estuviera categóricamente mal cuando *Roe* fue decidido. En 1968, por ejemplo, la publicación oficial de un simposio organizado por la revista evangélica *Christianity Today* declaró que “el médico cristiano solo recomendará el aborto inducido para salvaguardar valores superiores, establecidos por las Escrituras. Estos valores deben incluir la salud individual, el bienestar familiar y la responsabilidad social.”²⁰³

Roe no cambió esta visión; no fueron estos grupos protestantes evangélicos los que inicialmente criticaron *Roe* aquellos que organizaron la acción política.²⁰⁴ Como lo observó Harold O.J. Brown, el editor de *Christianity*

que: En junio de 1974, la CBS votó para reafirmar la decisión de 1971, sumando

CONSIDERANDO que la resolución reflejaba un punto medio entre liberalizar totalmente el aborto o considerarlo como asesinato, y
CONSIDERANDO que la resolución manejaba responsablemente una visión cristiana llena de complejidades por el problema del aborto en la sociedad contemporánea .. Es más
RESUELVE que continuamos buscado la guía de Dios a través de la oración y el estudio de forma que podamos traer soluciones a los continuos problemas de aborto en nuestra sociedad

Southern Baptist Convention, SBC Resolution: Resolution on Abortion and the Sanctity of Human Life (Junio 1974), disponible en [http://www.sbc.net/resolutions/amResolution.asp?ID= 14](http://www.sbc.net/resolutions/amResolution.asp?ID=14). Sólo en 1976 la CBS criticó sólo “la práctica del aborto por motivos egoístas no terapéuticos” y agregó que “también afirmamos nuestra convicción sobre el rol limitado del gobierno en el manejo de temas relacionando el aborto y apoyando los derechos de las madres expectantes al rango total de los servicios médicos y consejo personal para la preservación de su vida y su salud.” *Southern Baptist Convention, SBC Resolution: Resolution on Abortion (Junio 1976)*, disponible en [http://www.sbc.net/resolutions/amResolution.asp?ID= 15](http://www.sbc.net/resolutions/amResolution.asp?ID=15). No fue sino hasta 1980, cuando los fundamentalistas se tomaron la CBS en una encarnizada batalla conectada al surgimiento de la Nueva Derecho que la CBS revisó su posición.

²⁰³ WILLIAM MARTIN, *WITH GOD ON OUR SIDE: THE RISE OF THE RELIGIOUS RIGHT IN AMERICA* 190 (1996) (citando WALTER O. SPITZER & CARLYLE L. SAYLOR, *BIRTH CONTROL AND THE CHRISTIAN* XXXVI (1969)).

²⁰⁴ Ver *Two Rulings Criticized by Baptist*, WASH. POST Junio 15 1973 en la B 18 (El presidente de la Convención Bautista del Sur Owen Cooper criticó las decisiones de la Corte Suprema que liberalizaban el aborto y prohibían la pena de muerte, pero dijo que la denominación apoyaría los abortos “cuando fuera claro que sirve a los mejores intereses de la sociedad.”); supra nota 199. En 1973, Harold O.J. Brown acordó una reunión sobre el aborto con C: Everett Koop, quien ya había comenzado a condenar el aborto públicamente, al igual que Billy Graham y otros líderes evangélicos; los grupos que acordaron oponerse al aborto y la acción política en su contra. Brown y Koop luego organizaron el Consejo de Acción Cristiano para

Today: “En ese punto, muchos protestantes reaccionaron casi automáticamente -si los católicos lo apoyan, nosotros debemos estar en contra’ (...) El hecho de que los católicos estuvieran adelante hizo que muchos protestantes mantuvieran un perfil bajo.”²⁰⁵

Para el final de la década, sin embargo, las perspectivas de los protestantes evangélicos cambiaron radicalmente. Un número creciente de protestantes evangélicos se unió a una coalición pan-cristiana que se oponía al aborto, por considerar que este era una expresión del “humanismo secular”. Esta transformación suele atribuirse a los esfuerzos del teólogo suizo Francis Schaeffer²⁰⁶ y a otros que popularizaron la crítica al humanismo secular.²⁰⁷

hacer lobby en el congreso a favor de restricciones al aborto o prohibición total. Brown recuerda: “Pensamos ‘Una vez la gente se da cuenta de lo que está pasando, va a haber una revuelta espontánea’. Eso no pasó”. Ver Martin, supra nota 20 en la 193-94. Según Brown, en el momento de Roe, los protestantes veían el aborto como “un pecado entre muchos”, no como “un tema crucial que afectara lo que uno piensa que son los seres humanos”. Id en la 194.

²⁰⁵ MARTIN, supra nota 200 en la 193

²⁰⁶ MARTIN supra nota 200 en la 196. En 1977, Schaeffer hizo la película *Whatever Happened to the Human Race?* y la mostró en las iglesias por todo Estados Unidos, acompañado de clases que algunas veces contaban con Everett Kopp. Id en la 194. El argumento de la película era que “el aborto es tanto causa como resultado de la pérdida de aprecio por la santidad de la vida humana,” y que llevaría al infanticidio y a la eutanasia. Id. La película suele tener el crédito de cambiar las visiones de muchos protestantes sobre el aborto. Harold O.J. Brown observó que “nada tuvo un impacto tan fuerte como para compararse con las series Schaeffer-Kopp”. Id.; ver también SUSAN FRIEND HARDING, *THE BOOK OF JERRY FALWELL: FUNDAMENTALIST LANGUAGE AND POLITICS 191-94* (2000)

²⁰⁷ Ver FRANCIS A. SCHAEFFER, *A CHRISTIAN MANIFESTO 17-18* (198 1). El texto de Schaeffer comienza así:

El problema básico de los cristianos en este país en los últimos ochenta años más o menos es en lo que se refiere a la sociedad y al gobierno, es que han visto las cosas de a pedazos, no como un todo.

Se han molestado muy gradualmente con la permisividad, la pornografía, los colegios públicos y la atomización de la familia, y finalmente con el aborto. Pero no han visto esto como un todo -cada cosa estando a parte, un síntoma, de un problema mucho más grande- Han fallado en ver que todo esto ha ocurrido debido a un cambio en el mundo - esto es, por un cambio fundamental en la forma en la que la gente piensa y ve el mundo y la vida. El cambio ha sido alejarse de una visión del mundo que era al menos vagamente cristiana en el recuerdo de las personas (incluso si ellos individualmente no fueran cristianos) hacia algo completamente diferente - hacia una visión del mundo basado en la idea de que la realidad final es un tema impersonal o que la energía que moldea su presente es puesta en su lugar por un azar impersonal... estas dos visiones de mundo están en total

Esta crítica fue ampliamente diseminada en la segunda mitad de la década de 1970 a través de una serie de “Seminarios de Familia” liderados por Tim LaHaye, quien en 1979 co-fundaría *Moral Majority*, y su esposa Beverly, quien en el mismo año fundó *Concerned Women for America (CWA)*, la contraparte evangélica-protestante de la organización STOP-ERA de Phyllis Schlafly²⁰⁸. Para 1980, el *Christian Harvest Times* denunciaba el aborto en su “Reporte especial sobre el humanismo secular vs el

oposición, son antítesis en cuanto su contenido y a sus resultados naturales - incluyendo los resultados sociológicos y de gobierno, y específicamente incluyendo el derecho.

Id.

*El mayor popularizador de esta crítica del humanismo secular fue Tim LaHaye, quien dedicó *The Battle for the Mind* a Schaeffer. TIMOTHY LAHAYE, *THE BATTLE FOR THE MIND* (1980). LaHaye describe las cinco formas en las que el humanismo es “ateísmo” id en la 59, “evolución” id en la 60, “inmoral,” id en la 64, “hombre autónomo” id en la 68 y “una visión socialista del mundo” id en la 72. El sexo y el género son temas que caen bajo la “inmoralidad”. LaHaye escribe:*

Muchos no ven que la mayoría de los líderes del movimiento feminista, que se presenta a sí mismo como el defensor de los derechos sexuales de las mujeres y los niños, son humanistas... En realidad están detrás de los jóvenes, quienes van a ser clave para el control humanista de la siguiente generación. Es por eso que -en el nombre del “cuidado de la salud” “los derechos del niño” “abuso del niño” y “el año del niño”- están presionando a los líderes políticos a pasar leyes que le quitan el control de los hijos a sus padres y se lo dan al estado. Por estado, claro, se refieren a burócratas y agentes del cambio social que han sido cuidadosamente entrenados en filosofía inmoral y humanista y quienes usan el poder del gobierno para enseñar actividades sexuales, anticonceptivos, eliminación del nacimiento y la permisividad a los niños, quieran o no los padres. Claro, los abortos financiados por el estado van a ser provistos a todos los que se nieguen a seguir las instrucciones.

Id. en la 67.

