

RECENSIÓN

Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law¹

Jed Rubenfeld

LUCAS MAC-CLURE*
UNIVERSIDAD DE CHILE

¿Cuál es el método que debe guiar la interpretación de las disposiciones de una constitución, y en especial, de las que establecen derechos constitucionales? En el ámbito académico norteamericano se han entregado varias respuestas a esta interrogante. Para una teoría “procedimentalista” de la interpretación constitucional, como la desarrollada con lucidez por J. H. Ely, la constitución debe ser entendida como una garantía del proceso democrático representativo y sus derechos interpretados con el fin de hacer realidad esa idea². En cambio, para una “lectura moral” de la constitución como la de Ronald Dworkin, aquélla reconoce derechos morales a los individuos, y su intérprete está obligado a abordar las difíciles cuestiones de filosofía moral y política que requiere una discusión razonable sobre esos derechos morales³. Una posición muy distinta adopta el “originalismo”: el sentido de las disposiciones constitucionales debe determinarse según las intenciones de sus redactores. Aunque hayan utilizado fórmulas amplias, estos aprobaron cada una de las disposiciones de la constitución teniendo en cuenta que algunas (y no otras) consecuencias se seguían de ellas; por tanto el intérprete debe fidelidad a esa intención original⁴.

Pero mientras el debate entre las diferentes escuelas de teoría constitucional continúa, el derecho constitucional norteamericano (es decir, el case law) presenta un hecho inquietante: carece de un método establecido de interpretación constitucional. En contraste con la interpretación de leyes, donde existen reglas oficiales (la más importante: el criterio de la intención del legislador), en el derecho constitucional no existen preceptos claros sobre lo que cuenta como un correcto ejercicio de interpretación: es posible argumentar teniendo en cuenta el texto, los precedentes, la intención original, la moralidad, la tradición, valores nacionales, derechos implícitos, etc., sin que sea posible saber “por qué o si o cuándo o en qué prioridad estas ‘modalidades’ de argumento serán consideradas en [...] un

¹ Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts/Londres, 2005, 241 pp.

* Egresado de Derecho, Universidad de Chile.

² ELY, John Hart *Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santafé de Bogotá [1980] 1997.

³ DWORKIN, Ronald *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996; Él mismo, *Las Derechos en Serio*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, [1977] 1989, capítulo 5.

⁴ Uno de sus principales defensores es Robert Bork. Véase una explicación y crítica en DWORKIN, Ronald, *El Dominio de la Vida. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual*, Barcelona, Ariel, [1993] 1998, pp. 174-188.

caso”⁵. Si se tiene en cuenta que en el siglo XX el derecho constitucional norteamericano vivió una gran expansión (por ejemplo, en materias de libertad de expresión, de igualdad racial y de género, y de límites al proceso criminal), y que ésta se dio exclusivamente a través de la interpretación judicial, entonces la inexistencia de reglas sobre interpretación constitucional, o en otras palabras, el hecho de que el “derecho constitucional, que habla a tantas cuestiones hoy día” sea “silencioso en una sola materia: él mismo”⁶, es profundamente alarmante. Pues si al carecer “de una descripción de la interpretación, el derecho constitucional produce pero no puede explicar sus actos de reinterpretación radical”⁷, resulta “difícil creer en el derecho constitucional. Difícil tomarlo seriamente —como derecho”⁸.

Esta es la laguna que busca eliminar *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*, el reciente libro de Jed Rubenfeld, profesor de la Universidad de Yale. En su Parte I (“The Structure of Constitutional Law”), examinando varios de los ámbitos más importantes del derecho constitucional de los Estados Unidos, Rubenfeld intenta demostrar la existencia de una estructura interpretativa que explicaría todas o casi todas las decisiones sobre materias constitucionales de los tribunales norteamericanos. El derecho constitucional de ese país estaría marcado por su adhesión consciente o inconsciente a un método de interpretación que no responde a ninguna de las principales escuelas de teoría constitucional contemporáneas: el “paradigm case method” (“método del caso paradigmático”). Así, mientras Rubenfeld ya había desarrollado este método en su libro anterior, *Freedom and Time*⁹, con *Revolution by Judiciary* pretende que adquiera un estatus del que carecía en aquella obra: el de descripción del derecho constitucional norteamericano. El argumento descriptivo de la Parte I es complementado con la Parte II (“Commitment, Intention, and Self-Government”): en ésta se abordan las razones que justifican esa aproximación a la interpretación constitucional. Rubenfeld las encuentra en una teoría del auto-gobierno constitucional temporalmente extendido, y la crucial distinción, que se sigue de esa teoría, entre compromisos e intenciones, temas también tratados en su obra anterior¹⁰ y que ahora expone de manera más resumida. La Parte III y final (“Constitutional Law Today”) discute algunas de las más importantes decisiones de la “Corte Rehnquist”. En conjunto, *Revolution by Judiciary* es un libro tan bien escrito, profundo, e iluminador respecto al problema de la interpretación constitucional, que confirma a Jed Rubenfeld como uno de los académicos más importantes en el ámbito de la teoría constitucional estadounidense actual.

