

Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en los Estados Unidos

Michel Rosenfeld

Justice Sydney L. Robins Professor of Human Rights en la Benjamin N. Cardozo School of Law de la Yeshiva University de Nueva York.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL DIFUSA.—III. EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.—IV. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Normalmente, se dice que en los Estados Unidos cualquier problema político significativo termina resolviéndose en los tribunales. De hecho, la sociedad americana es extraordinariamente litigiosa¹ y, por tanto, no es sorprendente que la mayoría de los momentos constitucionales decisivos deriven de la resolución judicial de casos enormemente controvertidos². Para la mayoría de los americanos, la Constitución es un documento extraño, cuasi-religioso³, y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, su árbitro y garante final.

Esta percepción, ampliamente compartida, contribuye desde luego al gran prestigio y autoridad del Tribunal, pero también oscurece el hecho de que, desde un punto de vista institucional, la prominencia del Tribunal como moldeador

Traducción de Javier DORADO PORRAS, Profesor A. E. U. de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Vid. Jethro K. LIBERMAN, *The Litigious Society* (New York: Basic Books, 1981).

² Vid., por ejemplo, *Brown vs. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) (donde se declara inconstitucional la segregación racial en las escuelas); *Roe vs. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) (donde se reconoce un derecho constitucional al aborto a pesar del silencio de la Constitución en esta materia).

³ Vid. Sanford LEVINSON, *Constitutional Faith* (Princeton University Press, 1988), pág. 11.

dor y protector de las normas constitucionales descansa sobre fundamentos mucho más débiles. Por un lado, la propia Constitución no se pronuncia sobre la cuestión de la autoridad última en el reino de la interpretación y aplicación constitucional⁴. Por otro, el alcance de sus decisiones está lejos de ser estable. Mientras que los pronunciamientos de los jueces europeos son *erga omnes*⁵, los del Tribunal Supremo de los Estados Unidos no lo son. Estos últimos vinculan a las partes del litigio, pero sus efectos, más allá de esto —es decir, en relación con otras personas que no sean partes y con las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno—, son todavía una cuestión discutida⁶. Finalmente, al contrario que los sistemas concentrados de justicia constitucional predominantes en Europa Occidental, la *judicial Review* de asuntos constitucionales en los Estados Unidos se basa en un sistema ampliamente difuso. De hecho, la mayoría de los tribunales estatales, y también la mayoría de los federales, son competentes para juzgar asuntos constitucionales (federales). Además, aunque el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene la última palabra en la interpretación constitucional —puesto que tiene la competencia para resolver las apelaciones sobre los casos decididos por los tribunales estatales y federales en los que estén implicados asuntos constitucionales federales—, hubo un tiempo en el que incluso esto era un tema controvertido⁷.

Estos temas institucionales brevemente descritos se unen a las discusiones imperecederas sobre los criterios adecuados de la interpretación constitucional. En realidad, la naturaleza absolutamente amplia de las relaciones institucionales ha contribuido en gran parte a modelar las controversias recurrentes sobre la interpretación constitucional. Debido a que la Constitución no establece la competencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos como su intérprete final, y a que el Tribunal, al contrario que las otras dos ramas del gobierno federal —el legislativo y el ejecutivo—, no está sujeto (al menos formalmente) a un control democrático⁸, la legitimidad de

⁴ En este sentido es muy diferente a algunas Constituciones recientes que explícitamente otorgan la competencia para interpretar la Constitución a un tribunal constitucional. *Vid.*, por ejemplo, *Basic Law of Federal Republic of Germany*, art. 93.

⁵ *Vid.* Louis FAVOREU, «Constitutional Review in Europe», en Louis Henkin y Albert Rosenthal, eds., *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* (New York: Columbia University Press, 1990), págs. 38, 41.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, Michael STROKES PAULSEN, «The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation», *Cardozo Law Review*, vol. 15, 1993, pág. 43; Michel ROSENFELD, «Executive Autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law: Reflections on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers», *Cardozo Law Review*, vol. 15, 1993, pág. 137.

⁷ Antes de la Guerra Civil, en el siglo XIX, varios Estados pusieron en duda el derecho del Tribunal Supremo de revisar las interpretaciones de la Constitución Federal realizadas por jueces estatales. *Vid.* Gerald GUNTHER y Kathleen SULLIVAN, *Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 13ª ed., 1997), págs. 64-65. *Vid.*, también, *Martin vs. Hunter's Lessee*, 14 U. S. 304 (1816) (donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechaza la inaplicación por el Tribunal Supremo de Virginia de la ley federal que permite al primero revisar las decisiones de los pretensiones constitucionales federales realizadas por los tribunales supremos estatales).

⁸ Mientras que tanto el Congreso como el Presidente de los Estados Unidos son elegidos para períodos concretos de tiempo, los jueces federales ocupan sus cargos de forma vitalicia.

las interpretaciones judiciales de la Constitución parece depender, en gran medida, de factores extra-institucionales, como la fidelidad a criterios de interpretación ampliamente compartidos. Además, puesto que, como veremos más adelante, no hay un consenso sobre qué criterios, de entre todos los posibles, deberían prevalecer, es probable que las discusiones acaloradas sobre esta materia continúen al menos en el futuro próximo.

