

EL DEBATE SOBRE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL
EN LA RECIENTE DOCTRINA NORTEAMERICANA
(DWORKIN, ELY, TRIBE, BARBER)

JUAN CARLOS BAYÓN

En la evolución de cualquier disciplina teórica, si se contempla desde la perspectiva de un espectador que mira con la suficiente distancia y se interesa más por los grandes rasgos que por los matices, es posible detectar y reconstruir un cierto ritmo interno, en el que van alternándose períodos de estancamiento y saltos repentinos que le hacen recobrar el pulso, generando momentos de una vitalidad más o menos duradera y muchas veces imprevista. En las fases de atonía cunde la sensación —en parte confortable y en parte, desalentadora— de que sabemos en líneas generales cuáles son los problemas, cuál la gama de respuestas alternativas disponibles y cuáles las ventajas e inconvenientes de cada una de éstas: en circunstancias semejantes no cabe esperar, sino que proliferen un refinado y menesteroso trabajo de «marquetería conceptual», concentrado en el detalle y obsesionado por los pequeños ajustes, al que cuadra con toda justicia el nombre de escolasticismo. Pero más tarde o más temprano alguien rompe la inercia, desechando las labores de mantenimiento y reparación y proponiendo un trazado de nueva planta: surge así una fase de efervescente actividad —cuyo *mot d'ordre* es medir las viejas armas contra el intruso, desafío que a todos incita—, que dura hasta tanto sobrevenga una nueva pacificación, que puede conseguirse sepultando al provocador, añadiéndole como una varilla más al viejo abanico de opciones disponibles o, tercera y más infrecuente posibilidad, entronizándole para construir a partir de él un nuevo escolasticismo. La

historia de cada disciplina, en cualquier caso, es como un rosario en el que las únicas cuentas con pleno derecho a ser insertadas son precisamente los protagonistas de esos saltos.

La teoría constitucional americana vive en la actualidad uno de esos momentos de efervescencia. Las cuestiones de fondo que están sobre el tapete son sin duda tan antiguas como el propio constitucionalismo (¿cómo han de interpretarse los preceptos constitucionales vagos o ambiguos?; ¿tiene sentido hablar de una interpretación correcta o ha de hablarse más bien de varias interpretaciones posibles?; ¿cómo se justifica y qué alcance tiene la *judicial review*?; ¿en qué términos han de utilizar esa facultad jueces no elegidos y no sujetos a responsabilidad para que no resulte inconsistente con los supuestos básicos de la democracia?). Pero los términos de ese debate recurrente e imperecedero han quedado hoy seriamente condicionados por el impacto de dos de las obras más importantes del pensamiento jurídico-político anglosajón del último decenio: *Taking Rights Seriously*, de RONALD DWORKIN, y *Democracy and Distrust*, de JOHN HART ELY (1). Si convenimos en que la talla de un autor se mide entre otras cosas por la categoría

(1) RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1.ª ed., Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977 2.ª ed., con respuesta a sus críticos, Duckworth, London, 1978 [hay trad. cast. de Marta Guastavino, con est. prel. de A. CALSAMIGLIA: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984] (en adelante se cita como TRS, seguido del número de página correspondiente a la edición de 1978 y, entre corchetes, del correspondiente a la traducción castellana); JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980 (en adelante se cita como DD, seguido del número de página). Para hacerse cargo de lo que ha representado la aparición de estas dos obras, basta contrastar el vivísimo debate actual acerca de ellas con la sensación de *impasse* que dominaba a principios de los setenta, de la que puede darnos una idea el siguiente texto de ROBERT McCLOSKEY, escrito en 1972: «La historia constitucional americana ha sido en gran parte una reiterativa discusión intermitente acerca del comportamiento del Tribunal Supremo, pero en ciento setenta años hemos conseguido un progreso sorprendentemente pequeño en lo tocante a establecer los términos de esta guerra de palabras y aún mucho menor en cuanto a alcanzar un acuerdo [...]. Estas recurrentes discusiones constitucionales se parecen a una serie sin fin de asaltos entre dos boxeadores aficionados que hace mucho dejaron de desarrollar autónomamente sus habilidades, y que ya no tienen nada que aprender el uno del otro. Desde cada lado se lanzan las mismas generalidades, para toparse con las mismas evasivas y escapatórias»

de sus críticos, cualquier observador mínimamente atento sacará las conclusiones pertinentes si repasa en las revistas especializadas de estos últimos años la impresionante nómina de filósofos del Derecho y constitucionalistas que han dedicado su atención a estas dos obras.

