

CAPÍTULO 52

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: VERSIÓN ANGLOSAJONA

Wilfrid J. WALUCHOW*

SUMARIO: I. *Constitucionalismo: un sentido mínimo y un sentido rico.* II. *Soberanía versus Gobierno.* III. *Atrincheramiento.* IV. *Escritura- lidad.* V. *Montesquieu y la separación de poderes.* VI. *Derecho constitucio- nal versus convención constitucional.* VII. *Interpretación constitucional.* VIII. *Originalismo.* IX. *Constitucionalismo vivo.* X. *Teorías críticas.* XI. *Bibliografía.*

El constitucionalismo es la idea, frecuentemente asociada con las teorías políticas de John Locke y de los fundadores de la república de los Estados Unidos, de que el Estado puede y debe ser jurídicamente limitado en sus poderes, y que su AUTORIDAD depende de su observancia de estos límites. Esta idea genera un conjunto de preguntas desconcertantes de interés no solo para juristas, sino para cualquiera que esté dispuesto a explorar los fundamentos jurídicos y filosóficos del Estado. ¿Cómo puede limitarse al Estado si él encabeza la producción normativa? ¿Significa esto que el Estado se puede “limitar a sí mismo”? ¿Es esto posible? Si no lo es, ¿hay alguna forma de evitar esta implicación? ¿Si una limitación significativa es en realidad posible, debe estar de alguna forma atrincherada como una restricción constitucional, es decir, resistente al cambio o a la derogación por aquellos cuyos poderes están limitados? Quizá ellas no sólo deban estar atrincheradas, sino también consagradas como reglas escritas. Si es así, ¿cómo deben ser interpretadas esas reglas? ¿Deben ser interpretadas en el significado público y original o la intenciones de sus autores, o en los términos de los valores y principios posiblemente cambiantes que las consti-

* Profesor de Filosofía, McMaster University, Canadá. Agradezco especialmente a Scott Shapiro por su comentarios a una versión anterior de este documento (Publicado originalmente en Stanford Encyclopedia of Philosophy, traducción de Jorge Fabra y Leider Gómez).

tuciones expresan? La forma de responder estas preguntas depende fundamentalmente de cómo conciba uno la naturaleza, identidad y autoridad de las constituciones. ¿Establece la Constitución una estructura estable para el ejercicio del poder público que de alguna manera es *fijada* por factores como el significado o la intención originales? ¿O es un “árbol *vivo*” que crece y se desarrolla a la par de los cambios de los valores y principios políticos? Estas y otras preguntas serán exploradas en este trabajo.

I. CONSTITUCIONALISMO: UN SENTIDO MÍNIMO Y UN SENTIDO RICO

En algún sentido mínimo del término, una “CONSTITUCIÓN” consiste en un conjunto de normas (reglas, principios o valores), que crean, estructuran y definen los límites del poder o autoridad estatal. Entendido de esta forma, todos los Estados tienen constituciones y todos los Estados son Estados constitucionales. Cualquier cosa que se reconozca como Estado debe tener algunos medios reconocidos para constituir y especificar los límites (o la falta de ellos) impuestos sobre las tres formas básicas del poder estatal: el legislativo (la creación normativa), el ejecutivo (la implementación normativa) y judicial (la resolución de casos bajo la aplicación de las normas).¹ Tomemos el caso extremo de un monarca absoluto, *Rex*, que reúne el poder ilimitado estas tres dimensiones. Supóngase que es ampliamente reconocido que *Rex* tiene estos poderes, al igual que la autoridad para ejercerlos a su placer. Se podría decir que la Constitución de este Estado contiene sólo una regla, la cual le confiere poder ilimitado a *Rex*. Él no es *jurídicamente* responsable por la sabiduría o moralidad de sus decretos, ni está atado a procedimientos o cualquier otro tipo de limitaciones o formalidades en el ejercicio de su poder. Cualquier cosa que *Rex* decrete es constitucionalmente válida.

Sin embargo, cuando los académicos hablan de constitucionalismo, normalmente se refieren a algo que diferente caso de *Rex*. Ellos no sólo

¹ A menos que se indique otra cosa, la palabra “poder” debe ser tomada como el poder normativo del tipo asociado con la teoría desarrollada por el teórico jurídico Wesley Hohfeld. Un poder normativo, en este entendimiento, es la capacidad o habilidad para efectuar un cambio en el paisaje normativo relevante de derechos, deberes, privilegios y otros. Cuando una legislatura promulga una nueva ley ejerce de su poder normativo de alterar derechos jurídicos, deberes, etcétera, o crear nuevos que no existían antes de que ese poder jurídico fuera ejercido.

quieren decir que existen normas que crean los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, sino que estas normas imponen límites relevantes sobre esos poderes.² A menudo estas limitaciones ocurren en forma de derechos civiles contra el gobierno, derechos a cosas como la libre expresión, la asociación, la igualdad y el debido proceso. Pero los límites constitucionales vienen en varias formas. Ellos pueden relacionarse con cosas como el *alcance* de la autoridad (por ejemplo, en un sistema federal, los gobiernos provinciales o estatales pueden tener autoridad sobre el sistema de salud y la educación mientras que la jurisdicción del gobierno federal se extiende a la defensa nacional y el transporte), los *mecanismos* utilizados para ejercer el poder relevante (por ejemplo, los requisitos procedimentales que gobiernan la forma y trámites de la legislación), y por supuesto, los *derechos civiles* (por ejemplo, en una Carta o Declaración de derechos). El Constitucionalismo en este sentido más rico del término es la idea de que el gobierno puede y debe ser limitado en sus poderes y que su autoridad depende de observar esas limitaciones. En este sentido más rico del término, la sociedad de *Rex* no ha acogido el constitucionalismo porque las reglas que definen su autoridad no imponen ningunos límites constitucionales. Compárese con un segundo Estado en el cual *Regina* tiene todos los poderes que *Rex* posee, excepto el poder a legislar en asuntos relacionados con la religión. Supóngase, además, que *Regina* también carece de autoridad para implementar, o decidir con base en, cualquier ley que exceda el límite de su competencia legislativa. Aquí tenemos la semilla del constitucionalismo como la noción ha venido a ser entendida en el pensamiento jurídico occidental.

Al discutir la historia y naturaleza del constitucionalismo, a menudo se hace una comparación entre Thomas Hobbes y John Locke, de quienes se piensa defendieron, respectivamente, la noción de soberanía constitucional ilimitada (es decir, *Rex*) contra la concepción de soberanía limitada por los términos de un contrato social que contiene limitaciones substantivas (es decir, *Regina*).³ Pero un punto de enfoque igualmente bueno es el teórico

² A menos que se indique lo contrario, el término “constitucional” (y los términos relacionados “constitucionalismo”, “Constitución” y otros) deberán ser entendidos en este sentido más rico.

³ El que Locke y Hobbes puedan ser invocados adecuadamente de esta forma es quizá una pregunta abierta. Existe razón para creer que el argumento de Locke defiende unas limitaciones políticas sobre el soberano, que son diferentes de las limitaciones jurídicas. Se puede argüir que la limitación política efectiva requiere también limitación jurídica, pero esto no parece ser estrictamente necesario.

jurídico inglés John Austin quién, como Hobbes, pensaba que la misma noción de soberanía limitada es incoherente. Para Austin, toda norma jurídica es un mandato de una persona o cuerpo de personas soberanas, así que la noción de que el soberano pudiera ser limitado por el Derecho requiere que el soberano se auto-obligue o se mande a sí mismo. Pero nadie puede mandarse a sí mismo, excepto en algún sentido figurativo, por lo que la noción de soberanía limitada es para Austin (y Hobbes) tan incoherente como la idea de un círculo cuadrado.⁴ Aunque esta característica de la teoría de Austin tiene alguna plausibilidad cuando se aplica al sistema británico de gobierno, donde se dice algunas veces que el Parlamento es supremo y constitucionalmente ilimitado,⁵ enfrenta obvias dificultades cuando se aplica a la mayoría de otras democracias constitucionales tales como las que se encuentran en Estados Unidos y Alemania, donde es abundantemente claro que los poderes del gobierno están jurídicamente limitados por una Constitución. La respuesta de Austin a esta debilidad aparente en su teoría fue apelar a la *soberanía popular*, la idea que la Soberanía reside en “el pueblo”, es decir, la población en general. Los *cuerpos gubernamentales*, por ejemplo, el Parlamento o el poder judicial, pueden ser limitados por el Derecho constitucional, pero el pueblo soberano sigue

⁴ Dice Hobbes: “el soberano no está sujeto a leyes formuladas por él mismo, es decir, por el Estado, porque estar sujeto a las leyes es estar sujeto al Estado, es decir, al representante soberano, que es él mismo; lo cual no es sujeción, sino libertad de las leyes”. Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, cap. XXIX (cuarta “causa que debilita o tiende hacia la desintegración de un Estado”).

⁵ Dijo Sir William Blackstone que lo que el Parlamento hace “ninguna autoridad en la tierra puede deshacerlo”. Vale la pena enfatizar tres puntos aquí. Primero, no es claro en absoluto que el Parlamento Británico alguna vez haya tenido la soberanía ilimitada que le fue adscrita por Blackstone. Aunque el Reino Unido no tiene una Constitución escrita como la se encuentra en Estados Unidos, los académicos jurídicos generalmente aceptan que la Gran Bretaña ha tenido, por siglos, una Constitución no escrita que surge de una variedad de fuentes, incluyendo principios de larga data del *common law* y decisiones judiciales que conciernen a los límites apropiados del poder legislativo del Parlamento (véase al respecto la sección IV). Segundo, la Constitución Británica también incluye una variedad de documentos escritos adoptados en varios momentos de su historia política, de los cuales el ejemplo primario es la *Magna Carta* (1215, d.C). Tercero, se puede decir que la nación del Reino Unido, en virtud de su vinculación a la Comunidad Europea y debido a que los tribunales británicos hoy aplican, como normas vinculantes, el Derecho comunitario, han renunciado a su soberanía limitada. Si el Derecho de los Estados miembros (por ejemplo, Francia, Dinamarca y el Reino Unido) ahora debe ser consistente con el Derecho comunitario, y el segundo es inmune del cambio o derogación a través de actos legislativos de parte de los gobiernos miembros, entonces se puede decir que la soberanía de los Estados miembros de la Comunidad Europea ha sido reemplazada por la soberanía del “pueblo de Europa”.

siendo ilimitado en sus poderes para mandar. El que esta apelación a la soberanía popular proporcione a Austin un medio adecuado para tratar con las democracias constitucionales es bastante cuestionable. La soberanía de Austin supone a un individuo o grupo de individuos determinados que mandan *sobre la mayoría de la población* para que exista Derecho. Pero si identificamos a los mandantes con el pueblo mismo, entonces parece que estamos siendo conducidos al resultado paradójico identificado por H.L.A. Hart —quienes mandan y quienes obedecen— son las mismas personas. En resumen, resulta una incoherencia.⁶

II. SOBERANÍA *VERSUS* GOBIERNO

Aunque existen varias dificultades graves inherentes al intento de Austin de dar sentido a la soberanía del pueblo, su explicación revela que necesitamos distinguir entre dos conceptos diferentes: soberanía y gobierno. En términos generales, podemos definir *soberanía* como la posesión de un poder normativo supremo (y posiblemente ilimitado) y autoridad sobre un dominio, y *gobierno* como aquellas personas o instituciones a través de las cuales la soberanía es ejercida. Una vez se entienda esta distinción, vemos inmediatamente que la soberanía puede recaer en alguien diferente del gobierno. Y una vez esta implicación sea aceptada, vemos como podemos hablar coherentemente de un gobierno *limitado* al mismo tiempo que de una soberanía *ilimitada*. Se puede pensar que esto es lo que se quiere decir acerca de las democracias constitucionales, donde la autoridad soberana del pueblo se considera última e ilimitada pero los cuerpos gubernamentales —por ejemplo, las legislaturas y las cortes— a través de los cuales se ejerce la soberanía en nombre del pueblo están limitados y subordinados constitucionalmente. Como lo hubiera dicho Locke, la soberanía ilimitada sigue estando en el pueblo, quien tiene el poder normativo para anular la autoridad de su gobierno (o alguna parte del mismo) si excede sus limitaciones constitucionales.