Con todo esto en mente, describiré a continuación el sistema difuso de justicia constitucional que prevalece en los Estados Unidos, y después analizaré de forma somera las controversias más importantes sobre la interpretación constitucional en América.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL DIFUSA

En los Estados Unidos, cada Estado, al igual que el Gobierno Federal, tiene su propio sistema de tribunales formado por Tribunales de primera instancia y apelación. Así, hay 51 sistemas de tribunales diferentes y todos ellos son competentes para resolver asuntos constitucionales federales. Además, al contrario que en otros países, en los Estados Unidos los asuntos constitucionales no son competencia de un tribunal especializado, sino que son decididos, en primer lugar, por los tribunales de primera instancia en el curso de la decisión del caso en el que se plantea dicha cuestión constitucional. Pueden apelarse los fallos de los tribunales de primera instancia, pero no hay pasos de un sistema a otro. Por ejemplo, el perdedor de un juicio en un tribunal estatal de primera instancia no puede apelar a un tribunal federal, sino solamente a un tribunal de apelación del mismo Estado. Por otro lado, un caso que se ha iniciado en los tribunales federales debe permanecer dentro de este sistema. La única excepción es la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que tiene competencia para conocer de las apelaciones de decisiones de los Tribunales Supremos estatales concernientes a cuestiones constitucionales federales. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos está en el vértice superior de la pirámide judicial que integra a los sistemas estatales y federal⁹. Esto permite al Tribunal dotar de cierta unidad al Derecho constitucional, lo cual, a menudo, sólo ocurre después de muchos años, cuando los casos relevantes han conseguido superar todo el camino de apelaciones.

Incluso dentro del sistema federal, es frecuente que convivan resoluciones judiciales constitucionales de carácter contradictorio a la espera de la decisión del Tribunal Supremo. De hecho, los tribunales federales de pri-

⁹ Tal integración sólo tiene lugar en relación con el Derecho federal (incluyendo el Derecho constitucional federal), y no con el Derecho estatal (incluyendo el Derecho constitucional estatal). En relación con el Derecho estatal, los Tribunales superiores estatales tienen la última palabra y sus decisiones no pueden revisarse por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

mera instancia, se encuentran situados por todo el país, y las apelaciones de las decisiones de estos tribunales deben presentarse ante los Tribunales de Circuito de Apelación de la región en la que se encuentra el Tribunal Federal de primera instancia involucrado. Así, por ejemplo, una apelación de la decisión del Tribunal Federal de primera instancia de Nueva York debe presentarse ante el Tribunal Federal de Apelación del Segundo Circuito, mientras que una de un Tribunal Federal de primera instancia de Los Angeles debe presentarse ante el Noveno Circuito. Estos dos tribunales federales de apelación pueden, entonces, alcanzar soluciones diametralmente opuestas ante un mismo asunto constitucional, produciendo así una falta de unidad que puede durar varios años, pendiente de la determinación final por el Tribunal Supremo ¹⁰.

La divergencia potencial en relación con los derechos constitucionales federales a lo largo de todo el país puede ilustrarse con el siguiente ejemplo hipotético. Supongamos que Nueva York, California e Illinois aprueban leyes similares, o incluso idénticas, en las que se tipifique como delito la quema de la bandera americana. Supongamos, también, que tres personas que han quemado banderas en cada uno de estos Estados presentan demandas sobre la constitucionalidad de tales estatutos —alegando que vulneran la libertad de expresión— en los tribunales federales de Nueva York y California y en los tribunales estatales de Illinois, respectivamente. Es absolutamente posible que el Tribunal Federal de Apelación del Segundo Circuito (en el caso de Nueva York) considere constitucionalmente protegida la quema de la bandera, que el Tribunal del Noveno Circuito (en el caso de California) no la considere constitucionalmente protegida y que el Tribunal Supremo de Illinois la considere protegida si se realiza bajo circunstancias que hagan improbable que la misma conduzca a la violencia. Así, y dependiendo de la resolución última por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ¹¹, el mismo derecho constitucional federal a la libertad de expresión ¹² sería diferente dependiendo de si uno lo ejerce en Nueva York, California o Illinois.

Aunque la situación analizada hasta ahora puede parecer caótica a alguien poco familiarizado con la judicatura americana, aquella se ha probado, en muchos casos, bastante adecuada en el contexto de las instituciones americanas. No es sólo que la unidad se consiga siempre finalmente con

¹⁰ Desde 1988, el Tribunal Supremo tiene una discrecionalidad prácticamente completa para seleccionar las apelaciones, tanto de los Tribunales Superiores estatales como de los Tribunales Federales de Circuito, que desea analizar y resolver. Aunque el Tribunal Supremo tiende a menudo a aceptar una apelación cuando hay desacuerdo entre los tribunales inferiores, hay muchos casos en los que se abstiene de aceptar un caso a pesar de las diferentes soluciones dadas por los tribunales inferiores a la espera de tener más evidencias sobre cuál de los diferentes enfoques puede probarse como el más deseable.

¹¹ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha declarado en dos recientes decisiones controvertidas de 5 contra 4 votos que la quema de la bandera es una expresión constitucionalmente protegida. *Vid. Texas vs. Johnson*, 491 U. S. 397 (1989); *United States vs. Eichman*, 496 U. S. 310 (1990).

