



## Recensión

### ***The Living Constitution***

**David A. Strauss,**

**(2010) Oxford University Press, Oxford, 150 pp.**

**Miguel Antonio Núñez Valdez**

*Universidad Carlos III de Madrid*

[miguelantonio.nunez@alumnos.uc3m.es](mailto:miguelantonio.nunez@alumnos.uc3m.es)

Un tema recurrente en la teoría jurídica y Filosofía del Derecho es la discusión sobre los distintos métodos de interpretación constitucional. Las preguntas que generalmente se formulan giran en torno a qué tipo de interpretación debe utilizarse al momento de desarrollar, por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental: ¿el juzgador tiene que limitarse al texto y/o a la intención del Poder Constituyente o, por el contrario, debe otorgar sentido y contenido a las normas constitucionales a partir de parámetros sociales, jurídicos, culturales y económicos?

La obra *The Living Constitution*<sup>1</sup>, del profesor David A. Strauss, se enmarca de lleno en este debate y tiene principalmente dos objetivos: a) demostrar que el denominado “originalismo” es una técnica interpretativa insostenible en el marco constitucional y b) sustentar que existen razones válidas y suficientes para que una Constitución pueda ser interpretada sustantivamente, como un documento vivo que se desarrolla y adapta de acuerdo a las necesidades de la sociedad y, que en última instancia, tiene al *common law* como límite interpretativo.

El libro puede ser dividido en dos grandes apartados. En el primero, el autor expone ampliamente su definición de *living constitution* (“Constitución viviente”) y de interpretación constitucional y presenta una crítica fuerte y novedosa a las posturas interpretativas basadas en el originalismo. En el segundo, argumenta que el originalismo es inconsistente e incompatible con alguna de las decisiones más paradigmáticas de la Suprema Corte de los Estados Unidos y explica por qué concebir a la Constitución como una “norma viviente” es congruente con la propia función normativa del texto constitucional y de las enmiendas constitucionales.

---

<sup>1</sup> El concepto de “*living constitution*” no es acuñado por el autor. Como primer antecedente bibliográfico se encuentra el libro *The Living Constitution* de Howard Lee McBain, publicado en 1948. Asimismo, se tienen constancias que desde principios del siglo pasado, esta forma de aproximarse y entender a la Constitución ha estado presente en el ámbito académico y judicial, principalmente a través de las ideas de Dean Roscoe Pound y de algunos Jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos como Oliver Wendell Holmes Jr. y Benjamin Cardozo. El primero, en 1920, describió en una decisión de la Corte a las normas constitucionales como expresiones “orgánicas y vivas”. Ver Driver (2010: 10-12).

El autor parte de la necesaria indeterminación de las prescripciones constitucionales. Si bien acepta que existen ciertas normas constitucionales cuyo significado es claro o bastante claro, dejando ver su visión no cognoscitiva de la interpretación, sostiene que la mayoría de las disposiciones constitucionales carecen de una delimitación concreta. Dicho de otra manera y ejemplificando, ¿qué debe entenderse cuando en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos se establece que “*el Congreso no aprobará ninguna ley...que coarte la libertad de expresión o de prensa*”? ¿Cuál es el significado de “coartar”? ¿Se incluye cualquier tipo o modalidad de expresión, ya sea física, electrónica, de forma agresiva o difamante? ¿Pueden el Ejecutivo o los Congresos locales limitar este derecho? La Constitución no otorga respuestas específicas.

En estos casos, dice David Strauss, el intérprete debe asignar un contenido a la prescripción constitucional. El cuestionamiento pertinente es cómo asignarlo sin que la Constitución se comporte como un simple documento maleable y flexible que dependa de las convicciones del juzgador. El autor, como ya se adelantó, basado en una concepción de la Constitución como una norma que se adapta y varía de acuerdo a las circunstancias y necesidades sociales, se inclina por una interpretación constitucional material y progresiva pero limitada por el sistema de precedentes, mejor conocido como *common law*, un método de análisis jurídico que ha sido parte de la cultura norteamericana por siglos.

En el primer capítulo, el autor analiza lo que llama la antítesis del concepto *living constitution*: el originalismo. Este método de interpretación radica en considerar a la Constitución como un mero texto normativo, en sentido estricto, cuyas disposiciones adquieren sentido a través del entendimiento o la intención de los padres fundadores (“*original meanings*”). No se trata de asignar contenido, sino de descubrir el significado que las personas que adoptaron esa prescripción le quisieron otorgar.

Para David Strauss, el originalismo puede clasificarse en dos tipos de corrientes: la rigurosa y la moderada. La postura rigurosa consiste en que toda disposición constitucional debe entenderse de conformidad con los criterios y pautas establecidas por los creadores de la Constitución o de las enmiendas correspondientes. Toda expresión, frase o palabra de la Constitución tiene un significado original y, por ende, existe una respuesta dada o pretendida por los padres fundadores a cualquier conflicto constitucional.

