

## LA INTENCION DE LOS CONSTITUYENTES Y LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

**David A. J. Richards**

Catedrático de la Facultad de Derecho  
Universidad de Nueva York

La Constitución norteamericana es la Constitución escrita de más larga duración existente en el mundo. Como se sabe, los norteamericanos somos plenamente conscientes de este hecho, lo que constituye el sentido de la historia típico de nuestro pensamiento jurídico y político. Los norteamericanos de hoy día debaten muy activamente, por ejemplo, cómo deberíamos entender la intención de los constituyentes que escribieron y ratificaron la Constitución en 1787-88, el *Bill of Rights* en 1791 y la decimocuarta enmienda, y en particular sus cláusulas de igualdad y de *due process*, en 1868. Una de las características más singulares de la tradición constitucional norteamericana consiste tanto en que los constituyentes aspiraron a este tipo de duración a largo plazo del texto constitucional como que las generaciones de norteamericanos han entendido esta duración como de sentido común. Sin embargo, pura y simplemente, ello no es verdad. Ni más ni menos que Thomas Jefferson (que no asistió a la convención constitucional) sugirió una fórmula alternativa, es decir, que cada generación debería revolverse contra el antiguo orden político y establecer uno nuevo según su mejor manera de entender las cosas<sup>1</sup>. Jefferson no se opuso en principio a una Constitución escrita. Por el contrario, como otras figuras eminentes de la época revolucionaria (por ejemplo, John Adams<sup>2</sup>), concibió la elaboración de constituciones republicanas escritas en los niveles estatal y nacional como la responsabilidad central intelectual y política de la revolución norteamericana. Esta revolución se enfrentó a las opresiones que habían sido posibles por la Constitución británica no escrita y por su carencia de límites institucionales adecuados a lo que los norteamericanos con-

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, Adrienne KOCH, *Jefferson and Madison: The Great Collaboration* (Nueva York, Knopf, 1950), pp. 62-69.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, John ADAMS, «Thoughts on Government», en *The Works of John Adams*, ed. Charles Francis Adams, vol. IV (Boston, Little and Brown, 1851), p. 193.

templaron como poderes, a la vez inconstitucionales e injustos, establecidos por la supremacía parlamentaria británica sobre las colonias americanas<sup>3</sup>. Así, pues, Jefferson escribió en 1776 no menos de tres anteproyectos para la Constitución del Estado de Virginia<sup>4</sup>, y todavía hizo otra propuesta en 1783<sup>5</sup>, motivada porque la Constitución de Virginia de 1776 no había conseguido adecuadamente aprender las lecciones abusivas de una supremacía legislativa al estilo británico: «nosotros no luchamos por un despotismo electivo»<sup>6</sup>. Pero Jefferson sí que objetaba a la idea de que la concepción de la mejor forma de Constitución escrita que tuviera cualquier generación constituyera autoridad vinculante para las generaciones posteriores; su anteproyecto de Constitución de 1783, en consecuencia, permitía un procedimiento de reforma relativamente fácil de llevar a cabo<sup>7</sup> y su famosa carta a Madison de 1789, defendía el derecho moral de naturaleza abstracta a la revolución constitucional cada diecinueve años<sup>8</sup>. Madison, uno de los más grandes padres fundadores, disentía de la opinión de su buen amigo y colaborador Jefferson precisamente en estos puntos, tanto en *El Federalista*, número 49, como en su correspondencia privada<sup>9</sup>. La visión de Madison acerca de la autoridad intergeneracional de la Constitución escrita era realmente la intención de los padres constituyentes y ciertamente era el modelo ideal que se tuvo en cuenta cuando llevaron a cabo su obra<sup>10</sup>. El tributo

<sup>3</sup> Para los argumentos constitucionales, véanse, por ejemplo, John Phillip REID, *Constitutional History of the American Revolution: the Authority of Rights* (Madison, University of Wisconsin Press, 1986); *Constitutional History of the American Revolution: The Authority to Tax* (Madison, University of Wisconsin Press, 1987).

<sup>4</sup> Véase Julian P. BOYD, *The Papers of Thomas Jefferson, 1760-1776*, vol. 1 (Princeton, Princeton University Press, 1950), pp. 329-365.

<sup>5</sup> Véase Julian P. BOYD (ed.), *The Papers of Thomas Jefferson, 1781-1784*, vol. 6 (Princeton, Princeton University Press, 1952), pp. 294-308.

<sup>6</sup> Thomas JEFFERSON, *Notes on the State of Virginia*, ed. William Peden (Nueva York, W. W. Norton, 1982), p. 120.

<sup>7</sup> Dos de los tres padres constitucionales podían, mediante decisión aprobada con un *quorum* de dos tercios, convocar una convención constitucional. Véase *id.*, p. 304. Madison criticó esta línea del pensamiento constitucional de Jefferson en *The Federalist*, núm. 49, e hizo unas críticas más extensas del anteproyecto de Constitución de Jefferson de 1783 en una carta dirigida, en 1788, a unos amigos de Kentucky que le habían solicitado una consulta en materia constitucional. Véase Robert A. RUTLAND *et al.*, *The Papers of James Madison, 1788-1789*, vol. 11 (Charlottesville, University Press of Virginia, 1977), pp. 281-295.

<sup>8</sup> Julian P. BOYD (ed.), *The Papers of Thomas Jefferson, 1789*, vol. 15 (Princeton, Princeton University Press, 1958), pp. 392-397.

<sup>9</sup> Para la respuesta de Madison a la propuesta de Jefferson de que la Constitución sólo rigiese durante diecinueve años, véase Charles F. HOBSON *et al.*, *The Papers of James Madison, 1790-1791*, vol. 13 (Charlottesville, University Press of Virginia, 1981), pp. 18-26. Para la respuesta de Madison a la propuesta de Jefferson en el anteproyecto de Constitución de Virginia de 1783, véase Robert A. RUTLAND *et al.*, *The Papers of James Madison, 1788-1789*, vol. 11 (Charlottesville, University Press of Virginia, 1977), pp. 281-295.

<sup>10</sup> Los argumentos a favor y en contra de la Constitución, normalmente, consistieron en si la existencia o ausencia de algún precepto en el texto de la misma implicaría llegar al punto crítico de la necesaria aceptación de todas las partes,

a su éxito consiste en que constituye el sentido común o principio de partida al que se enfrentan, desde todas las ópticas, las continuas controversias norteamericanas acerca de la interpretación constitucional.

Desde luego, existe un cierto salto en el vacío de la lógica entre lo que los padres constituyentes podían haber pretendido (es decir, que la Constitución debería permanecer a lo largo de generaciones para la posteridad) y el papel, si es que existía, que sus intenciones deberían jugar en la discusión de la interpretación cotidiana acerca del significado de las garantías constitucionales. Los grandes arquitectos de la tradición británica del *common law* (por ejemplo, Lord Coke y Mansfield) podían haber pretendido que su trabajo durase para siempre, pero la interpretación de esa tradición hoy en día no puede entenderse razonablemente como, principalmente, una búsqueda de su intención. Desde luego, cualquiera que sea el peso que tenga una autoridad en la interpretación de lo que la misma dijo o escribió, no se transfiere naturalmente a la interpretación de la cultura en general o de una tradición jurídica en particular. Las complejas culturas jurídicas modernas —sea el caso de la Constitución británica no escrita o el de la norteamericana escrita— contienen maneras colectivas de entender de alto grado de abstracción y densamente estructuradas acerca del uso legítimo del monopolio del poder coercitivo de un Estado moderno. Estos entendimientos colectivos son el fruto de muchas generaciones de experiencia histórica compartida y su interpretación no puede comprenderse siguiendo patrones estandarizados sobre la base del modelo de la intención de quien la escribió o formuló<sup>11</sup>.

No existiendo ningún requisito lógico de que la intención de los padres constituyentes juegue un papel primordial en la interpretación constitucional, sin embargo, esta práctica ha devenido típicamente norteamericana, y el dar peso y sentido a esta práctica norteamericana constituye un criterio de aceptabilidad de la teoría de la correcta interpretación de la Constitución de Estados Unidos. Necesitamos una teoría de la interpretación constitucional que haga justicia a la autoridad intergeneracional de la Constitución escrita y, por derivación, que dé un sentido adecuado a cómo y por qué esa interpreta-

es decir, si una Constitución escrita debería suponer un marco estable y permanente para un gobierno justo para las futuras generaciones de la posteridad. Tomando sólo dos de los numerosos ejemplos existentes acerca de los dos lados del debate, *The Federalist*, normalmente, invoca a la posteridad al argumentar a favor de la ratificación. Véase Jacob E. COOKE (ed.), *The Federalist* (Middletown, Conn., Wesleyan University Press, 1961), pp. 89, 145, 210-211, 213, 276-277. Y una de las principales líneas antifederalistas, *Letters from the Federal Farmer*, articula vigorosamente el argumento a favor de un *Bill of Rights* mediante la referencia a las consecuencias de esa laguna para las generaciones futuras. Véase J. STORING, *The Complete Antifederalist*, vol. 2 (Chicago, University of Chicago Press, 1981), pp. 324-325.

<sup>11</sup> Véanse, en general, R. DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986); David RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, pp. 20-45.

ción supone un homenaje a la intención de los padres constituyentes. Para explicar mi propuesta personal examino en este artículo tres propuestas extendidas de justificación de dicha teoría: la justificación basada en los antecedentes históricos, en la realidad moral y en las convenciones. Ninguna de estas propuestas, creo, hacen justicia con la interpretación constitucional, porque no se cuestionan de una forma suficientemente crítica ni la naturaleza de la interpretación en general ni de la interpretación constitucional en particular.

## 1. EL RECURSO A LOS ANTECEDENTES HISTORICOS

El recurso a los antecedentes históricos, defendido por Raoul Berger<sup>12</sup>, el *Attorney General* Meese<sup>13</sup> y Robert Bork<sup>14</sup>, combina la historia del Derecho y la interpretación constitucional de la forma siguiente: la historia del Derecho muestra que aquellos que elaboraron y aprobaron el lenguaje de algún texto constitucional, claramente contemplaban que el lenguaje se aplicaría a *x* y no se aplicaría a *y*. Por consiguiente, el no aplicar el lenguaje a *x* o aplicarlo a *y* es una interpretación equivocada y abusiva del texto constitucional. La formulación más fuerte (la de Berger)<sup>15</sup> consiste en que podemos aplicar correctamente la prohibición de castigos crueles e inusuales de la octava enmienda a la tortura pero no a la pena de muerte; podemos aplicar el principio de igualdad de la decimocuarta enmienda a la discriminación racial por los Estados en el acceso de las personas al derecho civil y penal pero no a la segregación racial, a los matrimonios interraciales o a una palmaria discriminación por razón de sexo. La premisa que explica esta posición es la intención de los padres constituyentes: el significado del texto constitucional se basa en la intención de los padres constituyentes, sobre la base del modelo de los antecedentes históricos, que denotan un significado concreto.

El modelo más estricto de interpretación constitucional se explica por su recurso a una representación filosófica simplista del proceso de interpretación jurídica, es decir, es como leer textos jurídicos con el modelo ingenuo del significado del redactor: un texto jurídico incluido en la Constitución escrita se interpreta como un producto de sus autores contemplando ciertas cosas en el mundo en el que el

<sup>12</sup> Raoul BERGER, *Government by Judiciary* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977); *Death Penalties* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982).

<sup>13</sup> Edwin MEESE III, «Construing the Constitution», 19 *U. C. Davies L. Rev.* 22 (1985).

<sup>14</sup> Robert H. BORK, *Tradition and Morality in Constitutional Law* (Washington, D. C., American Enterprise Institute, 1984); «Neutral Principles and some First Amendment Problems», 47 *Ind. L. J.* 9 (1971).