²⁰⁸ Para una discusión de las ideas de LaHayes sobre la familia en los 1970s tardíos, ver Patrick H. McNamara, *The New Christian Right's View of the Family and Its Social Science Critics: A Study in Differing Presuppositions*, 47 *J. MARRIAGE & FAMILY* 449 (1985) (discutiendo el apoyo de la estructura de la familia tradicional incluyendo casas dirigidas por los hombres y por el principio de la sumisión femenina en *Spirit-Controlled Family Living and The Battle for the Family*); ver también David Harrington *The Private Hopes of American Fundamentalists and Evangelicals, 1925-1975*, 1 *RELIGION & AM. CULT.* 155, 169 (1991) (“Los evangélicos como Tim y Beverly LaHaye lamentaron que las fuerzas que estaban produciendo un colapso general de la familia estaban haciendo serios caminos hacia la comunidad renacida.”); ver también infra nota 218 y el texto acompañante (discutiendo la defensa anti-ERA de Beverly LaHaye)

cristianismo”: “Entender el humanismo es entender la liberalización de las mujeres, ERA, los derechos de los gays, los derechos de los niños, el aborto, la educación sexual, la “nueva” moralidad, la evolución, la clarificación de valores, la ética situacional, la pérdida del patriotismo y muchos otros de los problemas que están acabando con Estados Unidos hoy en día.”²⁰⁹

A diferencia de los católicos, a quienes les molestaba la posibilidad de invocar objeciones religiosas al aborto en la esfera pública justificando su oposición al aborto por el contrario en términos de ciencia y de derechos civiles²¹⁰- los protestantes evangélicos no tuvieron ningún escrúpulo en hacerlo. Explicaban su nueva oposición al aborto en términos explícitamente religiosos; fue precisamente la disminución de la autoridad pública del cristianismo lo que motivó su ataque al humanismo secular. Esta oposición fue impulsada por su preocupación de que el Estado ya no era reconociblemente cristiano,²¹¹ una preocupación que para muchos había

²⁰⁹ *A Special Report CHRISTIAN HARVEST TIMES*, junio de 1980 en la 1, citado en *MARTIN*, supra nota 200 en la 196.

²¹⁰ Ver Michael W. Cuneo, *Life Battles: The Rise of Catholic Militancy Within the American Pro-Life Movement*, en *BEING RIGHT: CONSERVATIVE CATHOLICS IN AMERICA* 270, 275-76 (Mary Jo Weaver & R. Scott Appleby eds., 1995); ver también *Pro-Life Amendment for Unborn, CHI. DEFENDER*, Mar. 16, 1974, en la 25 (cuatro cardinales estadounidenses presentaron testimonio en la Conferencia Católica de Estados Unidos a favor de la enmienda por la vida humana, afirmando que “el derecho a la vida es un derecho humano básico, proclamado como tal en la Declaración de Independencia, la Constitución de los Estados Unidos y por la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos,” “rechazando el argumento de que la oposición al aborto es simplemente una preocupación católica” y “enfatisando que no hay intención de imponer enseñanzas moralistas católicas en lo que al aborto en el país respecta”).

²¹¹ *Había una creencia según la cual:*

Los enemigos de la fe habían logrado cooptar el poder del estado para alcanzar sus propios fines ... los evangélicos habían quedado con la impresión de que el gobierno estadounidense no estaba manteniendo el camino de Estados Unidos lejos del de las preocupaciones cristianas o su movimiento lejos de la familia, sino que estaba legitimando esos cambios en miles de sutiles pero terriblemente significativas formas.

DAVID HARRINGTON WATT, A TRANSFORMING FAITH: EXPLORATIONS OF TWENTIETH-CENTURY AMERICAN EVANGELICALISM 69 (1991). La socióloga Nancy Ammerman describe la dinámica del contraataque de los conservadores religiosos de otra forma:

Los fundamentalistas están interesados tanto en fortalecer la “fibra moral” de Estados Unidos como en proteger las otras instituciones que les parecen

comenzado con la decisión de la Corte frente a las oraciones en los colegios y confirmada por el fallo en el caso de Bob Jones.²¹² Los que criticaron *Roe* por ser una expresión del humanismo secular expresaron su desacuerdo desde la desalineación del cristianismo con el gobierno federal que había comenzado mucho antes que *Roe*, y que se aceleraría posteriormente con los desarrollos relacionados con *Roe*.

Tal vez el desarrollo más provocativo fue la revolución en la familia y las costumbres sexuales asociadas con el movimiento de las mujeres.²¹³ Para la década de 1970, el derecho a abortar había llegado a simbolizar una serie de cambios fundamentales en los roles familiares. Como lo demostró Kristin Luker a través de entrevistas a los líderes del movimiento, en 1980, “este round del debate sobre el aborto es tan apasionado y es luchado con tanta pasión *porque es un referendo sobre el lugar y el significado de la*

“cristianas.” Dios ha confiado a las iglesias, a las casas y a los colegios a su cuidado, y están dispuestos a entrar a la política si es necesario para proteger su territorio social... Los fundamentalistas no se politizaron sino hasta que percibieron que los temas que les importaban se habían vuelto políticos.

NANCY TATOM AMMERMAN, *BIBLE BELIEVERS: FUNDAMENTALISTS IN THE MODERN WORLD* 201-03 (1987)

²¹² Ver MARTIN, *supra* nota 200 en la 169, 171-173. Sobre las decisiones sobre las oraciones en los colegios, ver Sarah Barringer Gordon, *The Almighty and the Dollar: Protestants, Catholics, and Secularism in 20th Century America* (manuscrito sin publicar). La historiadora Sara Diamond también nota la influencia de las batallas de los libros de clase en los 1970s, SARA DIAMOND, *NOT BY POLITICS ALONE: THE ENDURING INFLUENCE OF THE CHRISTIAN RIGHT* 65 (1998). Paul Weyrich ha descrito la batalla que se arreció en 1978 entre los evangélicos y la IRS sobre las excepciones de impuestos de la universidad Bob Jones como el nacimiento de un derecho religioso. “Lo que galvanizó a la comunidad cristiana no fue el aborto, la oración en los colegios o ERA ... lo que cambió su opinión fueron las intervenciones de Jimmy Carter en contra de los colegios cristianos ... con base en lo que llamaron segregación de facto.” MARTIN, *supra* nota 200 en la 173. El caso Bob Jones poderosamente levantó preocupaciones sobre la raza, religión, familia y los mercados

²¹³ . Ver MICHELE MCKEEGAN, *ABORTION POLITICS: MUTINY IN THE RANKS OF THE RIGHT* 18 (1992) (“Significativamente, fue el movimiento de mujeres el que primero galvanizó los cristianos convertidos a la acción política en los 1970s. Después de décadas de somnolencia política, los protestantes conservadores se organizaron a lo ancho de la nación para derrotar a ERA. Sólo después de que le enmienda tambaleó en la última parte de la década el aborto se volvió su prioridad en cuanto a derechos religiosos.”).

*maternidad.*²¹⁴ Linda Gordon hizo énfasis en el hecho de que fue el apoyo feminista al derecho a abortar -y no la decisión de la Corte en *Roe*- lo que provocó de esa forma a los detractores del aborto. “Una mejor explicación de la expansión de los intensas pasiones en contra del aborto es que el aborto había cambiado de significado a través de la reinterpretación que le dio el revivido movimiento de las mujeres”.²¹⁵ “La razón principal para explicar el incremento de la pasión alrededor de los derechos reproductivos es precisamente que parecían expresar los objetivos centrales del movimiento de liberación femenino y, así, se volvió el foco central en el backlash en contra del feminismo.”²¹⁶

La asociación del derecho a abortar con la liberación de las mujeres fue fortalecida por los debates sobre ERA, que el Congreso le había enviado a los estados en 1972.²¹⁷ Phyllis Schlafly, un católico, movilizó a los oponentes de ERA argumentando que iba a constitucionalizar el aborto y la homosexualidad, criticándolo por considerarlo como la consagración de símbolos potentes de nuevas formas de familia que ERA iba a establecer.²¹⁸ Un año antes de *Roe*, el boletín de Schlafly “PARENT-ERA” atacó la “liberación de las mujeres” por ser “un ataque total al rol de la mujer estadounidense como esposa y madre,” acusando a las mujeres de este movimiento de “promover guarderías federales en vez del cuidado casero de los bebés, y de promover los abortos en vez de defender a los bebés.”²¹⁹

²¹⁴ KRISTIN LUKER, *ABORTION AND THE POLITICS OF MOTHERHOOD* 193 (1984); ver también Pamela Johnston Conover, *The Mobilization of the New Right: A Test of Various Explanations*, 36 *W. POL. Q.* 632, 634-35 (1983):

En efecto argumentamos que la movilización de los grupos de la Nueva Derecha como los que se oponen al aborto y a ERA refleja el deseo de proteger una forma de vida que está amenazada. ¿Qué está amenazado? La familia tradicional estadounidense y los valores que encarna. ¿Quién lo está amenazando? Feministas, humanistas y liberales en general

²¹⁵ LINDA GORDON, *THE MORAL PROPERTY OF WOMEN: A HISTORY OF BIRTH CONTROL POLITICS IN AMERICA* 300 (3d ed. 2002)

²¹⁶ *Id.* en la 295

²¹⁷ Ver de forma general, PAMELA JOHNSTON CONOVER & VIRGINIA GRAY, *FEMINISM AND THE NEW RIGHT: CONFLICT OVER THE AMERICAN FAMILY* (1983) (demostrando la conexión entre las creencias sobre el aborto y ERA entre los activistas y el público en general, y trazando las dos creencias a las creencias sobre los roles familiares)

²¹⁸ Para ver cómo Schlafly se enfocó sistemáticamente en el debate de ERA en preguntas sobre el aborto y derechos de los gays, ver Siegel, *supra* nota 12 en la 1389-1402.

²¹⁹ Phyllis Schlafly, *What is Wrong with "Equal Rights" for Women*, PHYLLIS SCHLAFLY REP. (*Eagle Forum*, Alton, Ill.), Feb. 1972, en la 3-4.

Urgió a su audiencia a vincular el aborto a las guarderías y a ver ambos casos como amenazas feministas a la familia tradicional.