Aunque la soberanía y el gobierno son nociones diferentes, y normalmente aplican a entidades diferentes, es conceptualmente posible que se

⁶ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 73-8; Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, Lecture VI, 1995 [1832].

conviertan en un solo individuo o institución. Se puede decir que Hobbes insistió en la igualación de soberano y gobierno, en la medida en que parecía requerir una transferencia (virtualmente) completa de todos los derechos y los poderes de los individuos soberanos a un soberano político cuya autoridad debía ser absoluta, pues sólo así era posible que emergiera del precario estado de naturaleza en el cual la vida es “solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve”.⁷ En la teoría de Hobbes, el soberanía última e ilimitada debe residir en la persona o cuerpo gubernamental supremo quién goza de poder ilimitado y la autoridad para regir la comunidad. Debido a la naturaleza humana y el mundo en el que habitamos, cualquier cosa diferente de ese soberano último e ilimitado destruiría la misma posibilidad de un gobierno estable. Incluso si la soberanía y el gobierno expresan nociones diferentes, eso no significa ni implica que las dos no puedan pertenecer a la misma persona única.

III. ATRINCHERAMIENTO

De acuerdo con la mayoría de los teóricos, otra característica importante del constitucionalismo es que las normas que imponen límites al gobierno deben estar *atrincheradas* [*entrenched*] de alguna forma, ya sea a través de normas escritas o por alguna forma de convención constitucional.⁸ En otras palabras, aquellos cuyos poderes están constitucionalmente limitados —es decir, las instituciones del gobierno— no pueden estar legalmente legitimados a cambiar o derogar esos límites a su placer. La mayor parte de las constituciones contienen fórmulas de enmienda las cuales pueden ser activadas por los cuerpos gubernamentales cuyos poderes ellas limitan y requieren su par-

⁷ *Leviatán*, Parte 1, cap. 13. Aunque el soberano de Hobbes es constitucionalmente ilimitado, Hobbes insistió que los individuos retenían el derecho a su auto-preservación. Sería incoherente, pensaba Hobbes, que los individuos renunciaran al derecho protección el cual era la razón misma por la cual habían creado un poder soberano en primer lugar. Aunque los individuos retenían el derecho de auto-preservación, también es cierto que el soberano ilimitado Hobbes tiene el derecho a tomar la vida de cualquiera si, en juicio del soberano, es necesario para preservar el bienestar de la comunidad.

⁸ Las convenciones constitucionales son exploradas en la sección VI. Aunque el atrincheramiento es una característica casi universal de las constitucionales modernas, y aunque se podría argüir que es deseable en la práctica, puede que no sea absolutamente necesaria. Algunas normas constitucionales son estatutos ordinarios susceptibles de ser introducidas y modificadas por el legislativo ordinario. De hecho, algunas constituciones son completamente iguales a la legislación, *e. g.*, la Constitución de Nueva Zelanda.

ticipación. Pero estas formulas invariablemente requieren algo más que una decisión simple de parte del gobierno actual para invocar un cambio. Algunas veces se requieren asambleas constitucionales, o votos súper-mayoritarios, referendos, o acuerdos no sólo en el gobierno central del sistema federal, sino también un número determinado o un porcentaje de los gobiernos de las regiones dentro del sistema federal.⁹ El atrincheramiento no sólo facilita un grado de estabilidad en el tiempo (una aspiración característica de los regímenes constitucionales), sino que también se pueda pensar como un requisito para la *posibilidad misma* del gobierno constitucionalmente limitado. Si una institución del gobierno estuviera legitimada a modificar los términos de sus límites a su discreción, nos volveríamos a preguntar si, en realidad, existen tales limitaciones. Consideremos a *Regina* de nuevo. Si ella estuviera legitimada, a su discreción, a remover (y quizá, restablecer más tarde) la limitación constitucional que le impide legislar sobre asuntos religiosos, entonces quizá es cuestionable decir que *Regina* está obligada por aquella norma.¹⁰ Por otro lado, si una regla o convención constitucional especificando que *Regina* está legitimada a remover esta restricción sólo si puede convencer a dos tercios de sus súbditos para votar por un cam-

⁹ Dos procedimientos diferentes para enmendar la Constitución de los Estados Unidos están especificados en el artículo V. Primero, la enmienda puede tomar lugar por el voto de dos tercios de ambas Cámaras (Cámara de Representantes y Senado) seguido por una ratificación de tres cuartos de los diferentes legislativos provinciales. Este método de enmienda es el único que ha sido utilizado. Segundo, la Constitución puede ser enmendada por una Convención llamada para este propósito por dos tercios de los legislativos estatales. Las propuestas de enmienda de la Convención deben ser después revisadas por tres cuartos de las legislaturas estatales.

En Canadá, el proceso de enmienda está establecido en la Parte V (secciones 38 a 49) del *Constitution Act*, 1982. El procedimiento general se le conoce comúnmente como la *fórmula 7/50* (sección 38(1)). Este requiere resoluciones del Senado, la Cámara de los Comunes y las asambleas legislativas de al menos dos tercios de las provincias (7) que tengan al menos el 50% de la población total de Canadá. Esto cubre, por ejemplo, enmiendas en relación a los poderes del Senado y los métodos para elegir senadores. Otras enmiendas relacionadas, por ejemplo, con el Cargo del Gobernador General o la composición de la Suprema Corte, requieren acuerdo unánime del Senado, la Cámara de los Comunes y las asambleas legislativas de todas las provincias.

¹⁰ La cuestión dista de ser clara. Existe una tradición bien establecida dentro del sistema parlamentario británico según la cual únicamente el Parlamento posee la autoridad para crear, interpretar e implementar sus propios límites constitucionales. Y, a pesar de cualquiera sean sus defectos, parece haber poca duda de que los Parlamentos modelados en el sistema británico típicamente actúan responsablemente en observancia de sus propios límites constitucionales.

bio, entonces nos podríamos sentir más cómodos al hablar de una limitación constitucional. Por supuesto, el que esta meta-regla o convención constitucional esté en sí misma sujeta a cambio o eliminación, es un hecho que general desafíos adicionales. Por ejemplo, ¿tal acto requiere la aplicación de la misma regla en cuestión? (es decir, dos tercios del voto mayoritario) ¿o, por otro lado, es el pueblo soberano de la sociedad de *Regina* en libertad de cambiarla o derogarla a su discreción? Si aceptamos la distinción entre gobierno y soberanía señalada anteriormente, al igual que la proposición de que la soberanía no puede auto-limitarse (X no puede limitar X) entonces estamos obligados a concluir que la meta-regla constitucional, y por tanto el régimen constitucional del cual hace parte, existen a discreción de la población general. El atrincheramiento puede ser un elemento esencial de los regímenes constitucionales, pero dista de ser claro que las constituciones pueda estar atrincheradas contra las elecciones del pueblo soberano.

IV. ESCRITURALIDAD

Algunos académicos creen que las normas constitucionales no existen a menos de que ellas estén de alguna forma consagradas en un documento escrito.¹¹ Pero la mayor parte acepta que las constituciones (o elementos de ellas) puedan ser no escritas, y citan, como ejemplo obvio de esta posibilidad, a la Constitución del Reino Unido. Sin embargo, se debe ser muy cuidadoso aquí. Aunque el Reino Unido no tiene nada que se parezca a la Constitución de los Estados Unidos y su Carta de Derechos, sin embargo sí tiene un número de instrumentos escritos los cuales, por muchos siglos, han formado elementos centrales de su Constitución. La *Carta Magna* (1215 d.C.) es quizá el más antiguo de estos documentos de la Constitución Británica, aunque esta también incluye a *The Petition of Right* (1628) y el *Bill of Rights* (1689). Además, también se dice que los límites constitucionales se encuentran en ciertos principios del *common law*, explícitamente desarrollados en casos centrales relacionados con los límites del poder gubernamental. No obstante, sigue siendo un hecho claro que históricamente la Constitución del Reino Unido en gran parte ha tomado una forma no escrita, sugiriendo de forma fuerte que la escrituralidad no es una característica distintiva del constitucionalismo.

¹¹ Jed Rubenfeld, "Legitimacy and Interpretation," en L. Alexander (ed.) *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

¿Por qué, a pesar de la existencia de algunos contra-ejemplos aparentemente obvios, algunos sostienen que las normas constitucionales deben ser reglas escritas, y no convenciones informales o reglas sociales? Una razón posible¹² es que las reglas no escritas y convenciones son algunas veces menos precisas y por tanto más abiertas a interpretación, cambio gradual y, en últimas, más fáciles de desconocer que las reglas escritas. Si esto fuera cierto, entonces, se podría cuestionar la capacidad de una regla no escrita, al menos como una cuestión práctica, de servir adecuadamente para limitar el poder gubernamental. Pero no existe ninguna razón para aceptar la validez de esta línea de argumento. Reglas sociales y convenciones de larga data son a menudo claras y precisas, al igual que más rígidas y atrincheradas que las escritas, debido a que su eliminación, modificación o reinterpretación comúnmente requiere cambios extendidos en las actitudes, creencias y conductas tradicionales. Y estos cambios pueden ser muy difíciles de generar.

V. MONTESQUIEU Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

¿Requiere la idea del constitucionalismo, como una cuestión conceptual o de necesidad práctica, la división de poder urgida por Montesquieu y celebrada por los estadounidenses como una salvaguarda contra el abuso del poder estatal? En el caso de *Regina*, no existe tal separación. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial residen en la misma persona. Pero, podría preguntarse, ¿cómo puede ser ella la única (en calidad de juez) que determine si la legislación satisface la restricción constitucional prescrita? Incluso si, *en teoría*, la Constitución de *Regina* le prohíbe eliminar la restricción constitucional a su discreción (porque ella debe observar la meta-regla de los dos tercios), ¿no puede ella elegir ignorar sus restricciones o interpretarlas de forma tal que escape de su poder vinculante? Quizá Bishop Hoadly estaba en lo cierto cuando dijo en un sermón ante el Rey de Inglaterra en 1717: “Quienquiera que tenga la autoridad última para interpretar cualquiera leyes escritas u orales, es aquel quien es el verdadero Legislador para todas las intenciones y propósitos, y no la persona quien primero las escri-

¹² Esto, debe decirse, no es la razón de Rubenfeld.

bió o dijo”.¹³ Aunque algunos términos utilizados en la Constitución muy pocas veces generan preguntas de INTERPRETACIÓN (*e. g.*, aquel que restringe al presidente de México a un solo período presidencial), muchos otros (particularmente aquellos que se relacionan con derechos civiles) son objetos de tales preguntas. *Regina* puede argumentar que un decreto que obliga a todas las tiendas a cerrar los domingos (el Sabbat cristiano) no se relaciona con una cuestión religiosa porque es un día común de descanso, no de observancia religiosa. Otros podría señalar, con igual plausibilidad aparente, que concierne a una cuestión religiosa y que por tanto está por fuera de la competencia legislativa de *Regina*.