¹² Este derecho está garantizado por la Primera Enmienda. *Vid.* la Constitución de los Estados Unidos, 1ª Enmienda (1791).

respecto a cada uno de los asuntos constitucionales importantes, sino que la esperanza de unidad no se reduce ni siquiera en los momentos en que ésta no se da. Además, la práctica judicial americana, enraizada en la tradición del *common law*, descansa profundamente en diferentes pasos que son el resultado de un razonamiento inductivo cimentado en la experiencia, y no tanto en un desarrollo sistemático de principios formales extraídos a través del razonamiento deductivo. Así, se prima la experimentación, y la existencia de cierto grado de falta de unidad, a cambio de permitir que el Tribunal Supremo se base en una experiencia valiosa extraída de enfoques constitucionales alternativos, resulta un precio razonable a pagar por lo que se considera mayoritariamente como un resultado óptimo.

Una vez que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha decidido un asunto constitucional —como, por ejemplo, si la quema de la bandera está protegida constitucionalmente— todos los tribunales inferiores —tanto estatales como federales— quedan obligados por él y deben seguir la decisión del Tribunal Supremo como un precedente vinculante en todos los casos subsiguientes que razonablemente puedan encuadrarse en su ámbito. Sin embargo, como ya se ha mencionado, el grado en el que las decisiones del Tribunal Supremo deberían vincular a las ramas ejecutiva o legislativa del Gobierno Federal es todavía una cuestión abierta.

Excepto en los casos más raros¹³, el Ejecutivo aplicará la decisión del Tribunal en relación a las partes litigantes en el caso y a otros cuya posición no pueda ser distinguida plausiblemente de la de los litigantes en ningún aspecto relevante. Más allá de esto, sin embargo, el ejecutivo y el legislativo han afirmado periódicamente que no tienen por qué seguir las interpretaciones constitucionales del Tribunal en la formulación de sus propias políticas. Además, tales afirmaciones parecen darse más cuando una mayoría de los jueces del Tribunal Supremo que llevan más tiempo ocupando sus puestos mantiene visiones profundamente contrarias a las de un Presidente elegido recientemente o a las de la mayoría legislativa¹⁴.

¹³ La excepción más notoria es *Ex Parte Merryman*, 17 F. cass. 144 (1861), un caso en el que el presidente Abraham Lincoln se negó a ejecutar una orden del Tribunal Supremo de liberar a un ciudadano detenido durante la Guerra Civil. En esta situación, Lincoln defendió su negativa argumentando que en un momento en el que el gobierno estaba en peligro de ser derribado, estaba justificado negarse a ejecutar una decisión aislada del Tribunal Supremo para preservar la Constitución en su conjunto. *Vid.* Abraham Lincoln, *Message to Congress in Special Session* (4 de julio, 1861), reimpresso en *Collected Works of Abraham Lincoln*, vol. 4, págs. 421-430.

¹⁴ La crisis más importante en el siglo XX tuvo lugar en 1937, cuando un Tribunal de bastante edad y centrado en unos valores de una generación anterior rechazó sistemáticamente el programa del *New Deal* de Roosevelt que había sido abrumadoramente aprobado en el Congreso de los Estados Unidos. Frustrado, Roosevelt amenazó con «controlar» el Tribunal nombrando un juez adicional por cada juez que hubiera superado la edad de setenta años, aumentando así el número de jueces del Tribunal de nueve a quince. Esto condujo a una crisis constitucional y finalmente Roosevelt se echó atrás. La naturaleza, sin embargo, vino a ayudarlo poco después con una serie de muertes y jubilaciones que dejaron varias vacantes en el Tribunal. Las suplió rápidamente con la concurrencia del Senado y así se aseguró una nueva mayoría en el Tribunal que dio su aprobación a los programas del *New Deal*. *Vid.* Gerald GUNTHER y Kathleen SULLIVAN, *Constitutional Law, supra*, págs. 183-185.

Un ejemplo reciente de la resistencia del Ejecutivo a ciertas decisiones del Tribunal lo encontramos durante la era Reagan en áreas como el aborto y las medidas de discriminación positiva. En el fragor de este conflicto, el Fiscal General de Reagan realizó la afirmación, publicada numerosas veces, de que, aunque todas las ramas del gobierno están sujetas a la Constitución, las decisiones del Tribunal Supremo producían un «Derecho constitucional» que no era vinculante para el ejecutivo, al ser una rama de gobierno de rango equivalente con competencia para adoptar sus propias interpretaciones de la Constitución¹⁵. De acuerdo con esto, aunque la Administración Reagan no se negó a ejecutar ninguna decisión del Tribunal en los casos concretos, hizo todo lo que pudo para frustrar las dimensiones jurisprudenciales más generales del Tribunal. Por ejemplo, la Administración interpretó las decisiones del Tribunal en las que se reconocía un derecho al aborto de la forma más estricta posible. Además, intentó minimizar ese derecho e imponer a su ejercicio tantos obstáculos como era posible sin contradecir claramente las pronunciamientos del Tribunal. A la vez, siempre que se veía involucrada en un caso de aborto que llegaba ante el Tribunal, la Administración propuso al Tribunal que cambiase su jurisprudencia sobre el aborto y repudiase sus decisiones anteriores en las que se garantizaba una protección constitucional al mismo¹⁶.

En la resistencia de cualquiera de las otras ramas de gobierno a la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo se encuentra implícita una afirmación de que el Tribunal está equivocado o al menos no ha sido juicioso en alguna de sus interpretaciones constitucionales. Así, la interacción institucional exigida por la necesidad de aplicación de la Constitución está claramente unida al debate sobre los criterios adecuados de interpretación constitucional.

III. EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En sus términos más amplios, los métodos de interpretación constitucional empleados por el Tribunal Supremo se han modelado por muchos factores diferentes, incluyendo el marco general establecido por la Constitución, la distribución de poderes que impone, la tradición del *common law*

¹⁵ Vid. Edwin MEESE III, «The Law of the Constitution», *Tulane Law Review*, vol. 61, 1987, pág. 979.

¹⁶ El Tribunal Supremo no queda vinculado por sus propios precedentes y puede modificar su doctrina, como ha hecho en muchas ocasiones. Aunque el Tribunal puede modificar su doctrina basada en decisiones anteriores siempre que haya una mayoría de cinco jueces, ha articulado los criterios que indican bajo que circunstancias puede abandonar los precedentes establecidos previamente. El principal, de entre éstos, es que la doctrina o el estándar constitucional establecido previamente se haya mostrado impracticable, y que los hechos y circunstancias que informaron la decisión precedente ya no sean relevantes. Vid. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*, 505 U. S 833 (1992).

importada de Inglaterra, y los principios fundamentales de la ideología americana. Por un lado, el marco general establecido por la Constitución establece mecanismos estructurales diseñados para promover el gobierno democrático a través de la interacción de diferentes mayorías (por ejemplo, local y nacional) dentro de un sistema de «frenos y contrapesos»¹⁷. Por otro lado, la Constitución otorga protección a los derechos fundamentales frente a las violaciones de los Estados apoyadas en la mayoría¹⁸. Así, las interpretaciones constitucionales del Tribunal Supremo deben mantener un delicado equilibrio al salvaguardar adecuadamente los derechos fundamentales frente a la regulación federal y estatal, generada democráticamente, sin pisotear indebidamente la voluntad de las mayorías legislativas.

Como ya se ha mencionado, la Constitución no dice nada sobre la autoridad final en lo concerniente a su interpretación. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha desempeñado el papel de intérprete constitucional autorizado desde su importante decisión, en 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*¹⁹. No obstante, por respeto a las otras ramas de gobierno, el Tribunal Supremo se niega a resolver cuestiones constitucionales que la Constitución ha atribuido específicamente al poder legislativo o al ejecutivo²⁰.

De acuerdo con los poderes otorgados por la Constitución, el Tribunal Supremo sólo puede realizar un análisis constitucional concreto *a posteriori*, ya que su jurisdicción se limita a los casos concretos en los que las partes se hayan visto afectadas negativamente por una legislación o regulación existente. Como consecuencia de esto, el Tribunal Supremo no sólo se abstiene de realizar un análisis abstracto, sino que también rechaza un análisis de los casos concretos a menos que la parte que alegue una violación constitucional pueda probar claramente que ésta le ha causado o puede causarle un daño suficientemente personalizado²¹. Por ejemplo, aunque la Constitución establece la separación Iglesia-Estado, el Tribunal Supremo se negó a admitir la demanda de un ciudadano por la concesión de una propiedad estatal a una iglesia particular al mantener que el ciudadano en cuestión no podía mostrar que hubiera sufrido «de hecho, un daño» como consecuencia de la concesión estatal presuntamente inconstitucional²².

¹⁷ Conforme a la Constitución de los Estados Unidos, el Gobierno Federal tiene unos poderes limitados y enumerados. *Vid. McCulloch vs. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819). Todos los poderes que no son expresamente otorgados por la Constitución al Gobierno Federal pertenecen a los diferentes Estados y al pueblo. *Vid. la Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 10ª* (1791).

¹⁸ La principal fuente de protección de los derechos fundamentales en la Constitución de los Estados Unidos es el *Bill of Rights*, consistente en las diez primeras enmiendas que fueron ratificadas en 1791.

¹⁹ 5 U. S. 137 (1803).

²⁰ Tales rechazos siguen los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en lo que se conoce como la doctrina de las «cuestiones políticas». *Vid. Baker vs. Carr*, 369 U. S. 186 (1962) y *Goldwater vs. Carter*, 444 U. S. 996 (1979).

²¹ *Vid. Warth vs. Seldin*, 422 U. S. 490 (1975).

²² *Valley Forge Christian College vs. Americans United*, 454, U. S. 464 (1982).

La interpretación constitucional en los tribunales americanos está fuertemente influenciada por la tradición del *common law* importada de Inglaterra. En su forma paradigmática, la resolución de casos en el *common law* supone un proceso inductivo tendente a la elaboración judicial gradual de normas legales basada en la consideración de una serie de casos concretos que comparten semejanzas significativas. La elaboración judicial en cuestión se basa en la confianza en la experiencia, el uso del sentido común y un tratamiento de las decisiones relevantes anteriores como precedentes vinculantes. Así, en su forma más pura, el *common law* tiene una fundamentación empírica, desarrollada gradualmente a través de la elaboración de una serie de precedentes mutuamente consecuentes -Derecho judicial.