Con todo, el renovado interés por la discusión de los aspectos esenciales y más polémicos de la justicia constitucional americana no obedece tan sólo a la aparición de importantes novedades en el plano teórico, sino también —y acaso principalmente— a las especiales circunstancias de la actual situación política estadounidense: lo que en estos momentos se dilucida es de qué manera y hasta qué punto se va a ver afectada la labor del Tribunal Supremo por el indudable giro conservador de la sociedad americana en los últimos años (2). Se comprende entonces que la discusión sobre la interpretación constitucional y el papel de los jueces alcance su punto álgido, urgida por una realidad política perentoria.

Para entender qué es lo que representa en este contexto el giro teórico que aquí se comenta, conviene resumir con algún detenimiento el estado de la cuestión. El constitucionalismo americano ha acuñado unos cuantos términos básicos que operan como verdaderos ejes en torno a los cuales gira toda la discusión y que, ordenados en los dos pares de opuestos *interpretivism / non-inter-*

(*The Modern Supreme Court*, págs. 209-210; tomo la cita de MICHAEL J. PERRY, *The Constitution, the Courts and Human Rights, An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, Yale University Press, New Haven, 1982, pág. 8).

(2) Como se sabe, los miembros del Tribunal Supremo de los EE. UU. son vitalicios; en su anterior mandato el presidente Reagan sólo tuvo ocasión de designar a un juez para el Tribunal Supremo, pero en la actualidad cinco de sus integrantes tienen setenta y cinco años o más, con lo que verosimilmente tendrá la oportunidad de nombrar varios nuevos jueces durante su segundo mandato. Surge así la posibilidad de que en un futuro inmediato el Tribunal haga suyo el «retorno a los valores tradicionales» que propugna la combativa «Moral Majority» del reverendo Jerry Falwell y que el presidente reelegido respalda. Esto supondría una nueva interpretación mucho más restrictiva de la Constitución en lo que se refiere a derechos civiles, anulando la importantísima línea jurisprudencial progresista del período Warren, de la que se ha desviado sólo en parte el actual Tribunal Burger. Sobre todo ello, vid. RONALD DWORKIN, «Reagan's Justice», *The New York Review of Books*, vol. XXXI, núm. 17, November 8, 1984, págs. 27-31.

pretivism y *activism* / *self-restraint*, pretenden representar en forma condensada el repertorio de posturas posibles. Sin embargo, los criterios de uso de esos términos no son demasiado precisos, con lo que cualquier análisis de la materia debe comenzar por una reconstrucción de su significado. Tampoco pueden darse por resueltas de antemano, de una manera simplista, las cuestiones de cuáles —si las hay— son las relaciones de implicación entre uno y otro par y cuál el sentido político de cada posición.

Por de pronto, podemos aislar dos posturas básicas: la de quienes opinan que la Constitución tiene *un significado* para fijar el cual no hace falta recurrir a fuentes extraconstitucionales; y la de quienes, por el contrario, sostienen que, junto a preceptos constitucionales claros, existen otros irremediabilmente vagos, de manera que se ha de reconocer que cualquier interpretación que se ofrezca de ellos no es sino una entre varias posibles y que el criterio para optar por alguna en concreto no ha sido extraído a su vez del texto constitucional, sino, en algún sentido, traído «desde fuera». Suele hablarse de *interpretivism* para referirse a la primera postura; pero no siempre se tiene en cuenta que no todos los que se denominan *interpretivism* están sosteniendo exactamente lo mismo. Para algunos no hace falta buscar mucho para encontrar ese único significado de la Constitución, puesto que éste es algo «ya fijado» por la voluntad —que se supone históricamente determinable— de quienes redactaron la Constitución y de quienes la ratificaron (*clause-bound interpretivism, strict-constructionism*). Para otros, por el contrario, esa «respuesta correcta» es un resultado que se ha de descubrir, el punto de llegada de una construcción cuyas premisas, eso sí, se piensa que proceden en su totalidad de la Constitución misma, aunque no existe el menor acuerdo acerca de cómo se lleva a cabo dicha construcción (*document-bound interpretivism, broad constructionism*). En boca de los primeros, *activism* se convierte en un término negativo para designar la actitud del juez que, retorciendo la Constitución, pretende estar «construyendo» a partir de la misma lo que en realidad no son sino sus puntos de vista personales, usurpando funciones que no le corresponden y dando así origen a un intolerable —y anticonstitucional—

gobierno de los jueces (3); *self-restraint*, por el contrario, designaría la actitud del juez que se limita a declarar la inconstitucionalidad de las normas que contradicen aquel significado único, renunciando a imponer soterradamente su opinión personal a través de la *judicial review*. Resulta obvio quién es el Ariel y quién el Calibán. Pero cambian las tornas si observamos cómo utilizan esos mismos términos los partidarios del *broad-constructionism*: *self-restraint* puede convertirse ahora en sinónimo de pasividad, de dejación de funciones por parte de un juez que, actuando sólo cuando se viola el significado explícito de la Constitución, se cruza de brazos cuando se contradice el significado implícito de la misma; *activism*, por el contrario, puede muy bien ser la palabra que designe la actitud de quien se esfuerza por sacar a la luz y hacer observar ese significado implícito.

