

---

## **Artículos**

---



---

## **Teorías constitucionales: una clasificación y crítica (implícita)\***

---

Larry Alexander\*\*

### **Resumen**

Estoy honrado de haber sido invitado a presentar esta *Madison Lecture* y quiero agradecer a los anfitriones, Robby George y Brad Wilson, por su hospitalidad y por la excelencia alcanzada en el *Madison Program* bajo su dirección.

Me encomendaron la tarea de presentar algo sobre teoría constitucional. Ahora bien, como verán, efectivamente trabajo desde un ángulo de la teoría constitucional y, por supuesto, creo que es el enfoque correcto para trabajar y en el que todos los constitucionalistas deberían trabajar. Sin embargo, la desafortunada verdad es que muchos constitucionalistas rechazan esta afirmación a pesar de varios artículos míos instándolos a hacer lo contrario. Por tanto, hasta la fecha, he fracasado en mis aspiraciones normativas en relación con la teoría constitucional, pero esta conferencia evitirá predicar a los inconversos.

Lo que pretendo, en cambio, es categorizar los enfoques existentes en la teoría constitucional, incluyendo el mío. Voy a sistematizar más que a criticar; aunque, lo confieso, se filtrarán algunas críticas, aun cuando sean principalmente en forma implícita.

---

\* Traducción a cargo de Francisco Manuel Balbín. Abogado (UBA), LL.M. (Harvard University). Se agradece al autor del artículo, Prof. Larry Alexander, Warren Distinguished Professor de la Universidad de San Diego, y a la San Diego Law Review por su conformidad con la reproducción del texto publicado en español.

\*\* Larry Alexander. Warren Distinguished Professor de la University of San Diego School of Law. El autor agradece en su texto a Will Baude and Kim Ferzan por sus comentarios y a Alessandria Driussi por su asistencia taquigráfica.

## I. Los moralistas

El primer grupo de constitucionalistas que deseo analizar lo denomino “*los moralistas*”. Estos teóricos ven a la Constitución –o, al menos, gran parte de ella– y, por tanto, al derecho constitucional, como una invitación a implementar su teoría favorita de la moral como la ley suprema de un país. Algunos moralistas afirman que la propia Constitución, en frases como el “*debido proceso legal*” o la “*igual protección ante la ley*”, invita a los jueces a hacer teoría moral y luego imponer el rigor de esa teoría como si fuese derecho constitucional y, por ende, supremo sobre cualquier otra ley<sup>1</sup>. Otros consideran que la razón de ser de la Constitución es la implementación y protección de nuestros derechos morales preexistentes<sup>2</sup>. En su opinión, cualquier intento de derogación de esos derechos sería nulo en términos constitucionales, independientemente del texto específico de la Constitución<sup>3</sup>.

Hay *constitucionalistas morales* de todos los colores políticos. Algunos de ellos se sitúan a la izquierda del espectro político. Hace una generación, David A.J. Richards “encontró” en la Constitución la teoría de la justicia *rawlsiana*<sup>4</sup>. Algo antes, en su famoso prólogo para la *Harvard Law Review*, Frank Michelman argumentó que la Decimocuarta Enmienda podría servir como base para implementar la idea *rawlsiana* de redistribución de la riqueza por orden judicial<sup>5</sup>. Más recientemente, Larry Sager ha postulado que la Constitución es incorregible y persigue el valor de la justicia, incluso cuando no toda la justicia que busca deba ser aplicada por los jueces<sup>6</sup>. Dado que Sager no cree que los intérpretes constitucionales estén obligados por el significado original de la Constitución<sup>7</sup>, no me queda claro, desde su punto de vista, qué impide que la Constitución logre alcanzar la justicia en lugar de limitarse a perseguirla.

Ronald Dworkin merece especial atención como un constitucionalista moral de izquierda. En algunas ocasiones, Dworkin apoya una ideología constitucional de izquierda a través de su teoría general del derecho como una interpretación

---

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, RONALD DWORKIN, *Freedom's law: the moral reading of the american constitution* (1996).

<sup>2</sup> Ver *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 387–88 (1798) (Chase, J.).

<sup>3</sup> Ver, *id.*

<sup>4</sup> Ver DAVID A.J. RICHARDS, *Foundations of american constitutionalism* 13 (1989) (citando a JOHN RAWLS, *A theory of justice* 195–257 (1999)); Ver también DAVID A.J. RICHARDS, *Toleration and the constitution* 41 (1986) (citando *id.*).

<sup>5</sup> Ver FRANK I. MICHELMAN, *The supreme court, 1968 term—foreword: on protecting the poor through the fourteenth amendment*, 83 harv. l. rev. 7, 14–15 (1969).

<sup>6</sup> Ver LAWRENCE G. SAGER, *Justice en Plainclothes: a theory of american constitutional practice* 71–72, 76, 82–83 (2004).

<sup>7</sup> Ver *id.* en 30, 35, 42–69.

constructiva, incluido el derecho constitucional<sup>8</sup>. Para Dworkin, el derecho de una comunidad se define preguntándose cuáles son los principios moralmente más aceptables que se ajustan a una fracción considerable de los materiales jurídicos -la Constitución, las leyes, las normas administrativas, las decisiones judiciales, etc.-<sup>9</sup>. De hecho, ni siquiera el contenido de esos materiales legales es cerrado, sino que se interpreta por referencia a principios morales<sup>10</sup>. Ya he criticado la teoría de Dworkin en profundidad en otra oportunidad y no repetiré esas críticas<sup>11</sup>. Lo que quiero señalar aquí es que el enfoque general de Dworkin sobre el derecho le permite “encontrar” sus principios morales favoritos en la Constitución.

En otras ocasiones, sin embargo, Dworkin “encuentra” sus principios liberales del derecho constitucional por una vía más convencional, que no se basa en su teoría general del derecho. En cambio, como algunos de los otros moralistas, afirma que esos principios concuerdan con las intenciones semánticas de los *padres fundadores*, lo que no es más que el significado semántico de disposiciones específicas de la Constitución<sup>12</sup>.

Estos teóricos -Richards, Michelman, Sager y Dworkin- representan a los moralistas de izquierda<sup>13</sup>. No obstante, también hay moralistas de derecha. Estos últimos ven la Constitución como un intento de aplicar una ley natural de un matiz claramente conservador o libertario.

Uno de estos moralistas de derecha es Hadley Arkes. Él sostiene que, al interpretar la Constitución, hay que ir más allá de su texto y llegar a los primeros principios,

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, RONALD DWORGIN, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality* 370–71 (2000).

<sup>9</sup> Ver RONALD DWORGIN, *Law's empire* 355–99 (1986).

<sup>10</sup> Ver *id.* En 225-275.

<sup>11</sup> Estas críticas se encuentran en LARRY ALEXANDER & KEN KRESS, *Against legal principles, en law and interpretation: essays in legal philosophy* 279 (ANDREI MARMOR ED., 1995) Y LAWRENCE ALEXANDER & MICHAEL BAYLES, *Hercules or proteus? the many theses of ronald dworkin*, 5 soc. theory & prac. 267 (1980). Estas críticas incluyen: Dworkin nunca aclara cómo se va a fijar el contenido legal a efectos de la «adecuación», dado que la «ley» es en sí misma el producto de la adecuación y la aceptabilidad; Dworkin no ofrece una justificación convincente de la igualdad diacrónica que, según él, subyace al requisito de adecuación y que, en teoría, debería aplicarse tanto a las legislaturas como a los tribunales, y promover la igualdad diacrónica, en contraste con tener en cuenta los intereses de confianza, es perverso e insostenible; la aceptabilidad moral dictará el nivel moralmente apropiado de adecuación y no dará efecto a errores morales pasados excepto en la medida en que hayan creado intereses de confianza; y en la teoría de Dworkin, la legislación puede no cambiar la «ley» de la forma en que la legislatura pretendía, a pesar de lo que la mayoría de nosotros creemos.