Es en una asimetría hacia la historia donde descansa, según Rubenfeld, la estructura del derecho constitucional norteamericano. “El derecho constitucional ha estado de hecho dominado por significados históricos, pero sólo por algunos significados históricos.”¹¹ Esta idea se hace más clara echando mano a una distinción simple. Los derechos constitucionales prohíben conductas. Se puede decir que una regla prohibitoria “se aplica a las acciones que prohíbe”, y “no se aplica a las que no prohíbe”¹². De forma coherente, maneras específicas de entender o comprender un derecho pueden ser también de dos tipos. Rubenfeld las clasifica en “Application Understandings”, entendimientos sobre las conductas que caen dentro del campo de aplicación de un derecho, i.e. sobre lo que prohíbe; y “No-Application Understandings”, entendimientos sobre aquello a lo cual no se aplica un derecho, i.e. sobre lo que no prohíbe. (En adelante se utilizarán las etiquetas introducidas por Rubenfeld en inglés.).

⁵ RUBENFELD, Jed, *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge, Massachusetts/Londres, Harvard University Press, 2005, p. 5. La traducción de éste y el resto de los pasajes citados es del autor de esta recensión.

⁶ *Ibid.* p. 5.

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibid.* p. 4.

⁹ RUBENFELD, Jed *Freedom and Time. A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2001, capítulo 10.

¹⁰ *Ibid.*, especialmente capítulos 1-9.

¹¹ RUBENFELD, *op. cit.* nota 5, p. 13.

¹² *Ibid.* p. 14.

Respecto de cada derecho constitucional casi siempre han existido unos pocos Application Understandings “fundacionales” o “centrales” (“foundational” o “core”): “entendimientos abrumadoramente compartidos tanto entre los partidarios como los oponentes, de que el derecho incuestionablemente suprimiría esta o esa particular práctica de una vez por todas.”¹³ Hasta hoy, casi sin excepción, los jueces han mantenido su adhesión a esos Application Understandings fundacionales. En cambio, los No Application Understandings originales, incluso aquellos ampliamente compartidos, han sido sistemáticamente rechazados. Por ejemplo, la libertad de expresión, al momento de aprobarse la Primera Enmienda (donde es consagrada), se entendía como una barrera a las restricciones previas (prior restraints), y posiblemente, también a las leyes de sedición (sedition libel laws, que prohíben las expresiones críticas u ofensivas respecto de las autoridades públicas); más allá de lo anterior, el Estado podía, sin afectar este derecho, penalizar la blasfemia, la pornografía y otras expresiones. Mientras las restricciones previas y las leyes de sedición siguen siendo consideradas prohibidas por la libertad de expresión (los Application Understandings fundacionales), hoy se entiende que ésta también prohíbe muchas otras leyes que limitan expresiones, incluidas las recién mencionadas como originalmente no prohibidas (los antiguos No-Application Understandings)¹⁴.

De esta asimetría hacia la historia “emerge una determinada estructura de la interpretación constitucional”¹⁵. Los Application Understandings fundacionales o centrales sirven de “casos paradigmáticos” (“paradigm cases”)¹⁶. Al mismo tiempo que señalan aquello que es una clara violación de un derecho, sirven de apoyo para la construcción de nuevos marcos doctrinales. Los jueces interpretan el texto de la constitución a la luz de los casos paradigmáticos fundacionales, y de esa manera evalúan si una práctica que cae fuera de ellos, debe también ser prohibida (y cuando la prohíben, desechan un No-Application Understanding original). A su vez, al extender el alcance de un derecho, los jueces crean nuevos casos paradigmáticos (al igual que algunos eventos extrajudiciales, aunque estos últimos son en número de menor relevancia). Eventualmente los paradigmas creados son remplazados por otros, pero siempre “el derecho constitucional retiene su estructura fundamental: permanece organizado alrededor de sus Application Understandings históricos, mientras los No-Application Understandings son dejados atrás”¹⁷.