<sup>15</sup> Otros defensores de esta postura argumentan, no del todo coherentemente, que algunas decisiones judiciales, en especial las que acabaron con la segregación, deberían ser excluidas del argumento. Véase, por ejemplo, Edwin MEESE III, *op. cit.*, p. 27. Me fijo aquí en la línea de argumentación sostenida en concreto, con feroz constancia, por Raoul Berger.

lenguaje se aplica y no se aplica. Pero incluso el significado del autor puede interpretarse a diferentes niveles de abstracción: un decano en una Junta de Facultad puede defender el criterio de contratar a excelentes nuevos miembros de la Facultad y aplicar ese criterio a algunos candidatos *a* y *b*, pero no a *c* y *d*; sin embargo, su Facultad puede entender y estar de acuerdo con el estándar *y*, sin embargo, no concordar con su aplicación; desde luego, puede entender el mandato del decano mucho mejor que él mismo. La interpretación de los textos jurídicos está, desde luego, absolutamente desconectada de las aplicaciones subjetivas de los autores del texto (padres constituyentes, legisladores, o quienquiera que sea). Frecuentemente, la mejor forma de entender la interpretación jurídica consiste en que a las intenciones de los autores de un texto legal con fuerza vinculante se les asigna un sentido en la forma en que las prácticas de interpretación les imputan sentido a la luz de la teoría política que gobierna a la sociedad.

Por ejemplo, constituye un principio corriente de interpretación legal en los Estados Unidos imputar a los datos frecuentemente conflictivos y a veces incoherentes provenientes del lenguaje, el texto y la historia del texto legislativo de que se trate, las finalidades hipotéticas que perseguiría un legislador razonable<sup>16</sup>. Los tribunales imputan este tipo de racionalidad hipotética al proceso legislativo porque ambos principios constitucionales de *due process* y de igualdad requieren que tanto los tribunales como los legisladores persigan racionalmente motivos constitucionalmente razonables de interés público y respeto hacia los derechos fundamentales de la persona. Los tribunales deben, de acuerdo con su deber constitucional de aplicar todo el Derecho a la luz de la supremacía de la Constitución, llevar a cabo su tarea de interpretación de la legislación infraconstitucional de acuerdo con este principio. Constituye un error construir estos rasgos característicos de la interpretación jurídica como un sistema en el que se desconecta totalmente el proceso interpretativo de la intención comunicada del legislador. Más bien, las intenciones de los legisladores son ellas mismas matizadas, iluminadas y a veces mejor entendidas a la luz de estas convenciones interpretativas, ellas mismas embebidas en grandes ideales morales y políticos acerca del legítimo gobierno constitucional.

El proceso de interpretación cuando se trata de textos constitucionales es seguramente más amplio y complejo que lo que el interpretativismo estricto \* supone. Por ejemplo, un modelo alternativo a

<sup>16</sup> Véase Henry HART y Albert SACHS, *The Legal Process* (Cambridge, Mass., Harvard Law School, 1958), pp. 1414-1415. Véanse, también, Reed DICKERSON, *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston, Little and Brown, 1975), cap. 12; Michael S. MOORE, «The Semantics of Indging», 54 *So. Calif. L. Rev.* 151, 246-270 (1981). Cfr. James W. HURST, *Dealing With Statutes* (Nueva York, Columbia University Press, 1982), pp. 31-65.

\* *N. del T.*—Utilizo el término «interpretativismo estricto» para traducir *strict constructionism*, que es el término convencional con el que en Norteamérica se conoce la corriente de pensamiento que el autor critica, por hacer de un uso in-

la interpretación de la constitución puede fijarse no en los supuestos a los que las cláusulas deberían haberse aplicado cuando las cláusulas fueron proyectadas y aprobadas, sino en la más abstracta interpretación de esas cláusulas<sup>17</sup>. La consecuencia en el orden interpretativo de esta lectura alternativa de tales textos constitucionales consiste en que los ejemplares históricos que denotan un significado concreto de los padres constituyentes, que son a efectos interpretativos decisivos en el modelo de interpretativismo estricto, no jugarían este papel absolutamente primordial. Pueden interpretarse las intenciones más abstractas para aplicarse diferentemente en períodos distintos que dependen del cambio de las circunstancias de hecho (qué debe entenderse por comercio entre los Estados o como una violación de la cuarta enmienda del derecho a la intimidad a la luz de las nuevas tecnologías electrónicas) y de las perspectivas normativas (castigos crueles e inusuales, igualdad ante la ley, intimidad constitucional). Los padres constituyentes, al igual que mi hipotético decano, no serían la autoridad última a los efectos de obtener la mejor interpretación de sus mandatos ni para su generación ni para las generaciones posteriores. El modelo interpretativo estricto de interpretación constitucional suprime tanto la cuestión de la existencia de la elección del modelo de interpretación, como la cuestión de la elección entre los distintos modelos. Vamos a fijarnos ahora en esta última cuestión metainterpretativa: ¿qué tipo de interpretación constituye una mejor lectura de la autoridad intergeneracional de la Constitución de Estados Unidos? Presumiblemente, todos los que estamos enfrascados en este debate estaríamos de acuerdo en que la elección preferible entre las distintas posiciones acerca de la interpretación consiste en aquella que otorgue un sentido mejor al contexto y aspiraciones de los padres constituyentes y del texto en cuya redacción se pusieron de acuerdo. Puede resultar más controvertido determinar hasta qué punto la práctica judicial posterior debe tener peso en este proceso, dado que algunos interpretativistas estrictos parten del principio fundamentalista de que el texto de la Constitución es prioritario si se compara con la práctica interpretativa posterior que frecuentemente puede rechazarse recurriendo al texto mismo. Todavía sería mucho más discutible si, y en qué manera, la teoría política debería en absoluto jugar un papel en este proceso de interpretación. Sin embargo, todos estos parámetros convergen en un único resultado, es decir, que muchas cláusulas constitucionales relevantes se interpretan mejor como expresión de intenciones abstractas. El texto de la Constitución claramente no requiere que imputemos a los padres constituyentes la intención de vincular a su generación o a las generaciones posteriores por su propia concepción de cómo debería aplicarse el lenguaje. Frecuen-

correcto de la historia el prototipo de interpretación no usurpadora del poder de la mayoría política.

<sup>17</sup> Véase Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985), pp. 33-71 (distinguiendo entre intenciones concretas y abstractas).

temente, el ámbito de aplicación del texto en cuestión, incluso en 1787 ó 1791 ó 1868, era enormemente discutido aún por los propios padres constituyentes y la generalidad del lenguaje elegido podría precisamente explicar esos desacuerdos en la aplicación. No es razonable imputar a los padres constituyentes una intención de vincular a otros con sus antecedentes que denotan ciertos significados cuando el lenguaje, conscientemente y por una buena razón, rehúsa hacerlo; cuando las convenciones existentes en aquel momento acerca de la función judicial incluían desde luego el modelo del *common law* de elaboración caso por caso de conceptos generales y principios abstractos; y desde luego cuando, como ha dejado claro H. Jefferson Powell<sup>18</sup>, los padres constituyentes habrían rechazado el recurso a los antecedentes históricos denotadores de significados concretos como un modelo sensato de interpretación jurídica en general y de la interpretación constitucional en particular.

No menos poco razonable es la postura del interpretativismo estricto si intentamos sacar sentido a la aspiración de los padres constituyentes de que la Constitución tuviera una autoridad intergeneracional. La interpretación vinculada a las referencias históricas imputa al modelo la intención irrazonable de aplicar lenguaje abstracto fuera de contexto, ignorando los cambios relevantes en las circunstancias de hecho y valores que llevarían a intérpretes razonables a aplicar el texto de forma diferente en diferentes circunstancias históricas. La imputación de esta intención se burla de la elección consciente de los padres constituyentes en favor de un lenguaje más abstracto —en palabras de un importante documento usado en la elaboración de la redacción final de la Constitución—: «insertemos exclusivamente los principios esenciales; o si no, el gobierno quedará obstaculizado al considerar permanentes e inalterables esos preceptos que deberían acomodarse en el futuro a los tiempos y a los acontecimientos»<sup>19</sup>. Los padres constituyentes eran plenamente conscientes de la evolución cultural y el cambio social<sup>20</sup> y desde luego anticipaban cambios masivos en la vida política y económica a la luz de la Constitución que elaboraron<sup>21</sup>. Hicieron una Carta Constitucional cuya interpre-

<sup>18</sup> H. Jefferson POWELL, «The Original Understanding of Original Intent», 98 *Harv. L. Rev.* 885 (1985).

<sup>19</sup> Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. IV (New Haven, Yale University Press, 1937), p. 37.

<sup>20</sup> Importantes teóricos de las ciencias sociales y económicas de la Ilustración escocesa habían desarrollado una teoría de la evolución cultural en cuatro fases que culminaba en la sociedad comercial. Entre las fuentes primarias importantes pueden citarse Adam FERGUSON, *An Essay on the History of Civil Society* (Londres, T. Caddel, 1773); James MILLAR, *The Origins of the Distinction of the Ranks*, reimpresso en C. LEHMANN, *John Millar of Glasgow, 1735-1801* (Cambridge, Cambridge University Press, 1960); Adam SMITH, *The Wealth of Nations* (Nueva York, Modern Library, 1937). Entre la literatura secundaria acerca de estas y otras fuentes, véanse Ronald L. MECK, *Social Science and the Ignoble Savage* (Cambridge, Cambridge University Press, 1976); Peter STEIN, *Legal Evolution: The Story of an Idea* (Cambridge, Cambridge University Press, 1980).

<sup>21</sup> James Madison utilizó muy relevantemente esta perspectiva en la Convención

tación sería contextualmente sensible al impacto de tales cambios en la elaboración razonable de estructuras constitucionales y principios que permanecerían a lo largo del tiempo, precisamente, porque las generaciones posteriores los encontrarían razonables. Sólo la imputación de intenciones de naturaleza abstracta al texto es coherente con este valor de pretensión de permanencia tenido en cuenta a la hora de elaborar el modelo constitucional.

Algunas cláusulas sustantivas de la Constitución (en particular, las cláusulas normativas generales) derivan su fuerza y significado de una cultura política y moral que percibía los derechos humanos garantizados por esas cláusulas como fundamentados en principios permanentes e inviolables de justicia, proporcionando así un respeto garantizado para los derechos humanos inalienables que constituía la piedra básica del gobierno legítimo<sup>22</sup>. Sólo la interpretación de estas cláusulas como principios abstractos contextualmente sensibles a los cambios razonables de las circunstancias de hecho y normativas, es consistente con este presupuesto moral de la forma de entender la legitimidad constitucional<sup>23</sup>.

Más discutible resulta, por las razones ya anunciadas, que determinada corriente de interpretación sea preferida solamente porque explica mejor la elaboración judicial de la doctrina constitucional a lo largo del tiempo. Pero ciertamente es una buena razón para preferir un sistema, ya probado como superior por motivos de contexto y texto, que dé un mejor sentido (como lo hace claramente el enfoque a partir de la intención abstracta) a las tradiciones de interpretación que han servido para la interpretación del lenguaje constitucional a lo largo del tiempo, incluidas aquellas abarcadas por el proceso de interpretación judicial. No parece razonable, por ejemplo, recurrir a un tipo de datos (los antecedentes históricos de los padres constituyentes que denotan significados concretos) para privar de legitimidad a otro tipo de datos (tradiciones de la interpretación judicial a lo largo del tiempo) cuando la fuerza del primer recurso descansa enteramente en un recurso a la interpretación acerca de qué debe de entenderse como intención de los padres constituyentes que es, por razones independientes, una teoría poco razonable de la intención de los constituyentes. Quizá los patrones de interpretación judicial establecidos desde hace tiempo deberían de vez en cuando ser criticados y desprovistos de legitimidad sobre la base de una llamada a una mejor interpretación de la Constitución en sí misma, interpretación que la tradición judicial puede de alguna manera haber llevado por

Constitucional. Véase Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. I, pp. 422-423, 431, 585-586; vol. II, pp. 124, 203-204, 236, 268-269.