En contraste con el Derecho judicial del *common law*, se supone que las leyes aprobadas por el procedimiento legislativo dejan poco margen interpretativo a los jueces en el sistema anglo-americano de justicia. En el contexto de la interpretación legal, el juez tiene la función de dar efecto a la voluntad del legislador y, por tanto, debería abstenerse de poner en práctica su propio sentido de justicia o corrección²³. Así, puesto que la Constitución de los Estados Unidos ha sido considerada siempre como vinculante, y puesto que es una Constitución escrita, su adecuada interpretación podría parecer más cercana a la interpretación legal que al *common law*. Sin embargo, como la Constitución recoge muchos preceptos generalmente denominados como cláusulas abiertas, como el derecho al «debido proceso legal» o la «protección igual de las leyes», a menudo parecen más adecuados los métodos de interpretación del *common law*, más flexibles y abiertos²⁴. Debido a que los jueces americanos están fuertemente influenciados por la tradición del *common law*, desde un punto de vista práctico, incluso la interpretación legal se desvía significativamente del ideal mencionado anteriormente. En cualquier caso, como veremos más adelante, las discusiones sobre la interpretación adecuada de la Constitución giran alrededor de una tensión entre el ideal de la interpretación legal y el de las decisiones del *common law*.

La Constitución de los Estados Unidos es algo más que la carta básica sobre gobierno y derechos. Es una pieza central de la ideología americana y, como ya se ha dicho, se la reverencia como un documento cuasi-religioso. Esta reverencia a la Constitución, además, ha tenido dos consecuencias interpretativas distintas que tienden hacia direcciones opuestas. Por un lado, los padres de la Constitución suelen ser considerados virtualmente como superhombres y sus puntos de vista y propósitos como merecedores de una

²³ Para un análisis interesante de estos temas en la justicia del Tribunal Supremo y muchos de sus críticos, *vid.* Antonin SCALIA, *A matter of Interpretation* (Princeton University Press, 1997) (con comentarios de Gordon Wood, Laurence Tribe, Mary Ann Glendon y Ronald Dworkin).

²⁴ Hace ya mucho tiempo que el presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, insistía en que la Constitución no debía interpretarse como un código, sino más bien conforme a sus líneas generales, para asegurar su vigencia a través de las diferentes épocas. *Vid.* su opinión en *McCulloch vs. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819).

puesta en práctica fiel y perdurable²⁵. Por otro lado, la propia Constitución se percibe como un documento que recoge todo lo que es lo mejor para la sociedad americana y que, por tanto, defiende todo aquello que es bueno y justo independientemente de lo que una atención más cercana a sus preceptos concretos pueda sugerir²⁶. Así como las concepciones sobre la justicia y la bondad pueden evolucionar a lo largo del tiempo, es probable que se abra una amplia brecha entre la Constitución de los padres constituyentes y la Constitución como depositaria última de los valores morales esenciales del tiempo presente.

No hay un consenso sobre los criterios adecuados de interpretación constitucional, pero el debate contemporáneo queda fijado por el contraste entre el *common law* y la interpretación legal y por el conflicto entre la Constitución como la imaginaron los constituyentes y la Constitución como espejo de los preceptos morales y valores más profundos compartidos por el país. Además, la falta de consenso se extiende a los jueces del Tribunal Supremo, a los profesores de Derecho constitucional y al público en general. Realmente, hay una distinción entre «originalistas» o «interpretativistas» y «no-originalistas» o «no-interpretativistas»²⁷. Los originalistas mantienen la visión de que la Constitución debería interpretarse de acuerdo con la intención original de los que la redactaron y/o ratificaron²⁸. Los no-originalistas, por el contrario, mantienen que la Constitución debería interpretarse de acuerdo con las necesidades, valores y aspiraciones de cada generación, y debería, por tanto, entenderse conforme a los valores fundamentales contemporáneos²⁹.

Más allá de estos aspectos teóricos, la interpretación constitucional en los Estados Unidos es una práctica en manos de los abogados, además de en los jueces. Para entender esta práctica, además, es necesario referirse al sistema dispositivo de justicia que prevalece en los Estados Unidos. Bajo tal sistema, son los abogados de las partes los que tienen que fijar los hechos ante el tribunal y establecer los mejores argumentos posibles para sus respectivos clientes. El juez, sin embargo, se supone que desempeña un papel neutral y bastante pasivo para permanecer imparcial hasta que todos los argumentos a favor y en contra hayan sido presentados. Entonces, el juez debe tomar una decisión basada en una consideración sobre la solidez o de-

²⁵ Vid., por ejemplo, Raoul BERGER, *Government by Judiciary* (Cambridge: Harvard University Press, 1975).

²⁶ Vid., por ejemplo, Larry SIMON, «The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation be Justified?», *California Law Review*, vol. 73, 1985, pág. 1482.

²⁷ Vid. Erwin CHERMERINSKY, *Constitutional Law: Principles and Policies* (New York: Aspen Law and Business, 1997), págs. 17-18.

²⁸ Vid., por ejemplo, Robert BORK, *The Tempting of America* (New York: Touchstone, 1991), capítulo 7.

²⁹ El principal primer proponente de esta posición fue el juez William Brennan, miembro del Tribunal Supremo desde 1956 a 1990. Vid. su discurso de 12 de octubre de 1985, reimpresso en *The Great Debate: Interpreting the Written Constitution* (The Federalist Society, 1986), pág. 11.

bilidad de los diferentes argumentos presentados por los abogados. Una vez que el juez ha alcanzado una decisión, debe anunciarla públicamente y proporcionar las razones que la fundamentan, abogando así en favor de la posición judicial que ha tomado.