Para demostrar la existencia de esta estructura interpretativa, Rubinfeld examina un número importante de doctrinas y decisiones judiciales. No reclama que los jueces hayan siempre ocupado un razonamiento propio del método del caso paradigmático (aunque en muchos casos los jueces hayan concientemente invocado Application Understandings fundacionales para elaborar doctrina), sino “solamente que de hecho el derecho constitucional americano sistemáticamente se ha adherido a y expandido desde Application Understandings históricos centrales, mientras que ha desechado importantes No-Application Understandings históricos.”¹⁸ Así, respecto a los derechos constitucionales, son examinados la libertad de expresión¹⁹, la libertad religiosa²⁰, la protección contra registros y allanamientos no razonables²¹, el privilegio contra la auto incriminación²², la cláusula sobre expropia-

¹³ Idem.

¹⁴ Ibid. pp. 21-29.

¹⁵ Ibid. p. 15.

¹⁶ Los términos “paradigma” y “caso paradigmático” son utilizados por Rubinfeld en conexión explícita con la teoría jurídica de H.L.A. Hart (véase HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, [1961] 1963, capítulo VII, especialmente pp.157-159), y no en términos de la historia de la ciencia de *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, de Thomas Kuhn.

¹⁷ RUBENFELD, Jed, op. cit. nota 5, p. 17.

¹⁸ Ibid. p. 21.

¹⁹ Ibid. pp. 21-29.

²⁰ Ibid. pp. 29-32.

²¹ Ibid. pp. 32-33.

²² Ibid. pp. 33-35.

ciones²³, y la garantía de la igual protección²⁴. También algunas de las “más importantes disputas contemporáneas acerca de las disposiciones de la constitución que entregan poderes”²⁵ son tratadas a la luz de la estructura interpretativa señalada: el alcance del poder para gastar del Congreso (“spending power”)²⁶; el alcance de la cláusula sobre comercio²⁷; y la estructura básica de la separación de poderes²⁸. Respecto de sólo dos áreas del derecho constitucional Rubinfeld reconoce que *Application Understandings* originales han sido abandonados: la cláusula sobre contratos, y la cláusula sobre la declaración de la guerra²⁹.

Aquí no es posible reproducir toda la explicación de Rubinfeld, que obviamente se desarrolla al nivel doctrinario específico de cada una de las áreas del derecho constitucional mencionadas. Sin embargo, sí se puede decir que en cada una de estas áreas la estructura anunciada por Rubinfeld se mantiene, y en varios casos en ellas la expansión del derecho constitucional surge de una interacción profunda entre texto y casos paradigmáticos mediada por los jueces. Notablemente, además, en varias de esas áreas el patrón expuesto por Rubinfeld da sentido a doctrinas judiciales que parecían inexplicables para la academia norteamericana (incluido el caso *Brown v. Board of Education*, que entre los académicos ha resultado tan difícil de justificar en términos de interpretación constitucional).

La estructura interpretativa que Rubinfeld reclama haber descubierto pone además en entredicho a algunas de las escuelas de interpretación constitucional más importantes: “Esta simple estructura explica por qué el originalismo —que mantiene que se debe adherir a todos los entendimientos originales— no puede nunca capturar la forma real del derecho constitucional americano, o [...] el verdadero rol de los entendimientos originales dentro de éste. Al mismo tiempo, las visiones sobre el derecho constitucional relativamente ahistóricas (de la clase cínica, de acuerdo a la cual los jueces deciden básicamente de cualquier manera que quieran, o de la clase más altruista, de acuerdo a la cual los jueces deciden básicamente como instruye la filosofía moral) igualmente no capturan la estructura del derecho constitucional. No logran ver que las disposiciones constitucionales tienen significados centrales, históricos, impermeables o casi impermeables a la reescritura judicial, dados por concretas batallas políticas peleadas y ganadas, a veces a un gran precio, en el pasado revolucionario de la nación.”³⁰

¿Qué justifica este tratamiento diferenciado hacia la historia? La Parte II de *Revolution by Judiciary* busca responder a esta pregunta. El argumento desplegado por Rubinfeld es complejo y aquí sólo puede ser reducido a sus líneas principales. Según Rubinfeld, el propósito del derecho constitucional “es sujetar a la nación a sus [...] compromisos fundamentales a través del tiempo”³¹. Para empezar a entender esta idea es necesario dilucidar la noción de compromiso, que en el proyecto de Rubinfeld tiene un lugar central.

Los compromisos deben ser distinguidos de las intenciones: “Los compromisos crean -o parecen crear- obligación. Las meras intenciones no.”³² Rubinfeld ocupa como ejemplo su intención de dejar la oficina a las 5:00 de la tarde. Aunque él tenga esa intención, si a las 5:00 algo interesante o relevante lo hace preferir quedarse en su oficina, “sin reparo”, él se quedará. “Si, sin embargo, yo me

²³ Ibid. pp. 35-41.