El que las constituciones a menudo generen tales preguntas interpretativas genera una pregunta importante. ¿La posibilidad de una limitación constitucional sobre el poder legislativo y ejecutivo requiere, como una cuestión de práctica política, que el poder judicial a través del cual tales limitaciones son interpretadas y aplicadas resida en un individuo o grupo de individuos diferentes de aquellos en los cuales esos poderes legislativos y ejecutivos están investidos? En términos modernos, ¿deben las limitaciones constitucionales sobre un cuerpo legislativo, como un Parlamento, la Duma o el Congreso, o un cuerpo ejecutivo, como un Presidente o su Gabinete, estar sujetos a interpretación y aplicación por una judicatura independiente? *Marbury vs Madison* respondió esta pregunta de forma afirmativa para el Derecho de los Estados Unidos, y muchas naciones siguen a *Marbury* (y a Montesquieu) en la aceptación de la necesidad práctica del tal arreglo. Pero no es claro que el arreglo sea en realidad necesario en términos prácticos, y mucho menos conceptuales. A pesar Bishop Hoadly, no existe nada irracional en la sugerencia de que *X* puede estar obligado por una regla atrincherada *R*, cuya interpretación y aplicación es dejada a *X*. Esta es, puede decirse, que la situación en Nueva Zelanda donde se le prohíbe a las cortes de derogar la legislación bajo el fundamento de que excede límites constitucionales. La observancia y el cumplimiento de estos límites son dejados a los órganos legislativos cuyos poderes son no obstante reconocidos como constitucionalmente limitados (y sujetos a cualesquiera sean las presiones políticas que se puedan imponer políticamente cuando las acciones estatales sean generalmente consideradas como violatorias de la Constitución). Es importante notar que lo que la regla *R* en realidad requiere no es necesariamente idéntico a lo que *X* cree o dice que requiere. Tampoco es idéntico

¹³ Citado en John Gray, *The Nature and Sources of Law*, New York, Columbia University Press, 1921, p. 125.

con cualquiera sean las restricciones que X observe en la práctica real. Ello ocurre así incluso cuando no existe ninguna institución superior con el poder y autoridad para forzar cumplimiento o corregir el juicio de X cuando es, o parece ser, equivocado.

Aunque estos límites constitucionales pueden algunas veces ser desconocidos o interpretados de forma tal que se eviten sus efectos, y puede no haber ningún recurso disponible para corregir interpretaciones erróneas y abusos de poder, ello no implica la ausencia de limitación constitucional. Pero, ¿implica la ausencia de limitación *efectiva*? Quizá sea así, pero incluso aquí hay razones para tener cuidado al momento de deducir conclusiones generales. Una vez más, debemos recordar que las tradiciones de larga data dentro de los sistemas parlamentarios británicos (incluyendo Nueva Zelanda) de acuerdo con las cuales solamente el Parlamento posee la autoridad definitiva para crear, interpretar e implementar sus propios límites constitucionales. Y cualquiera sean sus defectos, hay poca duda de que los Parlamentos modelados en el sistema británico típicamente actúan de forma responsable en observancia de sus propios límites constitucionales.

VI. DERECHO CONSTITUCIONAL *VERSUS* CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

La idea de constitucionalismo requiere limitación en el poder y autoridad del gobierno establecida por el Derecho Constitucional. Pero de acuerdo con la mayoría de académicos constitucionalistas, la Constitución es mucho más que el “Derecho Constitucional”. Muchas personas encuentran esta sugerencia sorprendente, pues creen que su Constitución no es nada más (ni nada menos) que el documento formal, escrito y posiblemente adoptado por una asamblea constitucional, el cual contiene el Derecho supremo y fundamental de la nación. Pero existe una tradición de larga data que concibe a las constituciones como compuestas por mucho más que el Derecho Constitucional. Dicey es famoso por proponer que, además del Derecho Constitucional, el sistema constitucional británico contiene una variedad de convenciones constitucionales que limitan al gobierno de forma efectiva en ausencia de limitación jurídica. Estas convenciones son, en efecto, reglas sociales que surgen de las prácticas de la comunidad *política* y las cuales imponen límites importantes *no jurídicos* sobre los poderes del gobierno. Un ejemplo de una convención constitucional británica es la regla que la Reina no puede negar el Asentimiento Real a una propuesta de ley aprobada por

las dos Cámaras del Parlamento Británico. Quizá otro ejemplo se encuentra en una convención de que los individuos elegidos para representar al Estado de Florida en el Colegio Electoral de los Estados Unidos (el Cuerpo que en realidad elige al Presidente por voto mayoritario) debe votar por el candidato presidencial por el cual una pluralidad de habitantes floridenses votó en la noche de la elección. Debido al hecho de que son convenciones políticas, no aplicables coercitivamente en las Cortes de Derecho, se dice que las convenciones constitucionales son distinguibles del Derecho Constitucional, el cual sí puede ser aplicado por medios coercitivos. Si aceptamos la distinción de Dicey, no debemos identificar a la Constitución con el Derecho Constitucional. El Derecho Constitucional también incluye a las convenciones constitucionales. Se debe reconocer la posibilidad de que un gobierno, aunque tenga el poder *jurídico* de embarcarse en determinado curso de acción, puede sin embargo *tener una prohibición constitucional* de hacer eso.¹⁴ Es posible que, como cuestión de Derecho, *Regina* pueda gozar de poderes legislativos, ejecutivos y judiciales ilimitados, los cuales, no obstante, están limitados por convenciones constitucionales que especifican la forma como esos poderes deben ser ejercitados. En caso de que ella viole alguna de esas convenciones, ella estaría actuando legalmente, pero inconstitucionalmente, y sus súbditos pueden tener justificación para condenar sus acciones y quizá para removerla del cargo —un resultado desconcertante si uno piensa que sólo la Constitución es parte del Derecho constitucional.

VII. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Como hemos visto, existe algo más en la Constitución que el Derecho Constitucional. También hemos visto que las normas constitucionales no requieren ser reglas escritas. A pesar de estas observaciones importantes, deben reconocerse dos hechos: (1) la gran mayoría de los casos constitucionales tratan de preguntas de Derecho Constitucional, y (2) las constitucio-

¹⁴ Por un ejemplo donde la distinción entre Derecho constitucional y convención sirvió como base para una decisión judicial, véase el caso canadiense del *Patriation Reference*, [1981] 1. S.C.R., 870. Para una discusión de este caso, y elaboración adicional entre la diferencia entre Derecho Constitucional y Convención Constitucional, véase Wil Waluchow, “Democracia y Constitucionalismo del Árbol Vivo”, en Jorge Fabra y Leonardo García Jaramillo (eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional*, 2014.

nes modernas consisten primariamente de documentos escritos.¹⁵ En consecuencia, los casos constitucionales a menudo generan disputas teóricas relacionadas con el enfoque adecuado a la interpretación de documentos escritos, enfatizando, por supuesto, el papel especial que las constituciones juegan en la definición y la limitación de la autoridad y los poderes del gobierno. Las diferencias en estas materias salen a resurgir de forma más clara cuando un caso trata de la interpretación de una disposición constitucional que trata con derechos civiles abstractos (e.g., el derecho al debido proceso o a la igualdad)¹⁶. La forma como tales disposiciones deben ser interpretadas ha estado sujeta a intensa controversia entre practicantes y teóricos jurídicos. Como veremos, las marcadas diferencias de opinión en este asunto usualmente tienen sus raíces en diferentes visiones sobre las aspiraciones de las constituciones o en el papel adecuado de los jueces dentro de las democracias constitucionales.

Las teorías de la interpretación constitucional del mundo anglosajón vienen en una variedad de formas, pero todas ellas parecen, en una forma u otra, adscribir importancia a un número de factores clave: el significado textual o semántico; la historia política, social y jurídica; la intención; el entendimiento original; y la teoría moral y política. Los papeles que cada uno de estos factores juega en una teoría de la interpretación constitucional dependen crucialmente de la forma cómo los teóricos conciban la Constitución y su papel en limitar el poder del gobierno. Para simplificar en algo la situación, existen dos principales teorías rivales en este asunto. Por un lado, encontramos teóricos que ven a la Constitución como un Derecho

¹⁵ Por lo tanto, y a menos que se indique lo contrario, todos los usos de la palabra “Constitución” y sus términos relacionados deben ser entendidos como refiriéndose al Derecho constitucional.

¹⁶ Esto no equivale a negar que controversias profundas también pueden surgir sobre el significado e implicaciones de disposiciones constitucionales menos abstractas. En los Estados Unidos, por ejemplo, a menudo sobre el significado de la denominada “Cláusula del Comercio” (Artículo 1, Sección 8, Cláusula 3 de la Constitución de Estados Unidos). Esta cláusula establece que el Congreso tiene el poder de regular “el comercio con naciones extranjeras, entre los diversos estados y con las tribus indígenas”. El Congreso de Estados Unidos a menudo ha utilizado la cláusula para justificar ejercicios de poder legislativo con respecto a las autoridades de los estados y sus ciudadanos. Esto ha conducido, a su vez, a disputas importantes a cerca del balance adecuado de poder entre el gobierno federal y los estados. A pesar de la importancia de esos debates, y a menos de que el contexto indique otra cosa, nuestro enfoque en la discusión de la interpretación constitucional será exclusivamente en las disposiciones abstractas de derechos civiles. Es en estos términos que las diferencias de opinión más fuertemente sentidas en su forma más fuerte.