“Al asociar ERA y el aborto como los objetivos principales del “movimiento de liberación de las mujeres” Schlafly los usó para redefinir el significado de los dos. Los marcos anti ERA de Schlafly y sus redes contribuyeron a la construcción de la decisión *Roe* que resonaría explosivamente a través de los debates de ERA en los 70s y en los 80s”²²⁰. En 1979, Beverly LaHaye consolidó estas conexiones cuando fundó CWA, que organizó grandes grupos de protestantes evangélicos en su lucha contra ERA.²²¹ La conexión entre ERA y el aborto fue enfatizada en las luchas partidistas sobre el Año Internacional de la Mujer, el Año Internacional de Niño y la conferencia del presidente Carter sobre la familia en la Casa Blanca.²²² En una conferencia

²²⁰ Siegel, *supra* nota 12, en las 1392-93.

²²¹ Beverly LaHaye escribe que ella fue llevada a actuar en contra de ERA cuando oyó de la Conferencia Nacional de Mujeres de Houston en 1977. LaHaye se sintió aterrorizada por los objetivos adicionales de la CNM, que resumió como “que el “derecho” de los homosexuales y las lesbianas a enseñar en colegios públicos y tener custodia sobre los niños; aborto financiado federalmente cuando fuera pedido; aprobación del aborto en adolescentes sin conocimiento o aprobación de los papás; participación del gobierno federal 24-horas en guarderías y más” BEVERLY LAHAYE, *WHO BUT A WOMAN?* 25, 27 (1984).

Sobre ERA, LaHaye afirmó:

No estoy en contra de la igualdad de derechos para las mujeres. Estoy totalmente a favor de que a trabajo igual, salario igual; apoyo el derecho de una mujer a estar libre de acoso sexual en su trabajo. De lo que estoy en contra, sin embargo, es de una enmienda constitucional que claramente es una herramienta disfrazada para invitar a un control total del gobierno sobre nuestras vidas. ... ERA, de ser pasada, literalmente transformaría cada tema de las mujeres en un complejo dilema constitucional que debería ser decidido por nuestro liberal judicial.

Id. en la 53-54. Para más sobre Mujeres Preocupadas de Estados Unidos, ver Janna Hanson “The Role for Which God Created Them”: *Women in the United States' Religious Right* (1997) (tesis de pregrado sin publicar, Radcliffe College).

²²² Para ver un increíblemente rico análisis sobre la contra-movilización en el final de la década, ver Allen Hunter, *Virtue with a Vengeance: The Pro-Family Politics of the New Right 159-68* (1984) (disertación sin publicar de Ph.D, Brandeis University); ver también Leo Ribuffo, *Family Policy Past as Prologue: Jimmy Carter the White House Conference on Families, and the Mobilization of the New Christian Right*, 23 *REV. POL'Y REs.* 325 (2006); Marjorie J. Spruill, *Gender and America's Right Turn: The 1977 IWY Conferences and the Polarization of American Politics*, in *RIGHTWARD BOUND: MAKING AMERICA CONSERVATIVE IN THE 1970s* (Bruce Schulman & Julian Zelizer eds.) (próximamente)

de CWA realizada para protestar en contra de la Conferencia de la Familia de la Casa Blanca, los críticos consideraban que “los líderes nacionales del movimiento de mujeres, que estaban trabajando duro por ratificar ERA, eran del mismo grupo que promovía los derechos homosexuales, el aborto y el cuidado estatal de los niños.”^{223 224} La objeción ilustra la creencia, sostenida por los organizadores, de que los estadounidenses se movilizarían en contra del aborto porque estaban ansiosos sobre los cambios sociales en la crianza de los niños y las expresiones sexuales.

Para finales de 1970, en resumidas cuentas, los conservadores se movilizaron en contra del aborto para proteger los roles tradicionales de la familia. Es por esto que la plataforma del Partido Republicano en 1980 juró “trabajar para lograr que se seleccionen jueces, en todos los niveles de la rama judicial, que respeten los valores familiares tradicionales y la santidad de la inocente vida humana.”²²⁵ La construcción del aborto como una amenaza a los valores tradicionales de familia no fue producida por *Roe*, cuya blanda y vacía argumentación, a pesar de estar plagada de normas²²⁶, hacía énfasis en las prerrogativas de los médicos más que en los

²²³ Hunter, *supra* nota 219 en la 179, citando a ROSEMARY THOMSON, *THE PRICE OF LIB-*

ERTY 13-15 (1978). Sobre el rol de MPA en la organización del evento protestando la Conferencia de la Casa Blanca sobre la Familia, ver Hanson, *supra* nota 218 (“Temas específicos de preocupación eran los intentos de la conferencia por “redefinir la familia” así como los esfuerzos por pasar ERA y asegurar el acceso al aborto”) (citando LaHaye, *supra* nota 218, en las 44-45); ver también el texto acompañante de la nota 206

²²⁴ Ver Plataforma Republicana de 1980 disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/showplatforms.php?platindex=R1980>. En 1984, el Partido Republicano reafirmó su “apoyo al nombramiento de jueces en todos los niveles de la rama judicial que respeten los valores tradicionales familiares y la santidad de la inocente vida humana”. Ver *Republican Party Platform of 1984*, disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/showplatforms.php?platindex=R1984>.

²²⁵ Ver e.g. Eskridge *supra* nota 112 en la 1313; *infra* nota 249 y el texto acompañante. La arquitectura interna de la decisión en *Roe* sugiere fuertemente que los magistrados que votaron con la mayoría tenían poca idea de los incendiarios significados que más tarde se le atribuirían. Como hemos anotado, *supra* nota 193, los magistrados que fueron nombrados por el Presidente Nixon estaban orientados a los conflictos políticos de los 1960s, que estaban relacionados con la raza y el crimen, y no esperaban controversias sobre género y valores familiares que enfrascarían la segunda mitad de los 1970s.

²²⁶ BURNS, *supra* nota 192 en la 227

derechos de las mujeres. *Roe* buscó “no ser extrema, no enfatizar derechos absolutos, y no favorecer una visión particular del mundo.”²²⁷

Los críticos del humanismo secular y los cambiantes valores familiares atacaron a *Roe* para producir un símbolo poderoso de las profundas fuerzas sociales que en su opinión amenazaban su visión conservadora de la Constitución. Esta visión se volvió un movimiento político coherente con la ayuda de los estrategas del Partido Republicano, quienes se dieron cuenta que *Roe* podía ser usada para apalancar el cambio de las lealtades del partido. La asociación de *Roe* con el triunfo del humanismo secular y con la desintegración de los valores tradicionales de familia fue planificada por los arquitectos de un Partido Republicano con un conservadurismo renovado.²²⁸

En mayo de 1979, en un momento de fervor ecuménico, Paul Weyrich (un católico) y Howard Phillips (un judío) se reunieron con Jerry Falwell y con otros arquitectos de la Nueva Derecha para proponerles que Falwell organizara a los evangélicos, volviéndolos una “Mayoría Moral.”²²⁹ En su

²²⁷ Ver MATTHEW MOEN, *THE CHRISTIAN RIGHT AND CONGRESS 67-68* (1989):

Inicialmente, los conservadores seculares de la Nueva Derecha eran claramente los líderes. La razón es bastante lógica: eran políticos cancheros guiando y dirigiendo a los fundamentalistas que estaban apenas entrando en el mundo de la política. Como líder de la Nueva Derecha Paul Weyrich señaló en 1984: “Hace cinco años el liderazgo era claro, y la gente estaba en una jerarquía definida ... en 1980 la dirigencia de los grupos religiosos de derecha era en alguna medida sirviente; eran tan nuevos en la política que le delegaban a personas como Howard Phillips o como yo”.. La conclusión era más que natural porque los reclutadores de la Nueva Derecha no era fundamentalistas: Viguerie y Weyrich eran católicos y Phillips judío. Mientras pasó el tiempo, la visión que los conservadores de la Nueva Derecha estaban “usando” a los fundamentalistas dejó de ser popular.

Ver también Rosalind Pollack Petchesky, *Antiabortion, Antifeminism, and the Rise of the New Right*, 7 *FEMINIST STUD.* 206 (1981).

²²⁸ Ver MARTIN, *supra* nota 2000 en la 199-200. Estableciendo la Heritage Foundation y el Committee for the Survival of a Free Congress, Weyrich era patrocinado por Joseph Coors de la Empresa Cervecería Coors. *Id* en la 171.

²²⁹ MARTIN, *supra* nota 200 en la 200. Hay varios relatos de una reunión en Lynchburg, Virginia, a la que asistieron el reverendo Jerry Falwell, Richard Viguerie y Paul Weyrich, en la que Weyrich “propuso que si los Republicanos podían ser convencidos de tomar una posición firme en contra del aborto, eso dividiría el fuerte bloque de votación católico en el Partido Demócrata. Los estrategas de la Nueva Derecha querían que Falwell presionara a la Dirección de GOP via una nueva organización de fundamentalistas protestantes” DIAMOND,

biografía de Falwell, Dinesh D'Souza cuenta que “Weyrich creía que un plantón fuerte en contra del aborto en la plataforma atraería a muchos votantes católicos que normalmente votaban por los demócratas.”²³⁰ Falwell

supra nota 209, en la 66; ver también CYNTHIA GORNEY, *ARTICLES OF FAITH: A FRONTLINE HISTORY OF THE ABORTION WARS* 346 (1998):

Así que aparentemente por consenso, Weyrich y compañía aconsejando y Falwell viendo la sabiduría pragmática y moral del plan, se puso al aborto - el tema que más probablemente atraería a los conservadores católicos y a los demócratas desencantados (a menudo, pero no siempre, los mismos)- se puso en la cabeza de la arrolladora agenda de la Mayoría Moral.