²⁴ Ibid. pp. 41-47.

²⁵ Ibid. p. 49.

²⁶ Ibid. pp. 50-53.

²⁷ Ibid., pp. 53-56.

²⁸ Ibid., pp. 56-67. Respecto de las cláusulas sobre poderes la estructura interpretativa es ligeramente distinta, pues ya que los poderes son autorizaciones, los *Application Understandings* se refieren a lo que una determinada cláusula *autoriza*, y los *No-Application Understandings* a lo que *no autoriza*. Además, los poderes pueden ser *exclusivos*, es decir, otorgados a un agente estatal bajo el entendido que *prohíben* a cualquier otro agente distinto ejercer el poder en cuestión. Sobre esto, *ibid.* pp. 48-49.

²⁹ Ibid. pp. 67-68.

³⁰ Ibid. p. 17.

³¹ Ibid. p. 15.

³² Ibid. p. 73.

comprometí a mi mismo a dejar [la oficina] a las 5:00, la situación es diferente. [...] Yo sentiré que debo dejar [la oficina], pese a mi cambio de preferencia. [...] Un agente hace un compromiso precisamente con el propósito de gobernar su conducta futura incluso frente a una preferencia contraria posterior.”³³ (Si bien los compromisos pueden adquirir la forma de promesas hechas a otros, Rubinfeld se refiere principalmente a los compromisos con uno mismo). Los compromisos no son inderrotables, pero “una justificación especial de algún tipo parece necesaria para invalidarlo.”³⁴ Y un “mero cambio en las preferencias” no es suficiente.³⁵

Pero la noción de compromiso envuelve una “paradoja”: mientras “la experiencia de hacer compromisos y de sentir su fuerza para crear obligaciones [...] es [...] totalmente familiar”³⁶, parece ser irracional actuar como si los compromisos realmente nos obligaran, al menos según las “concepciones contemporáneas estándar sobre la racionalidad”³⁷. Aquí Rubinfeld es claro en distinguir los compromisos de los precompromisos, que no plantean ese problema en términos de racionalidad. Los precompromisos son “cualquier tipo de ‘mecanismo externo’ que una persona podría ocupar en un tiempo 1 para amarrar sus manos en el tiempo 2”; “alteran los costos, beneficios, o factibilidad de las opciones futuras de un agente con el propósito de hacer racional para el agente”, o la única posibilidad disponible, “el seguir un cierto curso de acción en el tiempo 2” (el ejemplo clásico es Ulises amarrándose al mástil de su barco con el objetivo de hacer más tarde imposible entregarse a los brazos de las peligrosas sirenas, cuando lo encantan con sus canciones) ³⁸. Los precompromisos no presentan problemas para una descripción estándar de la racionalidad porque “pueden maximizar el bienestar esperado del agente (medido, en todo caso, por sus preferencias en el tiempo 1), y ellas no involucran al agente en acción contra preferencial”³⁹: aunque al escuchar a las sirenas Ulises quiere ir hacia ellas, no lo hace porque está físicamente impedido (se encuentra atado al mástil); eso es la acción racional en ese momento; de hecho, no tiene otras opciones. En cambio, “[l]a práctica de hacer y seguir compromisos específicamente contempla a un agente resolviendo en el tiempo 1 realizar en el tiempo 2 una acción que podría dirigirse contra sus preferencias del tiempo 2 y luego ciñéndose a esa resolución en medio de sus preferencias del tiempo 2.”⁴⁰

Nótese que Rubinfeld aborda (conscientemente) la noción de compromiso en conexión con la conducta de individuos. Sin embargo, según Rubinfeld, la “paradoja del compromiso” –la aparente falta de racionalidad de la práctica individual de seguir compromisos– tiene un correlato en el derecho constitucional. Es comúnmente entendido que “uno de los principales propósitos del derecho constitucional es obligar incluso en medio de una voluntad popular contraria”⁴¹. Pero, “tal como los individuos no tienen una buena razón para actuar porque se comprometieron a sí mismos a hacerlo, las sociedades democráticas no tienen una buena razón para actuar en base a los principios fundamentales de su constitución porque su constitución los establece”⁴². Tras esta oposición entre democracia y derecho constitucional, esencial en el pensamiento constitucional norteamericano (por ejemplo, en los trabajos de Alexander Bickel, John Hart Ely, y más atrás Thomas Jefferson, y que encuentra antecedentes en la obra de Rousseau), subyace una concepción “presentista” de la democracia, al igual que una concepción “presentista” de la racionalidad subyace a la paradoja de los compromisos individuales. “La democracia, desde esta perspectiva, en principio requiere gobierno de acuerdo con las creen-

³³ Idem.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Ibid. p. 75.