Quienes no consideran sostenible el *interpretivism* pueden ser partidarios a su vez de dos tesis diferentes: para algunos, si sólo una parte de la Constitución tiene un significado claro, el juez no debe utilizar la *judicial review* más que para declarar inconstitucionales las normas que manifiestamente van en contra de ese contenido preciso (*rule of clear mistake*). Allí donde ese significado claro no exista, el juez no está legitimado para imponer una de las interpretaciones meramente posibles, sino que debe admitir que el optar por una de ellas es competencia de quien ha sido democráticamente elegido para gobernar (*judicial deference*), porque lo contrario sería burlar la voluntad de las mayorías. Esta actitud de *judicial deference*, acorde con los principios democráticos y con la idea de separación de poderes, sería correctamente descrita como *self-restraint*, que vuelve así a tener una connotación positiva (4). Sin embargo, la denominación *non-interpretivist* suele reservarse

(3) Puede servir como ejemplo típico de esta posición, que insiste en interpretar la Constitución de conformidad con la concepción específica que de los conceptos contenidos en el texto tuvieron quienes lo elaboraron y ratiificaron («the framers»), RAOUL BERGER, *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977, esp. págs. 363-372.

(4) La defensa más reciente que conozco de este punto de vista es la de JOHN AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, Ithaca, 1984 (cfr. esp. págs. 139-167). Su opinión, por supuesto, no es nueva, pero su interés estriba en la defensa que hace de ella frente a posiciones alternativas de reciente aparición.

—y así se constata de nuevo el escaso rigor con que se usan estos términos, al igual que la falta de simetría entre los opuestos— para designar la actitud del juez activista que considera su deber *proponer* una interpretación única en cada caso, aun consciente de que no proviene enteramente de la propia Constitución, y ello cualquiera que sea la razón que alegue en apoyo de esa intervención. Utilizando la conocida terminología de STEVENSON, se podría decir que comparten la *creencia* de los anteriores, pero defienden la *actitud* opuesta.

Las posiciones quedaron delimitadas en estos términos mucho tiempo atrás. Ahora bien, eso no significaba que entre los contendientes no se fuera perfilando un ganador: no todos los argumentos valen lo mismo y los mejores parecían ser los de los partidarios de la *judicial deference* basada en la no existencia para todos los casos de una única respuesta correcta, la posición más consistente tanto con la mejor teoría del Derecho (al menos con la considerada como tal en la órbita anglosajona: piénsese, por ejemplo, en la teoría de la interpretación de HART), como con las ideas de democracia y separación de poderes. El problema es que esta postura generaba una cierta sensación de insatisfacción, entendiendo el término en dos sentidos diferentes: una cierta insatisfacción teórica, en primer lugar, porque la distinción entre casos claros con una solución correcta y casos difíciles con varias soluciones meramente posibles se revela excesivamente simple. Puede que sea cierta *en última instancia*, pero las verdades «en última instancia» suelen ser verdades a medias y lo más parecido a una verdad a medias es una mentira a medias. Además, si bien es cierto que una teoría de la interpretación obsesionada por la decisión judicial en casos difíciles nos da una imagen distorsionada de la aplicación del Derecho —ocultando que en realidad hay una enorme cantidad de casos claros—, no es menos cierto que la situación varía cuando se trata de la justicia constitucional: parece difícil negar que casi todas las controversias que llegan a plantearse como «casos de constitucionalidad» son casos difíciles, de manera que si la falta de una respuesta clara e incontrovertible es condición suficiente para la *judicial deference*, el control de constitucionalidad queda en la práctica convertido en casi nada, y con él la idea misma de Constitución. No se trata de negar sin más la posibilidad de que

en algunos casos el juez constitucional haya de llegar a la conclusión de que existen varias interpretaciones distintas igualmente justificadas y que, por lo tanto, debe abstenerse— coincida o no con sus preferencias— de invalidar aquélla que ha hecho suya quien ha sido democráticamente elegido para gobernar; de lo que se trata es de conseguir un esquema teórico mucho más rico mediante el cual se justifique la idea de que ese tipo de situaciones son más la excepción que la regla casi general, algo que la cruda distinción casos claros-casos difíciles no parece estar en condiciones de ofrecer (5).