<sup>12</sup> Ver RONALD DWORGIN, *Comment, in a matter of interpretation: federal courts and the law* 115, 119, 122 (AMY GUTMANN ED., 1997).

<sup>13</sup> También debo mencionar como teóricos morales de izquierda en la teoría constitucional a James Fleming y Sotirios Barber, cuyos planteamientos y conclusiones se parecen mucho a los de Dworkin. Ver, en general, SOTIRIOS A. BARBER & JAMES E. FLEMING, *Constitutional interpretation: the basic questions* 155–70, 189–92 (2007). Describe los enfoques filosóficos de la interpretación constitucional y se centra en la fusión de Dworkin entre el derecho constitucional y la filosofía moral.

es decir, a los principios que la preceden<sup>14</sup>. Aunque se resista enérgicamente a ser catalogado como de derecha porque su posición moral es implícitamente libertaria<sup>15</sup> y porque cree que todo el derecho, incluido el derecho constitucional, debe interpretarse de acuerdo con la realidad moral<sup>16</sup>, incluiré a mi buen amigo Michael Moore, quizás muy a su pesar, en el campo de los constitucionalistas morales que son, al menos en cierto modo, de derecha.

## II. Teóricos políticos

La siguiente categoría de constitucionalistas incluye a aquellos que “interpretan” la Constitución como la implementación de una teoría política. Ahora bien, advierto que separar a los teóricos políticos de los moralistas es algo arbitrario, dado que los primeros generalmente presentan su teoría política al servicio de una teoría moral. De hecho, David Richards, a quien he calificado de moralista, refiere a sus ideas como una teoría política<sup>17</sup>. Incluso, al menos como una cuestión de grados, es la política, más que la moral, el enfoque dominante de los teóricos políticos sobre la Constitución.

Mis dos principales ejemplos son John Ely y Richard Epstein. Ely es famoso por interpretar la Constitución en su conjunto y casi todas sus cláusulas al servicio del “fortalecimiento de la representación”<sup>18</sup>. Por lo tanto, argumenta que la interpretación constitucional debería promover ese valor político<sup>19</sup>. En el fondo es básicamente una teoría moral utilitarista que busca la satisfacción de preferencias;

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, HADLEY ARKES, *Beyond the constitution* 10–11, 16–17 (1990).

<sup>15</sup> Digo esto porque Moore cree que el deber de ayudar es mucho más débil que el deber de no dañar, una opinión que tiene implicaciones libertarias. Ver, por ejemplo, MICHAEL S. MOORE, *Causation and responsibility: an essay in law, morals, and metaphysics* 55–56 (2009).

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, la opinión de Moore sobre la interpretación constitucional en MICHAEL S. MOORE, *Educating oneself in public* 439–42 (2000). La teoría de la interpretación del derecho natural de Moore es compleja porque se da cuenta de que hay un valor moral servido al interpretar los textos legales como comunicaciones ordinarias y, a su vez, son opacas a cualquier valor moral que esas comunicaciones puedan servir o disentir. Sin embargo, compromete esa opacidad y permite cierto ajuste entre tratar el texto como una comunicación ordinaria y como un mero conducto para corregir valores morales. Considero que la relación entre el significado autoral de un texto jurídico y los valores morales correctos a los que dicho texto está destinado a servir presenta un dilema práctico irresoluble. Como he expuesto en varios artículos, existe una «brecha» inevitable entre el contenido de las normas jurídicas moralmente deseables y la deseabilidad moral de las acciones o abstenciones que ordenan dichas normas. Esta brecha se elabora y explora más a fondo en LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, *The rule of rules* 53–95 (2001). El abordaje de Moore o bien no elimina esa laguna o bien colapsa los textos jurídicos en la moral, incluida la Constitución, haciendo así que los propios textos sean irrelevantes.

<sup>17</sup> Ver *supra* el texto de la nota al pie 4.

<sup>18</sup> Ver JOHN HART ELY, *Democracy and distrust* (1980).

<sup>19</sup> Ver *id.*

pero es el valor político del “fortalecimiento de la representación”, no el valor moral del utilitarismo, lo que sostiene constitucionalmente a la teoría de Ely.

Richard Epstein también lee la Constitución a través de un enfoque político. Por ejemplo, en su libro *Takings*, defiende una interpretación muy amplia de la cláusula de expropiación<sup>20</sup> para prevenir la búsqueda de rentas que mengüen la riqueza<sup>21</sup>. En otros trabajos sobre el derecho constitucional, la principal preocupación de Epstein es interpretarlo de forma que impida políticas que disminuyan la riqueza<sup>22</sup>. Aunque las ideas de Epstein serán en general agradables para los libertarios *lockeanos*, su justificación moral última es utilitarista<sup>23</sup>. Sin embargo, como en el caso de Ely, es la teoría política de Epstein, y no su teoría de la moral, lo que destaca en su enfoque de la Constitución.

Ely y Epstein arman sus teorías políticas dentro de la Constitución en su conjunto. Otros interpretan ciertas cláusulas desde un enfoque de la teoría política. Por ejemplo, Don Regan interpreta la cláusula del comercio<sup>24</sup> como la aplicación de la teoría política de la subsidiariedad, teoría que sostiene que las regulaciones deben ser aplicadas por el nivel más bajo de gobierno, de modo que pueda evitar el *efecto derrame* y los problemas de la acción colectiva<sup>25</sup>. Robert Cooter y Neil Siegel han defendido un enfoque similar de dicha cláusula<sup>26</sup>. Ni Regan, Cooter o Siegel afirman que su principio político sea la forma en que los autores de la cláusula de comercio pretendían que se interpretara dicha cláusula<sup>27</sup>. Más bien, al igual que Ely y Epstein, defienden su teoría política en la lectura de la cláusula en lugar de extraerla de ella.

\* \* \* \* \*

En este punto, para que no se me malinterprete, debo subrayar que ninguno de los moralistas o teóricos políticos mencionados ignora por completo la Constitución real. Tampoco admitirían que no la interpretan. Más bien, afirmarían que lo que

<sup>20</sup> Constitución de los Estados Unidos, Quinta Enmienda.

<sup>21</sup> Ver RICHARD A. EPSTEIN, *Takings: private property and the power of eminent domain* (1985) respecto del conflicto entre el derecho privado de los ciudadanos a poseer y el poder del Estado para apropiarse de la propiedad privada de forma coercitiva.

<sup>22</sup> Este es un tema común de Epstein desde su libro de 1985 sobre recaudaciones hasta su libro más reciente, RICHARD A. EPSTEIN, *The classical liberal constitution: the uncertain quest for limited government* (2014).

<sup>23</sup> Ver EPSTEIN, *supra* nota al pie 21, en 5.

<sup>24</sup> Constitución de los Estados Unidos, artículo I, Octava Sección, cláusula 3.