fundacional cuyo objetivo principal es *establecer* un marco a largo plazo dentro del cual los poderes ejecutivo, legislativo y judicial sean ejercidos por las diferentes ramas del gobierno. Tales teóricos tienden hacia las teorías interpretativas que privilegian factores como las *intenciones* de aquellos que crearon la Constitución, o el *entendimiento público original* de las palabras elegidas para ser incluidas en la Constitución. En tal *visión fija* de las constituciones, es natural pensar que los factores anteriores deben gobernar todos los casos donde sean claros y consistentes. Y la razón es bastante directa. Desde esta perspectiva, una Constitución no sólo aspira a escribir un marco dentro del cual los poderes del gobierno sean ejercidos; sino que aspira a establecer un marco que sea superior o externo a los desacuerdos políticos profundos y controversias partidistas que se encuentran en el Derecho y la política ordinarios del día a día. Aspira, en resumen, a ser *estable* y *neutral* moral y políticamente. Para aclarar, al decir que en una visión fija una Constitución aspira a ser moral y políticamente neutral, en ninguna forma afirmo que aquellos quienes defienden esta tesis niegan que la Constitución expresa una visión política particular o un conjunto de compromisos teóricos con ciertos valores y principios de moralidad política. Todo lo contrario. Todos los teóricos constitucionales están de acuerdo en que las constitucionales de forma típica consagran, y en realidad atrincheran, un rango de compromisos con valores morales y políticos tales como la democracia, la igualdad, la libertad de expresión, y el Estado de Derecho. Pero se deben enfatizar dos puntos. Primero, las visiones fijan intentan transformar preguntas acerca de la corrección moral y política de esos compromisos en cuestiones históricas relacionadas con la *creencia* acerca de su corrección. La tarea *no* es preguntarse “¿Qué pensamos *nosotros* ahora de valores como igualdad y la libertad de expresión?”; sino que, por el contrario, la tarea es preguntarse “¿Qué pensaban *ellos* –los autores de la Constitución o aquellos que dieron la autoridad a los redactores de la Constitución– en realidad sobre esos valores? ¿Cuáles eran *su* entendimiento original?” Así que, en las visiones fijas, la estabilidad y la neutralidad están servidas en la medida en que una Constitución sea capaz de transformar preguntas de moralidad política en preguntas históricas. Segundo, ningún proponente de la visión fija negaría que los compromisos morales abstractos expresados en las constituciones tienden a ser amplia o universalmente compartidos entre los miembros de la comunidad política relevante. En ese sentido, entonces, la Constitución, a pesar de su contenido moral, es neutral entre ciudadanos y sus múltiples diferentes partidistas. No todas las personas en una democracia constitucional moderna como Estados Unidos o Alemania están de acuerdo en los alcances del derecho a la libertad de expresión en relación al

derecho a subir y ver imágenes pornográficas en la internet. Pero virtualmente nadie negaría la importancia vital de la libertad de expresión en una sociedad realmente libre y democrática. En una visión fija, entonces, las constituciones pueden ser vistas como análogas a las reglas de un club de debate. Ambas establecen marcos estables acordados mutuamente dentro de los cuales ocurren debates (y acciones) controversiales. Pero al igual que un club de debate no podría funcionar si sus reglas estuvieran constantemente abiertas a debate y revisión en cada punto de aplicación, una Constitución no podría cumplir su rol si sus términos estuvieran constantemente abiertos a debate y revisión por los participantes dentro de los procesos políticos y jurídicos que aspira a gobernar. Se puede evitar este resultado, de acuerdo con aquellos que acogen la visión fija, en la medida en que seamos capaces de reemplazar preguntas morales y políticas controversiales por preguntas históricas acerca de las intenciones de los autores constitucionales al crear lo que hicieron, o acerca de cómo el lenguaje que ellos escogieron para expresar un requisito constitucional era públicamente entendido en el momento que fue escogido.

Para resumir: el deseo por estabilidad y NEUTRALIDAD conduce a los proponentes modernos de la visión fija a ver a la interpretación constitucional como un ejercicio el cual, cuando se hace adecuadamente, se enfoca en las intenciones de los autores o en los entendimientos originales del significado e implicaciones de las palabras escogidas para expresar los limitantes acordados sobre el poder y autoridad del gobierno. Sólo puede asegurarse el papel de una Constitución si los intérpretes se restringen a tales factores, y no intentan insertar sus propias visiones polémicas bajo la apariencia de “interpretación”. Sólo entonces las constituciones pueden servir como el marco políticamente neutral y estable que su naturaleza demanda. Los teóricos que defienden esta particular visión de la interpretación constitucional son generalmente llamados “originalistas”. No todos los teóricos constitucionales creen que el papel único o determinante de la interpretación constitucional consiste en el intento de averiguar entendimientos originales o intenciones de los autores. Por el contrario, muchos teóricos constitucionales abrazan el “constitucionalismo vivo,” una aproximación que ve a la Constitución como un ente vivo y en constante evolución que, por su propia naturaleza, es capaz de responder a circunstancias sociales cambiantes y nuevas creencias morales y políticas (y, se espera, mejores). De acuerdo con esta diferente visión de las constituciones se generan diferentes teorías sobre la naturaleza y límites de la interpretación constitucional legítima. Una rama dentro del constitucionalismo vivo, en la cual nos enfocaremos

más adelante, enfatiza la medida en la cual la interpretación constitucional es similar a la clase de razonamiento que ocurre en otras áreas del derecho en los sistemas del *common law*, tales como el derecho los contratos y la responsabilidad civil. De la misma forma en que la doctrina de la *contributory negligence** surgió y evolucionó en los países del *common law* en una forma casuística e incremental durante muchas décadas, como el producto de muchas decisiones judiciales, la doctrinas de la protección igual ante la ley, la libertad de expresión, el debido proceso y otras similares han evolucionado en democracias occidentales modernas a través de los casos constitucionales que han sido decididos a lo largo de los años.

Las disputas entre originalistas y constitucionalistas vivos son de las más vivas y polémicas que han surgido en la academia constitucional en las últimas décadas. Los debates han estado enfocados en las disposiciones abstractas de derechos civiles de las constituciones, tales como la cláusula del debido proceso de la Constitución de los Estados Unidos o la Sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, la cual “garantiza el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y el derecho a no ser privado de ella a menos de que se haga de acuerdo con los principios de justicia fundamental”.¹⁷ Debido a la visión fija con la que están comprometidos, los originalistas contemporáneos afirman que todo lo que sea diferente de un intento por descubrir, preservar y aplicar los entendimientos originales de las disposiciones constitucionales es en realidad una construcción o revisión constitucional, a menudo presentada como si la interpretación fuera el original sin modificación.¹⁸ Por el otro lado, encontramos

* *N. de. T.* La doctrina de la *contributory negligence* es una defensa para la determinación de la responsabilidad en las demandas de negligencia. Este principio se aplica cuando los demandantes-víctimas han contribuido en parte al daño que han sufrido. La doctrina equivalente en la tradición del derecho civil es la “concurrancia de culpas”, pero no esta expresión no es una traducción exacta.

¹⁷ De nuevo, esto no es negar que las disputas también surgen sobre disposiciones menos abstractas y moralmente cargadas, tales como la Cláusula del Comercio de Estados Unidos. Tampoco es negar que las mismas divisiones profundas se encuentran detrás de tales disputas.

¹⁸ Para ser por igual claro y justo, virtualmente todos los originalistas creen que en algunos casos los entendimientos originales están sub-determinados. Ellos no determinan resultados concretos y decisiones sobre casos y asuntos particulares. Cuando esta dificultad surge en un caso constitucional, muchos originalistas arguyen que el juez debe en algunos casos recurrir a un tipo de razonamiento que es diferente de la interpretación constitucional. Keith Whittington sostiene que la Constitución de los Estados Unidos tiene una naturaleza dual. El primer aspecto es el grado en el cual la Constitución actúa como un conjunto vinculante de reglas que pueden ser interpretadas y aplicadas neutralmente por las cortes frente

al constitucionalista vivo quien ve al originalismo como una teoría reaccionaria que sólo sirve para atar a comunidad política a la “mano muerta del pasado”. Los originalistas, afirman sus oponentes, nos vuelven incapaces de responder racional y responsablemente a las circunstancias sociales cambiantes y visiones morales mejoradas relacionadas con los valores y principios abstractos formulados en las constituciones modernas. Los constitucionalistas vivos, responde el originalista, recomiendan prácticas constitucionales que amenazan a varios valores fundamentales, entre los que se encuentran el Estado de Derecho y la separación de poderes. En efecto, ellos están felices de ubicar a la Constitución en manos de jueces contemporáneos quienes tienen la licencia, bajo la ilusión de estar interpretando la Constitución, de *cambiarla* para que se parezca más a sus propias inclinaciones políticas y morales. Y esto, afirman los originalistas, solo sirve para amenazar los valores asegurados a través de una Constitución estable, políticamente neutral, y puede hacer que todo el discurso de la restricción constitucional pierda su significado.

VIII. ORIGINALISMO

El originalismo¹⁹ viene en una variedad de formas.²⁰ Un originalista puede afirmar que su teoría se deriva necesariamente de una teoría más general

a los actores del gobierno. Este es el proceso de la interpretación constitucional y la neutralidad deseada es alcanzada haciendo que los jueces se enfoquen en los entendimientos originales y públicos de los términos de la Constitución. Pero, de acuerdo con Whittington, la Constitución de los Estados Unidos también sirve para guiar y restringir a los actores políticos en el proceso de formulación de políticas públicas. Al hacer eso, la Constitución depende de actores políticos, tanto para formular las reglas y requerimientos constitucionales autoritativos concretos y para hacerlos cumplir en casos futuros. Whittington describe este proceso como la *construcción constitucional*, que es diferente a la interpretación constitucional. Véase, Keith Whittington, *Constitutional Construction*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

¹⁹ Las secciones VIII y IX se basan en gran parte en Wil Waluchow, “Constitutional Interpretation”, Andrei Marmor (ed.) *Routledge Companion of Philosophy of Law*, Routledge, 2011.

²⁰ Robert Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1971; Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997; Keith Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, Kansas University Press, 1999; Randy Barnett, *Restoring the lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Lawrence Solum, “Semantic Originalism”. *Illinois Public Research*

de la interpretación: interpretar algo es necesariamente *recuperar* algo que existió en el momento de la autoría —un objeto original—. Otros pueden reconocer que la interpretación podría, teóricamente, tomar la forma de una interpretación *innovativa* o *creativa* que evalúe o que de alguna forma cambie el original, como puede ocurrir con una interpretación revolucionaria de una obra de teatro o arte. Pero tales teóricos añadirían que, por razones de moralidad política que tienen que ver, por ejemplo, con los principios de la democracia, el Estado de Derecho y los valores relacionados con la separación de poderes, tales interpretaciones innovativas nunca deben ser realizadas por los intérpretes constitucionales. El objeto de la interpretación constitucional debería, en la mayor medida posible, ser fijado a través de factores como los entendimientos públicos originales o las intenciones del autor. Otros originalistas podrían estar satisfechos con dejar un poco de libertad aquí, sugiriendo algo como lo siguiente: aunque existe una presunción, quizá una muy fuerte, a favor de la interpretación entendida como la recuperación de un original, esta es una presunción que puede superar, en muy raras ocasiones. Por ejemplo, este originalista podría decir que la presunción a favor de la recuperación podría ser derrotada cuando existe un cambio discernible y profundo en las visiones populares sobre algún asunto importante de moralidad política implicado en la disposición constitucional. Este fue quizá el caso en los Estados Unidos con respecto a la esclavitud y la igual protección. Presumiblemente “la igual protección” fue originalmente entendida, por igual por los autores de la 14a Enmienda y por las personas cuyo nombre actuaron, eran totalmente consistentes con la segregación. Por supuesto, este entendimiento concreto de la igual protección es ampliamente condenado hoy. Este rechazo completo sirvió como la principal inspiración detrás de *Brown vs. Board of Education*, cuya interpretación innovativa de la cláusula de protección igual en efecto cambió o reemplazó el entendimiento original de la noción.²¹ Muchos originalistas afirman que *Roe vs. Wade*²² se basa en una interpretación errónea de la Constitución de los Estados Unidos, una que claramente abandona

Paper No. 07-24, 2008. [disponible online en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244].

²¹ *Brown v. Board of Education* ((1954) 347 U.S. 483). De acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, la doctrina de “separados pero iguales” adoptada en *Plessy vs. Ferguson* (1896) 163 U.S. 537), “no tienen ningún lugar en el ámbito de la educación pública”. *Plessy*, decidida en 1896, esencialmente afirmó el entendimiento original de la “protección igual” como completamente consistente con aquella doctrina.