Pero antes hablé de dos sentidos de insatisfacción: junto a la insatisfacción teórica surge además en los Estados Unidos una particular desazón política. Con el modelo de *judicial deference* en la mano era imposible aceptar las decisiones del Tribunal Warren, que había imprimido un giro progresista decisivo a la interpretación constitucional en materia de derechos civiles. Si se quería salvar la jurisprudencia Warren, hacía falta un modelo teórico distinto. Ese modelo tenía que reinterpretar de manera original la idea de fidelidad a la Constitución para hacerla compatible con una postura de activismo judicial: y eso sólo era posible articulando una nueva «filosofía de la Constitución», so pena de recaer en las dificultades conocidas.

Un primer intento de construir esa nueva vía es el de RONALD DWORKIN. DWORKIN apela a la distinción entre *conceptos* y *concepciones*, «una distinción que han establecido los filósofos, pero que los juristas todavía no aprecian» (TRS, 134, [213]): las llamadas

(5) Algunos autores que, en líneas generales, comparten muchos de los supuestos teóricos de HART, han criticado en esta dirección la pobreza de su teoría de la interpretación: cfr., p. ej., DAVID LYONS, «The Legal and the Moral» (recensión de la recopilación de artículos de HART *Essays in Jurisprudence and Philosophy*), *The Times Literary Supplement*, n. 4233, May 18, 1984, págs. 539-540; y JOHN BELL, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Clarendon Press, Oxford, 1983, págs. 230-235. El mejor intento que conozco de cubrir ese vacío es el de NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978; para una clarificación y matización de la idea de «argumentos consecuencialistas» desarrollada en el cap. VI de esta obra (págs. 129-151), vid. ahora N. MACCORMICK, «On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin», *New York University Law Review*, vol. 58 (1983), págs. 239 y sigs.

cláusulas constitucionales vagas —como la del «debido proceso legal» o la de «igual protección»— representan apelaciones a los *conceptos* que emplean, pero no están formulando una determinada *concepción* de los mismos (y la diferencia no reside en el *detalle* de las instrucciones dadas, sino en el *tipo* de instrucción que se da: cuando se apela a un concepto se plantea un problema moral; cuando se formula una concepción de ese concepto, se intenta resolverlo). En tanto que apelación a conceptos morales no se las podría precisar más por mucho que se las detallara. Por lo tanto, considerar que lo que los constituyentes tenían en mente como ejemplos de transgresión de esas cláusulas vagas ha de operar como criterio interpretativo exclusivo, supone incurrir en el error de manejar la apelación a un concepto como si fuera la formulación de una concepción del mismo (TRS, 134-137, [213-216]). En consecuencia, la fidelidad a la Constitución —en contra de lo que supone el *strict-constructionism*— exige optar entre concepciones concurrentes de moralidad política (TRS, 136, [216]), justamente lo que hace un tribunal «activista».

Ahora bien, aunque se acepte provisionalmente la argumentación de DWORKIN, queda una importante dificultad por resolver: ¿a *quién* le corresponde «optar entre concepciones concurrentes de moralidad política»? El legislador inevitablemente realiza esa opción cuando legisla: ¿sobre qué base puede invalidarse la opción del legislador por contradecir la *opción distinta* del juez? Parecería, más bien, que la opción del legislador cuenta a su favor con el respaldo de la mayoría. Así que si la construcción de DWORKIN quiere tener sentido, debe incorporar necesariamente la idea de que entre las distintas opciones algunas son *intrínsecamente* mejores que otras, con independencia de cual sea la que apoya la mayoría. Esa distinta calidad podría, en principio, ser de dos tipos: en primer lugar, podría provenir de su mayor coherencia con el conjunto de la Constitución. Pero esta conclusión seguramente niega las propias premisas del razonamiento, a saber, que la Constitución —en su conjunto, no meramente precepto por precepto— apela a conceptos, pero no formula una determinada concepción de los mismos (6). Así que queda una única vía posible: la opción

(6) Téngase en cuenta que el artículo «Constitutional Cases», incluido ahora en TRS como cap. V y del que provienen las ideas a las que me he

del juez debe prevalecer sobre la del legislador si es *moralmente* más correcta. Con las propias palabras de DWORKIN, «ello requiere una fusión del Derecho constitucional y la teoría moral, una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse» (TRS, 149, [233]) (7). Pero con semejante propuesta —a nadie se le oculta— DWORKIN ha abierto la caja de Pandora. La teoría moral no es precisamente un campo donde reine la paz y la concordia. ¿A qué teoría moral hemos de recurrir? DWORKIN apunta candorosamente que «el profesor RAWLS (...) ha publicado un libro sobre la justicia (...) que ningún constitucionalista puede ignorar» (TRS, 149, [233]), con lo que pone en bandeja a sus críticos la réplica feroz: ELY, por ejemplo, pregunta con sarcasmo por qué RAWLS y no NOZICK o cualquier otro, y si es que acaso debemos interpretar la Constitución según la última palabra de la *New York Review of Books* (DD, 58) (8).