<sup>22</sup> Véanse, en general, Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution* (Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1967); Gordon S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* (Nueva York, Oxford University Press, 1978); Morton WHITE, *Philosophy, the Federalist, and the Constitution* (Nueva York, Oxford University Press, 1987).

<sup>23</sup> Explicaré en otra obra más amplia el fundamento de este entendimiento moral.



derroteros de error profundo. Pero el peso de tales argumentos es sólo tan grande como su fuerza independiente para la interpretación del texto, y el modelo de interpretativismo estricto no ofrece razones de peso tan fuertes como para convencernos de que podemos ignorar totalmente las tradiciones interpretativas, incluidas las de la interpretación judicial, que corrientemente parten de la intención abstracta como método de interpretación constitucional de una manera que frecuentemente ilumina y reelabora adecuadamente el proyecto de los padres constituyentes de establecimiento de principios políticos permanentes<sup>24</sup>.

Todavía es mucho más discutible si la teoría política debería figurar en el proceso de enjuiciamiento como uno de los diversos métodos de interpretación. Pero desde luego no debe rechazarse cualquier sistema de interpretación que descansa en una concepción de la legitimidad política no sometida a examen y que no soportara ese examen. De hecho, el interpretativismo estricto descansa en una no defendida y cuestionable interpretación positivista de la soberanía popular como fundamento de la legitimidad política. De acuerdo con este principio, el pueblo, la fuente de la legitimidad constitucional, impuso límites constitucionales al Estado en los términos con que los padres constituyentes delimitaron el lenguaje constitucional en el momento en que fue elaborada y aprobada la Constitución<sup>25</sup> y cualquier otra desviación interpretativa posterior, sin importar su longevidad y estabilidad (por ejemplo, como componente de la tradición judicial), resulta ilegítima. Pero el argumento no puede soportar el examen crítico ni a nivel de la teoría del Derecho ni a nivel de la teoría política que motiva esa teoría del Derecho.

Desde el punto de vista jurídico, el argumento es de naturaleza positivista (la ley debe interpretarse como indican los preceptos aceptados por la autoridad final en el sistema jurídico). Pero la cuestión de la autoridad final en un sistema jurídico constituye una dificultad clásica del positivismo que no puede eludir el problema de la explicación de los límites jurídicos a la soberanía con base en la Constitución<sup>26</sup>. En particular, ¿cómo debe entenderse la soberanía en un orden constitucional como el de los Estados Unidos? Si se entiende como las personas históricas que aprobaron la Constitución original, ¿cómo desde el punto de vista de la legitimidad democrática podrían ellos vincular a la generación posterior alejada en el tiempo y que nunca participó en aquella decisión? Si se entiende como la actual generación, ¿cómo sabemos quiénes son o qué aprueban cuando, de hecho, podrían no entender las instituciones constitucionales y cuando la

<sup>24</sup> Cfr. Paul BREST, «The Misconceived Quest for the Original Understanding», 60 *BUL Rev.* 204 (1980).

<sup>25</sup> Véase BERGER, *Death Penalties*, p. 66.

<sup>26</sup> Véanse H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961), pp. 49-76; H. L. A. HART, *Essays on Bentham* (Oxford, Clarendon Press, 1982), pp. 220-268. Cfr. Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms* (Londres, Hutchinson, 1975).

autoridad misma de esas instituciones descansa en límites que se imponen a un populismo de facciones partidistas desconocedor de la decencia constitucional? Los positivistas contemporáneos reconocen que la soberanía tradicional del positivismo clásico da una visión distorsionada de la realidad del moderno constitucionalismo democrático y en consecuencia abandonan la búsqueda o invento fútil y despistante de un soberano ficticio<sup>27</sup>. Tales formas de positivismo identifican la ley válida por referencia a las aptitudes clásicas reflejadas en las convenciones contemporáneas acerca de la interpretación judicial, acerca de la interpretación, identificación y aplicación judicial, y no con los padres constituyentes u otro soberano<sup>28</sup>. Este punto de vista trae como consecuencia lo que el interpretativismo estricto rechaza: es decir, tratándose de un conflicto entre la interpretación judicial y la interpretación de los constituyentes a partir de antecedentes históricos con significado concreto relevante, es la interpretación judicial, y no los antecedentes históricos, la que debe imponerse.

La jurisprudencia positivista del interpretativismo estricto viene motivada por una teoría política de la legitimidad democrática, es decir, la soberanía popular. Pero la soberanía popular es un concepto con valor interpretativo tan esencialmente discutible como el concepto de democracia en sí mismo<sup>29</sup>, y necesitamos hacer teoría política a los efectos de investigar las posibles interpretaciones del concepto y decidir cuál de entre ellas es mejor o peor. El interpretativismo estricto opta por los antecedentes históricos con significación concreta de los padres constituyentes, porque interpreta el concepto de soberanía popular como las mayorías que ratificaron el trabajo de la Convención Constitucional en un proceso que fue, teniendo en cuenta los estándares de aquella época, considerablemente democrático. No se puede subestimar la importancia del proceso de ratificación en la nueva concepción de la legitimidad constitucional de la que los norteamericanos fueron pioneros y más tarde volveremos sobre este extremo. Pero hay razones poderosas de teoría política de la democracia por las cuales deberíamos resistirnos a la interpretación que el interpretativismo estricto hace de estos hechos.

Debemos tener bien claro lo que interpretativismo estricto requiere, es decir, que una generación contemporánea resulte vinculada por los antecedentes históricos que denotan un significado concreto de una generación muerta hace tiempo. Pero, como ya hemos visto, existen dificultades insuperables de orden interpretativo para sacar así sentido a la Constitución y de ello se sigue que el proceso de ratifi-

<sup>27</sup> Véanse HART, *The Concept of Law*; Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*; RAZ, *The Concept of a Legal System* (Oxford, Clarendon Press, 1970); RAZ, *The Authority of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1979); Neil MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford, Clarendon Press, 1978).

<sup>28</sup> Véanse las fuentes citadas en la nota anterior. Véase, también, HART, *Essays on Bentham*, pp. 243-268.

<sup>29</sup> Véase W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», en *Philosophy and the Historical Understanding*, 2.<sup>a</sup> ed. (Nueva York, Schocken Books, 1968), cap. 8.

cación —cualquiera que fuera su significado— no puede tener ese alcance. La ratificación, según el modelo interpretativista estricto, consiste esencialmente en un acto de voluntad personal acerca de cuestiones bastante concretas, pero la legitimidad democrática continuada de la Constitución consiste para nosotros, precisamente, en que es un acto de inteligencia cuya autoridad deriva de la forma en que ésta se enfrenta a cuestiones permanentes acerca de la forma de asegurar una justicia igual para todos y el interés público contra la corrupción del poder por la política, incluido el poder democrático. De ello se sigue que el interpretativismo estricto no puede dar una respuesta adecuada a la cuestión fundamental de la legitimidad constitucional: ¿por qué una generación contemporánea debe estar vinculada a la voluntad de una generación muerta hace tiempo? Ofrece hechos con alto grado de concreción y frecuentemente controvertidos de historia del Derecho acerca de la voluntad de las generaciones pasadas, pero no entra en los juicios públicos acerca de principios políticos permanentes que de forma interpretativa explican cómo esos hechos tenían sentido en las circunstancias de 1787, 1797 ó 1868, y mucho menos cómo esos juicios podrían tener o se supone que tendrían (como los padres constituyentes claramente intentaron) sentido interpretativo continuado en las circunstancias contemporáneas<sup>30</sup>. ¿Por qué hechos recónditos de historia del Derecho de este tipo tienen que ser tomados hoy en día como medida de un entendimiento colectivo aceptable de principios de derecho constitucional? La interpretación constitucional no puede tener sentido, como una cuestión de teoría política democrática, si se atiende a la intención de los constituyentes de la forma en que lo hace el interpretativismo estricto.

La Historia como instrumento de interpretación juega un papel central en la interpretación constitucional en los Estados Unidos. Pero la historia tal y como la entiende el interpretativismo estricto (desenterrar significados concretos que tenían *in mente* los padres constituyentes) es una teoría sin sentido acerca del lugar que juega la Historia en la interpretación constitucional, porque se hace preguntas equivocadas, de forma que inhabilita al historiador para enfrentarse a la interpretación del significado permanente del sistema constitucional norteamericano<sup>31</sup>. Es una utilización de la historia como método de interpretación equivocado, porque no alcanza a analizar seriamente la manera en que los propios padres constituyentes usaban la historia, ni los tipos de juicios abstractos de teoría y ciencia política que usaron en su gran trabajo de construcción política. La consecuencia automática de la historiografía abusiva del interpretativismo estricto consiste en el rechazo radical de la historia como un instrumento válido para la interpretación jurídica. Analizo a continuación dos tipos de rechazo: el recurso a la realidad moral y el recurso al convencionalismo.

<sup>30</sup> Trato más a fondo estas dificultades interpretativas del uso de la historia del Derecho por Berger en David RICHARDS, *Tolerance and the Constitution*, pp. 41-45.

<sup>31</sup> Véase la obra citada en la nota anterior.

## 2. EL RECURSO A LA REALIDAD MORAL

Una vez que se rechaza la llamada a los antecedentes históricos como instrumento adecuado para la elaboración del derecho constitucional, el movimiento natural de algunas corrientes recientes de pensamiento ha consistido, bien en rechazar lo que ellos llaman teorías interpretativas del Derecho en favor de la realidad moral de naturaleza no interpretativa (Michael Perry<sup>32</sup>), bien en argumentar que la interpretación constitucional misma consiste en una llamada a la mejor teoría moral recogida en el texto constitucional y que el propio texto constitucional, la historia y la tradición deberían ser entendidas a la luz de esta teoría moral y, si fuera necesario, revisadas e incluso manipuladas al servicio de la mejor teoría moral (Michael Moore<sup>33</sup> y John Hart Ely<sup>34</sup>). Tanto sea desde el punto de vista no interpretativo, como desde el interpretativo, la línea básica para enfrentarse al problema consiste en ignorar la historia en aras de la búsqueda de cuáles pueden ser ahora los mejores resultados morales. Así entendido, el enfoque consiste en una especie de neorrealismo jurídico: no estamos vinculados por la historia o las convenciones pasadas, sino que —en un intento de alcanzar la justicia— debemos, simplemente, hacer del mundo el mejor lugar posible. Este enfoque es neorrealista porque, a diferencia del tradicional realismo jurídico, el hacer del mundo el mejor lugar posible no se construye en términos utilitaristas, sino en términos antiutilitaristas, si es que, desde el punto de vista del teórico o del político, una teoría antiutilitaria de la justicia es la mejor teoría de la justicia, el mejor reflejo de la realidad moral.

La elección planteada por estos teóricos, al menos como teóricos de la interpretación constitucional en Norteamérica, es, sin embargo, falsa: es decir, la elección entre historia o convenciones y moralidad crítica. Es falsa en ambas direcciones. El recurso exclusivo a la moralidad crítica puede ignorar la teoría política más exigente desde el punto de vista de la lógica implícita en el texto, historia o convenciones del derecho público norteamericano. Por ejemplo, teóricos tan crudos como Learned Hand<sup>35</sup> o tan sofisticados como John Hart Ely<sup>36</sup> apelan a la teoría política crítica (es decir, utilitarismo) y rechazan la mayor o menor parte del texto, historia y convención que, desde su punto de vista, son incoherentes con su teoría política. Pero no alcanzan a tomarse seriamente el valor vinculante de argumentos de teoría

<sup>32</sup> Michael J. PERRY, *The Constitution, the Courts, and Human Rights* (New Haven, Yale University Press, 1982).

<sup>33</sup> Michael S. MOORE, «A Natural Law Theory of Interpretation», 58 *So. Calif. L. Rev.* 279 (1985).