Respecto a esta postura, el autor menciona tres problemas fundamentales: a) es prácticamente imposible descubrir, si es que existe, el significado original; b) aun cuando se pudiera descubrir tal significado, surge el inconveniente de cómo tal entendimiento constitucional se traslada o aplica a los conflictos actuales y c) el originalismo carece de una respuesta al denominado “argumento de las generaciones” de Thomas Jefferson (el mundo pertenece a los vivos y ninguna generación puede o debe atar a otra ideológicamente).

Si se adoptara una posición originalista rigurosa, asevera el autor, se tendrían que aceptar varias decisiones constitucionales que al día de hoy sonarían irracionales. Por ejemplo, no estaría prohibida la segregación racial en las escuelas públicas en los Estados Unidos. Al promulgarse la Enmienda Catorce de la Constitución de los Estados Unidos (principio de igualdad), los padres fundadores no tenían ni la mínima intención de prohibir la discriminación por razón de raza o color en las escuelas públicas; de hecho, tal tipo de práctica era consuetudinaria y permitida.

Cabe mencionar que la corriente interpretativa originalista es un método que ha adquirido gran popularidad en el ámbito jurídico norteamericano, aunque no ofrezca soluciones a los referidos cuestionamientos. Paradójicamente, el autor menciona que Antonin Scalia, Juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, a pesar de ser uno de los mayores exponentes de este tipo de originalismo, se ha denominado como un “parcial seguidor” del originalismo (“*faint-hearted originalist*”) (Scalia, 1989: 864), toda vez que estaría dispuesto a abandonarlo cuando conlleve a resultados tan irracionales como los antes descritos. Para David Strauss este tipo de respuestas serían ilógicas y suficientes para renunciar a esta postura, pues precisamente el objetivo del originalismo es evitar que las decisiones constitucionales dependan del fuero interno del juzgador. Así, si un intérprete estaría dispuesto a renunciar en algún momento al originalismo, alega el autor, surgen dos nuevos cuestionamientos: bajo cuáles circunstancias estaría justificado hacerlo y en qué categoría debería de clasificarse a tal intérprete “ya no originalista”<sup>2</sup>.

En contraste, el originalismo moderado consiste en identificar, en vez del significado original, el principio o la intención que los padres fundadores o ratificadores quisieron asignar a una determinada disposición constitucional. Siguiendo uno de los ejemplos anteriores, es obvio que al adoptarse la Enmienda Catorce no se estableció la prohibición específica a la discriminación racial; sin embargo, dirían los que apoyan esta postura, se pretendió imponer un principio de equidad racial. El problema con este tipo de originalismo, se argumenta en el libro, es que también falla en limitar completamente al juzgador. Una vez que se descubre la intención o el principio impuesto por el Poder Constituyente, éste se puede ampliar para justificar casi cualquier decisión.

Sentadas estas premisas, el autor sostiene que la opción más viable de interpretación constitucional encuentra su fundamento y límites en el *common law*, definido como el conjunto de costumbres que no tienen un origen determinado, que se adaptan y evolucionan constantemente y que se plasman tanto en las leyes como en los precedentes. En el *common law*, la autoridad de la norma no proviene de la competencia de alguna entidad (al contrario de los originalistas), sino de la evolución del Derecho a partir de los precedentes y de su aceptación por parte de varias generaciones. Así, para determinar el contenido de una ley, el juzgador no debe analizar únicamente su texto e intenciones legislativas, sino su proceso evolutivo en donde el precedente juega un rol trascendental. El precedente guía la actividad interpretativa y, cuando el caso no es directamente aplicable o existen dudas sobre su viabilidad, el juzgador interpretará y decidirá el asunto conforme a lo que considera más justo y acorde con el orden público, pero siempre limitado por el margen abierto por el propio precedente.

En suma, para el autor, dado que una Constitución contiene principios u otro tipo de normas abstractas que deben ser interpretadas por el juzgador progresivamente y de conformidad con las necesidades sociales, el mejor modelo de interpretación constitucional es aquél que asigna un contenido teniendo en cuenta en todo momento el sistema de precedentes y el orden público. El juzgador tendrá una libertad interpretativa pero, se insiste, limitada por el *common law*.

En el segundo apartado del libro (capítulos tercero, cuarto, quinto y sexto), el autor hace un análisis constitucional de la evolución de la cláusula de igualdad y del derecho a la libertad de expresión y demuestra cómo los casos más importantes en

<sup>2</sup> Estos cuestionamientos ya habían sido advertidos por otros académicos algunos años atrás: Ackerman (2007: 1755).

los que se desarrollaron estos derechos, tales como *Brown v. Board of Education* y *New York Times v. Sullivan*, son incompatibles con una interpretación originalista y, más bien, se asemejan a su modelo de interpretación constitucional.