Hace falta una salida, pero no podemos encontrarla entre las arenas movedizas de la discusión moral. Ese es, precisamente, el punto de partida de ELY: la clave de la interpretación constitucional no reside en la búsqueda de una presunta objetividad valorativa, sino que ha de ser reconstruida *a partir de la lógica de la democracia representativa*. Es indudable que existen cláusulas constitucionales vagas, cuyo contenido ha de ser fijado a partir de alguna fuente distinta de ellas mismas. Pero esa fuente han de ser «los temas generales del documento constitucional en su conjunto» y no algo que esté fuera de la propia Constitución (DD, 12). Ahora

referido, fue publicado originalmente en 1972. El desarrollo posterior de la teoría dworkiniana —aunque ahora no quepa detenerse en ello— conduce a un punto de vista que no es exactamente el mismo: cfr. el cap. XIII de TRS («Can Rights Be Controversial?», 1977), esp. págs. 285-290, [403-411]; y «No Right Answer?», en P. M. S. HACKER y J. RAZ (ed.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, págs. 58-84.

(7) Un punto de vista parecido es sostenido por DAVID A. J. RICHARDS, *The Moral Criticism of Law*, Dickenson, Encino, 1977, esp. págs. 44-56; y más recientemente por OWEN FISS, «Objectivity and Interpretation», *Stanford Law Review*, vol. 34 (1982), págs. 739 y sigs.

(8) D. A. J. RICHARDS ha intentado responder a la crítica de ELY —a mi juicio de manera no muy convincente— en «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law», *Ohio State Law Journal*, vol. 42 (1981), págs. 319 y sigs.

bien, ¿cuáles son esos temas generales? Si identificamos como tales un conjunto de valores sustantivos, cuya enunciación es inevitablemente vaga, es de temer que no hayamos avanzado mucho. Así que la respuesta de ELY apunta en otra dirección: el «tema más general» de la Constitución, el que permite una comprensión más profunda de la misma, es el concepto de democracia representativa. La Constitución compromete con un *procedimiento* de toma de decisiones, no con un conjunto de decisiones específicas, puesto que éstas no quedan fijadas de antemano de manera cerrada, sino que van surgiendo y renovándose como resultados de aquel proceso. Indudablemente ese diseño general incluye la idea de *derechos* de los ciudadanos: pero esos derechos no se comprenden correctamente cuando son tomados como derechos *sustantivos* desconectados del procedimiento democrático e intangibles sean cuales sean los resultados de éste; por el contrario, han de ser entendidos como derechos en el fondo *procedimentales* («at bottom procedural»), porque lo que hacen es preservar la auténtica democracia, no limitar las decisiones sustantivas que una auténtica democracia puede tomar, y sólo son intangibles si su lesión compromete el procedimiento mismo (DD, 88-101). Dentro de este marco, ¿cómo han de ejercer los Tribunales la *judicial review*? La respuesta es clara: los Tribunales no deben construir e imponer juicios de valor sustantivos —misión que queda abierta al proceso político—, sino que han de ocuparse de preservar el procedimiento mismo, es decir, las condiciones que aseguran que todos los individuos puedan tener acceso a dicho procedimiento en condiciones equitativas. ELY denomina a su propio punto de vista acerca de la *judicial review* «representation-reinforcing approach», contraponiéndolo al según él insostenible «fundamental-values approach», en el que, entre otros, cabría encuadrar a DWORKIN (DD, 101-102).

Sin embargo, ¿es correcta la idea de que los límites que marca la Constitución son esencialmente procedimentales, no sustantivos, y que, por tanto, siempre que se sigan los procedimientos constitucionales cualquier resultado al que se llegue es válido, con la única condición de que dicho resultado sea coherente con el mantenimiento del procedimiento mismo? Una buena parte de lo que en este momento está produciendo la teoría constitucional americana