<sup>34</sup> John Hart ELY, *Democracy and Distrust*.

<sup>35</sup> Learned HAND, *The Bill of Rights* (Nueva York, Atheneum, 1968).

<sup>36</sup> Para una crítica más completa de la teoría de Ely, siguiendo esta línea, véase David RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, pp. 14-19.

política antiutilitaria basada en derechos<sup>37</sup>, ni la manera en que una atención más cercana al texto, la historia o las convenciones del derecho público norteamericano clarifican el valor permanente de dicha teoría en general. En la otra dirección, la moralidad crítica constituye frecuentemente un instrumento central a efectos interpretativos para comprender el lugar del texto, la historia y la convención en la interpretación de la tradición constitucional norteamericana, para la comprensión de cuál sea nuestra tradición jurídica. En *Toleration and the Constitution*, he desarrollado este último extremo en el contexto de aclarar el papel central de la teoría política de John Locke para la comprensión del texto, historia y convenciones interpretativas, especialmente en lo referente a las cláusulas religiosas de la primera enmienda. La teoría política de John Locke ha sufrido y continúa siendo objeto de agudo análisis por historiadores críticos. Locke parece ser un pensador político mucho más radical que lo que pudieron pensar, tanto la tradición británica *Whig*, como sus críticos revisionistas<sup>38</sup>, y la profundización en el entendimiento crítico de su teoría política hace resaltar no sólo su importancia obvia en el momento histórico de la revolución norteamericana, sino también el papel que todavía hoy perdura de sus puntos de vista acerca de la tolerancia religiosa como forjadora de la cultura norteamericana y la entrega digna de resaltar de Norteamérica en pro de la libertad religiosa como tradiciones centrales de nuestro constitucionalismo<sup>40</sup>. La importancia a efectos de interpretación de estos argumentos de historiografía crítica para la interpretación constitucional norteamericana de la primera enmienda está, sin embargo, articulada mejor en términos de una teoría política crítica contemporánea como la de John Rawls, por ejemplo, al defender la prioridad de las libertades civiles en el modelo de tolerancia religiosa<sup>41</sup>. Una buena teoría política de este tipo no sólo parece iluminar la profunda estructura de la teoría política de Locke como tal teoría política, sino que a efectos de la interpretación sirve para clarificar los antecedentes históricos, los textos y tradiciones conformadas, sobre todo, por esta teoría política. Ninguna teoría política, ni siquiera la de Locke, tiene la última palabra acerca de su propia mejor interpretación; y los avances críticos en la teoría política nos pue-

<sup>37</sup> Véase, en general, John RAWLS, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971).

<sup>38</sup> Véase David RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, caps. 4 y 5.

<sup>39</sup> Véanse, por ejemplo, Richard ASHCRAFT, *Revolutionary Politics and Locke's two Treatises of Government* (Princeton, Princeton University Press, 1986); ASHCRAFT, *Locke's two Treatises of Government* (Londres, Allen and Unwin, 1987); James TULLY, *A Discourse on Property* (Cambridge, Cambridge University Press, 1980).

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, John DUNN, «The Politics of Locke in England and America in the Eighteenth Century», en *Political Obligation in the Historical Context* (Cambridge, Cambridge University Press, 1980), pp. 53-77. Los fundamentos libertarios religiosos de la teoría política de Locke son un punto central en John DUNN, *The Political Thought of John Locke* (Cambridge, Cambridge University Press, 1969).

<sup>41</sup> John RAWLS, *A Theory of Justice*, pp. 195-257.

den permitir entender mejor e interpretar las verdades permanentes implícitas en la teoría, así como distinguirlas de las falsas. Este tipo de avances en teoría política clarifica igualmente la mejor interpretación de las tradiciones constitucionales conformadas por la teoría. Por ejemplo, nos ayuda a articular el trasfondo de derechos abstractos a los que recurre la tradición constitucional conformada por la teoría<sup>42</sup> y, de esta forma, hace avanzar el entendimiento interpretativo de los argumentos más duraderos de principios constitucionales al mismo tiempo y, precisamente, porque también nos hace avanzar en el entendimiento interpretativo del texto, la historia y las convenciones.

He llegado a pensar que mi argumento acerca de Locke en particular y de la teoría política en general tiene, si es que tiene algo, una importancia para la comprensión de la tradición constitucional norteamericana más general y fundamental de la que previamente suponía. Es cuestión a tratar en un libro en elaboración el exponer las razones que justifiquen esta extensa llamada al papel a jugar por la teoría política en la interpretación constitucional; y resulta fundamental para ese proyecto, con independencia del poder crítico y explicativo que resulte probado tener, que la distinción dicotómica entre historia o convención y teoría política no están claramente delimitadas, porque no pueden estarlo. La interpretación constitucional prueba la falsedad de este tipo de dicotomías estériles. La teoría moral y política, aferrada a un cierto sentido de la historia interpretativa, juega un papel central en la interpretación constitucional norteamericana y en la comprensión de cuál sea la tradición jurídica propia.

### 3. EL RECURSO A LAS CONVENCIONES

La forma más natural de resistirse a esta visión de la naturaleza interpretativa del derecho consiste en cuestionar su necesidad. Los deberes intelectuales (provenientes de la historia interpretativa o de la filosofía política) simplemente exigen más y son más discutibles de lo que la función interpretativa en sí misma requiere. La estructura de la educación jurídica norteamericana —imbuida de tradiciones profesionales de aislamiento del contexto del resto de las Universidades, donde sí tiene lugar un diálogo intelectual más amplio y entre las cuales se encuentra situado no muy felizmente el aprendizaje jurídico— hace de esa resistencia el sentido común natural de muchos juristas académicos situados incómodamente entre la Universidad y la práctica de la abogacía. La teoría más llamativa para tal tipo de resistencia es la insistencia positivista en que el derecho nos es dado neutralmente por una autoridad jurídica independiente de cualquier requi-

<sup>42</sup> Para el desarrollo de la idea del trasfondo de derechos abstractos en la interpretación jurídica, en general, véase Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977), pp. 81-130.

sito de interpretación de la auténtica historia con contenido interpretativo o de la filosofía política. Una vez que se rechaza la versión que el interpretativismo estricto ofrece del positivismo histórico (el significado nos viene dado por los antecedentes históricos que denota significados concretos de los padres fundadores), debido a su teoría de la interpretación carente de defensa dialéctica, la alternativa natural consiste en —moviéndonos dentro del paradigma positivista— recurrir a las convenciones vigentes entendidas de una manera adecuadamente aislada de las demandas de la historia con valor interpretativo y de la teoría política. Este enfoque, tal y como fue defendido por Schauer<sup>43</sup> y Monaghan<sup>44</sup>, se apropia del sentido común de un derecho constitucional como tradición viviente, no unido mortalmente a una distorsionante mitología de la intención de los padres constituyentes, a la vez que se limita a proporcionar directamente una lista de casos constitucionales «fáciles» (es decir, aquellos casos que se encuentran en el núcleo incontrovertido de las convenciones existentes). Esta descripción de casos, sin embargo, no nos adentra en la comprensión del proceso interpretativo y proporciona una panorámica falsa de los problemas centrales de la interpretación constitucional.

El recurso a las convenciones positivistas consiste en que facilita lo que de otra manera serían responsabilidades onerosas para el intelectual a la hora de llevar a cabo la interpretación constitucional: sólo se necesita la explicación por los técnicos en Derecho de las convenciones del derecho constitucional reveladas a través de técnicas y caminos en los que dichos profesionales identifican, aplican y elaboran el derecho constitucional. Pero ¿a dónde llevan estas prácticas de los profesionales del derecho? Dichas prácticas requieren interpretación. Para nada se avanza en la comprensión de este proceso interpretativo proporcionado por los profesionales del derecho al consistir simplemente en dividir las cuestiones de derecho constitucional entre aquellas predecibles con cierta regularidad (gobernadas por la convención) y aquellas no tan predecibles (no gobernadas). Tal tipo de juicios expresa enjuiciamientos interpretativos y alguno de ellos son indiscutibles y fijos y otros discutibles y carentes de solidez. Eso es lo que requiere explicación y el convencionalismo positivista no la da.

Sin duda, esta concepción ciertamente se equivoca de raíz en cuestiones centrales de interpretación constitucional y, por consiguiente, se equivoca al decir cuáles son estas prácticas interpretativas. Es una experiencia común en las prácticas interpretativas del derecho constitucional norteamericano el que las convenciones jurídicas de uso corriente, en el sentido de tratarse de aquellas que son identificadas por el convencionalismo positivista, no explican correctamente el significado de la Constitución. Más bien tales convenciones están ellas mismas equivocadas desde el punto de vista interpretativo,

<sup>43</sup> Frederick SCHAUER, «An Essay on Constitutional Language», 2a *UCLA L. Rev.* 797 (1982); «Easy Cases», 58 *So. Calif. L. Rev.* 399 (1985).

<sup>44</sup> Henry MONAGHAN, «Our Perfect Constitution», 56 *NYU L. Rev.* 353 (1981).

porque no alcanzan a reflejar la mejor historia interpretativa de los principios de gobierno implícitas en el texto con relevancia constitucional, así como tampoco su contexto histórico, no proporcionan una brillante articulación con autoridad suficiente de cómo deben interpretarse esos principios, así como tampoco proporcionan la teoría política que los justifica mejor. Con base en estos principios interpretativos el Tribunal Supremo puede confesar haberse equivocado y cambiar su doctrina, aunque consista en una larga lista de precedentes.

No me refiero con ello, tan sólo a los casos de crítica interna en el proceso de interpretación de alguna línea de jurisprudencia consensuada y extendida comúnmente acerca de alguna cuestión concreta, porque tal crítica puede, de acuerdo con el convencionalismo positivista, explicarse recurriendo a otra convención positivista más amplia sostenida por otras fuentes del Derecho (por ejemplo, el Congreso o el Presidente). Pudiera existir una convención no ambigua en la que el Tribunal Supremo, el Congreso, el Presidente y la nación estén casi de acuerdo; y, sin embargo, dicha convención puede ser errónea desde el punto de vista interpretativo. La aceptación desde hace tiempo a nivel nacional de la usurpación por el Ejecutivo de los poderes de guerra desde el punto de vista argumental era y es interpretativamente errónea: no concuerda con el texto, se opone radicalmente a los antecedentes históricos, a las construcciones con autoridad jurídica suficiente acerca de la cuestión, así como a la teoría política de la separación de poderes, ya que todas ellas justifican el papel del Congreso en la declaración de guerra<sup>45</sup>. Estas objeciones u otras de otro tipo no sólo tienen significado, sino que muchas veces son verdad. Cualquier teoría de la interpretación constitucional, como la del convencionalismo positivista, que diga que no tienen significado y las tache de falsas no alcanza a apreciar el sentido de algunas de las prácticas interpretativas más vitalmente importantes que tenemos como pueblo libre en un Estado de Derecho.

La interpretación del derecho constitucional no puede identificarse con las convenciones jurídicas positivistas de la Constitución viva y de aplicación cotidiana, porque no dejan espacio lógico para alguna de nuestras prácticas interpretativas más esenciales. Para entender la explicación que de tales prácticas ofrecen los profesionales del Derecho debemos, más bien, dedicarnos a un tipo de interpretación histórica y de teoría política absolutamente necesaria para entender a

<sup>45</sup> Para la comprensión histórica, véase Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. II, pp. 318-319. Para la teoría política que le sirve de base, véase MADISON, escribiendo como Helvidius, en Thomas A. MASON *et al.* (eds.), *The Papers of James Madison, 1793-1795* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1985), pp. 64-74, 80-87, 95-103, 106-110, 113-120; contestando a HAMILTON, que había escrito como Pacificus, en Harold C. SYRETT *et al.* (eds.), *The Papers of Alexander Hamilton, 1793-1794* (Nueva York, Columbia University Press, 1969), pp. 33-45, 55-63, 65-69, 82-86, 90-95, 100-106, 130-135. Acerca de la interpretación judicial, véanse los *Prize Cases*, 67 U. S. (2Black) 635 (1863). Véase, en general, Louis HENKIN, *Foreign Affairs and the Constitution* (Nueva York, W. W. Norton, 1972), caps. 2-4.



aquéllas. La teoría del convencionalismo positivista de las Facultades de Derecho norteamericanas no es adecuada para la práctica del derecho constitucional norteamericano.