*Enfocarse en el aborto le permitió a la Nueva Derecha subsumir grupos religiosos aparentemente diversos: “Fue la idea de Weyrich difuminar las distinciones entre los derechistas seculares, protestantes fundamentalistas y los católicos anti-aborto al incluir el aborto en la panoplia de la nueva derecha, “temas pro-familia”. McKEEGAN, *supra* nota 210 en la 23. “Ningún otro tema social tenía el potencial político de galvanizar a los protestantes evangélicos a los que Weyrich, Viguerie y Phillips tenían la determinación de incluir en el proceso político.” *Id* en la 21-22 ²³⁰. CONNIE PAGE, *THE RIGHT TO LIFE* 225 (1983) citado en MCKEEGAN, *supra* nota 210 en la 25, ver también MARTIN *supra* nota 200 en la 193 (sugiriendo que Falwell sólo comenzó a predicar en contra del aborto en 1978). EN los 1980s, Falwell escribió que había sido Roe la que lo había inspirado a tomar acción política: “Nunca voy a olvidar el momento de enero 23, 1973... Mientras leía el periódico ese día, supe que algo más tenía que hacerse, y sentí una creciente convicción de que debería tener una voz entre los que lo estaban haciendo.” JERRY FALWELL, *IF I SHOULD DIE BEFORE I WAKE* 31-32 (1986) [de aquí en adelante. FALWELL, *IF I SHOULD DIE*]. La evidencia de otras fuentes, sin embargo, sugiere que esta versión debe ser leída con precaución. En los 1980s, Falwell caracterizó sus visiones sobre el aborto como una respuesta espontánea a Roe, pero evidencia contemporánea de los 1970s sugiere un panorama diferente.*

*El estudio de Susan Friend Harding sobre Jerry Falwell concluye que “no se encontró evidencia de que Falwell haya predicado antes de 1973; lo que la evidencia sugiere es que él se dio cuenta del potencial y la importancia del aborto gradualmente durante la última mitad de los 1970s y la primera parte de los 1980s.” HARDING, *supra* nota 203 en la 304 y n. 18. Falwell *CAPTURING A TOWN FOR CHRIST: SATURATION EVANGELISM IN ACTION* 53 (1973), anónimamente escrito por Elmer Towns, contiene una referencia al aborto como “el asesinato de un niño no nacido.” *Id.* en la 303 &n. 5. En la cruzada “I Love America” de Falwell de 1976, el aborto era “uno entre muchos pecados, no la cause célebre que se volvería después.” *Id.* Towns asegura haber escrito el primer sermón pro-vida de Falwell, reimpresso en el libro *How You CAN HELP CLEAN UP AMERICA* (1978). *Id.* de Falwell. Ese sermón cuidadosamente le pide a su audiencia que se oponga a las leyes “que legalizan ‘aborto a la carta’”, FALWELL, *How You CAN HELP CLEAN UP AMERICA*, *supra*, en las 9, 59, en vez de*

estaba en la lista para liderar a la cruzada anti-aborto de la Mayoría Moral. Comentando el nuevo rol de líder asumido por Falwell en 1982, Paul Brown, quien con su esposa Judie Brown había dejado el sobrecogedoramente católico Comité Católico Nacional por el Derecho a la Vida, para fundar la Liga Americana de Vida, comentó: “Jerry Falwell no sabía ni deletrear aborto hace cinco años.”²³¹

De esta forma, una nueva relación emergió entre los protestantes evangélicos, los católicos del movimiento pro-vida y los ascendientes conservadores de la Nueva Derecha:

La Nueva Derecha acogía a Derecho a La Vida, con su red de voluntarios presente en cada estado y el dedicado centro de votantes como un prerrequisito; y Derecho a la Vida a su vez acogía a la Nueva Derecha, con su experiencia en correo directo, los túneles de plata de los PAC y el espléndido surgimiento de refuerzos frescos de los líderes que la Nueva Derecha parecía haber convocado de los rangos de los protestantes evangélicos.²³²

oponerse al aborto de forma general. Sorprendentemente, el libro de Falwell de 1979, America can be Saved! “no menciona el aborto,” HARDING supra nota 203 en la 303 y & 5, incluso cuando Falwell lista las “site cosas que están corrompiendo a los Estados Unidos”. JERRY FALWELL, AMERICA CAN BE SAVED! 42 (1979). EN este libro Falwell se enfoca en “La falta de legalidad de Estados Unidos: A quién culpar y cómo arreglarlo!” id en la 85, entendiendo que es estrictamente racial. Id en la 86 (“Los negros .. simplemente son instrumentos siendo usados por hombres malos con motivos malos .. sin duda, la conspiración comunista es definitivamente la agente o causa detrás de los efectos de falta de legalidad que estamos viendo.”) Falwell “por primera vez habló sobre el aborto” de forma escrita en Listen, America! en 1980. HARDING, supra nota 203 en la 303 & 5. En 1986, Falwell afirmó que después de Roe el “comparó el aborto a la solución final de Hitler para los judíos y la decisión de la Corte como el detonante de un “holocausto biológico” en nuestra nación.” FALWELL, IF I SHOULD DIE, supra en la 33. Una comparación al holocausto alemán aparece en Listen, America! en la página 253, pero ni America Can Be Saved! ni How You Can Help Clean Up America contienen referencias de este estilo.

²³¹ GORNEY, supra nota 226, en la 247. La Nueva Derecha tenía buenas razones para querer acceder a la red antiaborto: “El movimiento anti-aborto, predominantemente católico, ofrecía muchas de las ventajas que daban las iglesias fundamentalistas: un gran grupo de personas que podrían pasarse al partido republicano y una estructura organizacional pre-existente. Adicionalmente, el movimiento tenía unas finanzas saludables y contaba con los recursos organizacionales de la iglesia católica.” MCKEEGAN, supra nota 210 en la 22

²³² MCKEEGAN, supra nota 210. De forma similar, la Corte de la Libertad, que se volvió el grupo coordinador del movimiento pro-familia, se enfocó en los grupos que sólo tenían como propósito oponerse al aborto o a ERA, en un esfuerzo por

Michele McKeegan observa:

Con las elecciones de 1980 a sólo un año, la nueva derecha aceptó su maquinaria para movilizar a los conservadores protestantes detrás de la bandera en contra del aborto. El primer paso era capitalizar la oposición fundamentalista preexistente en contra de ERA. Así, se produjeron varios panfletos para resaltar la conexión existente entre ERA y el aborto: *La conexión del aborto* de Phyllis Schlafly y *El aborto y la enmienda de igualdad de derechos* de Eileen Vogel y la publicación de John Birch en Society.

El significado social de oponerse al aborto fue decisivamente moldeado por esta nueva alianza política. Antes en esta misma década, Phyllis Schlafly había buscado crear una coalición de base conformada por quienes se oponían al aborto y quienes se oponían a ERA. Pero no fue hasta la construcción del aborto como un problema de humanismo secular al final de la década, y hasta la infusión de las ideas antiaborto en los objetivos de la Nueva Derecha, que la oposición al aborto tomó el significado social conservador que hoy tomamos por sentado. En medio de esta transformación estaba una organización católica con una postura “pro vida”, que también tenía ideales liberales de justicia social.²³³

En resumen, los trabajos académicos recientes sobre la década de 1970 sugieren que la resistencia a la liberalización del aborto comenzó antes de *Roe* principalmente como un movimiento católico; que no fue hasta algunos

juntarlos. PAMELA ABBOTT & CLAIRE WALLACE, *THE FAMILY AND THE NEW RIGHT* 40 (1992).

²³³ La saliencia política del aborto cambió considerablemente en los años posteriores a *Roe*. En 1978 Thea Rossi Brown, la lobista de Washington del National Right to Life Committee, que había llamado a la organización de “separar la Enmienda de Igualdad de Derechos de la Enmienda de Derechos Humanos”, fue reemplazada por Judie Brown, una “confidante” de Weyrich. Mark Winiarski, *National Right to Life, Political Right Interlink*, NAT'L CATHOLIC REP., Nov. 10, 1978, en la 1, 4; ver también Laurie Johnston, *Abortion Foes Gain Support as They Intensify Campaign*, N.Y. TIMES, Oct. 23, 1977, en la 1; Joe Margolis, *Should It Be Called 'Life for the Right?'*, CHI. TRIB., May 6, 1979, en la A6. Muchos católicos liberales se desanimaron por las conexiones conservadoras y por lo que les pareció una desconexión fundamental entre el movimiento antiaborto y otros temas pro-vida, como la oposición a la pobreza y la pena de muerte. En 1978, *The National Catholic Reporter* citando a un estudio llamado *Están listos los católicos?*; afirmando que “las visiones alrededor de una enmienda anti-aborto estaban asociadas con más fuerza a visiones sobre el sexo y el matrimonio que con opiniones sobre “temas pro-vida”, como la pena de muerte. Mark Winiarski, *Anti-Abortion Does Not Equal Pro-Life-Study*, NAT'L CATHOLIC REP., Nov. 10, 1978, en la 5.

años después de *Roe* que un número significativo de evangélicos protestantes se unieron al movimiento pan-cristiano que se oponía al aborto como un símbolo del humanismo secular y la desintegración de los valores de familia; y que este movimiento asumió forma política con el liderazgo y los recursos de los estrategas conservadores-republicanos como Paul Weyrich. El backlash anti-aborto que ha traumatizado a los liberales refleja una visión constitucional que prefiere preservar los roles familiares tradicionales y se resiste a la secularización de los Estados Unidos de América.²³⁴ Weyrich, Schlafly y otros actores políticamente sofisticados lograron asociar simbólicamente esta visión con la oposición a *Roe*. Esta visión constitucional todavía está en la base de la ira *Roe* hoy en día.²³⁵

²³⁴ *Considera, por ejemplo, la conferencia de prensa de Ronald Reagan de enero 31 de 1983, en la que anunció que iba a declarar 1983 como el Año de la Biblia:*

Es mi fuerte creencia que los valores duraderos, como los llamo, presentados en las páginas (de la Biblia) tienen un gran significado para cada uno de nosotros y para nuestra nación ... Cuando escucho que la primera enmienda es usada como una razón para mantener los valores morales tradicionales fuera de la creación de políticas públicas, quedo en shock ... Resulta que yo creo que una forma de promover, es más, de preservar esos valores tradicionales que compartimos es permitiendo que nuestros niños comiencen sus días en la misma forma que los miembros del Congreso de los Estados Unidos de América: con una oración. La expresión pública de nuestra fe en Dios, con una oración, es fundamental ...