²² *Roe v. Wade* ((1973) 410 U.S. 113).

los entendimientos e intenciones originales; pero virtualmente ningún originalista va tan lejos como negar que cualquier interpretación contemporánea de las Enmiendas 1a., 2a., 5a., 9a. y 14a. es justificada sólo si puede ser reconciliada con esta decisión. En otras palabras, virtualmente todos los originalistas están de acuerdo que un precedente establecido puede en algunas veces derrotar el entendimiento original. El que esta aparente concesión sea en últimas consistente con el espíritu del originalismo es quizá cuestionable. Tal originalismo “pusilánime” se puede reducir, en últimas, a una forma de constitucionalismo vivo.²³ En realidad, como veremos en la siguiente sección, el papel de las interpretaciones judiciales de disposiciones constitucionales abstractas es central a aquella forma prominente de constitucionalismo vivo que ve la interpretación constitucional como una forma de razonamiento del *common-law*.

Otra forma en la cual los originalistas se dividen es sobre la identidad del objeto original de interpretación. Un originalista se podría enfocar en la recuperación de los entendimientos originales, mientras que otro podría desear que los intérpretes se enfoquen en las intenciones originales de los autores constitucionales relevantes. Pero se debe tener cuidado aquí. Los entendimientos públicos originales probablemente sean importantes para este segundo originalista porque, en el contexto de las promulgación de las normas, las palabras elegidas son el medio primario para expresar la intención de los autores. Y esas palabras no pueden expresar las intenciones a menos que algún significado estándar o entendimiento común sea asumido por todos, un estándar público al cual tanto por autores y los lectores tienen acceso y en términos en los cuales los segundos puedan comprendan las intenciones del primero. Pero este significado o entendimiento no puede ser nada diferente del original porque los autores no tienen bolas de cristal y por tanto no tienen acceso a entendimientos futuros. Así que los teóricos de la intención original harán que los intérpretes presten considerable atención al entendimiento público original. Consideraciones simila-

²³ Véase, Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil” *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989. Este es un punto que el mismo Scalia parece reconocer. “Debo confesar que a la hora de la verdad puedo terminar siendo un originalista pusilánime. No me puedo imaginar a mí ni a ningún otro juez federal validando una pieza de legislación que imponga el castigo de azotes”. (*Ibidem*, p. 864). El supuesto detrás del comentario de Scalia es el entendimiento original de la 8a. Enmienda de la Constitución aceptaba a los azotes como una forma permisible de castigo. La 8a. Enmienda establece “No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán *penas crueles y desusadas*.”

res serán ciertas de originalistas cuyo principal foco es el entendimiento original: él no necesita renunciar enteramente a la relevancia de las intenciones originales, o al menos, en algunos casos. Si ocurriera, por ejemplo, que el entendimiento público original conduce a aplicaciones no previstas o resultados de las cuales tenemos buena evidencia histórica para concluir que no fueron intentados por los autores, o que contradicen completamente lo que ellos sabían pero que nosotros sabemos hoy, un originalista podría permitir que tales intenciones actuales o hipotéticas reemplacen el significado original.

Una de las formas en las cuales se puede determinar si los autores no intentaron o no quisieron acoger una aplicación particular concreta o un resultado sugerido por el entendimiento original de una disposición constitucional es mediante la apelación a los *propósitos u objetivos generales* que tenemos razón para creer que se intentaron alcanzar al promulgar las disposiciones que efectivamente se promulgaron. Algunas veces estos objetivos o propósitos, a menudo llamados *intenciones generales*, son explícitamente expresadas en el preámbulo de la Constitución, como a menudo ocurre en la leyes ordinarias. Pero tales declaraciones de propósito en las constituciones tienden a ser bastante amplias y muy abstractas y, por lo tanto tienden a tener un uso limitado al tratar con las preguntas más específicas que surgen bajo una disposición constitucional particular.²⁴ Así que esta apelación algunas veces se hace a los debates oficiales (o no oficiales) y a las decisiones particulares relacionadas con la redacción, adopción o ratificación de la Constitución o de las disposiciones relevantes en cuestión. Algunas veces se apela a creencias ampliamente compartidas al momento del asunto relevante. Es bastante probable que, por ejemplo, el ahorcamiento fuera ampliamente considerado en los Estados Unidos del siglo XVIII como una forma rápida y relativamente humana de ejecución. Así se podría tener una buena razón histórica para creer que no podría haber estado entre las in-

²⁴ El Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos establece lo siguiente: “NOSOTROS EL PUEBLO de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y para nuestra posteridad los beneficios de la Libertad, establecemos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

El Preámbulo de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania es igualmente abstracto: “Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental”.

tenciones de los redactores de la 8a. enmienda la prohibición de tal práctica. Una interpretación originalista de esta enmienda puede basarse en este hecho como un argumento para demostrar la validez constitucional del ahorcamiento.

Pero quizá las cosas no son tan simples. Supóngase que estamos de acuerdo que el objetivo de los autores de la 8a. Enmienda era prohibir castigos crueles y desusados, y que ellos, al igual que cualquier otro estadounidense del día, creía que el ahorcamiento no caía dentro de la extensión de la frase. En otras palabras, lo se podría llamar el *entendimiento concreto* de la noción abstracta “castigo cruel y desusado” era tal que permitía el uso del ahorcamiento. Si es así, si un intérprete contemporáneo que cree todas las formas de pena capital, incluyendo el ahorcamiento, son *en realidad* crueles y desusadas, puede generar un argumento en ese sentido, uno que tiene, al menos superficialmente, un sabor originalista. Respetar las intenciones generales de los autores —prohibir castigos crueles y desusados— en realidad *requiere* que el ahorcamiento sea considerado inconstitucional, incluso cuando los autores (y aquellos en cuya autoridad han actuado) hubieran rechazado esta afirmación. Las intenciones de los autores de la 8a. Enmienda pudo haber sido que los cuerpos del gobierno observen un estándar moral y parcialmente abstracto que prohíba a los gobiernos actuar según formas que puedan ser adecuadamente caracterizadas como crueles y desusadas. Era en realidad su propósito al redactar la 8a. Enmienda en la forma en que los hicieron, expresar este principio abstracto y no una disposición más detallada conteniendo una lista de clases de prácticas concretas que ellos deseaban prohibir, es decir, elaborando sus entendimientos concretos de “castigos crueles y desusados”. Respetar sus intenciones, por lo tanto, requiere considerar como inconstitucionales cualquier cosa que *en realidad* entre dentro de la extensión de la disposición relevante, es decir, cualquier cosa que constituya una conducta penal que sea cruel y desusada. Imaginemos que podemos revivir a los autores de la 8a. Enmienda y que pudiéramos convencerlos, utilizando buenos argumentos morales y empíricos, de que la pena capital es en realidad cruel y desusada. ¿Cómo podría el responder a la afirmación de que la única forma de respetar sus intenciones es seguir aceptando como constitucionales la práctica de ahorcamiento? Su respuesta probable pudiera ser: “Nosotros intentamos prohibir castigos que eran crueles y desusados, aunque en ese momento entendimientos incorrectamente lo que la prohibición implicaba (como puedo verlo hoy). Si hubiéramos querido específicamente permitir el ahorcamiento, lo hubiéramos dicho explícitamente”. El que la apelación a las intenciones de esta

forma sea suficiente para convertir a alguien al originalismo –incluso solo en uno “pusilánime” – es quizá cuestionable. Tal apelación puede transformar la teoría resultante de la interpretación constitucional en algo muy similar a una forma de constitucionalismo vivo.²⁵

En cualquier caso, los originalistas pueden diferir en el papel que juegan en la interpretación constitucional de los objetivos y propósitos que algunas veces son llamados *intenciones adicionales*. Algunos originalistas pueden estar preparados para permitir que algunas intenciones adicionales reemplacen los entendimientos originales y concretos en algunos casos, mientras que otros pueden rechazar el uso de tales intenciones completamente. Una razón para la anterior reticencia –y para el enfoque de la mayor parte de los originalistas contemporáneos en el significado público ordinario, y no las intenciones originales– es probablemente que la evidencia histórica concerniente a la existencia y contenido de tales intenciones tiende a ser muy poco confiable o inaccesible para intérpretes posteriores. Una de las funciones esenciales del Derecho es la guía de la conducta. Y alguien no puede ser guiado por una norma a menos que la entienda, que sepa que significa. Y si su significado depende de factores acerca de los cuales hay una gran disputa, o son en gran medida inaccesibles, como ocurre comúnmente en las intenciones de autores muertos hace mucho tiempo, entonces no se puede estar guiado por el Derecho. Por lo tanto, argumentos basados en el Estado de Derecho pueden ser utilizados para justificar el rechazo para una apelación relevante a las intenciones de los autores (adicionales o de otra forma) en la mayor parte de los casos. Un segunda razón para rechazar la apelación a intenciones originales es que de hecho que existe una diferencia importante entre lo que una Constitución dice o quiere decir en realidad y lo que aquellos que la crearon pudieron haber querido decir o intentado alcanzar al crearla. La interpretación es un intento para recuperar, conservar y aplicar lo primero, no lo segundo.

El originalismo, como una familia general de teorías que atan a los intérpretes constitucionales a los entendimientos e intenciones originales, está sujeta a un número de objeciones. Por ejemplo, las intenciones y entendimiento originales son muy menudo poco claros y muy poco determinados, dejando al intérprete con la necesidad de apelar a otros factores.²⁶

²⁵ Para una tesis que esencialmente hace colapsar la distinción entre el originalismo y el constitucionalismo vivo, véase, Jack Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

²⁶ Es en este punto que el originalista puede afirmar que los jueces deben recurrir al proceso de “construcción constitucional”.

Cuando existen autores múltiples del documento constitucional, algunas veces las únicas cosas en las cuales los autores pueden estar de acuerdo son las palabras elegidas en realidad. Sin embargo, otra dificultad sería enfrentada por el originalista es la señalada anteriormente: la vida contemporánea a menudo es muy diferente de la vida contemplada por aquellos quienes vivieron en el momento de la adopción de la Constitución. Como resultado, muchas aplicaciones o resultados concretos sugeridos por las intenciones y entendimientos originales pueden parecer hoy absurdos o altamente indeseables a la luz de nuevos descubrimientos científicos, desarrollos sociales y comprensiones morales mejoradas. Además, la vida moderna incluyen innumerables situaciones que nuestros predecesores no pudieron haber contemplando, y muchos menos pidieras haber intentado abordar o solucionar de una forma particular. El derecho a la libertad de expresión que se consagró en muchas constituciones en la modernidad temprana no podría haber sido intentado por los autores de una Constitución antigua para regular, por ejemplo, la pornografía en internet. En respuesta a esta última dificultad, los originalistas pueden apelar a lo que se conoce como *intención o entendimiento hipotético*. La idea básica es que el intérprete siempre debe considerar, en casos que se relacionen con circunstancias nuevas e imprevistas, la pregunta hipotética de lo que sus predecesores *hubieran intentado o hubieran querido hacer* en el caso en cuestión si ellos supieran lo que nosotros sabemos hoy. En esta visión, nos debemos poner imaginariamente en los zapatos de aquellos que estuvieron antes que nosotros. Debemos determinar que hubieran querido hacer en las nuevas circunstancias que hoy enfrentamos utilizando, quizá, sus creencias generales, de los valores, propósitos y objetivos que intentaron, y quizá utilizando analogías con aplicaciones concretas de las cuales tenemos razón para creer que ellos aceptaron claramente en el momento. Pero este movimiento es problemático. Primero, presupone que podemos seleccionar un conjunto consistente de valores, propósitos y aplicaciones concretas atribuibles a nuestros predecesores. Sin embargo, las personas invariablemente tienen diferentes cosas en mente cuando ellos acuerdan un texto constitucional. Segundo, incluso si podemos señalar un conjunto aceptable de propósitos, valores y aplicaciones de las cuales nuestra investigación hipotética puede proceder, parece bastante improbable que siempre exista una única respuesta correcta a la pregunta contra-fáctica de lo que los actores hubieran querido o intentado hacer a la luz de estos factores. Si es así, entonces es probable que, en últimas, el intérprete moderno tendría que utilizar sus propias convenciones morales para seleccionar una respuesta a esta pre-