De acuerdo con la práctica judicial descrita más arriba, es posible detectar cinco tipos diferentes de argumentos que se usan por los abogados y jueces en el curso de las decisiones constitucionales. Éstos son: 1) argumentos derivados del texto de la Constitución; 2) argumentos derivados de la intención de los constituyentes; 3) argumentos derivados de la teoría constitucional (éstos son también argumentos textuales, pero mientras que los argumentos derivados del texto tienen que ver con palabras y frases, los argumentos derivados de la teoría constitucional pretenden reconciliar diferentes párrafos, cláusulas, artículos o partes enteras, etc., de la Constitución); 4) argumentos derivados de los precedentes; y 5) argumentos de valor (por ejemplo, argumentos basados en valores morales, principios de justicia o de política)³⁰. Los interpretativistas mantienen que sólo los tres primeros tipos de argumentos son legítimos, mientras que los no-interpretativistas confían significativamente en los argumentos de valor para la elaboración de la doctrina constitucional.

Los argumentos derivados del texto de la Constitución son casi universalmente considerados como los de mayor peso de entre todos los argumentos, pero raramente son útiles en casos constitucionales realmente controvertidos. Por ejemplo, el texto del precepto sobre igualdad contenido en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, que establece que ningún Estado «negará a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la igual protección de las leyes», no indica si las leyes estatales pueden tratar diferentemente a los hombres y a las mujeres o a los jóvenes y los ancianos, dejando de lado si la discriminación positiva debería considerarse constitucionalmente posible o no³¹. En suma, donde el texto no es determinante, a menos que los cinco tipos de argumentos conduzcan a un mismo resultado, parece inevitable que se den desacuerdos interpretativos serios entre los jueces y los profesores de Derecho constitucional.

Aunque la distinción más importante, en la interpretación, es entre originalistas/interpretativistas y no-originalistas/no-interpretativistas, también existen diferencias significativas dentro de cada uno de estos dos grupos. Los originalistas se dividen entre los que se centran en las intenciones de los constituyentes (es decir, aquellos que como miembros de la Convención constitucional de Filadelfia de 1787 elaboraron la Constitución)³² y los que se centran en las intenciones de los que la ratificaron (es decir, aquellos que

³⁰ Esta tipología se establece en Richard H. FALLON Jr., «A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation», *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, pág. 1183.

³¹ Para una extensa discusión sobre este punto, *vid.* Michel ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice: A philosophical and Constitutional Enquiry* (New Haven: Yale University Press, 1991), págs. 135-162.

³² *Vid.* Raoul BERGER, *Government by Judiciary*, *supra*.

votaron la aprobación de la Constitución en las diferentes convenciones estatales de ratificación)³³. Además, mientras que algunos originalistas se centran en la *intención* de aquellos involucrados en la elaboración de la Constitución —ya sean sus redactores o quienes la ratificaron—, otros insisten en que lo relevante es el «significado original» del texto constitucional, es decir, el significado que aquellos que estaban vivos en la época de la elaboración de la Constitución hubieran atribuido a sus diferentes preceptos³⁴.

El originalismo se ha criticado alegando dos razones distintas: 1) que es imposible conseguirlo³⁵; y 2) que no es justificable como principio (o al menos como principio exclusivo) de interpretación constitucional³⁶. En relación a la primera, se mantiene que sería imposible reconstruir la intención colectiva de los que elaboraron o ratificaron la Constitución, incluso si ésta fuera una. Además, se apunta que los cuerpos legislativos, dejando de lado cuando votan los ciudadanos, normalmente no comparten una intención común, sino que dan sus votos por diferentes razones. Finalmente, se dice incluso que una jurisprudencia del «significado original» no aportaría nada mejor, puesto que los jueces no son historiadores profesionales y, en cualquier caso, sería arbitrario presumir un consenso mayor sobre los significados durante la generación de los redactores que durante la nuestra.

Para contrarrestar estas críticas, los originalistas pueden defender la intención general, como opuesta a la específica, de los que redactaron la Constitución y mantener que el significado original del texto constitucional no es algo problemático si uno se adhiere a la «regla del significado ordinario»³⁷. Además, mientras que la intención específica de los redactores puede ser difícil de averiguar y un vehículo interpretativo indebidamente forzado, centrarse en una intención más general que opere a un nivel de abstracción más alto puede conducir a unos mecanismos de interpretación constitucional más practicables pero basados, a pesar de todo, en principios. Por ejemplo, la Octava Enmienda de la Constitución prohíbe los «castigos crueles e inusitados». Incluso aunque asumamos la existencia de un consenso entre los redactores de la enmienda, y la inexistencia de impedimentos históricos para el descubrimiento de la naturaleza de ese consenso, adherirse a la intención específica limitaría a los intérpretes contemporá-

³³ Vid. Ronald D. ROTUNDA, «Original Intent, the View of the Framers, and the Role of the Rati-fiers», *Vanderbilt Law Review*, vol. 41, 1988, pág. 512 y ss., en concreto, pág. 597.

³⁴ Vid. Robert H. BORK, *The Tempting of America*, *supra*.

³⁵ Vid., por ejemplo, Paul BREST, «The Misconceived Quest for the Original Understanding», *Boston University Law Review*, vol. 60, 1980, pág. 204; Ronald DWORKIN, «The Forum of Principle», *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, pág. 469.

³⁶ Vid., con carácter general, Leonard LEVY, *Original Intent and the Framers' Constitution* (New York: Macmillan, 1988).