Presidente Ronald Reagan, Remarks at the Annual Convention of the National Religious Broadcasters (Ene. 31, 1983), disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=40550&st=abortion&stl>

²³⁵ . *Los grupos conservadores que se oponen al aborto generalmente hacían campana en contra del matrimonio de parejas del mismo sexo. En la Marcha por la Protección de la Vida y el Matrimonio, que apoyaba provisiones de referendo que buscaban prohibir el aborto y el matrimonio de parejas del mismo sexo en Dakota del Sur en noviembre del 2006, el orador principal Alan Keyes dijo que el aborto y el matrimonio de parejas del mismo sexo eran “el mismo tema.” “El aborto hace en un nivel físico lo que el matrimonio homosexual hace a un nivel institucional,” dijo, explicando que “los dos van en contra de lo que Dios buscaba.” Ryan Woodward, Speakers Rally Against Abortion, Gay Marriage, RAPID CITY J., Oct. 17, 2006, available at <http://www.rapidcityjournal.com/articles/2006/10/17/news/local/news01a.txt>. Para ver una muestra de los grupos conservadores multi-temáticos que se oponían al aborto y al matrimonio homosexual, ver las páginas de Focus on the Family, <http://www.family.org/socialissues/A000000464.cfm>, Eagle Forum, <http://www.eagleforum.org/topics/marriage/>, Concerned Women for America, <http://www.cwfa.org/coreissues.asp>, the Heritage Foundation, <http://www.heritage.org/Research/features/issues/issuearea/SSMarriage.cfm>, y Free Congress Foundation, <http://www.freecongress.org/commentaries/2007/070122.aspx>.*

Las visiones del movimiento anti-aborto sobre el sexo están expresadas de forma más visible en el apoyo público de currícula de sólo-abstinencia, que urgía la abstinencia sexual por fuera del matrimonio mientras no le daba a los estudiantes ni educación sexual ni educación sobre anticonceptivos. Cristina Page sugiere que “no hay un grupo pro-vida en los Estados Unidos que apoye el uso de control de natalidad.” CRISTINA PAGE, HOW THE PRO-CHOICE MOVEMENT SAVED AMERICA 9, 20 (2006) (“Del aparentemente popular a los más asustadores y extremos movimientos pro-vida, el mensaje anti-control de natalidad está fácilmente vinculado con lo que han llamado su misión contra el aborto.”) Page muestra que el movimiento pro-vida sistemáticamente se opone a la educación sexual dentro de los currículos en los colegios, y apoya los programas en favor de la abstinencia: “El movimiento de abstinencia a menudo es el movimiento pro-vida actuando como “educadores”, con autorización estatal.” Id en la 73. Ver los sitios web de Heritage Foundation, <http://www.heritage.org/research/abstinence/>, Focus on the Family, <http://www.citizenlink.org/FOSI/abstinence/>, Eagle Forum, <http://www.eagleforum.org/alert/2005/03-08-05.html>. Free Congress, <http://www.freecongress.org/commentaries/2005/050929.aspx>, <http://www.freecongress.org/commentaries/2005/050216.aspx>, y Howard Center for Family, Religion, and Society, <http://www.profam.org/docs/acc/thc-accsellout.htm?search=contraception&opt=EXACT1>.

*El Howard Center ha escrito un manifiesto en favor de la familia natural que incluye la oposición al aborto en el discurso relacionado con los roles adecuados de la sexualidad y la paternidad. ALLAN C. CARLSON & PAUL T. MERO, HOWARD CTR. FOR FAMILY, RELIGION, & SOC'Y, & SUTHERLAND INST., THE NATURAL FAMILY: A MANIFESTO (2005), disponible en <http://familymanifesto.net> (rel registro es necesario, con los autores pueden conseguir los archivos). Por ejemplo el Manifiesto afirma que “cada persona concebida tiene derecho a la vida, a crecer, a nacer, y a compartir un hogar con sus padres naturales, unidos por el matrimonio. Id en la 16. El Manifiesto ha sido apoyado por un gran número de grupos conservadores. Ver Reva B. Siegel, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions*, 2007 U. ILL. L. REV. 991, 1002-06..*

Hablando sobre la conexión entre la ira Roe y la resistencia a la secularización, Focus on the Family escribe:

Las cortes federales han creado una serie de “derechos de privacidad” que a su vez son usados para ordenar nuevas políticas sociales, como el derecho a abortar, el derecho al sexo homosexual, el derecho a publicar obscenidades, así como vulnera las libertades religiosas de la Primera Enmienda. Este tipo de activismo (en efecto, legislación judicial) realizada por jueces que no son elegidos ni le responden a la ciudadanía, nunca fue contemplada por nuestros Padres Fundadores y es una grave amenaza a la santidad de la vida, la santidad del matrimonio, los derechos de los estados, la separación de poderes y las libertades religiosas. La única forma de darle vuelta a esta tendencia inconstitucional y atea es elegir jueces cuya filosofía judicial es la misma que la que tenían los Padres Fundadores; jueces que van a aplicar

b. El minimalismo y el aborto

La historia que hemos analizado sugiere que muchos factores diferentes a un exceso judicial fueron los causantes de la ira *Roe*. El backlash frente a *Roe* se basa en una visión constitucional profunda que trasciende la técnica o el impacto de cualquier decisión judicial considerada individualmente. Esta visión demuestra la ambigüedad del significado del minimalismo: ¿el minimalismo le recomienda a las cortes evitar tomar decisiones constitucionales que puedan causar controversia o le aconseja a las cortes abstenerse de tomar decisiones constitucionales que sean inconsistentes con el “respeto mutuo”?²³⁶

De acuerdo con la primera interpretación del minimalismo, *Roe* fue decidida de forma equivocada porque el derecho a abortar era controversial, incluso si este derecho podría estar justificado constitucionalmente. A pesar de que esta interpretación del minimalismo es consistente con el deseo de Sunstein de evitar conflictos sociales, no es creíble. Significaría, por ejemplo, que *Brown*, que fue tan controversial como *Roe*, fue igualmente decidida de forma incorrecta.

el derecho existente y no garabatear en las márgenes de la Constitución cuando le beneficie a su agenda ideológica.

Focus on the Family, Federal Judicial Appointments: Article Overview, <http://www.family.org/socialissues/A000000468.cfm> (last visited May 12, 2007).

El Eagle Forum escribió:

El significado básico de las provisiones de la Constitución pueden ser alterados sólo por el pueblo, quien es la última fuente HUMANA de la Constitución. Hay, sin embargo, límites al poder del pueblo. Debemos seguir el proceso de enmienda formal especificado en el Artículo V de la Constitución, y podemos alterar los documentos sólo dentro de los límites permitidos por el sistema de valor Judeo-Cristiano. Los jueces federales deben reconocer plenamente que el gobierno/la ley civil es sólo una institución social entre muchas (las otras instituciones primarias comienzan con la familia y la iglesia). Un balance de poder y responsabilidad, alejado de los jueces federales, debe mantenerse entre estas instituciones.

Virginia Armstrong, Eagle Forum, The Constitutionalist Manifesto, <http://www.eagleforum.org/court-watch/alerts/2003/may03/Manifesto.shtml>.

Concerned Women for America afirmó: “la misión de CWA es proteger y promover los valores bíblicos entre los ciudadanos -primero a través de la oración, después la educación, y finalmente influenciando a nuestra sociedad -revirtiendo así el declive de los valores morales de nuestra nación.” Concerned Women for America: About CWA, <http://www.cwfa.org/about.asp> (consultado mayo 12, 2007).