<sup>25</sup> DONALD H. REGAN, *How To Think About the Federal Commerce Power and Incidentally Rewrite United States v. Lopez*, 94 mich. l. rev. 554, 555–58 (1995).

<sup>26</sup> ROBERT D. COOTER & NEIL S. SIEGEL, *Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section 8*, 63 stan. l. rev. 115, 117–19 (2010).

<sup>27</sup> Ver COOTER & SIEGEL, *supra* nota al pie 26, en 120; REGAN, *supra* nota al pie 25, en 556–57.

subyace a la Constitución, o al menos, a algunas de sus cláusulas, son ciertas verdades morales o políticas, y que la Constitución fue un intento de seres humanos falibles de realizar estas verdades. Ellos están -así lo dirían- interpretando fielmente la Constitución al recurrir a las intenciones más abstractas de los autores de la Constitución, en lugar de considerar aquellas más concretas. Están interpretando la voluntad de los autores en un nivel de generalidad muy alto, lo que les permite traducir dicha voluntad a la luz de lo que es moral, político o fácticamente cierto.

Debe notarse, sin embargo, que bajo el nivel más alto de generalidad, los redactores de una Constitución quieren hacer lo que es correcto, justo y más conducente a un buen gobierno. Por lo tanto, sus intérpretes, ya sean moralistas o teóricos políticos, siempre pueden afirmar que, al aplicar sus teorías morales o políticas favoritas, están haciendo lo que los redactores querían que ellos hicieran por mucho que las teorías de los intérpretes estén en desacuerdo con las creencias y las intenciones más específicas de los autores de la Constitución. La fidelidad constitucional en la interpretación resulta fácil -diría que demasiado fácil- si se asciende al nivel más alto de generalidad sobre la voluntad de sus autores.

### **III. Los teóricos de la juristocracia y de la “Constitución viviente”**

12

La siguiente categoría de teóricos la componen aquellos que entienden que la toma de decisiones por parte del Poder Judicial es un aspecto central del derecho constitucional. El académico contemporáneo más notable que defiende la idea de juristocracia constitucional es David Strauss. Él es partidario del “constitucionalismo vivo”, en el que los jueces desarrollan la doctrina constitucional al estilo del *common law*<sup>28</sup>. La Constitución en sí -o, mejor dicho, el texto de la Constitución- está única y plenamente presente al principio del desarrollo del derecho constitucional<sup>29</sup>. A partir de ahí, el desarrollo se desenvuelve del mismo modo en el que lo hace el *common law*, a través de precedentes que se construyen sobre la base de otros precedentes<sup>30</sup>. Así, el derecho constitucional se convierte en un derecho creado por los jueces, no en un derecho creado por quienes, conforme los Archivos Nacionales, redactaron y ratificaron la Constitución<sup>31</sup>.

El constitucionalismo construido con base en derecho consuetudinario de Strauss cuenta sin duda con numerosos defensores en la academia y quienes trabajan en los tribunales, incluida la Corte Suprema<sup>32</sup>. En particular, Strauss niega que

<sup>28</sup> Ver, en general, DAVID A. STRAUSS, *The living constitution* (2010). Desarrolla y aplica el concepto de constitución viva a través de la evolución del common law.

<sup>29</sup> Ver *id.* en 33.

<sup>30</sup> Ver *id.* en 3, 35.

<sup>31</sup> Ver *id.* en 34-35.

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo, *id.* en 53-54 en el que se analiza la aplicación del constitucionalismo del common

este enfoque deje de lado la Constitución. Al igual que algunos de los moralistas y teóricos políticos que encuentran justificaciones para imponer sus valores en nombre del derecho constitucional, Strauss sostiene que el constitucionalismo del *common law* era realmente lo que los redactores de la Constitución tenían en mente en ciertas cláusulas como aquellas referidas a la igualdad de protección, el debido proceso y la libertad de expresión<sup>33</sup>. Los redactores esperaban que los jueces se mantuvieran al día con cada tiempo y sus demandas, en lugar de preservar la sustancia de sus anotaciones sobre las distintas cláusulas constitucionales, o, por lo menos, eso es lo que sostiene Strauss<sup>34</sup>. Lo que diferencia la visión de Strauss respecto de la interpretación que hacen los moralistas y teóricos políticos de estas cláusulas, es que Strauss no las ve como una invitación a hacer teoría moral o política -aunque, por supuesto, en cierto nivel, Strauss está haciendo eso mismo-.

Un punto de vista relacionado, pero que hace menos hincapié en la labor de los jueces, es el “*originalismo vivo*” de Jack Balkin<sup>35</sup>. Él afirma que su punto de vista es originalista porque cree que es fiel al significado original de las disposiciones de la Constitución<sup>36</sup>. Sin embargo, algunas de esas disposiciones -muy parecidas a las que invoca Strauss- enuncian “principios” amplios, cuyo contenido es discutido y discutible<sup>37</sup>. Al igual que Strauss, Balkin no afirma que estos principios deban, por su significado propio, ser elaborados de conformidad con sus opiniones morales<sup>38</sup>. A diferencia de Strauss, sin embargo, Balkin no hace de los jueces los actores centrales en el drama de la elaboración de estos principios<sup>39</sup>. Por el contrario, considera que los movimientos sociales y las contiendas políticas son los crisoles en los que se desarrollan sus significados<sup>40</sup>. Los tribunales luego ratifican estos significados en sus decisiones constitucionales<sup>41</sup>. Pero son los movimientos sociales y la política los principales motores del desarrollo constitucional, no así los jueces<sup>42</sup>.

---

law por parte de la Corte Suprema de Justicia en el contexto de la Primera Enmienda; ver también, ABIGAIL R. MONCRIEFF, *Common-law constitutionalism, the constitutional common law, and the validity of the individual mandate*, 92 B.U. L. REV. 1245, 1246 (2012), criticando la filosofía constitucional de Strauss.

<sup>33</sup> Ver STRAUSS, *supra* nota al pie 28, en 112–14.

<sup>34</sup> Ver *id.*

<sup>35</sup> Ver, en general, JACK M. BALKIN, *Living originalism* (2011). Presenta que la opinión originalista de Balkin sobre la Constitución y la flexibilidad para adaptarse a valores públicos cambiantes son enunciados compatibles.

<sup>36</sup> *Id.* en 3.

<sup>37</sup> *Id.* en 232.

<sup>38</sup> Ver *id.* en 256.

<sup>39</sup> Ver *id.* en 279.

<sup>40</sup> Ver *id.* en 81-89.

<sup>41</sup> Ver *id.* en 89-93.

<sup>42</sup> Ver, en general, BRUCE ACKERMAN, *We the people: foundations* (1991). Balkin distingue su constitucionalismo vivo de la teoría del cambio constitucional de Bruce Ackerman. Balkin ve correctamente la noción de momentos constitucionales de Ackerman como un relato de

## IV. Los teóricos de la práctica

El siguiente grupo de constitucionalistas ve al derecho constitucional como aquello que hacemos cuando hacemos derecho constitucional. En otras palabras, en su opinión, el derecho constitucional es totalmente autorreferencial. El defensor más influyente de este punto de vista es Philip Bobbitt<sup>43</sup>. Él afirma que existen seis modalidades de argumentación constitucional -histórica, textual, estructural, prudencial, doctrinal y ética- y que, aunque se solapen, son distintas<sup>44</sup>. Ninguna puede reducirse a otra<sup>45</sup>. Además, ellas no están relacionadas jerárquicamente, aunque algunas modalidades resulten superiores léxicamente a otras<sup>46</sup>.