El simple recurso a los casos «fáciles» en el que se basa el convencionalismo positivista es con frecuencia puramente ilusorio, como lo prueban ejemplos de la crítica interna al proceso de interpretación. Muchos de esos casos, hace tiempo contemplados como «fáciles», pasaron a ser considerados como «difíciles», lo que enseña que la dicotomía convencional entre casos fáciles en el núcleo de la convención jurídica de que se trate y casos difíciles (en la periferia) deja en sí misma incontestadas muchas preguntas y está sujeta a cambios de naturaleza interpretativa más profundos que el convencionalismo por sí mismo no puede explicar.

#### 4. ¿UNA ALTERNATIVA CONSTRUCTIVA?

El tipo de equivocaciones que he identificado y discutido en las teorías actuales de la interpretación constitucional, sugiere que el derecho constitucional debe ser más autocrítico acerca de la naturaleza de la interpretación en general y de la interpretación constitucional en particular. Las equivocaciones de estas teorías derivan normalmente de fallos en la capacidad crítica acerca de la complejidad de la idea misma de interpretación (por ejemplo, diferentes niveles de abstracción en los que se puede averiguar el sentido), incluyendo tanto la lista de concepciones en competencia acerca de la interpretación, concepciones a las que de hecho puede recurrirse como las razones de la Historia y la teoría política para elegir una concepción en vez de otras. Tales teorías frecuentemente buscan una especie de talismán de certeza para hacer juicios interpretativos (antecedentes históricos, agregaciones utilitaristas o convencionalismo positivista), tratándose de un proceso de decisión simplista y libre de la investigación y que exigen una Historia con valor interpretativo y la filosofía política. Pero tal tipo de certeza es ilusorio desde el punto de vista interpretativo si descansa en hechos recónditos de la historia del Derecho que no tienen, hoy en día, un sentido continuado a efectos de interpretación, o si descansan en un utilitarismo no sometido a examen que produce el sin sentido de la protección de derechos inalienables en el núcleo mismo de la tradición constitucional norteamericana o, finalmente, si descansan en convicciones que hacen que no tengan sentido algunas prácticas interpretativas centrales para nuestra comunidad constitucional. El problema de todas estas teorías reside en que super-simplifican la densa complejidad interpretativa de las prácticas de interpretación constitucional en los Estados Unidos y, por consiguiente, no alcanzan los estándares mínimos de legitimidad dialéctica (ni siquiera crítica).

Volvemos ahora al punto en el que empezamos, es decir, la inter-

pretación de los padres constituyentes como una característica típica de las prácticas interpretativas norteamericanas. Ninguno de los enfoques examinados se toma esta idea suficientemente en serio. Uno de ellos (el interpretativismo estricto) no alcanza a explicar cómo y por qué la idea tiene o debería tener fuerza interpretativa hoy, y las dos restantes simplemente cambian el objeto. Pero nuestras elecciones interpretativas no son entre historia que no otorga sentido interpretativo a nuestros valores y prácticas de hoy en día y teoría política o convencionalismo que no otorga valor alguno a la historia, constituyendo un defecto de la teoría constitucional contemporánea que ha estrechado nuestra imaginación constitucional hasta llevarla a una polarización en los términos de discusión. Necesitamos descubrir una alternativa constructiva que trascienda esta dicotomía estéril.

Tenemos un ejemplo claro a mano, el de la Constitución de Estados Unidos con su importante mezcla entre historia interpretativa y teoría política. Los norteamericanos se nutren y educan de sus padres constituyentes de una manera distinta a lo que lo hacen el resto de las naciones, porque entienden sus responsabilidades interpretativas en los términos de la discusión planteados por el proyecto de los padres constituyentes. Aquel proyecto no aislaba a la historia de la práctica o a la teoría política de la historia. Su logro más permanente consistió en un método de discusión, de deliberación democrática colectiva que trascendía tales dicotomías. Por consiguiente, el punto de partida de nuestras responsabilidades interpretativas hoy en día puede consistir en que redescubramos esos métodos de argumentación y discusión, y no existe otra forma mejor de hacerlo que la interpretación de los propios padres constituyentes a la misma luz que ellos utilizaron para cumplir su tarea. Para empezar, necesitamos tomarnos seriamente los múltiples estratos de historia interpretativa que los padres constituyentes utilizaron para su teoría y los usos críticos a los que aplicaron dicha historia en su forma de entender el gran proyecto de construcción constitucional que emprendieron.

## 5. LA IDEA DE LOS PADRES CONSTITUYENTES Y DE LA COMUNIDAD INMORTAL

La comprensión que los padres constituyentes tuvieron de sí mismos, como fundadores, fue quizá lo más llamativo de todos los usos de la historia, porque representó la elección autoconsciente de identificación de la tradición constitucional norteamericana con la aspiración de Harrington de liberar a Gran Bretaña de su corrupto «modelo gótico»<sup>46</sup> de clases equilibradas al servicio de la aspiración republicana de «un Estado inmortal»<sup>47</sup> y su uso de la ciencia política de

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, James HARRINGTON, *The Prerogative of Popular Government*, op. cit., p. 563.

<sup>47</sup> James HARRINGTON, *The Commonwealth of Oceana*, op. cit., p. 209.

Maquiavelo acerca del republicanismo romano al servicio de esa aspiración<sup>48</sup>. La idea de fundación constituyente fue fundamental para Roma, en contraste con el pensamiento político griego<sup>49</sup>, pero no como un acto de una persona, sino que como, tal y como lo describió Cicerón: «[Roma] fue fundada no en una generación, sino durante un largo período de varios siglos y muchas generaciones de hombres. Porque... nunca ha existido un hombre poseído de un genio tan grande que nada se le escapara y ni los poderes combinados de todos los hombres viviendo en una misma época podrían posiblemente hacer todas las previsiones necesarias para el futuro sin la ayuda de la experiencia actual y su contraste con el paso de los tiempos»<sup>50</sup>.

El propio Maquiavelo, por el contrario, realizó su estudio del republicanismo Romano para desarrollar una ciencia política que podría ser utilizada con provecho (por ejemplo, facciones en equilibrio en un estado mixto<sup>51</sup>) para una construcción cabal de una forma republicana de gobierno y pensó que su ciencia iba dirigida a «una persona, el organizador prudente de un Estado cuya intención es gobernar no en su propio interés, sino en el interés de la patria»<sup>52</sup>. La fundación de un Estado era un acto que frecuentemente exigía un genio despiadado<sup>53</sup>, una fundación que las generaciones posteriores «renovarían» al hacer retroceder al estado «al punto de comienzo», es decir, sus «principios originales en el caso de una república»<sup>54</sup>. Aunque Maquiavelo aceptó las tendencias universales del género humano a la corrupción, tales tendencias podrían razonablemente retardarse por la fundación y renovación de repúblicas adecuadamente proyectadas a la luz de la ciencia política<sup>55</sup>. Harrington adoptó tanto la metodología de la ciencia política de Maquiavelo como sus ambiciones republicanas, pero en contraste con las limitadas esperanzas de Maquiavelo para retrasar la corrupción, entendió que el uso correcto de tal ciencia podría llevar a alcanzar «un Estado correctamente ordenado... tan inmortal o de larga duración como el mundo»<sup>56</sup>. Sin embargo, eso sólo podría alcanzarse si «en primer lugar, ... el legislador fuera un solo hombre y, en segundo lugar, ... el gobierno se constituyera automáticamente y de súbito»<sup>57</sup>. Harrington distinguía agudamente, como

<sup>48</sup> Véase, como excelente estudio general, Zera S. FINK, *The Classical Republicans*.

<sup>49</sup> Véase, como comentario pertinente, Hannah ARENDT, *Between Past and Future* (Harsmondsworth, Penguin, 1968), pp. 98-99, 120-141, 166, 193-194.

<sup>50</sup> CICERÓN, «De Re Publica», en *De Re Publica, De Legibus*, traducción de Clinton Walker Keyes (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1928), p. 113. Véase, en general, Neal WOOD, *El Pensamiento Político y Social de Cicerón* (Berkeley, University of California Press, 1988).

<sup>51</sup> Acerca de la originalidad de Maquiavelo en este punto, véase L. Quentin SKINNER, *Machiavelli*, pp. 65-67.

<sup>52</sup> MACHIAVELLO, *The Discourses*, p. 132.

<sup>53</sup> Como comentario acerca de este extremo, véase Bruce James SMITH, *Politics and Remembrance*, pp. 26-101.

<sup>54</sup> MACHIAVELLO, *The Discourses*, pp. 385-386.

<sup>55</sup> Véase Zera S. FINK, *The Classical Republicans*, p. 12.

<sup>56</sup> James HARRINGTON, *The Commonwealth of Oceana, op. cit.*, p. 321.

<sup>57</sup> *Id.*, p. 207.

hicieron posteriormente Adams y Madison, entre la psicología normal de la gente en su actuación política y los fines jurídicos de un gobierno republicano. Un padre constituyente no debería fiarse de la virtud política, porque normalmente estaría corrompida por el partidismo<sup>58</sup>, ni de la virtud religiosa, porque «reduciría un Estado a un partido»<sup>59</sup>. Harrington expuso sin ambages como punto fundamental del pensamiento de los padres constituyentes americanos lo siguiente: «la afirmación “danos un buen hombre y nos dará buenas leyes” es una máxima de un demagogo..., pero “danos buenas normas que ellas nos darán buenos hombres” es una máxima de un legislador y la más infalible en la política»<sup>60</sup>.

El fin jurídico y normativo de un Estado consistía en «el imperio del Derecho y no de los hombres»<sup>61</sup>, tratamiento razonable de todas las personas como iguales ante «la ley natural»<sup>62</sup>, y Harrington no dudó en la verdad objetiva de estos valores morales y políticos menos de lo que lo hicieron posteriormente Adams o Madison. El proyecto constituyente de un padre fundador consistió en tomarse en serio tales valores, prever su corrupción por la psicología política ordinaria y sentir la necesidad de inventar fórmulas constitucionales para canalizar tales motivaciones políticas de forma que alcanzaran fines de razón pública igualitaria. En un lenguaje que se anticipaba a la defensa por Madison de la separación de poderes<sup>63</sup> Harrington clamó por una estructura constitucional en la que «no pudiera haber un número de hombres interesados que tuvieran el poder, ni un número de hombres teniendo poder, que puedan tener interés en apropiarse o impedir el funcionamiento del gobierno de el Estado»<sup>64</sup>. El enfoque de Harrington para la construcción del Estado constitucional se ejemplificó mediante la división de un pastel: la forma de asegurar justicia en la distribución no consistía en esperar justicia en la política, sino en estructurar un proceso de elección política (tú partes el pastel primero, y yo, sólo después, elijo mi pieza) de forma que, si se dieran los motivos humanos normales que juegan en política, resultaría el reparto en partes iguales<sup>65</sup>. Las propuestas de Harrington en *Oceana* eran increíblemente complejas<sup>66</sup>. A los efectos presentes debemos simplificarlas y resaltar aquellas características de las mismas que fueron significativas para el pensamiento constitucional posterior tanto en

<sup>58</sup> Véase *id.*, pp. 173, 202, 206, 676.

<sup>59</sup> *Id.*, p. 204.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 205.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 170.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 171.

<sup>63</sup> «Pero la gran seguridad contra una gradual concentración de los distintos poderes en manos de uno solo consiste en dar a quienes administren ese poder los medios constitucionales necesarios y los motivos personales para resistir las usurpaciones de los otros.» *The Federalist*, p. 349.