²³⁶ SUNSTEIN, *supra* nota 149, en la 76

Quedamos, por lo tanto, con la segunda interpretación del minimalismo, lo que significaría que *Roe* fue incorrectamente decidida porque no fue consistente con el “respeto” que la Corte debió haber mostrado a los católicos y a otros grupos que para 1973 vigorosamente defendían el derecho a la vida. El concepto de “respeto” debe ser sujeto a un trabajo importante, ya que el minimalismo argumenta que el derecho a abortar no debe ser protegido constitucionalmente por esta razón. Todo depende del significado preciso de “respeto”. Sorprendentemente, Sunstein mismo no explica lo que el minimalismo quiere decir cuando habla de “respeto”.²³⁷

Un posible significado de la palabra “respeto” es que las cortes deberían ser neutrales en las luchas entre grupos que sostienen visiones constitucionales antagónicas. Nuestro análisis de *Roe*, sin embargo, parece sugerir que puede haber circunstancias en las que no existe una posición de neutralidad. Los progresistas toman las preguntas sobre los roles familiares y la fe religiosa como decisiones individuales que no deberían ser impuestas por el estado en una comunidad pluralista. Los conservadores que lideraban el backlash en contra de *Roe* ven a la protección del individualismo como un irrespeto a su visión acerca de los valores familiares, y la fe, tradicionales. Las cortes deben decidir entre estos ideales constitucionales incompatibles. A los progresistas no les parecería “neutral” que las cortes buscaran aplacar las ansiedades frente a la religión y la familia, revocando el precedente generado por decisiones constitucionales centrales como la prohibición de enseñar la biblia en colegios públicos o la protección de principios de igualdad de género.

Una interpretación alternativa de “respeto” es que las cortes no deben decidir casos en formas en que los grupos antagonistas puedan encontrar objetables. Pero esta interpretación de respeto significa que las cortes sólo deberían articular los derechos constitucionales que expresan valores incontrovertidos. Por las razones que hemos discutido, esta interpretación de “respeto” no es plausible. Implica que la Corte no debió haber decidido *Brown*, ya que la des-segregación era incompatible con el “respeto” que la Corte debía mostrar frente al estilo de vida sureño. De la misma forma en la que la razón legal considera la relación adecuada entre la adjudicación y la política constitucional²³⁸, la razón legal común también considera la relación adecuada entre los desacuerdos culturales y la adjudicación antes

²³⁷ *El significado de “respeto” en el contexto de diversidad cultural es un tema oscuro. Ver Robert Post Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity, 25 AUSTL. J. LEGAL PHIL. 185 (2000).*

²³⁸ *Ver supra texto acompañante de la nota 168*

de adjudicar judicialmente un derecho constitucional.²³⁹ No es claro lo que la idea de “respeto mutuo” supuestamente le debería sumar a esta consideración.

El llamado del minimalismo al “respeto”, por lo tanto, parece servir como una cubierta a un juicio sobre la fuerza de los valores constitucionales relevantes. Establecer que una corte deba negarse a defender un derecho constitucional por “respeto” a quienes puedan ofenderse con la decisión, parece también ser una forma indirecta de decir que el valor constitucional en cuestión es insuficientemente importante como para ser judicialmente protegido.²⁴⁰ Si esto es lo que significa la idea de “respeto” en el contexto del minimalismo, parece ser una invitación a hacer trabajo constitucional sustantivo sin involucrarse en análisis constitucional sustantivo.²⁴¹

No negamos, por supuesto, que evitar el conflicto -especialmente el innecesario- pueda ser prudente. Puede ser adecuado que los jueces anticipen las respuestas populares frente a fallos controversiales para poder cumplir más efectivamente valores constitucionales discretos.²⁴² Sin embargo, el constitucionalismo democrático sugiere que evitar el conflicto no debe ser una restricción que guíe la adjudicación, poniéndose en el camino del mejor entendimiento profesional que un juez pueda tener de un derecho constitucional. La labor de la profesión legal lleva a que los jueces analicen la fuerza de los valores constitucionales relevantes, lo que generalmente requiere una sensibilidad exquisita frente al contexto. El minimalismo, por otro lado, defiende una metodología trans-contextual que busca evitar el backlash sin importar el derecho constitucional en cuestión o las circunstancias de su aplicación.

El minimalismo entonces debilitaría los atributos de la práctica profesional si el ejercicio ordinario de la profesión generara un conflicto social. No ignoramos los costos que traen los amargos conflictos constitucionales. Sin embargo, reconocemos también las funciones sociales constructivas que tiene el desacuerdo. Mientras los grupos continúen discutiendo el significado de nuestra Constitución, continuarán estando comprometidos a una empresa constitucional común. Ha sido correctamente observado que

²³⁹ Ver e.g. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 539 (1961) (Harlan, J., dissenting); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-101 (1958) (opinión plural; Robert Post, *Law and Cultural Conflict*, 78 *Cm.-KENT L. REV.* 485 (2003)

²⁴⁰ Un buen ejemplo puede encontrarse en las observaciones de Levinson en la nota 183, *supra*.

²⁴¹ Un buen ejemplo puede encontrarse en las observaciones de Sunstein en la nota 174, *supra*.

²⁴² Ver e.g. Sunstein, *supra* nota 170.

nuestro sistema constitucional consiste en “una tradición históricamente extendida de argumentar” cuya “integridad y coherencia (...) están en, no alejadas de, la controversia.”²⁴³ A excepción de condiciones extraordinarias y extremas, como la que llevaron a nuestra Guerra Civil, las prácticas comunes de argumentar en el marco de nuestro orden constitucional canalizan las disputas en formas que pueden generar convicción y compromiso.²⁴⁴ Dada la extraordinaria diversidad del orden constitucional estadounidense, la única alternativa práctica al desacuerdo constitucional es la anomia constitucional.

De hecho, la razón legal profesional posee recursos importantes para domesticar las controversias dentro del terreno del derecho constitucional. Más allá de lo que *Roe* pueda revelar sobre la esperanza implícita de la Corte por resolver el debate sobre el aborto en 1973, esta posibilidad simplemente estaba por fuera del poder de la Corte cuando decidió *Planned Parenthood vs. Casey*²⁴⁵ diecinueve años después.²⁴⁶ Para 1992, era claro

²⁴³ Powell, *supra* nota 35, en la 6; ver Balkin, *supra* nota 135, en la 508. (“Lo que le da al sistema de revisión judicial su legitimidad en el largo plazo, en otras palabras, es su responsividad a las visiones en competencia en la sociedad sobre lo que significa la Constitución.”)

²⁴⁴ Siegel *supra* nota 12, en las 19-21. (discutiendo sobre como la “conducción” y el “adjuntar” son bienes democráticos producidos por una disputa constitucional):

Las disputas constitucionales les permiten a los ciudadanos experimentar el derecho, con el que están en desacuerdo, como proveniente de un demos del que son parte ... puede fortalecer el derecho precisamente porque lo desestabiliza, permitiendo –en ocasiones moviendo– que los pronuncian el derecho lo hagan con un diálogo más profundo con las preocupaciones y compromisos de sus representados.

Id en la 97

²⁴⁵ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Para una apreciación de *Casey*, ver William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *The Supreme Court 1993 Term Foreword: Law as Equilibrium*, 108 HARV. L. REV. 26, 37-39 (1994)

²⁴⁶ *En la medida en la que el presidente Reagan nombró jueces durante los 1980s y la Corte se acercó cada vez más a revertir Roe, la cambiante estructura del conflicto llevó a la contra-mobilización por parte de los defensores de Roe. Ver Barry Friedman, Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. (documentando el surgimiento del activismo pro-elección durante los 80s y la decisión de la Corte en *Webster*). (“En *Webster*, el magistrado Scalia comentó específicamente la actividad política designada para influenciar a la Corte”). La abstención resultante afectó las elecciones estatales y federales. Ver Alan I. Abramowitz, *It's Abortion, Stupid: Policy Voting in the 1992 Election*, 57 J. POL. 176 (1995) (mostrando que las actitudes hacia el aborto tuvieron un efecto significativo en las elecciones presidenciales de 1992 y que muchos republicanos pro-elección se alejaron de su partido para votar por un candidato pro-elección liberal); ; Elizabeth Adell Cook,

que la Corte debía valerse de su autoridad judicial para canalizar la disputa en vez de pretender terminarla. El objetivo de *Casey* era traer a los involucrados en la controversia sobre el aborto a una discusión común sobre el significado de la Constitución.

Sorprendentemente, *Casey* buscó lograr esta tarea valiéndose de lo que es, en muchas formas, lo contrario de una decisión minimalista. *Casey* no ofrece un acuerdo pando, incompletamente teorizado que pone entre paréntesis “las disputas más grandes.”²⁴⁷ Por el contrario, articula con gran elocuencia los ideales de ambas partes de la discusión sobre el aborto. *Casey* establece que el “sufrimiento (de la mujer) es demasiado íntimo y personal como para que el estado insista, sin más, en su visión sobre el rol de la mujer, sin importar lo dominante que esa visión haya sido en el curso

Ted G. Jelen & Clyde Wilcox, *Issue Voting in Gubernatorial Elections: Abortion and Post-Webster Politics*, 56 J. POL. 187, 187 (1994) (analizando estadísticas de 1989 y 1990 sobre las elecciones gubernamentales para mostrar que el aborto tuvo un impacto significativo en los patrones de votaciones y “que fue un predictor más fuerte que la pertenencia a partidos en Pennsylvania”). Los académicos han especulado sobre que la movilización pro-elección que ayudó a asegurar la elección de Bill Clinton también tuvo un impacto en la Corte. Barry Friedman escribe:

A pesar de que uno pueda pelear contra el entendimiento mayoritario del *stare decisis* en ciertos casos constitucionales –el salvamento ciertamente lo hizo– parece difícil no reconocer que la mayoría (en *Casey*) entendió que los ojos del público estaban encima de ellos, y que actuaron conforme a esto. Extrajudicialmente, el magistrado O'Connor ha sido explícito en señalar que en el largo plazo es la opinión pública la que da cuenta de los cambios políticos y judiciales.