gunta contra-fáctica. Lo que el intérprete crea que los autores *podieron* haber decidido bien puede ser nada diferente que lo que él cree que ellos *debieron* haber decidido si hubieran estado con nosotros hoy. Así que quedamos con la pregunta de si debemos especular acerca de lo que un grupo de personas que murieron hace tiempo *podieron* haber intentado o querido si ellos tuvieran el conocimiento que tenemos hoy. El principal atractivo del originalismo es que parece atar la interpretación constitucional a hechos *históricos*, moramente neutrales acerca de las *creencias, intenciones y decisiones reales* de individuos con la autoridad legítima para solucionar preguntas fundamentales relacionadas con la forma adecuada de gobierno y el límite de sus poderes. Si ahora debemos considerar, no lo que ellos decidieron, entendieron o creyeron *en realidad*, sino lo que ellos *deberían* decidir si existirían hoy y supieran lo que nosotros sabemos, entonces el principal atractivo se desaparece. Y la pregunta que surge naturalmente es la siguiente: ¿Por qué no olvidarnos de este ejercicio contra-fáctico teóricamente sospechoso y no tomar la decisión nosotros mismos?

Pero, si no estamos atados en estas formas a la denominada “mano muerta del pasado” cuando nos embarcamos en la interpretación constitucional, ¿cómo debemos proceder entonces? La alternativa dominante, el constitucionalismo vivo, toma su inspiración en las dificultades del originalismo esbozadas en los párrafos precedentes. Hace eso al entender la Constitución —o al menos aquellas partes que incorporan principios abstractos²⁷— como una entidad viva cuyas limitaciones algunas veces están abiertas a reconsideración y revisión a la luz de los tiempo cambiantes y (posiblemente) mejores entendimientos morales y políticos que tienen a causarles problemas a los originalistas.

IX. CONSTITUCIONALISMO VIVO

²⁷ Una vez más, se debe tener en mente que el enfoque de estas secciones en interpretación es la interpretación de disposiciones abstractas de derechos civiles. Ningún teórico constitucional negaría que muchas disposiciones muy específicas o concretas son fijadas por el significado simple del texto, por un entendimiento del texto que permanece constante a lo largo de décadas y posiblemente de siglos. Considérese, por ejemplo, el artículo 54(2) de la Ley Fundamental Alemana el cual establece: “El cargo de Presidente Federal dura cinco años. Se permitirá la reelección inmediata una sola vez”. “Cinco años” significaba cinco años en 1949 y sigue significando cinco años en 2014.

Cualquier otra cosa que pudiera decirse sobre el Derecho, lo siguiente es innegablemente cierto. Donde quiera que exista el Derecho, nuestra conducta está sujeta a varias formas de restricción. Pero en muchas instancias, las restricciones relevantes pueden ser removidas o cambiadas, como ocurre cuando un precedente del *common law* es cambiado, o una pieza de legislación es derogada o enmendada porque ya no cumple propósitos útiles. No es lo mismo con las constituciones. Como fue notado anteriormente, ellas tienen a estar fuertemente atrincheradas. También se intenta que ellas duren largo tiempo y que sirvan a los valores de asegurar continuidad y estabilidad en el marco básico dentro del cual los asuntos controversiales de Derecho y política se conducen. Y, finalmente, las constituciones modernas tienden a incluir disposiciones morales muy abstractas que limitan los poderes de los cuerpos de gobierno en muchas formas relevantes. Estas características especiales de las constituciones combinadas dan lugar a una pregunta fundamental, una que causa a los originalistas una gran dificultad y a la cual el constitucionalismo vivo pretende proporcionar una mejor respuesta: ¿Cómo puede justificadamente un grupo de personas establecer impedimentos constitucionales atrincherados de una naturaleza claramente moral que afecten a un segundo grupo de personas que pueden vivir en circunstancias radicalmente diferentes y quizá con visiones morales radicalmente diferentes? ¿Cómo, en resumen, una generación puede legítimamente vincular a la elecciones morales de otra? Una respuesta satisfactoria a este *problema intergeneracional*, sostienen los constitucionalistas vivos, requiere que se reconozcan que las constituciones pueden crecer y adaptarse a las circunstancias siempre cambiantes sin perder su identidad o su legitimidad.

De acuerdo con los constitucionalistas vivos, el significado o contenido de una disposición atrincherada como la sección 3(1) de la Ley Fundamental Alemana, la cual establece que “todas las personas deben ser iguales ante la ley”, consiste en los derechos y principios de moralidad política que ellos expresan, no lo que se generalmente se entendía que esos derechos y principios requerían en el momento de su promulgación, o lo que era creído o fue intentado por aquellos quienes las incluyeron en la Constitución. La elección de utilizar términos abstractos (*e. g.* “penas crueles y desusadas”) en vez de términos más concretos y no morales (*e. g.* “ahorcamiento público”, o “arrastramiento y evisceración” [*drawning and quartering*]) presumiblemente se hace en reconocimiento de cuatro factores cruciales: (1) Es importante que los gobiernos no violen ciertos derechos importantes de moralidad política; (2) los autores constitucionales no siempre están de acuerdo qué se requiere en concreto en los muchos escenarios y casos en

los cuales esos derechos son o serán relevantes; (3) los autores constitucionales no pueden anticipar el futuro ni los muchos escenarios en los cuales esas determinaciones importantes pueden ser en alguna forma relevantes; y, (4), incluso cuando ellos acuerden en lo que estos derechos requieren en concreto al momento de su adopción, y estén en una buena posición para vincularse a *sí mismos* a esos entendimientos contemporáneos, ellos no están particularmente cómodos en hacer eso respecto a generaciones futuras quienes vivirán en momentos muy diferentes y quienes pueden pensar de forma muy distinta. Debido a esto se toma la decisión de expresar compromisos constitucionales en términos muy abstractos —“castigos crueles e desusados” en vez de “arrastramiento y evisceración”— dejando espacio a las generaciones futuras para substituir su entendimientos concretos posiblemente diferentes de aquellos que los autores o de aquellos que vivieron al momento de la autoría. El resultado es que en la medida en que los entendimientos concretos de las disposiciones que contienen derechos atrincherados evolucionen, los resultados garantizados por estas disposiciones pueden legítimamente cambiar con ellos. Y, de forma importante para el constitucionalista vivo que desea aceptar el cargo de que él está aconsejando infidelidad a la Constitución, estos cambios pueden ocurrir sin que la Constitución cambie, como ocurriría cuando hay proceso formal de enmienda exitosamente invocado y una disposición abstracta de derechos es removida de la Constitución.

A pesar de su indudable atractivo (al menos para muchos), el Constitucionalismo vivo ha estado sujeto a varias de objeciones relevantes. Quizá las más prominentes son las siguientes: (a) la teoría deja sin sentido discurso de la interpretación constitucional, adecuadamente entendida como la recuperación de significado: la interpretación constitucional se transforma en algo que es diferente de la creación constitucional irrestricta o de la construcción presentada como interpretación; (b) los constitucionalistas vivos le quitan a la Constitución su capacidad de guiar la conducta, después de todo, ¿cómo pueden los individuos ser guiados por una Constitución cuya aplicación a sus conductas y elecciones será determinada por las visiones de los intérpretes posteriores?; y (c) el constitucionalismo vivo viola la doctrina de la separación de poderes, dado que si la Constitución y sus límites se vuelven cualquiera cosa que los intérpretes asuman que son, y si esos intérpretes tienen a encontrarse casi exclusivamente en las Cortes, entonces jueces que nos son responsables democráticamente terminarán decidiendo cuáles son los límites adecuados al poder del gobierno, una tarea para la cuales ellos están eminentemente poco calificados y la cual

debe ser reservada a otros individuos (*e.g.*, los autores de la Constitución) elegidos para servir tal función. Así, el originalismo resurge.

Los constitucionalistas vivos tienen varias respuestas a estas objeciones. Por ejemplo, se puede argüir que la teoría que no resulta en el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder judicial que sus oponentes manifiestan que es. Los constitucionalistas vivos como Strauss²⁸ y Waluchow²⁹ sugieren que la interpretación continua de las disposiciones que contienen derechos abstractos en una Constitución es similar a los procesos a través de los cuales desarrollan nociones igualmente abstractas del *common-law*, como “negligencia” y “el uso razonable de la fuerza”. De acuerdo con Strauss, el sistema constitucional de los Estados Unidos “se ha vuelto un sistema de *common law*, uno en el cual el precedente y las prácticas judiciales pasadas son, en su propia forma, tan importantes como la Constitución misma... [n]o ocurre que los jueces (o nadie más) puedan simplemente manipularlo para hacer caber sus propias ideas”.³⁰ Desde esa visión, la interpretación constitucional debe acomodarse a intentos previos de interpretar y aplicar las disposiciones de derechos abstractos expresadas en el texto de la Constitución. En la misma medida en que las reglas tradicionales del precedente combinan un respeto (limitado) por la sabiduría y autoridad de quienes tomaron decisiones en el pasado (en los poderes legislativo y judicial) con un atención a la necesidad de permitir adaptación de cara a visiones cambiantes, circunstancias nuevas o imprevistas, así también los intérpretes constitucionales deben respetar la sabiduría y autoridad de los intérpretes previos, al mismo tiempo que permiten que la Constitución se adapte para responder a visiones cambiantes y circunstancias nuevas o imprevistas. La interpretación constitucional viva, aunque flexible y adaptativa, no es menos restringida y disciplinada que el razonamiento bajo el *common law*.

Otra respuesta posible para los constitucionalistas vivos es negar que su teoría de la interpretación ignore el papel especial que juega el texto de la Constitución y sus autores. El texto juega un papel clave en tanto cualquier interpretación constitucional, por innovadora que pueda ser, debe ser consistente con el texto, en tanto no sea modificado a través de algún medio formal de enmienda constitucional. No existe ninguna razón para negar

²⁸ David Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.

²⁹ Wil Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 (traducido como *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: Un árbol vivo*, Marcial Pons, 2009).