<sup>64</sup> James HARRINGTON, *The Art of Lawgiving*, ed. J. G. A. Pocock, *op. cit.*, p. 658.

<sup>65</sup> *Id.*, p. 172.

<sup>66</sup> Véase, como exposición clara y equilibrada de las propuestas, Zera S. FINK, *The Classical Republicans*, pp. 52-89.

Gran Bretaña como en Norteamérica. Escribiendo en una sociedad pre-capitalista, Harrington usaba la tierra como el criterio de riqueza y poder político e imponía una ley agraria que redujera los grandes latifundios para asegurar patrones más iguales de distribución de la tierra, y, por consiguiente, más igualdad de poder político<sup>67</sup>. Sus procedimientos de voto combinaban ambos elementos de lotería y de selección del votante<sup>68</sup>, y el poder político estaba sujeto a rotación regular para asegurar una mayor participación en el gobierno a través de un liderazgo político más diversificado y no reiterativo<sup>69</sup>. Según la propuesta de Harrington, el voto de todos los ciudadanos (por contraste con el de los sometidos a servidumbre)<sup>70</sup> se estructuraba a través de la sucesiva representación de cuerpos intermedios que culminaban en un parlamento bicameral, una de cuyas cámaras podría sólo deliberar y proponer las leyes y la otra sólo aprobarlas. Su finalidad consistía en asegurar el uso de la deliberación en la razón pública a través de un refinado proceso de representación<sup>71</sup> por una «aristocracia natural»<sup>72</sup> (en un sentido similar al que fue usado posteriormente por Adams y Jefferson)<sup>73</sup>, responsable ante el electorado de forma que asegurara el trato igual para todos. La política debería, pues, estructurarse, porque en términos que prefiguran el argumento de Madison acerca de la corruptibilidad de incluso la conciencia socrática por una política «demagógica»<sup>74</sup>, observó Harrington que «el cuerpo del pueblo, no guiado por la razón de gobierno, no es pueblo, sino un rebaño»<sup>75</sup>.

La insistencia de Harrington en que semejante esquema fuera hecho por una persona y en un momento único, descansaba en la desconfianza en un vacío empiricismo del pueblo en general que tendía a recaer en experiencias históricas inmediatas (por ejemplo, la Constitución británica de equilibrio entre la clase hereditaria y las restantes)<sup>76</sup>. Por el contrario, las propuestas de Harrington para la consecución de un Estado inmortal se basaban en una ciencia política com-

<sup>67</sup> Véase ed. de J. G. A. Pocock, *The Political Works of James Harrington*, pp. 62-63.

<sup>68</sup> Harrington adaptó el sistema de voto veneciano, que combinaba esos elementos; véase *The Commonwealth of Oceana*, op. cit., pp. 241-247. Acerca de la República de Venecia y su influencia en el pensamiento de Harrington, véase Zera S. FINK, *The Classical Republicans*, pp. 28-29.

<sup>69</sup> Véase ed. de J. G. A. Pocock, *The Political Works of James Harrington*, pp. 69-72.

<sup>70</sup> Véase James HARRINGTON, *The Commonwealth of Oceana*, op. cit., pp. 212-213.

<sup>71</sup> Harrington resumió los fines de su construccionismo político en términos del «alma o facultades del hombre... refinado o incapaz de pasión». *A System of Politics*, en J. G. A. Pocock (ed.), op. cit., p. 838.

<sup>72</sup> Id., p. 173.

<sup>73</sup> Harrington, por ejemplo, piensa en una aristocracia de mérito. Véase, por ejemplo, James HARRINGTON, *The Art of Lawgiving*, en J. G. A. Pocock (ed.), op. cit., p. 677.

<sup>74</sup> *The Federalist*, p. 374.

<sup>75</sup> James HARRINGTON, *A System of Politics*, en J. G. A. Pocock (ed.), op. cit., p. 838.

<sup>76</sup> Véase íd., pp. 106, 728-729, 737, 839-840.

parada, empíricamente rigurosa, y en el uso de inteligencia política imaginativa para la construcción de un nuevo tipo de orden político al servicio de valores republicanos reflexivos. Este tipo de pensamiento posiblemente requeriría, entendía él, el despiadado genio maquiavélico; *Oceana* estaba dedicado a Cromwell.

Los norteamericanos o bien habían leído a Harrington directamente (como Adams)<sup>77</sup> o absorbieron sus ideas de la oposición de pensadores Whig en Gran Bretaña (en particular, Francis Hutcheson)<sup>78</sup>, que explicó de forma destacable el pensamiento de aquél. Mientras rechazaron algunos de sus puntos de vista como claramente inapropiados para las circunstancias norteamericana (sociedad no agraria)<sup>79</sup>, o poco acertadas (rotación)<sup>80</sup>, o inconsistentes con los fines y valores norteamericanos (en particular, el expansionismo imperialista de Harrington y sus ideas perfeccionistas del heroísmo militar)<sup>81</sup>, su ambición en la consecución de un Estado inmortal tocó un acorde que resonó en los corazones de los constitucionalistas norteamericanos.

Los pensadores constitucionalistas norteamericanos, como Harrington, se desesperaban ante la Constitución británica y sus convenciones de evolución histórica. El agudo uso de la ciencia política por Harrington en su intención de emancipar el pensamiento constitucional británico de su historicismo poco imaginativo, probablemente, tuvo resonancia para los norteamericanos que habían encontrado el recurso británico a la Constitución británica de desarrollo histórico y evolutivo de la supremacía parlamentaria tan inexcusablemente insultante y vacío de espíritu. Los norteamericanos necesitaban una forma alternativa de pensamiento constitucional y naturalmente identificaban su situación con las abortadas propuestas constitucionales

<sup>77</sup> En su importante ensayo de 1776 acerca del constitucionalismo norteamericano, *Thoughts on Government*, Adams citó a Harrington como una autoridad y, sin duda, utilizó su descripción de los fines de un gobierno republicano, «imperio del Derecho, no del hombre», como definición de una república. Véase *The Works of John Adams*, vol. IV, p. 194. Y en *A Defence of the Constitutions of Government*, Adams incluyó una larga cita del reparto del pastel del *Oceana* de Harrington, calificando el argumento de «incontestable y eterno». *The Works of John Adams*, vol. IV, p. 410; la cita aparece en íd., pp. 410-413. Madison incluyó la edición de Toland de las obras de Harrington en su recopilación de 1783 de libros para el Congreso; véase ed. de T. HUTCHINSON y William M. E. RACHAL, *The Papers of James Madison*, 1783, vol. 6, p. 85 (núm. 148).

<sup>78</sup> Véanse, por ejemplo, Francis HUTCHESON, *A System of Moral Philosophy*, vol. II, en *Collected Works of Francis Hutcheson*, vol. VI (Hildesheim, Georg Olms Verlagshandlung, 1969), pp. 240-266; *A Short Introduction to Moral Philosophy*, en *Collected Works of Francis Hutcheson*, vol. IV, p. 299. Como comentario, véase Caroline ROBBINS, *The Eighteenth-Century Commonwealthman*, pp. 173-174, 190-191.

<sup>79</sup> Véase, por ejemplo, Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. I, pp. 422-423 (Madison).

<sup>80</sup> Véase, por ejemplo, Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. I, p. 376 (Wilson, «elecciones encadenadas y desanimador del principio del mérito»).

<sup>81</sup> La ciudadanía implicaba, para Harrington, un extenso servicio militar para las guerras imperialistas al servicio de un aumento maquiavélico del Estado. Véase, como examen ilustrativo, Zera S. FINK, *The Classical Republicans*, pp. 79-85.

hechas durante la guerra civil inglesa y el interregno<sup>82</sup>. Las propuestas concretas de Harrington resultaron llamativas para los constitucionalistas norteamericanos, porque sus métodos y ambiciones eran congruentes con su sentido de su extraordinaria oportunidad histórica y su responsabilidad para depositar en la nueva creación todo el amplio espectro de inteligencia emancipada religiosa, moral y políticamente de la que estaban tan naturalmente orgullosos. Pero esa inteligencia sólo podría producirse si no fuera rehén de tradiciones corrompidas religiosas, morales o políticas que habían encadenado el ámbito natural de su razonable libertad.

Fue el sentimiento de oportunidad histórica y responsabilidad lo que guió a los padres constituyentes norteamericanos a utilizar en sus discusiones los usos interpretativos de la historia, incluido el análisis de tal historia a la luz de la ciencia política comparada de Maquiavelo, Harrington, Montesquieu, Hume y los escoceses teóricos contemporáneos de las ciencias sociales. Montesquieu, por ejemplo, escribió para un «legislador»<sup>83</sup> que, en circunstancias felices, podría utilizar las apreciaciones normativas y empíricas derivadas de su idealización de la Constitución británica para elaborar dicha Constitución o una Constitución similar en unas circunstancias climáticas, demográficas y culturales que adecuadamente lo soportaran e identificables a partir de su ciencia política. Es perfectamente comprensible que un texto conteniendo semejante consejo tuviera enorme poder en 1787, porque enfocaba, clarificaba e incluso definía el tipo de oportunidad histórica y de tarea con la que padres constituyentes se enfrentaban; los padres constituyentes, ellos mismos educados en la tradición constitucional británica, identificaron sus circunstancias como precisamente aquellas más favorables para poner en marcha el tipo de sabiduría reflexiva que Montesquieu animaba a utilizar a su «legislador». Y aunque Hume defendió la Constitución británica en términos de tradición histórica y permanente, se había permitido el lujo utópico de reflexionar acerca del ideal harringtoniano de una república que él ofrecía para una época en la que «podría surgir la oportunidad de reducir la teoría a la práctica, bien por la disolución de algún viejo gobierno, bien por la conminación de los hombres a formar uno nuevo en algún lejano lugar del mundo»<sup>84</sup>. Pero los padres constituyentes norteamericanos se encontraron a sí mismos, milagrosamente, en precisamente esa situación y Madison, como sabemos, ciertamente encontró útil el consejo de Hume.

Los constitucionalistas norteamericanos probaron, refinaron y elaboraron su inteligencia política crítica a la luz de esta ciencia política porque, como Harrington, habían aprendido a desconfiar del historicismo empiricista vacío de su desconfianza en la Constitución bri-

<sup>82</sup> Véase, en general, Francis D. WORMUTH, *The Origins of Modern Constitutionalism*.

<sup>83</sup> MONTESQUIEU, *The Spirit of the Laws*, vol. 2, p. 156.

<sup>84</sup> David HUME, «Idea of a Perfect Commonwealth», en *Essays: Moral, Political and Literary*, p. 500.

tánica, ahora hecha añicos; y sabían que la prueba para el ejercicio de la inteligencia política independentista consistiría en su capacidad para la independencia moral y la crítica razonable de las tradiciones que tanto habían aplastado y atontado la mente y el corazón humanos para obligarles a aceptar jerarquías de poder y privilegio antinaturales. Estos ejercicios de inteligencia crítica incluían una visión independiente de la ciencia política comparada que tanto les había iluminado. Los norteamericanos, de esta forma, usaron a Montesquieu algunas veces críticamente para conseguir precisamente los fines harringtonianos que aquél deploró y usaron frecuentemente la brillante ciencia política de Hume acerca de la imparcialidad política al servicio de la teoría de Locke de la legitimidad política que Hume había rechazado. Y los norteamericanos, ciertamente, estaban absorbidos por los métodos y tradiciones harringtonianos, pero nunca podrían suscribir su concepción de la ciencia política de Maquiavelo como un tipo de mecanismo político para eliminar la verdad moral y religiosa (poniendo los fundamentos, por ejemplo, para una especie de religión civil del Estado)<sup>85</sup>.