He argumentado en otro lugar que el entendimiento del derecho constitucional como modalidades (técnicas interpretativas) es un nido de confusiones<sup>47</sup>. Como he dicho, el hecho de que los juristas defiendan un resultado específico invocando cualquier modalidad que favorezca su posición no significa que la Constitución no sea más que la práctica argumentativa de invocar estas técnicas<sup>48</sup>. Cuando los abogados invocan la historia, el texto, la estructura, la prudencia, la doctrina o la ética, están afirmando que el factor que invocan, y no su práctica de invocarlo, es el derecho<sup>49</sup>.

En segundo lugar, la Constitución no puede ser simultáneamente todas estas modalidades<sup>50</sup>. De hecho, a menos que las modalidades estuvieran ordenadas léxicamente, de modo que, por ejemplo, el significado original triunfe sobre el precedente (doctrina) o viceversa, la Constitución sólo podría ser una de ellas<sup>51</sup>. Ello se debe a que éstas no pueden “combinarse” coherentemente<sup>52</sup>. Tratar de combinar el sentido original con el precedente y con la justicia sería, como he dicho, como combinar *Pi*, verde y la Guerra Civil<sup>53</sup>.

Dada la falta de un orden léxico entre las modalidades y su incapacidad para

revoluciones constitucionales y no como un relato de significados cambiantes de una Constitución sin modificaciones. Ver BALKIN, *supra* nota al pie 35, en 309–312.

<sup>43</sup> Bobbitt desarrolla su punto de vista en dos libros: PHILIP BOBBITT, *Constitutional fate: theory of the constitution* (1982) [en adelante, BOBBITT, *Constitutional fate*]; PHILIP BOBBITT, *Constitutional interpretation* (1991) [en adelante, BOBBITT, *Constitutional interpretation*].

<sup>44</sup> Ver BOBBITT, *Constitutional fate*, *supra* nota al pie 43, en 8; BOBBITT, *Constitutional interpretation*, *supra* nota al pie 43, en 12–22.

<sup>45</sup> Ver BOBBITT, *Constitutional interpretation*, *supra* nota al pie 43, en 22.

<sup>46</sup> Ver BOBBITT, *Constitutional fate*, *supra* nota al pie 43, en 8.

<sup>47</sup> Ver LARRY ALEXANDER, *Telepathic law*, 27 const. comment. 139, 146 (2010). Este párrafo y los tres siguientes son un parafraseo de las páginas 146 y 147 de *Telepathic Law*.

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> *Id.*

ser combinadas, cuando dos abogados invocan modalidades diferentes en un caso constitucional, o bien están argumentando entre ellos, o bien piden al tribunal que elija su modalidad preferida, al menos en este caso<sup>54</sup>. Digo “al menos para este caso” porque se supone que las modalidades persisten aunque no hayan prevalecido en varios casos<sup>55</sup>.

En realidad, cada modalidad representa una Constitución diferente<sup>56</sup>. En la modalidad histórica, la Constitución es un conjunto de normas pretendidas por los autores de la Constitución histórica<sup>57</sup>. En la modalidad doctrinal, la Constitución es un conjunto de normas establecidas por los precedentes de un Tribunal Supremo<sup>58</sup>. En la modalidad ética, la Constitución es el conjunto de normas que el “intérprete” considera moralmente superior<sup>59</sup>. Como estas modalidades no pueden combinarse de forma significativa y resulta poco creíble que cuando los abogados emplean una modalidad estén pidiendo al tribunal que elija una Constitución sólo para ese caso, la idea de las modalidades en la teoría constitucional se derrumba<sup>60</sup>.

La otra teoría de la práctica que resulta de interés es la de Mitch Berman. Él sostiene que el derecho en general, incluido el derecho constitucional, es una “práctica argumentativa”<sup>61</sup>. Berman afirma que las decisiones jurídicas pueden basarse, no en la verdad sobre alguna norma preexistente ni en una mera elección, sino en el mejor argumento<sup>62</sup>. Dado que los argumentos jurídicos invocan consideraciones muy dispares –consideraciones que son incommensurables– las decisiones que responden a tales argumentos no pueden responder a alguna verdad metafísica, sino a un juicio de valor sobre qué argumentos tienen más peso o son

<sup>54</sup> *Id.* en 146-147.

<sup>55</sup> *Id.* en 147.

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> *Id.* Como afirmé en *Telepathic Law*, mi sospecha es que la aparición de varias modalidades se produce por las siguientes razones. En primer lugar, el significado original y las interpretaciones judiciales erróneas de ese significado original que se plasman en los precedentes crean dos fuentes contradictorias de autoridad jurídica. En segundo lugar, las consideraciones de justicia no pueden, como he dicho, combinarse con el significado original o el precedente. La justicia tampoco puede competir con el significado original, dado que el propósito de tener textos legales y tribunales con autoridad es establecer con autoridad lo que la justicia requiere. A lo sumo, las consideraciones de justicia pueden invocarse cuando es necesario dar contenido a una norma autorizada, o invocarse como prueba del significado original. Creo que se puede demostrar que todas las demás modalidades mencionadas por Bobbitt y otros son derivadas del significado original o del precedente.

<sup>61</sup> MITCHELL N. BERMAN, *Constitutional theory and the rule of recognition: toward a fourth theory of law*, en *The rule of recognition and the u.s. constitution* 269, 285 (MATTHEW D. ADLER & KENNETH EINAR HIMMA EDs., 2009).

<sup>62</sup> Ver *id.* en 288.

más razonables que otros<sup>63</sup>. Y esa valoración nace de la participación en la práctica de la argumentación jurídica.

Sin una explicación ontológica de la Constitución y sus normas, una que sea externa a la práctica de la argumentación jurídica, ¿cómo podemos saber si un argumento constitucional tiene peso o es razonable? En otro artículo, Berman sostiene que lo hacemos mediante un método de “equilibrio reflexivo” en el que consultamos nuestras intuiciones constitucionales, así como el texto de la Constitución, los precedentes, etc.<sup>64</sup>.

A modo de ejemplo sobre cómo podría funcionar su metodología, Berman presenta la controversia respecto de si John McCain era elegible o no para ser Presidente de los Estados Unidos en tanto la Constitución exige como requisito que el Presidente sea un ciudadano por nacimiento<sup>65</sup>. McCain había nacido de padres estadounidenses en la zona del Canal de Panamá, en ese entonces territorio estadounidense<sup>66</sup>. El significado de ciudadano por nacimiento y la eventual inclusión de ciudadanos como McCain no habían sido resueltos por una autoridad competente<sup>67</sup>. Berman sostiene que, a pesar de ello, la mayoría de los juristas tenían la firme “convicción” de que McCain era constitucionalmente elegible, y que su convicción no dependía del significado original de la cláusula<sup>68</sup>. Esa convicción, afirma Berman, es un marco de referencia para el equilibrio reflexivo, y puede prevalecer sobre otros, como el significado original de la norma y los precedentes<sup>69</sup>.

Confieso que no entiendo la noción de Berman acerca de las intuiciones o convicciones sobre lo que exige una norma, incluida la Constitución. Por supuesto, tengo convicciones sobre lo que requerirían las buenas leyes. Mi familiaridad con la historia y la cultura me permiten predecir lo que probablemente contenga la Constitución de un determinado país. Pero en asuntos como la requisito de ser ciudadano por nacimiento, aunque tenga una convicción sobre cuál de sus posibles significados sería el mejor en términos políticos y una predicción sobre lo que los autores de la Constitución probablemente quisieron decir con ello, seguramente no consideraría que el primero fuese el significado de la cláusula constitucional, ni el segundo fuese a resistir fuertes pruebas en contrario.