³⁷ Para una teoría que intenta conjugar el «originalismo» y el «significado ordinario», vid. Antonin SCALIA, «Originalism: The Lesser Evil», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, pág. 849. Para un análisis amplio y una crítica de la teoría del juez Scalia, vid. George KANNAR «The Constitutional Catechism of Antonin Scalia», *Yale Law Journal*, vol. 99, 1990, pág. 1297.

neos a las concepciones del siglo XVIII sobre lo que debería calificarse como «cruel e inusitado». Sin embargo, apoyarse en una intención más general permitiría una caracterización más abstracta de la intención relevante de los redactores y un uso más flexible de las proyecciones contrafácticas de la intención de los mismos para capturar mejor su impronta en el contexto de problemas y situaciones contemporáneas.

Permitir concepciones de la intención de los redactores más generales y abstractas puede transformar el originalismo en una herramienta interpretativa más útil, pero sólo a un alto coste ³⁸. De hecho, según se incrementan los niveles permisibles de generalidad, el originalismo se acerca más al peligro de convertirse en no-originalismo. Así, por ejemplo, si «cruel e inusitado» se libera completamente de sus reminiscencias del siglo XVIII, y se entiende tan generalmente como para convertirse en sinónimo de «excesivo y espantoso», entonces se hace tan compatible con una concepción contemporánea de la crueldad como con cualquier otra. En ese extremo, desde el punto de vista práctico, el originalismo se convierte en el equivalente de adaptar el significado de la Constitución a las necesidades y valores actuales.

Conjugar la noción de «significado original» con la de «significado ordinario», por otro lado, también nos lleva a soluciones que son más aparentes que reales. Si los textos en general, y los textos constitucionales en particular, tuvieran un «significado ordinario», el acceso a los significados originales se facilitaría mucho. Pero, o los significados son generalmente ajenos a los diferentes contextos, en cuyo caso los significados originales no deberían diferir de forma apreciable de los significados contemporáneos, o no son ajenos a los diferentes contextos temporales pero sí a los contextos espaciales. En otras palabras, la conjugación del significado original y el significado ordinario parece más justificada si los significados cambian de una generación a otra, pero permaneciendo estables y transparentes en cada generación. Esta última posibilidad, sin embargo, parece altamente improbable. Si el significado ordinario está de alguna forma limitado por el contexto, en este caso debería mantenerse que depende de cambios temporales, pero no de diferencias políticas, ideológicas o geográficas ³⁹.

En cuanto a la segunda razón de crítica al originalismo —es decir, que no está justificado incluso aunque su puesta en práctica no fuera problemática—, también tiene varias caras. Así, la crítica al originalismo puede mantenerse desde la convicción de que la Constitución recoge una visión moral particular ⁴⁰. O, puede basarse en la creencia de que la esencia de una Cons-

³⁸ Vid. Paul BREST, «The Misconceived Quest for Original Understanding», *supra*.

³⁹ Para una elaboración más amplia y un análisis teórico de los problemas de la interpretación legal en general, vid. Michel ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics* (Berkeley: University of California Press, 1998).

⁴⁰ Vid., por ejemplo, Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977).

titución es ser suficientemente adaptable para incluir los intereses particulares de las sucesivas generaciones⁴¹. Esta última idea tiene un *pedigree* largo e ilustre en la jurisprudencia americana, pues puede conectarse con la opinión del presidente del Tribunal Supremo —Marshall— en el caso *Marbury vs. Madison*.

Aparte de estos debates teóricos, un análisis de las opiniones constitucionales del Tribunal Supremo revela que los cinco tipos diferentes de argumentos descritos más arriba se han usado regularmente en las decisiones mayoritarias y los votos particulares del Tribunal. Quizás, el conflicto más claro en la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo ha sido el planteado entre originalistas —aquellos que se basan en argumentos derivados del texto y de la intención de los redactores— y los que se basan profundamente en argumentos derivados de los precedentes. Por dos veces, en el siglo XX, este conflicto ha provocado grandes problemas tanto dentro como fuera del Tribunal Supremo. Durante la primera parte del siglo, el Tribunal Supremo incluyó un componente sustantivo dentro de la cláusula de debido proceso y ensalzó el *laissez faire* como un valor constitucional fundamental⁴². Como consecuencia de esto, el Tribunal invalidó gran parte de la regulación social y económica hasta la Gran Depresión. Los defensores de tal regulación, normalmente situados a la izquierda del espectro político americano, se adhirieron al originalismo para combatir la gran acumulación de precedentes que frustraron sus objetivos políticos⁴³. Por el contrario, después de la revolución de los derechos civiles de mitad de siglo y la amplia aceptación de los derechos fundamentales por el Tribunal, fueron los políticos conservadores los que invocaban el originalismo para luchar contra el flujo de precedentes desfavorable a su causa⁴⁴.

Al haber empezado el conflicto entre las lecturas amplias y restrictivas de los preceptos constitucionales con la primera generación de intérpretes judiciales de la Constitución, sobre todo, los jueces americanos —particularmente en contraste con los jueces ajenos a la tradición del *common law*— se han aproximado a la interpretación constitucional de forma muy amplia. Esto se debe, sin duda en parte, a la tradición del *common law*, que legitima ampliamente la creación judicial de Derecho y, por otro lado, a la naturaleza de la Constitución como un documento, del siglo XVIII y abierto, que debe ser adaptado para afrontar los problemas contemporáneos. De hecho, la Constitución de los Estados Unidos ha sido modificada muy poco en sus

⁴¹ Vid. nota 29, *supra*.