trata de dar respuesta, en un sentido o en otro, a esta pregunta. A nadie se le oculta, por lo demás, que el problema de fondo encerrado en ella no concierne sólo a la interpretación constitucional, sino que se sitúa en el centro de uno de los debates más actuales de la filosofía política, aquél en que se discuten los méritos respectivos e incluso la posibilidad o no de integrar dos modelos de legitimación basados respectivamente en la lógica de las mayorías y en una teoría de los derechos morales que el individuo tiene frente a las mayorías. Sin entrar ahora en esta dimensión más amplia del problema, me parece que en lo relativo a la cuestión estricta de la interpretación constitucional y la justificación de la *judicial review* las tesis de ELY no funcionan. A mi juicio las objeciones centrales, repetidas ahora con múltiples variantes en la abundante literatura que *Democracy and Distrust* está generando, ya estaban contenidas en sustancia en un artículo de otro de los más importantes constitucionalistas americanos, LAURENCE A. TRIBE, aparecido inmediatamente después de la publicación de la obra de ELY (9): en primer lugar, no es cierto que la Constitución no contenga decisiones sustantivas sino sólo la previsión de un procedimiento para llegar a ellas más un conjunto de derechos que a la vez definen y preservan dicho proceso (o lo que es lo mismo, no todos los derechos constitucionales son subsumibles en la «lógica del procedimiento»: el derecho de propiedad en los términos en que se reconoce en la V enmienda, o el derecho a no sufrir la imposición de penas «cruelles ni inusitadas» de la VIII enmienda, por ejemplo, imponen límites al tipo de decisiones que se pueden adoptar mediante el proceso democrático, que *no tienen que ver* con las condiciones de posibilidad y conservación del proceso mismo; sostener lo contrario requeriría una interpretación excesivamente artificiosa del sentido de esos derechos); y, en segundo lugar, los «valores procedimentales» son, mal que nos pese, valores, y por tanto, así como la elección entre varios procedimientos posibles supone inevitablemente un juicio de valor sustantivo, así también la elección entre diferentes formas posibles de entender el procedimiento consagrado por la Constitución (por ejemplo, qué límites a la libertad de expresión son compatibles con la conservación del procedimiento democrático

(9) LAURENCE H. TRIBE, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories», *The Yale Law Journal*, vol. 89 (1980), págs. 1063 y sigs.

constitucionalizado) nos plantea un problema para el que no puede brindarnos una respuesta la propia «lógica del proceso». Por ambas vías se llega a la conclusión de que los «temas más generales de la Constitución» son inevitablemente de carácter *sustantivo*, precisamente lo que ELY trató de evitar como punto de partida.

Llegado el debate a este extremo, puede resultar de interés la reciente aportación de SOTIRIOS BARBER (10). Cualquiera que repase las notas de *On What the Constitution Means* comprobará que las referencias a DWORKIN y a ELY son continuas. Un lector apresurado podría quizá pensar que poco es lo que va a encontrar allí de original y optar por despachar a BARBER etiquetándole sin contemplaciones como el enésimo epígono de los autores de moda. Pero me parece que quien hiciese tal cosa se equivocaría. Frente a las de DWORKIN y ELY, la de BARBER es seguramente una obra menor. Pero a veces los autores de una obra menor, aprovechando la ventaja que les da el haberse encontrado hecha buena parte del trabajo, consiguen redondear un planteamiento de una manera que sus supuestos mayores no fueron capaces de conseguir. Lo que hace BARBER, explicándolo sintéticamente, es recoger las dos ideas nucleares de DWORKIN y ELY —la distinción conceptos/concepciones y la dimensión procedimental de la Constitución, respectivamente— para integrarlas, una vez despojadas de sus aspectos más vulnerables, en una construcción original e ingeniosa basada en la idea de un razonamiento práctico que dé cuenta de la noción de supremacía constitucional.

La Constitución americana se califica a sí misma como *the supreme Law of the Land* (art. 6, sec. 2). Ahora bien, la supremacía de la Constitución *no puede provenir* meramente de esa autocalificación: eso es algo de lo que ya fue plenamente consciente HAMILTON, para quien el significado normativo de la Constitución hubiera sido exactamente el mismo tanto si se hubiera suprimido por completo la *supremacy clause* del artículo 6 como si se hubiera repetido en cada artículo (11). La idea de supremacía constitucional, por razones lógicas, no puede formar parte del contenido normativo de la

10) S. A. BARBER, *On What the Constitution Means*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1984.

(11) JACOB E. COOKE (ed.), *The Federalist*, Wesleyan University Press, Middletown, 1961, pág. 204 (citado por Barber, págs. 52-53).

propia Constitución (del mismo modo que, más en general, la obligación de obedecer al derecho no puede dimanar de una de sus normas (12), sino que se sitúa en otro plano, a saber, en un *razonamiento práctico* que versa sobre la actitud de quien acepta la Constitución. Ese es el punto de partida de BARBER: su objetivo es «formular una inferencia práctica abstracta» que dé cuenta de la actitud de aceptación de la supremacía constitucional, en la idea de que si descubrimos ese silogismo práctico, «podemos descubrir las propiedades lógicas más generales de la Constitución» (p. 55).