³⁸ Ibid. pp. 75-76.

³⁹ Ibid. p. 76.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibid. p. 77.

⁴² Idem.

cias y preferencias presentes (populares), tal como la racionalidad se supone que en principio requiere acción de acuerdo con las creencias y preferencias presentes (individuales).⁴³ Según esta visión “el derecho constitucional debe negar sus propios compromisos. ¿Por qué? Porque no hay razón para que la gente de hoy siga los compromisos hechos en el pasado.”⁴⁴

Así, resolver la paradoja del compromiso, parece ser importante para explicar el derecho constitucional. Después de discutir uno de los últimos trabajos de Jon Elster⁴⁵, cuya intención es justificar la obligatoriedad sobre las generaciones actuales de al menos parte del derecho constitucional, pero cuyo argumento principal es, según Rubinfeld, insuficiente para ese fin⁴⁶, son analizados los trabajos de algunos filósofos que han buscado explicar porqué seguir compromisos, después de todo, sería racional para un individuo. Sin embargo, como muestra Rubinfeld, todos esos intentos fallan en entregar una explicación o descripción aceptable de la práctica de resolver seguir un curso de acción en el futuro y de sentirse obligado por esa resolución⁴⁷. ¿Cómo dar sentido entonces a los compromisos? La respuesta de Rubinfeld: “La fuerza de los compromisos para crear obligaciones y de ahí para dar razones puede ser entendida sólo cuando ellos son situados en una descripción del auto-gobierno”⁴⁸. Y “el autogobierno no es un asunto del momento presente, sino que tiene una dimensión temporalmente extendida.” Este punto –rescatar la dimensión del tiempo para la noción de auto-gobierno o libertad– es crucial en todo el argumento de Rubinfeld⁴⁹. Según una concepción de la libertad bastante extendida en el pensamiento moderno los “agentes libres ‘viven en el presente,’ siguiendo nada excepto su propia ‘voz’ en el aquí y ahora”. Pero para una segunda concepción de la libertad, “los agentes que se auto-gobiernan intentan dar a sus vidas propósito y significado en el tiempo [over time]. Desde esta perspectiva, los agentes se comprometen a sí mismos a varios cursos de acción, a relaciones, a instituciones, a principios, etc., y adhieren a estos compromisos por periodos de tiempo sustanciales. Gran parte del tiempo, cuando consideran qué hacer, [...] ellos se preguntan a sí mismos qué deberían hacer dado estos propósitos y empresas en los cuales ellos ya están involucrados–propósitos y empresas a los cuales se comprometieron a sí mismos antes-.”⁵⁰

En esta segunda concepción del autogobierno, por lo tanto, sí hay lugar para los compromisos: “Un agente que entiende su propia libertad como dependiente de su capacidad no sólo de actuar en base a su preferencia actual, sino de sujetarse a sí mismo a través del tiempo [over time] a sus propios propósitos auto-entregados [self given], buscará sujetarse a estos propósitos incluso cuando ellos se dirijan contra sus preferencias presentes. Ser libre en el sentido humano, por lo tanto, es, tal como Kant dijo que lo era, ser un ser que se da a sí mismo derecho-[ser] autónomo. Y comprometerse a sí mismo es, precisamente, dar a uno mismo derecho.”⁵¹ La capacidad de auto-gobierno en este segundo sentido, de poder crear reglas auto-vinculantes, es una capacidad propiamente humana. Un animal puede ser libre en el primer sentido, actuando según sus preferencias actuales (es decir, los animales pueden actuar racionalmente), pero sólo una persona puede darse a sí misma propósitos y seguirlos a

⁴³ Idem.

⁴⁴ Ibid. p. 79.

⁴⁵ ELSTER, Jon, *Ulises Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Restraints*, Cambridge/New York/Melbourne/Madrid/Cape Town/Singapore/Sao Paulo, Cambridge University Press, 2000.

⁴⁶ RUBENFELD, Jed, op. cit. nota 5, pp. 79-84.

⁴⁷ Ibid. pp. 84-88.

⁴⁸ Ibid. p. 88.

⁴⁹ Este fue, desde el título, el objetivo principal de su libro anterior, *Freedom and Time*. Véase Rubinfeld, Jed, op. cit. nota 9, especialmente capítulos 5-7.

⁵⁰ RUBENFELD, Jed op. cit. nota 5, p. 89.