⁴² El caso central que configuró la propiedad y la libertad contractual como barreras constitucionales virtualmente infranqueables por la legislación económica y social durante un período de treinta años fue *Lochner vs. New York*, 1998 U. S. 45 (1905). El Tribunal Supremo rechazó la doctrina de *Lochner* y sus efectos durante el *New Deal*. Vid., por ejemplo, *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937).

⁴³ Vid, con carácter general, Leonard LEVY, *Original Intent and the Framers' Constitution*, *supra*.

⁴⁴ Vid., por ejemplo, Robert H. BORK, «The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution», *Washington University Law Quarterly*, 1979, pág. 695.

más de doscientos años de historia ⁴⁵, y eso se debe sin duda al rígido procedimiento de reforma que establece ⁴⁶. Como muchos constitucionalistas han apuntado, la Constitución de los Estados Unidos, en la práctica, ha sido modificada mucho más a menudo por decisiones del Tribunal Supremo que a través del procedimiento formal de reforma prescrito en ella ⁴⁷.

IV. CONCLUSIÓN

Aunque el sistema de justicia constitucional difuso y los conflictos sobre interpretación constitucional arriba mencionados pueden sugerir una gran inestabilidad potencial, el sistema americano de justicia constitucional funciona bastante bien. En parte, esto se debe al hecho de que, desde el punto de vista práctico, hay un consenso mayor sobre el funcionamiento del sistema y los resultados que produce que lo que los debates a los que se ha hecho referencia anteriormente podrían sugerir. También se debe a los mecanismos informales utilizados, como la capacidad judicial *de facto* de conseguir lo que resulta en enmiendas constitucionales sin tener que enfrentarse a tediosos procedimientos o a la resistencia del público contra el cambio. También debe decirse, como algunos han sugerido, que el problema del carácter antidemocrático asociado al amplio margen de maniobra del Tribunal Supremo en el reino de la interpretación constitucional, puede ser al final mucho menos grave de lo que parece en un principio ⁴⁸. Aunque es posible para el Tribunal ir por delante (o también por detrás) de las mayorías políticas ⁴⁹, a largo plazo no puede plantear posiciones que sean ofensivas para amplios segmentos de la población ⁵⁰.

⁴⁵ Ha habido veintisiete enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos desde 1787, y sólo diecisiete desde la adopción del *Bill of Rights* en 1791.

⁴⁶ *Vid.* la Constitución de los Estados Unidos, artículo V, que establece un procedimiento que exige o dos tercios de los votos de cada una de las Cámaras del Congreso o la constitución de una convención constitucional cuando así lo exijan dos tercios de las legislaturas estatales. Además, la ratificación de una enmienda exige el voto afirmativo de tres cuartos de las legislaturas estatales o tres cuartos de las convenciones estatales constituidas para este propósito.

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, Sanford LEVINSON, «How Many Times Has The Unites States Constitution Been Amended? a) 26; b) 26; c) 27; d) 27: Accounting for Constitutional Change», en Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection* (Princeton University Press, 1995) pág. 13; Bruce ACKERMAN, «Higher Lawmaking», en *Ibidem*, pág. 63.

⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, Barry FRIEDMAN, «Dialogue and Judicial Review», *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, pág. 623 (donde se sugiere que debido a su flexibilidad en modelar y remodelar la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo es a largo plazo mucho más sensible a las necesidades y preferencias de la mayoría de lo que su carencia formal de responsabilidad podría sugerir).

⁴⁹ Aunque el tema es complejo en vista de las mayorías diferentes que coexisten en el paisaje político americano, parece fuera de toda duda que el Tribunal iba por delante de los vientos políticos en su decisión de 1954 de eliminar la segregación racial en las escuelas y por detrás de ellos en su resistencia anterior a 1937 al *New Deal* de Roosevelt.

⁵⁰ Quizás, el mejor ejemplo de esto es establecer medidas positivas para eliminar la segregación racial en las escuelas, como práctica distinta a la remoción de las barreras legales para la eliminación de

Aunque la fluidez del sistema americano de justicia constitucional tenga sus virtudes también tiene ciertos defectos significativos. Por ejemplo, debido a la incertidumbre sobre el alcance y los efectos de las sentencias del Tribunal Supremo, incluso después de éstas los derechos constitucionales no son siempre respaldados coherentemente a lo largo de todo el país. De hecho, la gran elasticidad del enfoque del *common law* puede usarse negativamente para limitar o ampliar tanto como sea posible derechos reconocidos. Así, las autoridades locales y los tribunales pueden echar por tierra derechos duramente ganados, y aunque acudir a los tribunales siempre es posible, no siempre es práctico. En suma, aunque el sistema americano reúne una gran creatividad y flexibilidad, también es vulnerable a la ofuscación y a la obstrucción que, a veces, devalúan los derechos de los más vulnerables.

la segregación. *Vid*, por ejemplo, los votos particulares en *Board of Ed. of Oklahoma City vs. Dowell*, 498 U. S. 237 (1991), y *Missouri vs. Jenkins*, 115 S. Ct 2038 (1995).

LA APLICACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN POR LA
JURISDICCIÓN
ORDINARIA EN EL
DERECHO ESPAÑOL

1. La aplicación judicial «inmediata»