---

<sup>63</sup> Ver *id.* en 288-289.

<sup>64</sup> MITCHELL N. BERMAN, *Reflective equilibrium and constitutional method: lessons from john mccain and the natural-born citizenship clause*, en *Challenge of originalism: theories of constitutional interpretation* 246, 258–260 (GRANT HUSCROFT & BRADLEY W. MILLER EDs., 2011).

<sup>65</sup> *Id.* en 261-273. La cláusula constitucional sobre el requisito de la ciudadanía por nacimiento establece: “No será elegible para el cargo de presidente quien no sea ciudadano por nacimiento... de los Estados Unidos”. Constitución de los Estados Unidos, artículo II, Primera Sección, cláusula 5.

<sup>66</sup> BERMAN, *supra* nota al pie 64, en 261.

<sup>67</sup> *Id.* en 262.

<sup>68</sup> *Id.* en 248.

<sup>69</sup> Ver *id.* en 267-269, 273-274.

Así es como expuse mi objeción al enfoque de equilibrio reflexivo de Berman en artículos anteriores:

Respecto del equilibrio reflexivo, con el que estoy de acuerdo en que es una metodología apropiada para determinar nuestras opiniones morales, es -a su vez- completamente inapropiada cuando se trata de determinar el contenido de cosas o hechos específicos. ¿Los redactores de la Constitución pusieron un lenguaje específico relativo a la frase “ciudadanos por nacimiento” en el artículo II? Esa pregunta, cuya respuesta es sí, no se resuelve mediante el equilibrio reflexivo, así como tampoco resuelve la pregunta de cuántos metros mide el monte Cook en Nueva Zelanda. Si el equilibrio reflexivo se aplicara a estas cuestiones entonces deberíamos lograr cierta coherencia entre todas nuestras creencias empíricas -nuestras convicciones sobre si existe una cláusula de ciudadano por nacimiento en la Constitución y la altura del monte Cook deben coincidir con nuestras creencias sobre la fiabilidad de nuestra visión, de los aparatos de medición de los geógrafos, de los que imprimen materiales jurídicos, de las interpretaciones de las encyclopedias sobre otros informes, etc.- entonces la objeción al equilibrio reflexivo, como dice Berman, se convierte en una negación de que tengamos intuiciones jurídicas constitucionales específicas para cada caso o, en general, intuiciones legales del tipo en el que se basa Berman.

Berman afirma que, sin conocer el significado previsto en el artículo II para el concepto de “ciudadano por nacimiento”, podemos tener intuiciones seguras de que John McCain era constitucionalmente elegible para ser Presidente, a pesar de haber nacido en la zona del Canal de Panamá, siendo hijo de ciudadanos estadounidenses, y de que el Presidente Warren Harding era igualmente elegible en términos constitucionales, a pesar de haber nacido por cesárea. Niego, sin embargo, que uno tenga o pueda tener intuiciones constitucionales o legales que preexistan y proporcionen la materia prima para construir nuestra teoría de la interpretación legal. Si eliminamos los textos de la norma postulada, que, como he dicho, no es otra cosa que los medios por los que se transmiten los significados pretendidos por las autoridades competentes, no tenemos ninguna intuición legal específica para cada caso. Por supuesto, podríamos tener una idea general de cómo serían las leyes razonables y justas, y podríamos suponer que la mayoría de las leyes -al menos en las democracias occidentales, no en Corea del Norte- serían relativamente razonables y justas. Por lo tanto, a falta de los textos, podríamos tener conjeturas decentes sobre el contenido general de las leyes. Pero dudo que tengamos intuiciones específicas sobre casos concretos acerca de si los “títulos nobiliarios” están constitucionalmente prohibidos; si los Estados pueden emitir “cartas de marquesina y represalia”; la fecha en que deben celebrarse las elecciones presidenciales; si un Estado puede dividirse en dos o más; cuándo expiran los nombramientos por receso; o innumerables

otras cuestiones que abordan los autores de una Constitución; mucho menos respecto de la duración del plazo de prescripción del fraude en Alabama<sup>70</sup>. Mi corazonada es que el argumento de las intuiciones jurídicas adquiere toda la fuerza que tiene en los casos en los que el significado original de una norma no está claro y en los que pensamos que las consideraciones políticas o de justicia favorecen fuertemente un significado posible por sobre otro. Eso explica la fuerza que pueden tener los ejemplos de Berman. Pero, por otro lado, cuando se atribuye erróneamente un significado original que se considera como neutro o indeseable, el argumento de la “intuición legal” no tiene valor. La mayoría de la gente, por ejemplo, probablemente desearía que la Decimocuarta Enmienda no hubiera concedido la ciudadanía estadounidense por derecho de nacimiento a los hijos de extranjeros que se encuentran temporal o ilegalmente en el país. Ningún otro país lo hace y no hay buenas razones para ello. Aun así, casi todo el mundo asume y ha asumido durante mucho tiempo que la Decimocuarta Enmienda impone ese resultado. Supongamos ahora que los estudiosos del derecho nos convencen... de que esa interpretación es errónea... ¿Querríamos aún sostener que la nueva interpretación no era recogida por la norma? Creo que no<sup>71</sup>.

18

Permítanme concluir esta sección con un veredicto final respecto de la idea que entiende al derecho constitucional como práctica argumentativa del que Bobbitt y Berman son principales defensores. Encuentro a esta postura como profundamente incoherente. O nuestros argumentos sobre la Constitución tienen un punto de referencia externo, o no lo tienen. En este último caso, si son autorreferenciales, entonces se socavan a sí mismos. Por lo que no podemos discutir sensatamente sobre si estamos discutiendo.

La idea de que la Constitución es una práctica argumentativa representa un error de categoría<sup>72</sup>. Sustituye un punto de vista externo que podría tener un observador de los argumentos constitucionales -a saber, que el derecho constitucional parece ser una serie de argumentos interminables- por el punto de vista interno de

<sup>70</sup> LARRY ALEXANDER, *Simple-Minded Originalism*, en *The challenge of originalism: theories of constitutional interpretation*, supra nota al pie 64, en 87, 97– 98. El equilibrio reflexivo en epistemología moral no impone restricciones *a priori* sobre nuestra capacidad para modificar intuiciones específicas de cada caso a la luz de principios más generales y viceversa. En el razonamiento jurídico, sin embargo, algunos datos -textos específicos- son inalterables. El equilibrio reflexivo no puede operar como lo hace en el razonamiento moral y, por tanto, las teorías de la práctica no pueden apropiarse de sus credenciales epistemológicas en su nombre. Ver JEREMY WALDRON, *Do Judges Reason Morally?*, en *Expounding the constitution: essays in constitutional theory* 38, 52–53 (GRANT HUSCROFT ED., 2008).

<sup>71</sup> ALEXANDER, *supra* nota al pie 47, en 149–50.