Friedman, *The Importance of Being Positive*, *supra* nota 34, en la 1302. Neal Devins observa:

No estando dispuesto a pagar el precio de su fallo absolutista en *Roe*, la Corte buscó ganar aprobación popular al dirigir a un punto medio la discusión sobre los derechos de aborto. Sorprendentemente, la Corte estuvo cerca de ceder en este punto. Reconociendo que su poder descansa en “su legitimidad, un producto de sustancia y percepción que se muestra en la aceptación popular de la rama judicial, la Corte pareció creer que “la creencia popular en la legitimidad institucional de la Corte aumentaba la aceptación popular de decisiones controversiales de la Corte.” Este énfasis en la aceptación pública de la rama judicial pareció probar que los magistrados de la Corte Suprema, así no estén necesariamente siguiendo los resultados de las elecciones, no pueden escapar de las fuerzas políticas y sociales que los rodean.

Neal Devins, *Reflections on Coercing Privacy*, 40 Wm. & MARY L. REV. 795, 801 (1999)

²⁴⁷ SUNSTEIN, *supra* nota 148, en la 50.

de nuestra historia y nuestra cultura.”²⁴⁸ A pesar de lo anterior, *Casey* también afirma:

El estado puede establecer reglas y regulaciones que busquen que ellas sepan que hay razones filosóficas y sociales de peso que pueden ser usadas para defender la continuidad del embarazo y que hay procedimientos e instituciones que permiten la adopción de los niños no queridos, así como la existencia de cierto grado de asistencia estatal si la madre decide criar ella misma al niño.²⁴⁹

En pasajes como este, *Casey* muestra un gran respeto por ambos lados de la controversia sobre el aborto.

Así como el minimalismo busca suprimir los desacuerdos evitándolos, *Casey* busca canalizar dichos desacuerdos reconociéndolos. Es precisamente con base en su brillante articulación de los ideales constitucionales en disputa que *Casey* hace un llamado a “los lados opuestos de una controversia nacional a que terminen su división nacional, aceptando el mandato común enraizado en la Constitución.”²⁵⁰ Vinculando esta invitación a un estándar, amplio y complaciente, de “carga indebida”, *Casey* autoriza a la Corte a darle una respuesta a ambos lados de la disputa del aborto, diseñando un derecho constitucional en el que cada lado puede verse representado y reconocerse. *Casey*, célebremente, concluye que “la premisa esencial de *Roe v. Wade* debe mantenerse y reafirmarse una vez más”²⁵¹ y que “el rígido marco de trimestres de *Roe*”²⁵² debe revocarse, autorizando así, por primera vez, regulaciones protectoras a través del embarazo.”²⁵³

Esta decisión “janusiana”²⁵⁴, representa exactamente el punto entre la necesidad del sistema constitucional estadounidense de un derecho constitucional que sea democráticamente responsable y la necesidad en nuestro sistema constitucional de un derecho constitucional que pueda

²⁴⁸ *Casey*, 505 U.S. en la 852.

²⁴⁹ *Id.* En la 872

²⁵⁰ *Id.* en la 867

²⁵¹ *Id.* en la 846

²⁵² *Id.* en la 878

²⁵³ *Id.* en la 874,876

²⁵⁴ Nota del Traductor: “Nota del Traductor. La expresión en el texto original se encontraba de esta forma “Janus-faced holding”. Lo traduzco a decisión janusiana pues hace referencia al dios griego, Janus, que era el dios de la unión entre dos mundos. Normalmente es representado teniendo dos caras, una en el pasado y otra en el futuro. Es esta conjunción de visiones, esta doble cara de la decisión que creo que los autores quieren resaltar y por esto lo traduzco así”

mantener la autonomía profesional del control político. *Casey* entiende que su autoridad descansa “en tomar decisiones basadas en principios legales en circunstancias en las que su carácter principialista sea suficientemente plausible para ser aceptado por la nación.”²⁵⁵ De igual forma, *Casey* reconoce, francamente, que la “polarización” causada por *Roe* “no es menor hoy a lo que era en 1973, y la presión para revocar la decisión, al igual que la presión para mantenerla, sólo se ha vuelto más fuerte.”²⁵⁶

Casey insiste en la independencia del derecho aun cuando sujeta al derecho a la presión democrática que proviene al dismantelar el sistema de trimestres de *Roe*. *Casey* ilustra cómo una decisión constitucional puede ser políticamente responsiva mientras afirma su compromiso con la distinción entre derecho y política. La decisión demuestra cómo nuestro sistema constitucional negocia la tensión entre independencia judicial y legitimidad democrática. El mantenimiento de esta tensión es compatible con un compromiso total con la función judicial. Así se ve en la voluntad de *Casey* de “aceptar nuestra responsabilidad de no retirarnos a la hora de interpretar el significado completo de la Carta a la luz de nuestros precedentes.”²⁵⁷

No apoyamos la aplicación que hace *Casey* del estándar de la carga indebida o, incluso, el estándar de la carga indebida. Sin embargo creemos que la decisión de la Corte en *Casey* sugiere de forma poderosa que el backlash puede, en ocasiones, ser mejor manejado si se afronta directamente las controversias morales en vez de evitarlas. *Casey* muestra cómo se pueden usar los recursos jurídicos para lograr integración social de formas que ni el minimalismo ni el miedo al backlash aprecian a profundidad. Muestra cómo los jueces pueden usar estándares

²⁵⁵ La Corte explicó:

La Corte debe tener cuidado de hablar y actuar en formas que le permitan a la gente aceptar sus decisiones en los términos en los que la Corte los plantea, como fundadas verdaderamente en principios, no como compromisos con presiones sociales y políticas que, como tales, no tienen espacio en las decisiones principialistas que la Corte debe tomar. Así, la legitimidad de la Corte depende en tomar decisiones legales, y basadas en principios, en circunstancias en las que su carácter principialista es suficientemente plausible para ser aceptado por la nación.

Id en la 865-66

Id en la 869. La Corte *Casey* se preocupó de que “revertir bajo fuego a falta de las razones más convincentes para reexaminar una decisión importante subvertiría la legitimidad de la Corte más allá de toda duda” porque sugeriría “una rendición a la presión política, y un repudio del principio en el que la Corte basó su autoridad en la primera instancia. *Id* en la 867.

²⁵⁷ *Id* en la 901

constitucionales flexibles para canalizar y mediar los conflictos, guiando el diálogo público sobre prácticas sociales acaloradamente controversiales, buscando formar el significado social de las afirmaciones en disputa.²⁵⁸

Casey demuestra que la revisión judicial y el desacuerdo no son incompatibles. Ilustra cómo la sustancia del derecho constitucional emerge de lo profundo de las controversias políticas. Si los progresistas se alejan de la controversia, sea en la adjudicación o en la política, abandonan la esperanza de formar el contenido del derecho constitucional. El constitucionalismo democrático sugiere que, a fin de cuentas, nuestro derecho constitucional va a estar hecho por quienes estén dispuestos a correr la “larga carrera de la política.”²⁵⁹ El minimalismo, como cualquier corriente con un miedo indebido al backlash, aleja a los progresistas de la carrera.

IV. CONCLUSIÓN

En las vísperas de la publicación de este ensayo, la Corte decidió *Gonzales v. Carhart*,²⁶⁰ en donde cinco magistrados declararon exequible una ley federal que prohibía un polémico procedimiento, usado en la fase tardía del aborto, llamado “aborto de nacimiento parcial.” La retórica de *Carhart* es sorprendente. A diferencia de *Casey*, que hizo grandes esfuerzos por

²⁵⁸ Ver Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, en ON LAW, POLITICS, & JUDICIALIZATION (Martin Shapiro & Alec Stone Sweet eds., 2002); ver también Siegel, *supra* nota 6, en la 1546 (analizando décadas de debate sobre el significado del principio anticlasificación: “una norma que puede generar la fealdad de una nación dividida forja la comunidad en el disenso, permitiendo los debates a través de los cuales el significado de los compromisos constitucionales de una nación evolucionan a través de la historia. Reva B. Siegel, Siegel, J., en WHAT ROE SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S MOST CONTROVERSIAL DECISION 63, 82 (Jack M. Balkin ed., 2005) (reescribiendo *Roe* para que sostener que “el gobierno no puede negar el acceso efectivo de una mujer al aborto, y toda regulación de la práctica debe ser consistente con los principios de igualdad de los ciudadanos”) Reva B. Siegel, *Comment, in Comments from the Contributors*, in WHAT ROE SHOULD HAVE SAID, *supra* en las 244, 248 (observando que la opinión alternativa está basada en un “entendimiento dialógico de la revisión judicial” y que “está redactado bajo la presunción de que el derecho que enuncia tendrá que ser tomado, defendido y elaborado en los foros judiciales y populares y que este proceso es una parte integral de la práctica de declarar derechos –un proceso colaborativo a través del cual el entendimiento de la constitución de una nación evoluciona”).

²⁵⁹Friedman, *The Importance of Being Positive*, *supra* nota 34, en la 1294.

²⁶⁰ 127 S. Ct. 1610 (2007).

señalarle a los dos lados de la controversia que le podían confiar a la Corte la construcción de un derecho constitucional que reconociera sus valores, *Carhart* es sospechosamente respetuoso frente a las preocupaciones de los contradictores del aborto, sin mostrar una actitud similar por las preocupaciones de los defensores del aborto. En el periodo pasado, la Corte había unánimemente defendido el derecho a procedimientos abortivos que fueran necesarios para la salud de la mujer²⁶¹ pero *Carhart* sostiene que los diferentes legisladores estatales deben tener “discreción” a la hora de regular este derecho. La decisión tiene en su centro la idea de que las cortes sólo deben revisar esas regulaciones desde la perspectiva de retos “en su aplicación”, una medida que generalmente es considerada demasiado engorrosa a la hora de responder a la necesidad de procedimientos médicos urgentes.