Conjuntamente, sustenta que la idea de “Constitución viviente” y su modelo de interpretación constitucional se compaginan con la visión formal de Constitución. Aunque no lo expresa con estas palabras, el autor considera que la “Constitución viviente” (la cual existe de manera independiente, se transforma y evoluciona conforme a las necesidades sociales y está integrada por los precedentes y las tradiciones) se complementa con el propio texto constitucional. Por ejemplo, recalca que existen ciertas disposiciones constitucionales cuyo contenido está claramente establecido y su grado de interpretación se considera mínimo, tales como la edad para ser diputado o el número de senadores. La importancia de estas disposiciones es que establecen ciertas pautas o puntos comunes de referencia (“*common ground*”) y, por ende, disminuye el costo de una indeterminación en todos los ámbitos del sistema; es decir, impone ciertas reglas y establece principios que funcionan como base de la interpretación constitucional<sup>3</sup>.

Por último, el autor menciona que si se toma en serio la idea de una “Constitución viviente” debe aceptarse que existe más que el texto constitucional y que hay más formas de cambio constitucional que las enmiendas realizadas a partir del procedimiento establecido en el Artículo V de la Constitución Norteamericana. A su juicio, este procedimiento no debe ser el primordial para la solución de los problemas constitucionales, sino el efectuado a través de la evolución de los precedentes y las tradiciones. En la mayoría de los casos, dice David Strauss, las enmiendas constitucionales no hacen más que ratificar los cambios logrados por la “Constitución viviente”.

A partir de todo lo anterior, se puede afirmar que el libro *The Living Constitution* es una obra perfectamente lograda, con argumentos concretos y muy bien ejemplificados. La trascendencia de este texto radica en conocer los razonamientos del profesor David Strauss en contra de la postura originalista y valorar su novedoso modelo de interpretación constitucional basado en el *common law*. Si bien muchos de los conceptos que se tratan en la obra no están relacionados con el control constitucional de carácter concentrado, como el español, y el sistema jurídico de derecho romano-germánico, estudiar las nociones de *living Constitution* es una tarea fundamental para poder comprender las nuevas líneas de interpretación constitucional.

Al margen de la recapitulación, es posible entablar varias críticas a las principales líneas argumentativas del libro. En principio, la propia idea de una “Constitución viviente” ha sido cuestionada desde sus inicios. La doctrina ha entablado varias objeciones en su contra, entre las que destacan la vulneración al principio de seguridad jurídica. Una “Constitución viviente”, dicen sus críticos, vuelve al texto constitucional flexible y peligroso, el cual en última instancia dependerá de

<sup>3</sup> En relación con este punto, el autor advierte que los padres fundadores y ratificadores de la Constitución estaban concientes del valor de establecer cláusulas abiertas en el texto constitucional. Si hubieran querido ciertas condiciones específicas, lo hubieran descrito con todas sus letras. Es por ello, argumenta Strauss, que los originalistas en realidad se apartan de las intenciones de los padres fundadores, pues pretenden obtener resultados concretos donde tales fundadores y ratificadores no lo quisieron hacer. Asimismo, debe advertirse que este razonamiento de David Strauss se asemeja mucho al de Ronald Dworkin, quien ha señalado la necesidad de diferenciar entre “conceptos constitucionales” y “concepciones constitucionales”. Los primeros son nociones jurídicas indeterminadas cuyo contenido se dejó a criterio de las generaciones futuras, mientras que los segundos resultan de ideas ya fijadas por el constituyente histórico. Dworkin (1984: 215).

las manos de quienes la manejen y de factores extrajurídicos (Wolfe, 1991: 495). La propuesta del autor no escapa a esta crítica. Aunque la actividad jurisdiccional se vea un poco más limitada por los precedentes y las tradiciones, por el *common law*, al final de cuentas es el propio juzgador quien decide si es aplicable o no el precedente o si es necesario replantearse y apartarse de algún criterio jurisprudencial<sup>4</sup>.

Adicionalmente, se le podría criticar al autor que su modelo de interpretación constitucional no da cuenta o no aplicaría a una Constitución recientemente promulgada o enmendada. El contexto social y las supuestas necesidades sociales serían las mismas que las existentes al momento de haber expedido la norma correspondiente. En este supuesto, ¿cómo debería el juzgador interpretar la disposición constitucional? ¿Puede olvidarse de los deseos identificables del Poder Constituyente? ¿Estaría justificado asignar cualquier tipo de contenido? Lo más probable es que los partidarios de esta teoría contesten que el propio legislador (contemporáneo o no) otorgó la oportunidad al juzgador de darle significado a dicha prescripción, al no haberla detallado suficientemente. Y en todo caso, responderán que la enmienda o la nueva Constitución seguramente serán el resultado de la evolución y transformación del Derecho provocado por la “Constitución viviente” y que la(s) norma(s) coinciden con los precedentes y las tradiciones.