Los norteamericanos estaban absortos ante Harrington, pero debido a razones sólo a ellos aplicables; es decir, interpretaron a aquél como un modelo para el tipo de deliberación y discusión requerida por su gran oportunidad y responsabilidad histórica al servicio de la protección de derechos humanos inalienables y fundamentales para la legitimidad del poder político como tal. Plenamente coherentes con esta teoría política, necesitaban una concepción de ellos mismos, no como las del despiadado genio harringtoniano, sino como participantes en una gran deliberación colectiva y democrática acerca de la nueva concepción de la discusión constitucional que dignificaría a todos los norteamericanos de su propia generación ante el juicio de la historia.

Resulta importante destacar que «los fines» de tales argumentos constitucionales, tal y como lo expresó Madison en la Convención Constitucional, «consistían en primer lugar en proteger al pueblo contra sus gobernantes; en segundo lugar, en proteger [al pueblo] contra las impresiones pasajeras a las que el pueblo mismo podría ser llevado»<sup>86</sup>. La autoridad de tales argumentos consistía en que sus «fines» eran aquellos de un «pueblo deliberando en un momento tempestivo y con la experiencia de otras naciones delante de ellos acerca del plan de gobierno que con más probabilidad les aseguraría su felicidad»<sup>87</sup>.

Esta autoridad salió a relucir especialmente en los papeles de *El Federalista*, número 49, cuando Madison defendió la concepción de los padres constituyentes acerca de una Constitución escrita de larga du-

<sup>85</sup> Véase, en general, Leo STRAUSS, *Thoughts on Machiavelli* (Chicago, University of Chicago Press, 1984).

<sup>86</sup> Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. I, p. 421.

<sup>87</sup> Id.



ración contra la idea de Jefferson de una Constitución escrita más fácilmente reformable por cada generación<sup>88</sup>.

El argumento de Madison consistía en una llamada al extraordinario tipo de libertad, oportunidad y capacidad reflexiva colectiva y democráticamente surgida en el momento de la elaboración y ratificación de la Constitución de Estados Unidos. La autoridad de la concepción de los padres constituyentes acerca de una Constitución escrita provenía, precisamente, de que no era el producto de una variedad de políticas democráticas a la que los competidores por el poder político traían en todas sus disputas sus percepciones partidistas en todas las cuestiones, principios y políticas a aplicar. Madison pensaba que los debates legislativos de la política ordinaria serían «como muchas decisiones judiciales, aunque sin afectar a los derechos de personas concretas, sino a los derechos de grandes grupos de ciudadanos»<sup>89</sup>; es decir, como un debate sustantivo acerca de la justicia en el que todas las partes interpretan tales peticiones de justicia filtradas a través de sus compromisos partidistas, bien como acreedores o deudores, agricultores o industriales, cuáqueros o anglicanos, etcétera. La autoridad de la Constitución, por contraste, era el tipo de imparcialidad necesario para la construcción de límites al poder, inmune de tal tipo de política y en la que saldrían a relucir argumentos adjetivos y de fondo razonables, limitando el ejercicio de tales actividades políticas y coherente con las más amplias concepciones de la justicia y de la igualdad de Locke y del uso efectivo del poder colectivo para avanzar en pro del bien público. La objeción de Madison a la visión de Jefferson acerca de una Constitución escrita consistía en que el sentido de una Constitución escrita cambiaba fácilmente, o modificaba o erosionaba la autoridad que hacía de la concepción de los padres constituyentes algo distinto, minando esta virtud que la hacía característica y que consistía en la imparcialidad constitucional ante la actuación de las pretensiones partidistas basadas en el argumento constitucional y que necesariamente surgen en el juego ordinario de la política. Pero eso liberaría otra vez el «demonio del partidismo»<sup>90</sup> de Hamilton, que era el punto básico de la Constitución a domesticar y criticar en contraste con las repúblicas previamente existentes, cuyo ejemplo los padres constituyentes repudiaban conscientemente. Por esta razón, la imparcialidad misma de la Constitución escrita debía quedar más allá de todo cambio que se pareciera a la política democrática ordinaria. Esta imparcialidad más profunda expresaba la concepción de la razonabilidad colectiva acerca

<sup>88</sup> Madison se refería al anteproyecto de Constitución de Virginia de 1783, que había añadido a sus *Notes on the State of Virginia*. Véase Thomas JEFFERSON, *Notes on the State of Virginia*, pp. 209-222, en donde, en la parte pertinente, Jefferson defendía que siempre que dos poderes constitucionales estuviesen de acuerdo, por mayoría de dos tercios, debería convocarse una convención constitucional para reformar la Constitución. Véase *id.*, p. 221.

<sup>89</sup> *The Federalist*, p. 59.

<sup>90</sup> *The Federalist*, p. 444.

de la Constitución misma; una reforma, por consiguiente —señalaba Madison<sup>91</sup>—, debería dirigirse a motivar el mismo tipo de ejercicio de reflexión y de deliberación colectiva acerca del perenne diseño constitucional.

El argumento de Madison acerca de la autoridad de la Constitución era contractualista en el sentido de Locke, es decir, la legitimidad del poder político era puesta a prueba contra el ideal político de aceptabilidad de tal poder por parte de personas libres, racionales e iguales sometidas al mismo<sup>92</sup>. La legitimidad de la Constitución era la única manera en que podía imponerse límites al poder del Estado y del pueblo, que podría ser y era frecuentemente justificado públicamente ante todas las personas sujetas a ellos como razonable y coherente con los principios de Locke de respeto por los derechos humanos inalienables y los poderes de autogobierno razonable. Era por consiguiente esencial, como insistieron, entre otros padres fundadores, Wilson y Madison en la Convención<sup>93</sup>, que la Constitución fuera ratificada siguiendo un proceso de deliberación el más profundo posible de los que habrían podido tener lugar en un gobierno republicano; tal ratificación tendría fuerza normativa porque daba expresión política de autoridad al más profundo juicio de Locke acerca de la justificación razonable del poder.

La autoridad de una Constitución escrita permanente era —señalaba Madison— la razonabilidad imparcial de sus límites escritos, tanto para el poder del Estado como para el del pueblo mismo. Pero Madison pensaba que estos límites constituirían la herencia permanente para la posteridad, es decir, argumentos de orden constitucional basados en una moralidad republicana concebida imparcialmente y que podría imponerse tanto al Estado como al pueblo. Y tanto él como otros padres constituyentes, ciertamente, compartían con Jefferson la amarga pero realista profecía maquiavélica acerca de la dirección probable de Norteamérica alejándose de su aspiración original derivada de Locke y su punto de vista de las responsabilidades contemporáneas de los constitucionalistas norteamericanos a la luz de esa declinación de la virtud republicana: «deberían mirar hacia delante, hacia un tiempo, y no se trata de un tiempo distante, en que la corrupción se haya apoderado de las cabezas de las mentes del gobierno en este país, como ocurrió en el país de donde derivamos nuestro origen, exparciéndose por esas mentes a través del cuerpo del pueblo; a un tiempo cuando comprarán la voz del pueblo y les harán pagar el correspondiente precio. La naturaleza humana es la misma

<sup>91</sup> *The Federalist*, pp. 341-343.

<sup>92</sup> Véase, en general, David RICHARDS, *Toleration and the Constitution*. Cfr. John RAWLS, *A Theory of Justice*; T. M. SCANLON, «Contractualism and Utilitarianism», en Amartya SEN y Bernard WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, pp. 103-128.

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. I, pp. 122-123 (Madison), 123 (Wilson), 127 (Wilson); id., vol. II, pp. 92 (Madison), 468-469 (Wilson), 469 (Madison), 475-476 (Madison), 477 (Wilson), 561-562 (Wilson).

en ambos lados del Atlántico y será influenciada por igual por las mismas causas. El tiempo para prevenirse de la corrupción y la tiranía ha venido antes de que se hayan apoderado de nosotros. Es mejor mantener al lobo fuera del redil, que confiar en arrancarle sus dientes y garras después de que haya entrado...»<sup>94</sup>.

La futura integridad de la moral republicana y de los derechos inalienables que protege dependerían de la calidad del discurso constitucional que los norteamericanos, como pueblo, pudieran mantener. Madison no tenía duda alguna acerca de la verdad objetiva de dicha moralidad y «una nación de filósofos» podría, como Jefferson probablemente creía, redescubrirla en cada generación. Pero no podía renunciarse tan caballerosamente a la responsabilidad constitucional de su generación: «la razón del hombre, como el hombre mismo, es tímida y cautelosa cuando se la deja sola; adquiere firmeza y confianza en proporción al número con el que se asocia. Cuando los ejemplos, que fortifican la opinión pública, son antiguos además de numerosos, se sabe que tienen un doble efecto. En una nación de filósofos, esta consideración no debe tenerse en cuenta. La reverencia por el Derecho sería inculcada suficientemente por la voz de la razón ilustrada. Pero no puede esperarse una nación de filósofos como no pudo esperarse la raza de reyes filósofos deseada por Platón»<sup>95</sup>. Madison (y también John Dickinson)<sup>96</sup> se anticiparon aquí, con mérito en la apreciación del papel formador jurídicamente de la sociedad, que el compromiso histórico en favor de una Constitución escrita (y sus padres fundadores constituyentes) jugaría en la conformación de la identidad norteamericana como un Estado permanentemente republicano a lo largo de las generaciones. La Constitución había concebido conscientemente sus fines de esta manera. En palabras del preámbulo, «asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros mismos y para la posteridad», y todos los puntos de vista enfrentados en los debates acerca de la Constitución —federalistas<sup>97</sup> y anti-federalistas<sup>98</sup>— invocaban los efectos que se producirían en la posteridad como la prueba crucial de la legitimidad de la Constitución. El punto de vista de Madison contra Jefferson consistía en que la aspiración de este tipo de Constitución escrita permanente podría alcanzarse por autoconsciencia haciendo uso del profundo sentido humano de la historia y de la tradición para mantener en el pueblo, en gran medida, la capacidad para la discusión constitucional racional al servicio de la legitimidad política de Locke. La idea de los padres constituyentes jugaría un papel en la tradición constitucional norteamericana.

<sup>94</sup> Thomas JEFFERSON, *Notes on the State of Virginia*, p. 121.

<sup>95</sup> *The Federalist*, p. 340.

<sup>96</sup> Véase John DICKINSON, *Letters of Fabius*, op. cit., pp. 188-189.

<sup>97</sup> Véanse, por ejemplo, *The Federalist*, pp. 89, 145, 210-211, 213, 276-277; John DICKINSON, *Letters of Fabius*, pp. 200-201.

<sup>98</sup> Véase, por ejemplo, ed. de Herbert J. STORING, *The Complete Anti-Federalist*, vol. 1, pp. 96, 105, 117, 155, 227, 249, 326, 363-364, 372; id., vol. 3, pp. 14, 21, 39, 67, 86, 97, 105, 165; id., vol. 4, pp. 18, 20, 64; id., vol. 6, pp. 130, 141-142.

americana, no como punto de referencia para el maquiavélico genio despiadado, sino como ejemplo de calidad de la discusión pública y de la visión de futuro entre personas libres que protegerían su estatuto de igualdad como personas con derechos humanos inalienables e intereses dignos de respeto y protección.

El proyecto interpretativo de los padres constituyentes es nuestro proyecto, porque tanto la elaboración como la interpretación de la Constitución son un proyecto continuo en el que buscamos justificación razonable para el ejercicio del poder político. Un proceso reflexivo de deliberación pública y ratificación estableció la autoridad de la Constitución por la vía de hacer su punto central la razonabilidad de los límites institucionales al poder político. Por las mismas razones, la legitimidad política del tipo de la pensada por Locke requiere que la interpretación de la Constitución sea justificable de forma similar para todas las personas sujetas al poder político en términos que respete sus derechos iguales y su estatuto ante la ley, lo que explica por qué la legitimidad misma de gran parte de la interpretación constitucional se asocia con su justificabilidad en términos de principio<sup>99</sup>. Así, pues, las controversias norteamericanas acerca de la interpretación constitucional debaten típicamente si una decisión responde o no a principios o, caso contrario, cuál debería ser el principio.