Carhart ofrece una nueva justificación, protectora de las mujeres, para sostener estas restricciones, en parte fundamentado en una afirmación sobre la capacidad de la mujer, y, en parte, en una afirmación sobre el rol de las mujeres. Haciendo énfasis en “el vínculo de amor que tiene la madre con su hijo”, la decisión justifica la restricción al aborto en relación a cómo puede protegerse a una mujer en contra de la equivocada decisión de terminar un embarazo que podría después lamentar.²⁶² En una apasionada

²⁶¹ *Ayotte v. Planned Parenthood of N. New England*, 546 U.S. 320 (2006) (“New Hampshire no disputa, y así lo sostiene nuestro precedente, que un estado no puede restringir el acceso al aborto que “sean necesarios, de acuerdo a un juicio médico apropiado, para la preservación de la vida o salud de la madre.”) (citaciones internas omitidas)

²⁶² *Carhart* 127 S.Ct en la 1634 (citaciones internas omitidas):

El respeto por la vida humana encuentra su última expresión en el vínculo de amor que la madre tiene por su hijo. Esta Ley reconoce esta realidad. Si practicarse un aborto requiere de una decisión moral difícil y dolorosa ... Mientras que encontramos que no hay ninguna fuente relevante de información que pueda medir este fenómeno, parece ineludible concluir que algunas mujeres llegan a arrepentirse de su decisión de abortar la vida infante que una vez crearon y sostuvieron. Ver Brief for Sandra Cano et al. as Amici Curiae in No. 05-380, pp. 22-24- Depresión severa y pérdida de auto estima pueden ser unos de los resultados.

Citar un amicus anti aborto y el sentido común como autoridades en que las mujeres se equivocan cuando deciden abortar, *Carhart* concluye que una ley que prohíbe un aborto tardío defiende el derecho del estado de informar las decisiones de las mujeres.

El estado tiene un interés en asegurar que una decisión así de grave esté plenamente informada. Es evidente que una madre que llega a arrepentirse de su decisión debe luchar con la tristeza con más angustia y

opinión, redactada por la única mujer que queda en la Corte, cuatro magistrados en sus salvamentos de voto objetan esta justificación paternalista desde el punto de vista del género. Acusan a sus colegas de invocar una visión estereotípica de la mujer que es incompatible con una larga línea jurisprudencial que reconoce a las mujeres como miembros iguales de la comunidad política.²⁶³ La Corte se niega a reconocer la objeción de los salvamentos en cuanto a los hechos o a las normas sobre la capacidad de la mujer, afirmando por el contrario que su visión de la mujer está fundada en una regla de sentido común “sin excepción”; para apoyar esta proposición cita un ardiente amicus sometido por un grupo antiaborto.²⁶⁴

Esperamos que *Carhart* encienda la controversia política en vez de disminuirla. Esto será cierto incluso si la opinión *mantuvo*, en vez de tumbar, la legislación. La ratificación de *Carhart* de una prohibición federal de un procedimiento tardío inspirará a los contradictores del aborto

dolor cuando se entera, después, que permitió que un doctor perforara el cráneo y aspirara la vida que rápidamente formaba a su niño no nacido.

... El interés del Estado en cuanto a la vida es protegido por el diálogo que informa mejor los sistemas políticos y legales, la profesión médica, a las madres embarazadas y la sociedad como un todo de las consecuencias que siguen de la decisión de elegir practicarse un aborto tardío.

Id.

²⁶³ El salvamento de la magistrada Ginsburg apela directamente a los casos antidiscriminación sexual de la Corte, objetando: “esta forma de pensar refleja nociones antiguas sobre el lugar de las mujeres en la familia y bajo la Constitución – ideas que hace mucho descreditamos.” *Id.* en la 1649 (Ginsburg, en su salvamento); ver también Siegel, *supra* nota 61 en la 1029-1050 (analizando los estereotipos sobre la agencia de las mujeres y los roles de las mujeres que hacen que el argumento anti-aborto planteado en términos de proteger a la mujer sea convincente). Reva B. Siegel & Sarah Blustein *Mommy Dearest* AM PROSPECT, Oct. 2006 en la 22 (mostrando cómo los estereotipos en el argumento anti aborto protector de la mujer hace que las restricciones al aborto parezcan razonables, mientras hacen que la atención diverja de soluciones que son sensibles a las preocupaciones que llevan a las mujeres a abortar)-

²⁶⁴ *Carhart* 127 S. Ct en la 1634 ver Linda Greenhouse *Adjudging a Moral Harm to Women from Abortions* N.Y. TIMES, Abr. 20, 2007 en la 18 (discutiendo un pasaje de *Carhart* que cita un amicus que contiene declaraciones “post-aborto” del tipo que se usaron para justificar la prohibición del aborto en Dakota del Sur) ver también Siegel *supra* nota 61 (rastreado el surgimiento y proliferación de justificaciones protectoras de las mujeres para las restricciones al aborto y analizando su razonamiento basado en el género), *id.* en la 1025-26 (discutiendo amicus que plantean argumentos protectores de las mujeres como los que fueron expresados en *Carhart*). Para una discusión de la relación entre la regulación del aborto y argumentos religiosos ver Post, *supra* nota 61 en 953-68.

a buscar cada vez más restricciones al aborto y va a provocar a los defensores del derecho a abortar a movilizarse nuevamente, especialmente ahora que el debate sobre la agencia de la mujer y el rol de la mujer están expresamente unidos. El creciente conflicto se expandirá a todas las arenas de la política, la legislación, el litigio, debates en campañas electorales y los nombramientos de jueces, en la medida en que los estadounidenses debatan sobre si el gobierno puede promover visiones fervientemente controvertidas en lo que se refiere al rol de la mujer, la fe y la familia en la vida estadounidense.²⁶⁵ En una democracia constitucional, disputas como estas no pueden resolverse autoritariamente -sea judicialmente o de cualquier otra forma. Al fundamentar sus objeciones en garantías de igualdad y libertad, los magistrados que salvaron su voto hicieron clara su visión de que la controversia constitucional va a persistir incluso si *Roe* es revocada.²⁶⁶

Las controversias sobre la religión, la familia y el género, que animan la ira *Roe* están ahora unidas en la política y en la toma de decisiones judiciales. Las estrategias que buscan evitar el conflicto no sirven para escaparse de ellas. El respeto por la decisión individual es visto en el contexto del aborto como una posición de *partido*, apodada “humanismo secular”²⁶⁷ por quienes están comprometidos con el nombramiento de “jueces que respeten los valores familiares tradicionales y la santidad de la inocente vida humana

²⁶⁵ *Ver supra* nota 232 (discutiendo la defensa de grupos antiaborto hoy en temas relacionados l matrimonio de parejas del mismo sexo, educación solo de abstinencia, anticonceptivos, roles de la familia y la separación de la iglesia y el estado).

²⁶⁶ El argumento en favor de la igualdad de sexos en el derecho a abortar tiene una genealogía larga, llegando hasta la disputa sobre ERA y más atrás. *Ver* Reva B. Siegel, *Sex Equality for Reproductive Rights, Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expressions*, 56 EMORY L.J. (discutiendo la expression legal del argumento de la igualdad de sexos en favor de los derechos reproductivos en los 60s y 70s). La magistrada Ginsburg comenzó publicando artículos urgiendo que el derecho a abortar fuera entendido como un derecho de igualdad de sexos en los 1980s, inmediatamente después del periodo en que la ratificación de ERA expiró. *ID.* Fue en esta era en la que “el razonamiento de igualdad comenzó a emerger como el razonamiento dominante en la academia legal sobre el derecho a abortar.” *Id.*

²⁶⁷ *Ver supra* notas 203-206 y los textos acompañantes a la nota 206 (citando un “Reporte Especial de Humanismo Secular vs. La Cristiandad” en *Christian Harvest Times* denunciando el aborto: “Entender el humanismo es entender la liberación de la mujer, ERA, los derechos gay, los derechos de los niños, el aborto, la educación sexual, la “nueva” moralidad, la evolución, la clarificación de valores, éticas situacionales, la pérdida de patriotismo y muchos otros problemas que están acabando con Estados Unidos hoy en día”).

en todos los niveles de la rama judicial.”²⁶⁸ Si los jueces que salvaron su voto en *Carhart* fueran minimalistas, sencillamente hubieran cedido terreno a quienes, como la mayoría de *Carhart*, fervorosamente defienden una visión afín a los contradictores del aborto. La cuestión es *cuál* visión constitucional va a influenciar a la Corte; no es *si* la Corte va a expresar una visión constitucional.

Este ensayo ofrece un modelo jurisprudencial, el constitucionalismo democrático, que explora la profunda e inevitable interdependencia del derecho constitucional y la política. El constitucionalismo democrático sugiere lo que *Carhart* ilustra vívidamente: el derecho constitucional encarna un nomos, y la fidelidad a ese nomos exige un compromiso tanto legal como político.

²⁶⁸ *Ver supra* texto acompañante de la nota 221 (citando la Plataforma del Partido Republicano en 1980); *supra* nota 221 (citando la Plataforma del Partido Republicano de 1984); *ver también supra* nota 59 (citando la Plataforma del partido Republicano de 1988, 2000 y 2004).