Pues bien, según BARBER, *no todos* los puntos de vista acerca de lo que la Constitución representa pueden ser integrados en un razonamiento práctico que dé sentido a la idea de supremacía constitucional. En ese razonamiento práctico la premisa mayor sería el deseo de alcanzar ciertos fines concebidos como ingredientes de un estado de cosas ideal, de una «sociedad bien ordenada»; la conclusión, la aceptación de la supremacía constitucional. El problema, evidentemente, estriba en cuál puede ser la premisa menor para que tenga sentido la conclusión. Para algunos puede ser la idea de que el conjunto de instituciones, poderes y derechos diseñado por la Constitución es el *mejor medio* para alcanzar aquel estado de cosas ideal: pero quien piense así no tiene una verdadera razón para «tomarse la Constitución en serio», para imponerse *en todo caso* la autolimitación que supone aceptar la supremacía constitucional, puesto que la conclusión del razonamiento decae tan pronto como se encuentre —o se piense que se ha encontrado— un medio mejor que los ofrecidos por la Constitución para alcanzar aquel estado de cosas ideal (lo contrario supondría dar prioridad al medio sobre el fin). Quienes en el fondo —y sean o no conscientes de ello— basan su filosofía constitucional en este punto de vista, sólo pueden mantener la idea de fidelidad a la Constitución a base de hacer de ésta algo esencialmente *flexible*, lo que compromete la idea de autolimitación como rango definitorio del concepto de Constitución (como BARBER dice muy gráficamente —p. 191—, «a

(12) Cfr. RICHARD E. FLATHMAN, *Political Obligation*, Atheneum, New York, 1972, págs. 48-49; sobre las paradojas en que desemboca la tesis contraria, vid. los comentarios de FRANCISCO LAPORTA sobre el art. 9.1 de la Constitución española de 1978 en «Norma básica, Constitución y decisión por mayorías», *Revista de las Cortes Generales*, n. 1 (1984), págs. 42-45.

plastic constitution cannot be a real constitution»). Para otros, «aquella premisa menor podría ser la idea de que el conjunto de instituciones, poderes y derechos diseñado por la Constitución *define* la «sociedad bien ordenada», es *constitutivo* de la misma (es la concepción más correcta de aquel concepto). Pero quien acepta la Constitución acepta las disposiciones que dentro de ella establecen el procedimiento para su reforma. ¿Cómo puede aceptarse *a la vez* que la Constitución define la concepción más correcta y que queda abierta a concepciones mejores? Si se quiere escapar al dilema se necesita lo que en cierto sentido es una vía media entre los dos puntos de vista descritos: el conjunto de instituciones, poderes y derechos diseñado por la Constitución representa la mejor concepción de que disponemos por el momento de la «sociedad bien ordenada». Puesto que se trata sólo de *una* concepción del fin al que se aspira, tiene sentido institucionalizar la posibilidad de alcanzar concepciones mejores; puesto que es *la mejor* de que se dispone por el momento, tiene sentido aceptar su pretensión de supremacía (entendiendo siempre que se habla de la concepción óptima aquí y ahora, de la mejor concepción que es posible alcanzar en las circunstancias de cada momento). Ahora bien, la aceptación de la supremacía constitucional exige entonces un proceso de continua reafirmación: no se puede sostener que la Constitución encarna la mejor concepción de que disponemos de la «sociedad bien ordenada» a menos que se mantenga un permanente esfuerzo por encontrar una concepción mejor; y sólo en la medida en que por el momento no la encontremos estaremos reafirmando la supremacía constitucional. La idea de supremacía constitucional, en rigor, sólo cobra su pleno sentido en esos momentos de reafirmación (pp. 54-62).

La lógica que sustenta la actitud de quien acepta la Constitución, una vez descubierta, nos proporciona, a juicio de BARBER, un valioso instrumento para encarar un buen número de problemas de interpretación constitucional. Esa lógica no suministra un método de decisión, no es un manual de instrucciones para resolver casos difíciles: para lo que sirve, más bien, es para *descartar* líneas interpretativas basadas en premisas implícitas que no son compatibles con dicha lógica (p. 142). BARBER trata de ilustrar las posibilidades de este enfoque examinando en detalle qué es lo que resulta de aplicarlo a la discusión de problemas típicos del constituciona-

lismo americano como la respectiva extensión de los poderes del gobierno federal y de los estados federados, el uso de la «cláusula de comercio» como pretexto para fundamentar decisiones en materia de derechos civiles, la interpretación de la cláusula del «debido proceso legal», la relación entre las competencias del Presidente y del Congreso, los poderes extraordinarios del Presidente y la justificación de la *judicial review* (capítulos IV, V y VI).