Este tipo de debates interpretativos, normalmente, se basan en argumentos de fondo de justicia material, porque importantes preceptos de la Constitución (por ejemplo, las garantías de derechos inalienables de libertad de conciencia o de expresión) otorgan a tales argumentos el papel central. Los argumentos de principio no pueden, sin embargo, equipararse con los argumentos de justicia material<sup>100</sup>. La legitimidad de las interpretaciones constitucionales debe obedecer a principios, porque la legitimidad misma de la Constitución y su existencia a lo largo del tiempo se basa en la justificabilidad pública del poder público impuesto a todas las personas como iguales; los argumentos interpretativos basados en principios justifican el poder estatal de esta forma (el derecho otorgado a algunos debe razonablemente extenderse a todos los que razonablemente estén dentro del mismo ámbito). Pero la justificación más coherente y que obedezca a principios puede no siempre ser materialmente justa, porque la tradición constitucional correctamente entendida puede llegar a no alcanzar la justicia (puede no llegar, por ejemplo, a extender la protección constitucional a determinados derechos). Más frecuentemente, sin embargo, la pretensión misma de una injusticia constitucionalmente justificada dará lugar a una disputa de naturaleza interpretativa, como ocurrió con el profundo debate académico acerca de si el Tribunal Supremo uti-

<sup>99</sup> Véanse, en general, Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977); *A Matter of Principle* (1985); *Law's Empire* (1986).

<sup>100</sup> Dworkin resalta este punto distinguiendo entre el valor integridad y los valores materiales de justicia y equidad. Véase, en general, Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 176-275.

lizó «principios neutrales»<sup>101</sup> en su decisión invalidando la segregación racial en las escuelas públicas, *Brown v. Board of Education*<sup>102</sup>.

Todos los que participaron en el debate académico admitieron que la decisión era sustantivamente justa, pero no concordaban acerca de si la injusticia material era coherente con una justificación razonable del precepto constitucional de aplicación, con la historia del precepto o con otros casos que habían interpretado el precepto<sup>103</sup>. La consecuencia de aquel debate acerca de esa cuestión del principio interpretativo fue la que es esperable y debería esperarse de debates acerca de principios; es decir, una discusión razonable entre una comunidad de personas iguales que llevaría, eventualmente, a un acuerdo en el sentido de que gran cantidad de principios justifican *Brown*; es decir, bien que todo tipo de discriminación racial es ilegal, bien que sólo lo son aquellas en que la raza se utiliza de manera odiosa<sup>104</sup>. A través del tipo de razonamiento utilizado en los debates acerca del principio, entendemos ahora que *Brown* se basa en el principio constitucional de igualdad material, aunque todavía discutimos los méritos relativos de los principios alternativos en otros casos que llevan a resultados distintos (por ejemplo, acción afirmativa)<sup>105</sup> \*.

No podemos, empero, pensar que los principios constitucionales son estáticos. Los padres constituyentes defendían la idea de una Constitución permanente escrita, porque pondría el profundo sentido humano de la tradición histórica al servicio de la Constitución y elaboración de un nuevo tipo de comunidad moral republicana; y la historia sólo sirve razonablemente a este fin cuando es interpretada de la misma manera en que los padres constituyentes defendieron la legitimidad de la Constitución, es decir, como una empresa históricamente continua de fijación de principios para una comunidad de personas libres, racionales e iguales (esto es, una comunidad de principio a lo largo del tiempo). La idea de una comunidad de principio continua a lo largo de la historia, explica la manera en que la interpretación constitucional acomoda los cambios en la realidad a las doctrinas e interpretaciones a lo largo del tiempo, incluyendo no sólo las innovaciones doctrinales como aquellas que tuvieron lugar en las enmiendas

<sup>101</sup> Véase, por ejemplo, Herbert WECHSLER, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

<sup>102</sup> 347 U. S. 483 (1954).

<sup>103</sup> Como ejemplo de este comentario, véanse Herbert WECHSLER, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959); Louis POLLAK, «Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler», 108 *U. Pa. L. Rev.* 1 (1959); C. L. BLACK, Jr., «The Lawfulness of the Segregation Decisions», 69 *Yale L. J.* 421 (1960). Véase, también, Alexander BICKEL, «The Original Understanding and the Segregation Decision», 69 *Yale L. J.* 1 (1955).

<sup>104</sup> Véase Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 355-399.

<sup>105</sup> Véase, por ejemplo, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

\* *N. del T.*—Se denuncia *affirmative action* a lo que en España se ha venido a llamar discriminación a la inversa (favorable a las mujeres o al colectivo sociológicamente discriminado y desfavorable para los hombres o el grupo sociológicamente mayoritario).

de la reconstrucción, sino también un estilo de interpretación adecuado a la legitimidad continuada de la Constitución misma. Estas responsabilidades de orden interpretativo incluyen, como no podía ser de otra forma, un sentido crítico de los logros mismos de los padres constituyentes. Para ser más preciso, la Constitución de 1787 y el *Bill of Rights* de 1791 —logros dignos de alabanza como lo son— contienen compromisos e incluso sacrificios de principios republicanos acerca de los cuales los padres constituyentes eran dolorosamente conscientes. El propio Madison, por ejemplo, pensaba que el principio de representación igual de los Estados en el Senado claramente violaba principios republicanos básicos de justicia en cuanto al derecho a voto<sup>106</sup>. También prefería un poder general del Congreso para anular leyes estatales que le habrían permitido anular aquellas que infringieran los inalienables derechos humanos<sup>107</sup>, y prefería, en los debates sobre la primera enmienda, una garantía de la libertad religiosa y libertad de expresión que se extendiera tanto a los Estados como al gobierno federal<sup>108</sup>. Es más, sabía —como también lo hacían muchos de los padres fundadores— que la institución de la esclavitud de los Estados del sur violaba obscenamente el principio republicano de libertad igual para todas las personas<sup>109</sup>. Aunque alguno de estos compromisos constitucionales no fueron quizá tan desastrosos como temían los padres constituyentes (por ejemplo, el principio de representación igual en el Senado), el mal de los flagrantes sacrificios de principios, como la legitimación de la esclavitud o la ausencia de inhibición constitucional al poder de los Estados en defensa de derechos básicos de la persona, fue enorme si se enjuicia desde el punto de vista de la experiencia histórica acumulada. El sentido de los padres constituyentes acerca de corrientes básicas de principio en la comunidad se confirmó posteriormente y —tras la guerra civil— a muchos de ellos se hizo referencia en la elaboración de las enmiendas de la Reconstrucción<sup>110</sup>.

Los padres constituyentes de las enmiendas de la Reconstrucción dieron a su trabajo el mismo tipo de sentido interpretativo de la historia que anteriormente vimos tenían los padres constituyentes de la Constitución de 1787, es decir, intentaron aprender de los errores pa-

<sup>106</sup> Véase, por ejemplo, Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. 1, pp. 151-152.

<sup>107</sup> Para la más clara defensa de este punto de vista por Madison, véase su carta a Jefferson de 24 de octubre de 1787, en *The Papers of James Madison*, vol. 10, pp. 212-214, ed. de Robert A. Rutland *et al.*

<sup>108</sup> En un principio, Madison propuso a la Cámara de Representantes la siguiente enmienda de la Constitución de 1787: «Ningún Estado infringirá el derecho a la igualdad en la libertad de conciencia, la libertad de prensa o la garantía del jurado en el enjuiciamiento criminal.» Véase Leonard LEVY, *Judgements*, p. 179. La propuesta no fue aprobada.

<sup>109</sup> Por ejemplo, en la Convención Constitucional, Madison afirmó que mencionar el tráfico de esclavos «rebajará más el honor del carácter nacional que no mencionarlo en absoluto en la Constitución». Max FARRAND (ed.), *The Records of the Federal Convention*, vol. II, p. 415.

<sup>110</sup> Véanse las enmiendas 13, 14 y 15 de la Constitución.

sados en el diseño del gobierno republicano y federal, incluyendo las lecciones aprendidas de la propia Constitución y del *Bill of Rights*. Los padres constituyentes de las enmiendas de la Reconstrucción no fueron, sin embargo, innovadores institucionales en el mismo sentido en que lo fueron los originales, porque su sentido interpretativo de la historia se limitó a aceptar, más que a elaborar, muchos de los límites sustantivos y procesales de la Constitución y del *Bill of Rights*. Desde luego, se dirigieron a los defectos centrales del diseño constitucional previo: la decimotercera enmienda (1865) abolió la esclavitud; la decimocuarta enmienda (1868) extendió las garantías de derechos básicos contra la acción de los Estados, y la enmienda decimoquinta (1870) prohibió la discriminación racial en el voto. Pero estos cambios no tanto innovaron los principios como elaboraron el ámbito de aplicación de principios constitucionales preexistentes en una manera en que fueron pretendidos originariamente por los padres constituyentes de 1787. Por ejemplo, cuando la decimocuarta enmienda extendió las garantías de derechos básicos para contemplar no sólo la acción del gobierno federal, sino también la de los Estados, no creó nuevos derechos, sino que más bien se limitó a tomar las garantías existentes en el *Bill of Rights* de 1791 y a ampliar su aplicación, lo que constituía una gran laguna (como había visto claramente Madison) en la protección constitucional de los derechos básicos. Incluso la innovación en la terminología de la protección constitucional (en especial en la redacción de la cláusula de igualdad de la decimocuarta enmienda) se basaba en la previa existencia de otras garantías constitucionales, como he explicado en otro lado<sup>111</sup>. En general, si en algo tuvieron eficacia las enmiendas de la Reconstrucción fue en la expansión de la comunidad de principios para abarcar una concepción más coherente y ciertamente menos defectuosa de las personas y derechos protegidos por la igualdad del Estado de Derecho. Estas enmiendas tenían una naturaleza más interpretativa que innovativa y reflejaban precisamente el tipo de reflexión crítica acerca de los argumentos interpretativos del principio que los padres constituyentes usaron y anticiparon para que la posteridad continuara utilizándolos. Los padres constituyentes de estas enmiendas eran en realidad la posteridad a la que se referían los padres constituyentes de 1787. Debido a ellos, la comunidad de principios creada por los padres constituyentes de 1787 obedece ahora, en suma, a principios más sólidos.

La interpretación constitucional, así entendida, no sólo debe limitarse a imputar un sentido razonable al trabajo de los padres creadores de la Constitución, el *Bill of Rights* o las enmiendas de la Reconstrucción, sino que debe atribuir dicho sentido razonable también a la empresa histórica de la interpretación constitucional, incluyendo ejemplos de teorías gravemente equivocadas acerca del significado de la Constitución. La concepción norteamericana de una Constitución escrita permanente expresa una comunidad históricamente

<sup>111</sup> Véase David RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, pp. 296-303.

continua de interpretación a los efectos de la justificación pública en el plano de los principios que incorpora todos y cada uno de los momentos de su vigencia. En consecuencia, la concepción debe ser crucialmente sensible a los factores de contexto relevantes y a las formas que una justificación pública razonable debe adoptar en circunstancias y momentos diferentes. Sólo esa sensibilidad hacia el contexto nos permite leer la Constitución como una comunidad continua ligada a un conjunto coherente de principios comunes; y la ausencia de esa sensibilidad puede crear poderosos paradigmas de equivocaciones interpretativas, paradigmas que no alcancen a entender ni a articular líneas firmes y permanentes de principios. En consecuencia, una comunidad de principios debe aportar su sentido interpretativo de la historia al proceso de la práctica interpretativa del texto de la Constitución a lo largo del tiempo, así como al sentido de la historia que tenían los padres constituyentes o al sentido de la idea misma de padres constituyentes mismos.

(Traducción: Enrique ALONSO GARCÍA.)