⁵¹ Ibid. p. 91. Rubinfeld, sin embargo, no es del todo kantiano: los compromisos son actos de autogobierno ya sea que se trate de “intentos de sujetarse a uno mismo a la ‘razón’ o la ‘moralidad’, como a los cursos de acción motivados en los términos “más materialmente mundanos” posibles (Idem.).

través del tiempo aunque se opongan a sus preferencias. En definitiva, la fuerza obligatoria de los compromisos se deriva “del rol que los compromisos juegan en la autonomía misma.”⁵²

Lo anterior, como Rubinfeld correctamente sostiene, pone en conflicto la racionalidad, orientada a la satisfacción de preferencias presentes, con la autonomía, entendida en términos temporalmente extendidos. La respuesta, según Rubinfeld, es reconocer que la autonomía, a diferencia de la racionalidad, “es un fin en sí mismo”⁵³, y que debe reconocérsele a aquella “prioridad sobre la racionalidad”⁵⁴. Esto puede ser explicado de varias maneras, por ejemplo: autonomía “como una condición constitutiva” del ser individual; autonomía como un valor moral fundamental, una idea que parece “supuesta cuando las personas condenan como inmoral la venta de un individuo a sí mismo como esclavo”⁵⁵ (aunque Rubinfeld pretende ser “agnóstico [...] sobre la mejor manera de entender la prioridad de la autonomía”)⁵⁶.

Disuelta de esta manera la paradoja de los compromisos, a Rubinfeld le parece posible resolver la paradoja de la democracia constitucional arriba explicada. Pues si el auto-gobierno consiste en formular y seguir compromisos temporalmente extendidos, entonces el constitucionalismo no es más que una forma de auto-gobierno. Aunque el constitucionalismo (o al menos el norteamericano, que es al que se refiere Rubinfeld) entra en conflicto con una concepción “presentista” de la democracia, es a la vez una forma de democracia: “el constitucionalismo norteamericano es una práctica a través de la cual una nación democrática busca gobernarse a sí misma haciendo y viviendo de acuerdo a sus propios compromisos duraderos, incluso en medio de preferencias mayoritarias contrarias en uno u otro momento.”⁵⁷ Los norteamericanos, al establecer una constitución de forma democrática (y no solo una constitución democrática), se embarcaron en una manera especial de auto-gobierno.

¿Pero cómo puede hablarse de “compromisos” cuando quienes los formularon, los redactores de la constitución (los “framers”), están muertos? Conciente de esta objeción, Rubinfeld dedica algunas páginas a responderla al final de la Parte II. La teoría del autogobierno constitucional de Rubinfeld no implica la existencia de un agente colectivo (el “pueblo norteamericano”, por ejemplo). “La cuestión es si existe algo como una agencia de auto-gobierno, colectiva, en la que se hayan involucrado muchas personas participando en una actividad conjunta, cooperativa, deliberativa[,] a través del tiempo.”⁵⁸ Una agencia colectiva ocurre a través de los individuos que participan en ella, y no presupone una mente colectiva. Precisamente así puede entenderse el proyecto de auto-gobierno constitucional norteamericano.

Justificada o no la idea anterior, cuya explicación es en todo caso mucho más rica y extensa en la obra anterior de Rubinfeld⁵⁹, ahora es posible ver cómo la teoría del auto-gobierno constitucional desarrollada por Rubinfeld le sirve para justificar la estructura interpretativa del derecho constitucional norteamericano identificada en la Parte I del libro: “si al derecho constitucional le concierne hacer honor a compromisos, entonces los jueces tienen que distinguir entre entendimientos históricos, separando aquellos que representan sólo intenciones de aquellos que representan compromisos. Y los *No-Application Understandings* [...] nunca son compromisos.”⁶⁰ No lo son porque la especial práctica normativa desplegada al hacer un compromiso deja fuera todo aquello que no es objeto de la prohibición. Un compromiso a no ingresar una droga al país no es un compromiso a, por ejemplo, la permi-

⁵² Ibid. p. 93.

⁵³ Ibid. p. 94.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibid. p. 95.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Ibid. p. 96.

⁵⁸ Ibid. p. 136.

⁵⁹ Véase Rubinfeld, *Jed op. cit.* nota 9, capítulo 8.