<sup>72</sup> ALEXANDER, *supra* nota al pie 70, en 95.

quienes participan en los argumentos<sup>73</sup>. Los argumentos sobre el significado de la Constitución no demuestran que el significado sea en sí mismo una práctica argumentativa, del mismo modo que los argumentos entre físicos sobre el número de dimensiones del universo o la naturaleza de las partículas elementales no demuestran que las dimensiones del universo y la naturaleza de las partículas elementales sean en sí mismas prácticas argumentativas<sup>74</sup>. Desde el punto de vista interno de los participantes en la práctica argumentativa constitucional, la Constitución y su significado son externos a sus argumentos: son aquello sobre lo que versan dichos argumentos<sup>75</sup>.

## V. Los anticonstitucionalistas

He catalogado al siguiente grupo de teóricos constitucionalistas como los “anticonstitucionalistas” porque desean degradar el estatus y la importancia de la Constitución. Son particularmente hostiles a la revisión judicial y especialmente a la opinión de supremacía judicial del caso *Cooper v. Aaron*<sup>76</sup>.

Mark Tushnet pertenece a esta categoría. En 1999 publicó *Taking the Constitution Away from the Courts*, cuyas tesis principales son el rechazo de la supremacía judicial y la defensa de la Constitución “delgada” (thin) en lugar de la Constitución “gruesa” (thick)<sup>77</sup>. Esta última es la Constitución real en todos sus detalles<sup>78</sup>. La primera consiste en principios básicos, como la igualdad, la libertad de expresión y la libertad<sup>79</sup>. Tushnet sostiene que la supremacía judicial no es ni necesaria ni deseable en nombre de la Constitución “delgada”<sup>80</sup>. La acción legislativa, que Tushnet denomina como “derecho constitucional populista”, es donde mejor se asegura la Constitución “delgada”<sup>81</sup>. Puesto que la acción legislativa no puede atrincherarse contra su eventual revocación por una acción legislativa posterior, la Constitución, según la opinión de Tushnet, sólo resultará ser “ley fundamental” y suprema sobre la ley ordinaria, si acaso, en la mente de los ciudadanos y sus representantes legislativos<sup>82</sup>.

<sup>73</sup> Ídem.

<sup>74</sup> Ídem.

<sup>75</sup> Ídem.

<sup>76</sup> 358 U.S. 1 (1958).

<sup>77</sup> MARK TUSHNET, *Taking the constitution away from the courts* 7, 9–14 (1999).

<sup>78</sup> *Id.* en 9.

<sup>79</sup> *Id.* en 11.

<sup>80</sup> Ver *id.*

<sup>81</sup> Ver *id.* en 12.

<sup>82</sup> Ver *id.* en 13-14. Curiosamente, muchos creen que la revisión judicial es necesaria para los asuntos que surgen bajo la Constitución gruesa, especialmente aquellos asuntos que determinan las reglas bajo las que se lleva a cabo la política ordinaria, como la forma en que se elige al Congreso y al Presidente, cómo un proyecto de ley que se convierte en ley, quién puede hacer un tratado o

Otro “*anticonstitucionalista*” es Michael Seidman, colega de Tushnet desde hace mucho tiempo y con quien ha sido coautor de manera ocasional<sup>83</sup>. El libro de Seidman, *Our Unsettled Constitution*, argumenta en contra de establecer cuestiones fundamentales en una Constitución<sup>84</sup>. El argumento de Seidman es que cualquier acuerdo de este tipo parecerá erróneo para algunas personas en algún momento y cuestionarán su legitimidad, especialmente si la impugnación democrática de ese acuerdo se ve excluida por una revisión judicial robusta como la establecida en el caso *Cooper v. Aaron*<sup>85</sup>. Creo que en un nivel de profundidad mayor, la preocupación de Seidman es una preocupación sobre si, no sólo el derecho constitucional, sino cualquier rama del derecho, puede ser considerada como prescriptiva y vinculante por quienes no están de acuerdo con su contenido, que es el único momento en que la normatividad del derecho importa<sup>86</sup>.

Un destacado y reciente participante en la lista de los “*anticonstitucionalistas*” es Larry Kramer. Él denomina a su postura “constitucionalismo popular” porque, al igual que Tushnet y Seidman, se opone a la supremacía judicial y apoya que se confiera al “pueblo” la autoridad última sobre la interpretación constitucional<sup>87</sup>. Kramer es impreciso sobre la metodología interpretativa que debería ser empleada por “el pueblo”<sup>88</sup>. Sin embargo, tiene claro que el derecho constitucional no es un derecho ordinario de rango superior, algo que la propia Constitución parece implicar<sup>89</sup>. Como él mismo dice:

El derecho constitucional o fundamental subsistió como una modalidad independiente, distinta tanto de la política como del derecho común interpretado y aplicado por los tribunales. Era una categoría especial de derecho. Poseía atributos críticos del derecho ordinario: sus obligaciones debían ser vinculantes, por ejemplo, y su contenido no era una cuestión de mera voluntad o política, sino que reflejaba normas cuyo significado se determinaba mediante argumentos basados en precedentes, analogías y principios. Sin embargo, el derecho

---

nombrar funcionarios ejecutivos, y así sucesivamente. Las grandes disputas sobre estas cuestiones, aunque podrían resolverse satisfactoriamente sin la intervención de los tribunales como árbitros neutrales, podrían no serlo, con la consecuencia de que la política podría derivar hacia la anarquía.

<sup>83</sup> Ver, por ejemplo, LOUIS MICHAEL SEIDMAN & MARK V. TUSHNET, *Remnants of belief: contemporary constitutional issues* (1996).

<sup>84</sup> Ver LOUIS MICHAEL SEIDMAN, *Our unsettled constitution: a new defense of constitutionalism and judicial review* 54–55 (2001).

<sup>85</sup> Ver *id.* en 55.

<sup>86</sup> Volveré sobre este tema al final del artículo.

<sup>87</sup> Ver LARRY D. KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review* 24–25, 28–32 (2004).

<sup>88</sup> Ver LARRY ALEXANDER & LAWRENCE B. SOLUM, *Popular? Constitutionalism?*, 118.

<sup>89</sup> Constitución de los Estados Unidos, artículo IV, cláusula 2. Esta Constitución... será la Ley suprema del país.

constitucional también pretendía gobernar al propio soberano, generando así controversias que eran inherentemente asuntos que debían resolverse en un ámbito político. El discurso moderno ha confundido hasta tal punto el significado de “constitución” con el de “derecho” y el de “derecho” con el de “tribunales” que ya no poseemos un lenguaje para describir una categoría distinta de este tipo; la mejor manera de captar su esencia hoy en día puede ser (como ha hecho un destacado historiador) llamarla “político-jurídica”<sup>90</sup>.

Mi último “anticonstitucionalista” es Jeremy Waldron. Al igual que los demás, Waldron se opone ferozmente a una revisión judicial fuerte, pero a diferencia de Kramer, que deposita vagamente la interpretación constitucional en “el pueblo”, Waldron defiende específicamente la supremacía legislativa en el derecho constitucional<sup>91</sup>. El valor subyacente que motiva a Waldron es el de la igualdad, lo que para él se extiende a la igualdad de opinión sobre el significado de los principios constitucionales<sup>92</sup>. Lo que une a los *anticonstitucionalistas* es su hostilidad frente a un control jurisdiccional fuerte y el hecho de considerar a la Constitución de 1789 y sus enmiendas como derecho ordinario, apto para el análisis y el oficio jurídico ordinario. Los jueces son expertos en esto último. Sin embargo, si la Constitución no es simplemente derecho ordinario del más alto rango, ni siquiera derecho ordinario en absoluto, entonces su significado no está necesariamente dentro del conocimiento especial de abogados y jueces. En mi opinión, los “*anticonstitucionalistas*” consideran que la Constitución es el nombre que damos al lugar de los enfrentamientos políticos en torno a nuestros ideales más fundamentales, y no un documento jurídico elaborado por personas concretas en un momento determinado.