³⁰ Strauss, *The Living Constitution*, *op. cit.*, p. 3.

que los entendimientos originales de las disposiciones abstractas de una Constitución también pueden ser altamente relevantes para interpretaciones futuras. Esto es especialmente importante para interpretaciones que ocurren poco tiempo después de la adopción de la Constitución, cuando las preocupaciones acerca de vincular generaciones futuras no están en juego. Los entendimientos originales simplemente no pueden ser dispositivos, al menos no a perpetuidad. Al final, la importancia relativa de factores como el significado textual, los entendimientos originales, interpretaciones posteriores y propósitos intentados, pueden ser, como Joseph Raz sugiere,³¹ fundamentalmente una cuestión de moralidad política que no puede ser resuelta en abstracto y sin considerar lo que justifica, en el momento particular de la interpretación, haber atrincherado la Constitución en primer lugar, además de atrincherar determinado contenido particular. Algunas veces, la recuperación de un entendimiento concreto será necesario, en especial cuando la Constitución está en su infancia y fue promulgada para solucionar un rango de problemas morales concretos relacionados con los límites adecuados del poder gubernamental, *al menos por un momento*. Pero si un intérprete tiene una buena razón para creer que esta función de resolución ha sido derrotada por otras preocupaciones más apremiantes, quizá la necesidad de adaptarla a la luz de una circunstancias dramáticamente diferentes o entendimientos morales superiores, entonces una interpretación más innovadora puede ser apropiada. Y, una vez más, decir que los intérpretes constitucionales pueden algunas veces ser innovadores no es equivalente a decir que una Constitución puede ser interpretada para que signifique lo que el intérprete quiera.

X. TEORÍAS CRÍTICAS

Aunque el constitucionalismo está ampliamente aceptado en el mundo, ello no significa que no tenga detractores. Esto es especialmente cierto cuando tratamos esas constituciones que no sólo crean y regulan los cargos del gobierno sino que también intentan proteger derechos abstractos de moralidad política. Algunos críticos —podemos llamarlos *Críticos Duros*— sostienen que tales constituciones aparentemente protectora no pueden efectiva y legítimamente servir para proteger individuos frente a las fuerzas

³¹ Raz, Joseph, “Intention in Interpretation,” en R. George (ed.) *The Autonomy of Law* Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 176-191.

opresivas del gobierno.³² Por el contrario, ellas solo sirven para enmascarar prácticas jurídicas y políticas en un falso manto de legitimidad. Otros críticos —podemos llamar a estos *Críticos Democráticos*— no son tan profundamente despectivos de las constituciones protectoras de derechos. En vez de ello, su principal preocupación es desafiar el papel que jueces que no tienen responder ante la democracia típicamente juegan en la interpretación y aplicación de tales constituciones.

De acuerdo con los Críticos Duros, factores como los entendimientos originales y la supuesta disciplina del razonamiento del *common law* rara vez son exitosos en la fijación de límites significativos al poder del gobierno. Como resultado, confiar en tales factores en la adjudicación constitucional sólo sirve (a) para racionalizar las decisiones puramente políticas de los jueces quienes están, conscientemente o no, persiguiendo sus propias ideologías políticas. Consecuencias adicionales incluyen (b) una seria afrenta a la democracia, dado que pequeños grupos de jueces no elegidos y elitistas terminan sustituyendo los juicios razonados de los representantes del pueblo, por ejemplo, aquellos miembros del Congreso o del Parlamento debidamente elegidos para ejercer, a nombre del pueblo, el derecho soberano de éste de participar en las decisiones políticas que afectan sus derechos fundamentales. Y, posiblemente, (c): la supresión de aquellos —mujeres, grupos raciales minoritarios, los pobres y otros— cuyos intereses no son adecuadamente reconocidos y protegidos por las ideologías dominantes con los cuales esos jueces tienen afinidad. En vez de frenar el gobierno amenazante de los derechos que motiva el constitucionalismo, tenemos la supresión política presentada en un falso manto de legitimidad constitucional.

Así que los críticos duros son altamente escépticos de la práctica constitucional y de aquellas teorías que aplauden el constitucionalismo como un baluarte contra la opresión.³³ Como fue notado desde el principio, un

³² Algunos críticos duros, por ejemplo, aquellos dentro de lo que se conoce como el movimiento de los ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS, están preparados para ampliar su crítica a áreas por fuera de la práctica constitucional, incluyendo el derecho de los contratos y la responsabilidad civil. Véase, Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

³³ “Y no creo que la teoría constitucional restrinja, o se supone que restrinja a los jueces. Por el contrario... sirve primariamente para proporcionar un conjunto de mecanismos retóricos que los jueces pueden desplegar en tanto ellos los consideren efectivos”. Tushnet, Mark, “Constitutional Interpretation, Character and Experience,” *Boston University Law Review*, vol. 72, núm. 4, 1992, p. 759.

elemento clave de la idea del constitucionalismo es que el gobierno puede y debe ser limitado en su poder y que su autoridad depende de su observancia de aquellos límites. Además notamos que se cree generalmente se cree que la autoridad de las constituciones en las democracias liberales se deriva del “pueblo”. Una implicación adicional de las teorías críticas duras es (d) que el concepto de “el pueblo” es en gran medida una mentira. En vez de estar compuesto por un grupo de individuos unidos por su preocupación por los derechos básicos, las sociedades occidentales están conformadas de varios grupos compitiendo por la dominación (*e. g.*, los hombres blancos y los ricos) o por reconocimiento y la eliminación de la opresión (*e. g.*, los pobres, las mujeres y las minorías raciales). El Derecho, incluyendo el Derecho constitucional, es una herramienta poderosa que históricamente ha sido utilizada por los grupos dominantes para asegurar y mantener su estatus superior. Como tal, una Constitución puede ser cualquier cosa menos la protección de un gobierno restringido que los campeones del constitucionalismo han sostenido por siglos. Lo que se asume como el significado obvio de “iguales frente a la ley” es lo que el grupo dominante entiende por ello o afirma que es. Lo que se entiende como los entendimientos obvios originales o intenciones históricas de los autores de la Constitución son cualquiera eran los entendimientos o intenciones que concuerden con las ideologías de los grupos dominantes. Lo que se toma como la mejor articulación de los derechos a igualdad que emergen que un análisis justo y disciplinado de *common law* de ese derecho, no es nada más que una racionalización de las estructuras sociales actuales y pasadas, las cuales sistemáticamente oprimen los intereses de las mujeres, las minorías y los pobres.

Como fue notado anteriormente, los Críticos Democráticos no tienen a ser tan despectivos de las constituciones y los derechos constitucionales como los primos de línea más dura. Sus principales objeciones giran alrededor de una práctica con la cuál estos aspectos de los regímenes constitucionales modernos son asociados de forma típica: el CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. Esta es la práctica general donde las cortes son llamadas a revisar una ley u otro acto oficial del gobierno (*e. g.*, la decisión de una agencia administrativa como el US Food and Drug Administration o el Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) para determinar su compatibilidad con la Constitución.³⁴ Los ejemplos de esta

³⁴ El control de constitucionalidad se enfoca en la compatibilidad con estándares constitucionales. Por ejemplo, puede basarse en estándares de razonabilidad o equidad desarrollados por los jueces en derecho contractual o administrativo. Nuestro enfoque será en el control de constitucionalidad como figura en la práctica constitucional.

práctica varían considerablemente. En muchas jurisdicciones, como las de los Estados Unidos, Francia y Canadá, el control de constitucionalidad incluye el poder para “derogar” o anular legislación que sido adecuadamente tramitada por el órgano legislativo o el cuerpo administrativo; mientras que en otras jurisdicciones, los poderes de control son más limitados. Por ejemplo, las cortes del Reino Unido no tienen el poder para invalidar la legislación del Parlamento, es decir, para declararla nula y sin fuerza ni efecto. Pero ellos tienen la autoridad, bajo la sección 4 del *Human Rights Act* 1998, de oficialmente declarar a la legislación incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos. Bajo tal declaración, el Parlamento usualmente emprende la tarea de enmendar o revocar la legislación violatoria. Pero, mientras no se elija hacer eso, la legislación sigue siendo válida y las cortes no tienen ningún recurso jurídico.

Entre los críticos democráticos contemporáneos más influyentes está Jeremy Waldron. Waldron, para decirlo suavemente, no es ningún fan del control de constitucionalidad. Tampoco está él enamorado de las grandiosas cartas constitucionales y de derechos las cuales sirven como el fundamento más discutible de los poderes a menudo ejercidos por las cortes. De acuerdo con Waldron y sus compañeros críticos democráticos, el control de constitucionalidad bajo una carta constitucional está cargado de dificultades teóricas y prácticas. Amenaza la democracia y es fundamentalmente injusto y políticamente peligroso. También se basa en visiones pasadas de moda sobre los derechos morales, según las cuales existen derechos universales y objetivos de moralidad política a los cuales las cartas hacen referencia, sobre los cuales existe acuerdo extendido dentro de las comunidades democráticas, que permiten a los ciudadanos extiendan peticiones a los jueces, de forma sensible y justificada, para que estos derechos que sean protegidos contra los ejercicios recalcitrantes del poder gubernamental. Aunque es cierto que el control de constitucionalidad no requiere basarse en la apelación a derechos abstractos de moralidad política —podría, por ejemplo, estar restringido cuestiones sobre si una entidad administrativa ha seguido un procedimiento adecuado— y es cierto que no necesita incluir la habilidad real para derogar en realidad la legislación, el foco central de los críticos democráticos ha sido las formas de control de constitucionalidad que ejemplifican estas dos características.

De acuerdo con los Críticos Democráticos, es difícil subestimar el considerable poder que el control de constitucionalidad bajo una carta de derechos pone en las manos de los jueces quienes típicamente no son, en una democracia constitucional moderna, elegidos democráticamente y por tan-

to no responden directamente a la comunidad democrática. A pesar de esta falta de responsabilidad democrática, estos jueces han sido asignados con la tarea de proporcionar respuestas autoritativas a las preguntas profundamente controversiales de moralidad política que surgen bajo el control de constitucionalidad y con respecto a las cuales existen desacuerdos profundos. Sobre la base de estas premisas altamente controversiales, ellos terminan determinando lo que debe ser considerado lícito en la comunidad. Éste es un poder político muy grande e influyente sobre la totalidad de la comunidad democrática para que sea ejercido por un grupo muy pequeño de personas no elegidas, sin importar cuán educados o sabios ellos puedan ser. Pero quizá de forma más importante, la concesión de tal poder es fundamentalmente anti-democrática en principio: en la realidad, los ciudadanos individuales terminan siendo limitados en su capacidad política. En una sociedad democrática, cada ciudadano en edad de votar debe tener un derecho igual a contribuir en la creación de las leyes que lo gobiernan. Él ejercita este poder, directamente, mediante las urnas y a través de cualquier otra contribución que haga al discurso y debate públicos acerca de los asuntos controversiales que ella elija hacer. También hace eso indirectamente a través de los votos legislativos que hace a través de sus representantes elegidos, cuya tarea es precisamente representarle en sus intereses y opiniones. Sin embargo, con el control de constitucionalidad, todo esto ha sido reemplazado por los pronunciamientos de los jueces. Las visiones consideradas de los ciudadanos y sus representantes acerca de las leyes que los gobiernan a las que se llega (se espera) a través de un proceso democrático de toma de decisiones han sido, en la práctica, reemplazadas por los pronunciamientos morales controversiales de una élite de unos pocos jueces que no le responden a la democracia. Esta situación poco feliz es además exacerbada por el hecho innegable de que los jueces en los altos tribunales a menudo discrepan vehementemente entre ellos mismos acerca de los derechos de moralidad política, y deben a menudo, en últimas, basarse en votos mayoritarios para solucionar sus propios desacuerdos. No es poco común ver a los tribunales divididos sobre asuntos controversiales de principios morales como la acción afirmativa, el aborto o la pornografía. Y a menudo, estos fallos sobre votos divididos a menudo siguen patrones que están muy relacionados con las discernibles simpatías políticas de los jueces.³⁵ Y añádase a esto el hecho de los jueces presentan decisiones que a menudo no sólo parecen estar en conflicto con las visiones de la comunidad en general, sino

³⁵ Uno de los ejemplos contemporáneos más notables es *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000).

también con sus propias decisiones en casos anteriores. Con todo esto, lo que parecería ser una idea maravillosa en abstracto —garantizar constitucionalmente derechos morales e intereses fundamentales contra el abuso del poder gubernamental— se transforma en una pesadilla viva. Una pesadilla en la cual la democracia, la justicia y el principio de legalidad han sido abandonados y reemplazados en la práctica por el gobierno de unos pocos hombres y mujeres, una suerte de “oligarquía judicial”. Y sin importar en cuan alta estima tengamos a nuestros jueces en las democracias constitucionales modernas, esta no es una forma de gobierno que deba ser aceptada de forma entusiasta.