Aunque la distinción conceptos/concepciones esté en la base de la construcción de BARBER, es obvio que no la emplea en el mismo sentido que DWORKIN: le sirve para reconducir los problemas de interpretación constitucional a la lógica de un razonamiento práctico, lo que no equivale en absoluto a disolverlos pura y simplemente en problemas morales. Mirando en otra dirección, la «lógica de la reafirmación» de BARBER puede jugar en cierto sentido un papel similar a la «lógica de la democracia representativa» de ELY (la exigencia continua de una reafirmación genuina, sin la cual no tiene sentido la aceptación de la supremacía constitucional, no estaría garantizada sin un marco de derechos que asegure la libre circulación de todas las razones posibles a favor y en contra), sin que ello le obligue a insistir en la dimensión exclusivamente procedimental de la Constitución.

Me parece que lo más interesante de las tesis de BARBER reside en haber aplicado de manera original al campo de la teoría constitucional una idea que va cobrando forma entre algunos filósofos del Derecho y que arranca quizá de la revisión crítica de las nociones de «aceptación» y «punto de vista interno» de la versión hartiana del positivismo: la idea de que el razonamiento jurídico encaminado a la justificación de decisiones es un tipo particular de razonamiento moral de estructura compleja (13). Queda aún mucho por hacer para poder describir en detalle esa estructura, pero para aclarar al menos una parte de ella, puede resultar de interés profundizar por la vía que BARBER esboza. Lo más censurable, en cam-

(13) Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., esp. cap. X, «Law, Morality and the Limits of Practical Reason» (págs. 265-274; en pág. 272 afirma: «(el) razonamiento jurídico es un tipo especial, altamente institucionalizado y formalizado, de razonamiento moral»); y N.E. SIMMONDS, «The Nature of Propositions of Law», *Rechtstheorie*, 15 (1984), págs. 96 y sigs.

bio —y que, además, me parece que no encaja bien en su propia construcción—, es su «dworkiniano» énfasis en la existencia de una respuesta correcta para cada uno de los casos constitucionales (página 224, n. 43): si, como él mismo afirma, no ofrece un método de decisión sino sólo una base para descartar líneas interpretativas basadas en premisas inaceptables, la tesis añadida de que todas las posibles interpretaciones excepto una resultarán descartables resulta simplemente gratuita, una manifestación más de ese «noble sueño» de una parte de la filosofía jurídica americana que tan brillantemente ha descrito y criticado HART (14).

Una reflexión final: en todos los sistemas de justicia constitucional laten los mismos grandes problemas de fondo, porque, en definitiva, todos sirven —mejor o peor, esa es otra cuestión— para un mismo propósito: por decirlo en forma muy simplificada, para velar por la efectividad de los límites del poder. Después, es obvio, cada uno se estructura de forma diferente, con sus propios rasgos particulares (distintos órganos, distintas competencias, distintos procedimientos...). Es evidente que lo que acabo de llamar —con términos de cuya extrema tosquedad me hago cargo— «problemas de fondo» y «rasgos particulares» se presentan en la práctica condicionándose mutuamente, como un todo que no es tan fácil separar. Pero espero no equivocarme si digo que sobre esa base —aun no muy precisa— se pueden distinguir dos maneras, dos «estilos» de hacer teoría constitucional: uno, que considera prioritarios los «problemas de fondo» y accesorios los «rasgos particulares» y permanece en constante comunicación con la teoría del Derecho y la filosofía política; otro, que concentra su interés en esos «rasgos particulares», estudiándolos con la metodología tradicional de la dogmática jurídica. Seguramente los dos son necesarios, cada uno en su nivel; pero me parece que desde el segundo se acepta con mayores reticencias la pertinencia del primero que a la inversa. El primer estilo es típico —no exclusivo, por supuesto (15)— de la

(14) H. L. A. HART, «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, vol. 11 (1977) (ahora en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, págs. 123 y sigs.).

(15) Entre la bibliografía española, cfr., p. ej., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid,

teoría constitucional americana del momento y bastante más infrecuente en nuestro medio cultural nacional. Tenemos, en consecuencia, un cierto vacío que llenar y el constitucionalismo americano es uno de los varios filones que pueden servir para hacerlo. De ahí que existan buenas razones para un mayor acercamiento, porque para la teoría constitucional valen tanto como para cualquier otra, si se toman en sus justos términos, las palabras del viejo KANT: «La sabiduría se oscurece si cree que con ojos de topo, apegados a lo empírico, se puede ver más y con mayor precisión que con los ojos de un ser constituido para estar erguido y contemplar el cielo.»

1981; A. E. PÉREZ LUÑO, «La interpretación de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1 (1984), págs. 82 y sigs.; y E. ALONSO GARCÍA, *La Interpretación de la Constitución*, C. E.C., Madrid, 1984.