⁶⁰ RUBINFELD, *Jed op. cit.* nota 5, p. 99.

sibilidad de maltratar animales; el primer compromiso simplemente no se pronuncia sobre ese (y muchos otros) cursos de acción. En otras prácticas normativas, puede ser relevante considerar todos los entendimientos originales, todas las intenciones de quienes participan de la práctica. Por ejemplo, esto ocurre en los contratos, donde su fuerza normativa está basada en el hecho de que el contrato sirve a las partes de mecanismo para realizar intercambios; ya que en ellos las partes deberían recibir aquello que negociaron, “es apropiado hacer honor en el tiempo de la ejecución a [todos] los entendimientos expresos de las partes del contrato”⁶¹. Sin embargo, una constitución es un ejercicio de auto-gobierno temporalmente extendido, y no un contrato.

Así, los Application Understandings son compromisos y los No-Application Understandings originales a lo más meras intenciones, y por eso los primeros merecen respeto y los segundos no. Ahora bien, los Application Understandings originales o fundacionales son parte de un compromiso aunque el compromiso haya sido formulado de manera amplia (“igual protección de la ley”, por ejemplo). ¿Por qué? Porque es posible realizar “un compromiso específico haciendo un compromiso más general. En estas especiales circunstancias no es el caso que el agente ha hecho sólo un compromiso a la proposición general [...] de manera que una interpretación del compromiso [commitmentarian interpretation] le incumbiera sólo dar contenido a la proposición general. Al contrario, en estas circunstancias, el agente también ha hecho un compromiso más específico al mismo tiempo, que una interpretación del compromiso [commitmentarian interpretation] está también obligada a respetar.”⁶² Y si bien la realización de compromisos específicos a través de compromisos generales es contingente, esta ocurrió para casi “cada uno de los más importantes derechos y poderes de la Constitución.”⁶³ Por eso, cuando la constitución tiene entendimientos originales, fundacionales, “requiere precisamente la asimetría interpretativa que hemos observado a través de la doctrina constitucional.”⁶⁴

Por último, de manera coherente con la práctica de seguir compromisos, es posible que aparezcan nuevos Application Understandings, y que entonces sea ampliada la esfera acciones prohibidas por un derecho y al mismo tiempo repudiados No-Application Understandings originales. Esto ocurre porque una nueva experiencia intensa, y la reflexión por un periodo de tiempo sustancial sobre ella, puede mostrar que un compromiso general requiere más que el compromiso específico inicial. Nuevamente, la especial práctica normativa realizada cuando se crean y siguen compromisos explica el método de interpretación constitucional que, según Rubinfeld, mejor describe el derecho constitucional norteamericano.

La Parte III de *Revolution by Judiciary*, está dedicada a examinar algunas de las más importantes decisiones de la corte Rehnquist, que hasta la fecha de publicación del libro era la responsable del camino tomado por la jurisprudencia constitucional norteamericana en los últimos años⁶⁵. Primero, examina la posibilidad de ver en la jurisprudencia de la corte Rehnquist una agenda “anti-anti-discriminación”, que permitiría conectar varias de las decisiones de la corte, al mismo tiempo que pondría en duda la pertinencia de un análisis estándar, en términos doctrinales, de ellas. Rubinfeld hace un interesante paralelo con las decisiones de la Corte Suprema de principios del siglo XX que frenaron (por un tiempo) las pretensiones de quienes apoyaban el New Deal, la llamada era *Lochner* de la Corte Suprema, que parece ser explicable a su vez a la luz de una agenda “anti-anti-

⁶¹ Ibid. p. 111.

⁶² Ibid. p. 117.

⁶³ Ibid. p. 119.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ El libro fue publicado en junio de 2005. A principios de septiembre del mismo año, murió el entonces presidente del máximo tribunal norteamericano William Rehnquist. Para ocupar su cargo, a fines de septiembre del 2005 fue designado John Glover Roberts Jr. En febrero de 2006 un nuevo miembro llegó a la Corte Suprema, Samuel Alito, para reemplazar a la jueza Sandra Day O’Connon, quien había anunciado su retiro a mediados del 2005.

capitalismo”⁶⁶. Segundo, volviendo a un análisis doctrinal, y utilizando el método interpretativo expuesto en la Parte I del libro, Rubinfeld examina alguna de las más importantes sentencias recientes sobre el derecho de privacidad (*Lawrence v. Texas*⁶⁷), la cláusula sobre comercio (*United States v. Lopez*⁶⁸), y la acción afirmativa (*Grutter v. Bollinger*⁶⁹, y *Gratz v. Bollinger*⁷⁰), con el propósito de determinar si ellas son coherentes con los casos paradigmáticos de esas áreas del derecho constitucional⁷¹. La Parte III será de especial interés para el lector interesado en la discusión constitucional norteamericana reciente, pero también para el que quiera reexaminar el lugar de la era *Lochner* en la historia de la Corte Suprema.