## VI. Los originalistas

Mi última categoría de teóricos constitucionales es la de los “*originalistas*”. Estos consideran a la Constitución como un artefacto histórico, un documento jurídico planteado por algunas personas siguiendo ciertos procedimientos en momentos específicos<sup>93</sup>. Para los originalistas, la Constitución es sólo una *síper ley* promulgada de una manera particular. Aparte de su supremacía sobre el resto del derecho, la

<sup>90</sup> KRAMER, *supra* nota al pie 87, en 24.

<sup>91</sup> Ver JEREMY WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1353, 1387–88 (2006).

<sup>92</sup> Ver JEREMY WALDRON, *Precommitment and Disagreement*, en *Constitutionalism: philosophical foundations* 271, 280–81 (LARRY ALEXANDER ed., 1998).

<sup>93</sup> Ver, por ejemplo, LARRY ALEXANDER, *The Method of Text and ?: Jack Balkin's Originalism with No Regrets*, 2012 U. ILL. L. REV. 611.

Constitución no es más que derecho común y debe interpretarse como si fuera tal<sup>94</sup>.

Los originalistas se dividen en dos grupos con respecto a cómo debe proceder esa interpretación. Están de acuerdo en que el significado de una disposición constitucional se fija en el momento en que se promulga la disposición y no cambia después. Sin embargo, discrepan sobre cuál es ese significado. Unos pocos, entre los que me incluyo, creen que el significado de una disposición constitucional es el que le dio su autor. La mayoría de los originalistas creen que el significado de una disposición es su “significado público original”<sup>95</sup>. Para abreviar, designaré el primer punto de vista, el que yo sostengo, el punto de vista del significado originalmente pretendido por los autores como “OIM” (*originally-intended meaning*). Designaré el punto de vista del significado público original como “OPM” (*original public meaning*).

Los que pertenecemos al grupo del “OIM” vemos al derecho, incluido el derecho constitucional, como la comunicación de normas elegidas por quienes tienen la autoridad para hacerlo e imponerlas a quienes estarán sujetos a ellas. La intención de los autores en esta comunicación es producir en su audiencia la aceptación del significado correspondiente y pretendido por ellos. La tarea de la audiencia es averiguar el significado pretendido por los autores. Desde este punto de vista, el derecho postulado, incluida la Constitución, no es más que un proceso de comunicación ordinario aplicado a las normas jurídicas.

Ahora bien, la postura del “OIM” debe enfrentarse a dos problemas reales. El primero es que incluso los propios autores pueden no saber si pretendían que su norma cubriera determinadas aplicaciones específicas. Los redactores de la regla “prohibido el paso de vehículos por el parque” podrían responder preguntas como si pretendían que la prohibición abarcara a las bicicletas o si pretendía abarcar a las ambulancias, pero serían incapaces de responder si pretendían prohibir el uso de monopatines. Cuando los propios autores no saben qué significado pretendían, entonces no hay un significado que el público pueda descubrir.

El segundo problema para los defensores del “OIM” que se señala a menudo es el de la autoría colectiva. Cuando las autoridades cuyo significado importa son un grupo surge naturalmente la pregunta de si pueden tener un único significado pretendido. ¿Deben todos los miembros del grupo compartir el mismo significado, o al menos todos los miembros necesarios para la promulgación de la norma?

Fue en gran medida en respuesta a este segundo problema del “OIM” que la mayoría de los originalistas adoptaron la posición del “OPM”<sup>96</sup>. Pues este no se basa en el significado pretendido por un grupo, sino en el significado que un solo individuo -algun miembro representativo o idealizado del público al momento de

<sup>94</sup> Ver *id.* en 612.

<sup>95</sup> Ver ALEXANDER, *supra* nota al pie 70, en 89.

<sup>96</sup> Ver *id.*

la promulgación de la regla en cuestión- entendería que tiene dicha disposición<sup>97</sup>.

Desafortunadamente para los originalistas, si el “OIM” es la fuente de los problemas acerca de la intención de un grupo, el “OPM” es un foco de problemas mucho más formidables. En primer lugar, no hay una manera no arbitraria de determinar o construir el miembro del público cuya interpretación de una disposición constitucional debe ser determinante<sup>98</sup>. He escrito extensamente sobre este problema en otro lugar y por lo tanto seré breve aquí<sup>99</sup>. Como describí el problema en una nota al pie:

... [S]upongamos que pudiéramos preguntar a cada miembro del público en 1791 qué creía él o ella que significaba, digamos, la “libertad de expresión”. Cada miembro del público diferiría, aunque sólo fuera ligeramente, en términos de su facilidad lingüística, su comprensión de los propósitos generales que motivan el lenguaje de la Primera Enmienda, su familiaridad con los debates en el Congreso y en las convenciones estatales de ratificación de la Declaración de Derechos, etc. No existe tal cosa como un “promedio” de lo que los miembros del público creían que quienes la ratificaron entendían por la frase “libertad de expresión”. Tampoco existe una “media” de tales significados. Así que habría que buscar el significado atribuido a la “libertad de expresión” por un miembro “representativo” del público. Pero, ¿qué facilidad lingüística, familiaridad con la actualidad, ubicación geográfica, etc. convierten a alguien en un miembro representativo del público? No veo ninguna forma no arbitraria de elegirlo<sup>100</sup>.

23

Incluso si pudiéramos, en contra de lo dicho, construir de forma no arbitraria el miembro del público cuya interpretación debe ser autorizada en virtud del “OPM” -la llamaré Mary-, ¿por qué debería importarnos cómo entendía Mary el significado de una regla? Después de todo, la propia Mary no estaría buscando el “OPM” -el significado para ella- sino que presumiblemente estaría buscando el “OIM”. Además, para que haya una diferencia entre el “OIM” y el “OPM”, Mary tendrá que haber entendido mal, en ciertas situaciones, el “OIM”. Entonces, ¿por qué deberíamos seguir la conclusión errónea de Mary sobre el “OIM” en lugar de nuestra propia conclusión diferente y, por lo que sabemos, correcta sobre el “OIM”? Los defensores del “OPM” nunca han podido responder esta pregunta.

Una preocupación que he oído de los defensores del “OPM” es que los autores reales podrían haber tenido significados secretos que diferirían del significado que

<sup>97</sup> Ver *id.*

<sup>98</sup> Ver *id.* en 89-90.

<sup>99</sup> Ver, por ejemplo, LARRY ALEXANDER & SAIKRISHNA PRAKASH, “Is That English You’re Speaking?” *Why Intention Free Interpretation is an Impossibility*, 41 SAN DIEGO L. REV. 967, 976 (2004).

<sup>100</sup> Ver ALEXANDER, *supra* nota al pie 70, en 89 No. 6.

esperaban que su audiencia recibiera<sup>101</sup>. Pero esta preocupación es completamente errónea. El significado pretendido en una comunicación no es más que la recepción que el orador pretende en su audiencia. No se puede tener la intención de comunicar el significado X y pretender que el público lo asimile con el significado Y.