Las teorías críticas, tanto en sus variante duras y democráticas, representan un desafío serio no sólo a las teorías convencionales y las prácticas establecidas de interpretación constitucional, sino también la idea misma de constitucionalismo —la idea de que el gobierno puede y debe ser limitado de formas que nos sirvan para protegernos de un poder estatal ilimitado—. De acuerdo con el originalismo, la Constitución nos protege de los jueces y otros funcionarios al restringirlos (en gran medida) a decisiones política y moralmente neutrales e incontrovertibles acerca de las intenciones y entendimientos históricos. De acuerdo con una rama del constitucionalismo vivo, nuestra Constitución en evolución puede hacer lo mismo aunque al mismo tiempo permite a la Constitución crecer y adaptarse a las circunstancias cambiantes y (se espera) a mejores entendimientos morales. Se puede modificar el acto de ponderación inicial en tanto los jueces, en cuyas manos recae el poder de interpretación y aplicación constitucionales, estén dispuestos a sujetar sus deliberaciones a la disciplina del razonamiento del *common law*. Los Críticos, sin embargo, siguen siendo escépticos. Los jueces ordinarios, sostienen los teóricos Críticos, no son reyes y reinas platónicos, que dispensan justicia a la luz de la verdad moral objetiva. Debemos siempre recordar, insisten los Críticos, que los jueces son seres humanos ordinarios y con defectos, con todas las falencias, debilidades y prejuicios intelectuales y morales de los demás seres humanos. Ellos también son, a menudo, miembros de un grupo dominante (*e. g.*, hombres ricos y blancos) quienes comparten el contexto social, educación, perspectiva y los valores de ese grupo. Pero si las constituciones están a la merced de las ideologías dominantes y los caprichos y convenciones de una élite judicial, entonces, la clase de protecciones sostenidas por la idea de constitucionalismo pueden ser un mito, y un mito peligroso.

Entonces, ¿cuál es la solución, según los teóricos críticos? Las soluciones proferidas varían considerablemente, dependiendo en cuan fuerte es la

línea que sostenga el teórico. Un comunista revolucionario puede sostener un derrocamiento total del sistema de gobierno democrático, mientras que un crítico liberal feminista puede estar contento con trabajar dentro del sistema constitucional existente para erradicar los vestigios de patriarcado que pueden haber sobrevivido a los recientes movimientos feministas.³⁶ Waldron y los demás críticos democráticos sostienen que debemos abandonar la práctica del control de constitucionalidad bajo una carta de derechos y que debemos dejar las decisiones políticas donde ellas pertenecen: al pueblo y sus representantes electos y democráticamente responsables. Pero cualquiera sea la solución preferida, todo Críticos del constitucionalismo parecen estar de acuerdo en que el progreso sólo puede hacerse si los mitos que rodean a la protección constitucional —la fuerza restrictiva del entendimiento original, la intención, la historia, la disciplina del *common law*, entre otros— son expuestos y que las verdaderas fuerzas políticas que operan en la prácticas constitucionales sean reconocidas y tratadas abiertamente. El que la idea de constitucionalismo pueda sobrevivir las lecciones de tal escrutinio crítico es una buena pregunta.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We The People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- , *We The People 2: Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- , “The Living Constitution” *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007.
- ADLER, Matthew & KENNETH Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, New York, Oxford University Press, 2009,
- ALLAN, T.R.S., *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- ALEXANDER, Larry (ed.) *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- ALEXANDER, Larry & SOLUM, Larry, “Popular? Constitutionalism?,” *Harvard Law Review*, vol. 118, núm. 5, 2005.
- ALTMAN, Andrew, *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

³⁶ Strossen, Nadine, *Defending Pornography*, New York, Scribner, 1995.

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- BARNETT, Randy E., "An Originalism for Nonoriginalists," *Loyola Law Review*, vol. 45, 1999.
- , *Restoring the Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- BARBER, N.W., *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- BARBER, Sotirios & J. FLEMING, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- BERMAN, Mitchell, "Originalism is Bunk," *NYU Law Review*, vol. 84, 2009.
- , "Constitutional Constructions and Constitutional Decision Rules: Thoughts on the Carving of Implementation," *Constitutional Commentary*, vol. 16, 2010.
- , "Constitutional Interpretation: Non-originalism" *Philosophy Compass*, vol. 6, núm. 6, 2011.
- BENTHAM, Jeremy, "Constitutional Code", en vol. 9, *Works of Jeremy Bentham*, 1838–1843.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BLACKSTONE, Sir William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1-4, 1765-1769.
- BLAUSTEIN, Albert P. & GISBERT H. FLANZ, ed., *Constitutions of the Countries of the World*, Dobbs Ferry NY, Oceana Publications, 2003.
- BOBBIT, Philip, *Constitutional Interpretation*, Oxford: Blackwell, 1991.
- BORK, Robert, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," *Indiana Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1997.
- , *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Macmillan, 1991.
- BREST, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding," *Boston University Law Review*, vol. 60, núm. 2, 1980.

- CHRISTIANO, Thomas, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and Its Limits*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DEN OTTER, Ronald, *Judicial Review in the Age of Moral Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9o.ed., London, Macmillan, 1948.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- _____, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve," *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.
- EISGRUBER, Christopher, *Constitutional Self-Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- ELSTER, John & RUNE Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy* Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- ELY, John, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- FALLON, Richard H. Jr., *Constitutional Implementation*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- FREEMAN, Samuel, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review," *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4, 1990.
- _____, "Original Meaning: Democratic Interpretation and the Constitution," *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 3, 1993.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, "Constitutional Interpretation: Originalism," *Philosophy Compass*, vol. 4, núm. 4, 2009.
- GRAY, John, *The Nature and Sources of Law*, New York, Columbia University Press, 1921.
- GREY, Thomas, "Do We Have An Unwritten Constitution?" *Stanford Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1975.
- _____, "Constitutionalism: An Analytic Framework", en *Constitutionalism: Nomos XX*, R. Pennock & J. Chapman (eds.) New York, New York University Press, 1979.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2a.ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HOBBS, Thomas, *De Cive: The Philosophical Rudiments Concerning Government and Society*, varias ediciones, 1642.
- _____, *Leviathan*, varias ediciones, 1651.
- HOGG, Peter, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1999.
- HOHFELD, Wesley, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning: And Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1919.

- HUSCROFT, Grant and I. BRODIE (eds.) *Constitutionalism in the Charter Era* (Markham, Ontario: Butterworth's, 2004).
- HUSCROFT, Grant & Bradley MILLER (eds.) *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- _____, *Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- KAVANAGH, Aileen, "The Idea of a Living Constitution," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 16, 2003.
- _____, *Constitutional Review Under the Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, varias ediciones, 1690 [en especial, Libro II, Capítulos XI-XIV].
- LYONS, David, "Constitutional Interpretation and Original Meaning", en *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- _____, "A Preface to Constitutional Theory" en *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- MACCALLUM, Gerald, "Legislative Intent," en Robert Summers (ed.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Basil Blackwell, 1970.
- MACKINNON, Catherine, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- _____, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- _____, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- MARMOR, Andrei, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, en especial, cap. 4 "Are Constitutions Legitimate?" y cap. 8 "The Immorality of Textualism".
- MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1971.
- _____, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- MCILWAIN, Charles, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithica, NY; Cornell University Press, 1947.

- MICHELMAN, Frank, "Constitutional Authorship," en Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- MONTESQUIEU, Baron de, *The Spirit of the Laws*, traducción de Thomas Nugent, F. Neumann (ed.), New York, Hafner Publishing, 1949 [1748].
- PAINE, Thomas, "The Rights of Man," en *The Essential Thomas Paine*, New York, New American Library, 1969 [1761].
- PENNOCK, R. & J. CHAPMAN, (eds.), *Constitutionalism: (Nomos XX)*, New York, New York University Press, 1979.
- RAKOVE, Jack (ed.), *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston, Northeastern University Press, 1990.
- RAZ, Joseph, "Intention in Interpretation," en R. George, (ed.) *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- _____, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries" en L. Alexander (ed.) *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- REHNQUIST, William, "The Notion of a Living Constitution," *Texas Law Journal*, vol. 64, 1974.
- RICHARDS, David, *Toleration and the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1986.
- RUBENFELD, Jed, "Legitimacy and Interpretation," en L. Alexander (ed.), *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- SAGER, Lawrence, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Justice*, New Haven, Yale University Press, 2004.
- SCALIA, Antonin, "Originalism: The Lesser Evil" *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989.
- _____, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- SHKLAR, Judith, *Montesquieu*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- SMITH, Patricia (ed.) *Feminist Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1992.
- SOLUM, Lawrence B., (2008) "Semantic Originalism". *Illinois Public Research Paper*, No. 07-24, 2008, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244].
- _____, "The Interpretation-Construction Distinction" *Constitutional Commentary*, vol. 27, 2010.
- _____, "What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory" *Social Science Research Network* (April 28, 2011) 1825543. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825543]

- STRAUSS, David, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.
- STROSSEN, Nadine, *Defending Pornography*, New York, Scribner, 1995.
- SUNSTEIN, Cass, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1995.
- THAYER, J.B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law" *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, 1893.
- TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1978.
- _____, "Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation," *Harvard Law Review*, vol. 108, núm. 6, 1995.
- TUSHNET, Mark, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- _____, "Constitutional Interpretation, Character and Experience," *Boston University Law Review*, vol. 72, núm. 4, 1992.
- _____, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- UNGER, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- VERMEULE, Adrian, *Law and The Limits of Reason*, New York, Oxford University Press, 2009.
- WALDRON, Jeremy, "A Rights-Based Critique of Constitutional Rights," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993.
- _____, "Precommitment and Disagreement," en L. Alexander (ed.), *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- _____, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- _____, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- _____, "The Core of the Case Against Judicial Review," *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.
- WALUCHOW, W.J., "Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 18, núm. 2, 2005.
- _____, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- _____, "Judicial Review" *Philosophy Compass*, vol. 2, núm. 2, 2007.
- _____, "Democracy and the Living Tree Constitution", *Drake University Law Review*, vol. 59, 2011 (traducido como Wil Waluchow,

- “Democracia y Constitucionalismo del Árbol Vivo”, en Jorge Fabra y Leonardo García Jaramillo (eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional*, 2015).
- _____, “Constitutional Interpretation”, en A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York: Routledge, 2012.
- WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitations of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- WHITTINGTON, Keith, *Constitutional Construction*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- _____, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence: Kansas University Press, 1999.