La verdad es que lo anterior dependerá del caso concreto; sin embargo, la crítica es bastante certera, pues si bien puede haber supuestos que caigan en la respuesta de los que apoyan una “Constitución viviente”, también es cierto que ciertas modificaciones o interpretaciones constitucionales no obedecen a los precedentes o a un cambio social preexistente. Es poco fiable pensar que la constitucionalidad del aborto en los Estados Unidos en la década de los 70's haya sido consecuencia de un cambio social. Al resolverse *Roe v. Wade*, la mayoría de la sociedad negaba rotundamente la libertad de la mujer de disponer de su feto. Esta interpretación constitucional provino más bien por la presión de una minoría y las ideas de un grupo de élite de abogados y juzgadores. Asimismo, puede darse el caso que una enmienda a la Constitución sea la que intente provocar un cambio en la realidad social imperante y al sistema de precedentes.

En íntima relación con esta última objeción, se suele señalar que otra dificultad de la noción de “Constitución viviente” es la problemática de los consensos: ¿la solución constitucional más adecuada será aquella que respete las ideas de la mayoría de la sociedad o es necesario un consenso unánime? ¿Qué sucedería entonces con las minorías? Del mismo modo, ¿de qué forma el juzgador puede conocer las creencias sociales imperantes y aplicarlas al caso concreto? Como bien lo menciona el profesor Néstor Sagüés, fuera de los casos en que se descubra un claro criterio social casi unánime o cuasiunánime sobre un punto determinado de la Constitución, lo más usual será que haya tendencias comunitarias poco definidas, difusas e imprecisas, a las que el juez tendría que “darles forma” (Sagüés, 2003: 15).

En última instancia, las ideas del autor se enfrentan al típico y controversial argumento de la objeción contramayoritaria. En el inicio del libro, el profesor David Strauss menciona que su modelo de interpretación constitucional y su percepción de

<sup>4</sup> Seguramente, respecto a este punto, el autor contestaría que la sumisión de la seguridad jurídica es el precio necesario para evitar que una norma constitucional sea aplicada tajantemente, tal como fue concebida para otro momento y otra sociedad. Así las cosas, la cuestión sería si una sociedad estaría dispuesta a afrontar este costo tan alto, con el peligro latente de que los jueces cometan errores garrafales.

la “Constitución viviente” no es antidemocrático; en todo caso, lo sería el propio control judicial constitucional. Si bien su argumento es parcialmente correcto, el autor pasa por alto que lo que se intenta discutir en definitiva es por qué el juez es quien debe de tener la última palabra, independientemente del tipo de revisión constitucional que se haga. La propuesta de David Strauss carece de una respuesta.

Como conclusión general se puede afirmar que la importancia de los razonamientos plasmados en este libro es que ofrecen una vía adicional para justificar el quehacer jurisdiccional. Si bien, desde el punto de vista teórico y filosófico, este modelo de interpretación constitucional involucra un costo democrático<sup>5</sup>, pues serán los jueces quienes resuelven finalmente los conflictos constitucionales, lo que hace especial al Derecho y a la actividad interpretativa del juzgador es su capacidad de recrearse y reinventarse a través del razonamiento jurídico. Más allá de las disputas teóricas, la forma de legitimar una decisión interpretativa de alguna norma constitucional, ya sea a través del uso de razones de tipo originalistas o de la noción de “Constitución viviente”, es la calidad argumentativa.

### Bibliografía

- ACKERMAN, B. (2007), “The living Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 120:1737, pp. 1738-1811.
- DRIVER, J. (2010), “It’s Alive. Can Elena Keagan save the legal left”, *The New Republic*, julio 8, pp. 10-12.
- DWORKIN, R. (1984), *Los derechos en serio*, trad. por María Guastavino, Ariel, Barcelona.
- FERRERES, V. (2008), *El control judicial de constitucionalidad de la ley*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México.
- SAGÜÉS, N. (2003), “Reflexiones sobre la Constitución viviente (living constitution)”, *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana (Colombia), No. 12, Año 17, Disponible en internet: <http://revistas.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1250/1362>.  
Revisado el 10 de junio 2011.
- SCALIA, A. (1989), “Originalism: The lesser evil”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 59, pp. 849-865.
- WOLFE, C. (1991), *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid.

<sup>5</sup> La noción del “costo democrático” es un concepto acuñado por Ferreres (2008: 58)