La segunda preocupación que he oído es que, en algún punto, es injusto que la gente se rija por normas cuyo significado real sólo se ponga de manifiesto más adelante en el tiempo. De nuevo, esta preocupación es errónea. Como he dicho en otro lugar:

... [S]upongamos que los autores de la Constitución al decir A querían decir X, pero el hipotético miembro contemporáneo del público había pensado que querían decir Y. Sólo más tarde llegamos a creer que con A, querían, en realidad, decir X. ¿En el ínterin se trató injustamente al público al suponer Y en lugar de X? Es difícil ver cómo. Obviamente, si el hipotético miembro del público estuviera ratificando la Constitución, el significado que asumiera sería importante para él. Pero si asumiera que es Y, sería Y, porque como persona que ratificó el documento, es el autor y pretende que Y sea el significado. Si no es una de las personas que firmó el documento, entonces tiene que demostrar que se ha visto perjudicado de algún modo por creer erróneamente que los autores reales querían decir Y, en lugar de X. Así como las interpretaciones erróneas -especialmente las autorizadas, como las decisiones del Tribunal Supremo- pueden inducir a una confianza perjudicial, también pueden hacerlo las interpretaciones erróneas del "OPM". La confianza perjudicial en interpretaciones erróneas es un problema, pero no se resuelve negando que las interpretaciones erróneas sean erróneas<sup>102</sup>.

24

El "OPM" tampoco puede evitar el problema de la autoría colectiva, propio del "OIM", cuya evasión -se suponía- era uno de sus principales atractivos. Supongamos que una disposición carece de un único significado pretendido por sus autores. Más bien, existen significados contradictorios dentro del cuerpo autoral. De ser así, Mary, miembro hipotética del público contemporáneo cuya interpretación se supone que es autorizada por el "OPM", sería incapaz de interpretar la disposición. Recordemos que Mary no puede buscar por sí misma el "OPM". Más bien, debe buscar el "OIM". Si ésta no le proporciona un significado, no podrá proporcionarlo ella a los demás. En última instancia, el "OPM" es parasitario del "OIM".

<sup>101</sup> Ver *id.*

<sup>102</sup> *Id.* en 90-91. Cualquier teoría interpretativa que plantea un significado que sea independiente de las creencias del intérprete sobre ese significado implicará la posibilidad de que el intérprete se equivoque y, por lo tanto, se base en la interpretación errónea que, de ser revocada, le podría significar un costo. Esa puede ser una razón para abstenerse de seguir la interpretación correcta en tanto puede resultar costoso para quienes se basaron en la errónea. Pero no demuestra que la interpretación errónea no lo fuera.

## VII. La regla de reconocimiento y las cuestiones más difíciles de la teoría constitucional

Es hora, finalmente, de contemplar estas teorías constitucionales en conflicto desde las alturas más olímpicas. Lo primero que hay que señalar es que casi todas estas teorías podrían ser correctas como teoría de nuestro derecho constitucional. Porque el derecho constitucional, como todo el derecho, se basa en lo que nosotros, el pueblo, reconocemos como el fundamento último de la autoridad legal, lo que Hart llama la regla del reconocimiento<sup>103</sup>. Y es posible que la regla del reconocimiento autorice a nuestras instituciones a considerar como ley suprema del país una teoría moral o política particular, el desarrollo del derecho común de la ley fundamental por parte de la Corte Suprema de Justicia, los valores fundamentales respaldados por las fuerzas sociales y políticas, o los significados pretendidos por los autores de la Constitución original y sus enmiendas. Sólo la teoría de la práctica queda descartada por una cuestión lógica.

Pero, entonces, ¿cuál es nuestra regla de reconocimiento? Considero que ésta es una de las dos cuestiones más difíciles que intenta resolver la filosofía jurídica. Pero antes de abordar la primera cuestión, esto es, la regla de reconocimiento, permítanme decir algo sobre la restante. Se trata de la cuestión de cómo es posible que el derecho sea normativo. Esta cuestión tiene una dimensión externa y otra interna. Externamente, el punto es cómo podemos estar obligados a cumplir la ley cuando el cumplimiento entra en conflicto con los resultados de nuestro razonamiento práctico de primer orden. Porque si no podemos, entonces la ley no puede tener importancia normativa, excepto en la medida en que nos lleve a predecir la conducta de los demás<sup>104</sup>.

Internamente, la pregunta es qué estamos obligados a hacer cuando las propias instituciones que consideramos legalmente autorizadas se equivocan al interpretar el derecho. ¿Qué pasa si la Corte Suprema interpreta mal la Constitución? Los originalistas conocen este problema como el de los *precedentes no originalistas*. Pero el problema surge en cualquier teoría constitucional que contenga un criterio de corrección en la interpretación constitucional distinto del *ipse dixit* de alguna institución.

Volvamos ahora a la regla de reconocimiento. Para Hart, la regla de reconocimiento es cualquier criterio que los funcionarios acepten como determinante de la validez legal<sup>105</sup>. Uno pensaría, sin embargo, que tanto los ciudadanos como los funcionarios tendrían que aceptar esos criterios, de lo contrario los funcionarios no serían nada más

<sup>103</sup> Ver H.L.A. HART, *The concept of law* 97–99 (1961).

<sup>104</sup> Para ver una opinión que sostiene que el derecho sólo importa de esta manera, LAURENCE CLAUS, *Law's evolution and human understanding* 46–47, 168 (2012).

<sup>105</sup> Ver HART, *supra* nota al pie 103, en 97–98, 113.

que el reflejo de un mandato coercitivo de un hombre armado frente a los ciudadanos<sup>106</sup>.

¿Cómo saber entonces qué regla de reconocimiento ha aceptado el pueblo? ¿Ha aceptado, por ejemplo, las desviaciones de la Corte Suprema de Justicia respecto a la Constitución de los originalistas? En general, han aceptado esas desviaciones, incluso las que no les han gustado. Pero, ¿han sido conscientes de que esas desviaciones eran desviaciones?<sup>107</sup> Las afirmaciones, como las de Ackerman, de que la Constitución ha sido modificada al margen del proceso que prescribe para su propia reforma<sup>108</sup>, deben basarse en algo más que la mera aquiescencia popular o incluso la aquiescencia sumada a la aprobación por motivos políticos para poder ser reivindicadas. Pero, ¿cómo podemos comprobarlo y descubrir cuál es nuestra regla de reconocimiento? Hasta que no conozcamos nuestra regla de reconocimiento, no podremos conocer el contenido de nuestra Constitución. Pero hasta que no lo sepamos, yo, por mi parte, apuesto por la Constitución de los originalistas.

---

<sup>106</sup> Al fin y al cabo, Hart consideraba que un defecto de la teoría del derecho de John Austin era admitir que las leyes eran como órdenes del soberano respaldadas por sanciones, en particular, el hecho de que la teoría no pudiera distinguir las leyes de las amenazas de un hombre armado.

<sup>107</sup> Ver LARRY ALEXANDER & FREDERICK SCHAUER, *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*, en *The rule of recognition and the U.S. constitution* 175, 189–91.

<sup>108</sup> Ver ACKERMAN, *supra* nota al pie 42, en 41–47; ver también MATTHEW D. ADLER, *Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?*, 100 NW. U. L. REV. 719, 720–22, 725 (2006); FREDERICK SCHAUER, *Amending the Presuppositions of a Constitution*, en *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment* 145, 145 (SANFORD LEVINSON ed., 1995).