Sin embargo, para el interesado en el problema general de la interpretación constitucional, es en las primeras dos partes ya reseñadas donde se encuentra la contribución principal de este libro (el mismo Rubinfeld reconoce: “Si he dicho algo de importancia perdurable en este libro, será encontrado ahí”⁷²). La Parte II entrega una poderosa justificación del método del caso paradigmático explicado en la Parte I. La Parte I ejemplifica su operación al describir cómo ese método ilumina las áreas más importantes del derecho norteamericano. El libro entrega de manera muy persuasiva un enfoque nuevo para la interpretación constitucional, que parece erigirse como un contendor importante de las principales escuelas de pensamiento constitucional mencionadas al inicio de esta recensión (y nada menos que reclamando un lugar privilegiado como descripción del derecho constitucional norteamericano).

El libro plantea además desafíos para la investigación chilena, al menos para quien crea que los lentes con los que debe mirarse nuestro derecho constitucional deben ser fabricados con el material de una teoría del auto-gobierno constitucional como la de *Revolution by Judiciary*. Desde ya, sería necesario examinar la jurisprudencia constitucional para determinar si ésta muestra una asimetría hacia los entendimientos históricos de los derechos constitucionales como el del derecho de los Estados Unidos. Pero ya sea que se trate de este tipo de investigación jurisprudencial, o de un trabajo de dogmática jurídica, el problema obvio que se plantea es dónde encontrar la fuente de *Application Understandings* y *No-Application Understandings* originales. Lo que parece más a mano es considerar las opiniones oficiales de la Comisión Ortúzar, un enfoque tradicional en Chile (que en todo caso tendría que sufrir modificaciones a la luz del *paradigm-case method*: habría que distinguir entre los entendimientos originales respecto a lo que prohíbe una disposición constitucional, los *Application Understandings* fundacionales, de aquéllos sobre lo que no prohíbe, los *No-Application Understandings*). Sin embargo, no debe perderse de vista que el método de interpretación desarrollado por Rubinfeld se basa en una teoría del auto-gobierno constitucional. Según ésta, la constitución debe ser entendida (y sólo puede legítimamente ejercer autoridad) bajo la idea de que es el pueblo quien decide democráticamente crear y seguir a través del tiempo un conjunto determinado de compromisos. Así, *Revolution by Judiciary* obliga a tomarse en serio, como una cuestión de principal importancia para la interpretación constitucional, la revisión de la historia constitucional a la luz de la noción de soberanía popular. En Chile investigaciones con la sofisticación teórica que parece necesaria para hacer realidad esa revisión histórica, son escasas⁷³. Pero estas investigaciones ya sugieren la existencia de una considerable distancia de las amplias mayorías chilenas respecto de los principales procesos desde los cuales han

⁶⁶ RUBINFELD, *Jed op. cit.* nota 5, pp. 145-183.

⁶⁷ 123 S. Ct. 2472 (2003).

⁶⁸ 514 U.S. 549 (1995).

⁶⁹ 123 S. Ct. 2325 (2003).

⁷⁰ 123 S. Ct. 2411 (2003).

⁷¹ RUBINFELD, *Jed op. cit.* nota 5, pp. 183-201.

⁷² *Ibid.* p. 202.

⁷³ Véase los trabajos excepcionales (en todo sentido) de CRISTI, Renato, *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad*, Santiago, LOM Ediciones, 2000, y ATRIA, Fernando, “Sobre la Soberanía y lo Político”, en *Derecho y Humanidades*, N° 12, 2006, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 47-93.

surgido textos constitucionales. Esto es al menos cierto respecto del texto de 1980, y por esa misma razón, sería difícil ver en sus redactores de fines de los '70 una vinculación tal con la voluntad popular que permitiera justificar la deferencia interpretativa que para ellos muchos reclaman.

Bibliografía

ATRIA, Fernando, "Sobre la Soberanía y lo Político", en *Derecho y Humanidades*, N° 12, 2006, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 47-93.

CRISTI, Renato, *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad*, Santiago, LOM Ediciones, 2000.

DWORKIN, Ronald *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1996;

_____ *Los Derechos en Serio*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, , [1977] 1989.

_____ *El Dominio de la Vida. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual*, Barcelona, Ariel, [1993] 1998.

ELSTER, Jon, *Ulises Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Restraints*, Cambridge/New York/Melbourne/Madrid/Cape Town/Singapore/Sao Paulo, Cambridge University Press, 2000.

ELY, John Hart *Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santafé de Bogotá [1980] 1997.

HART, .H.L.A. *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, [1961] 1963.

RUBENFELD, Jed, *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge, Massachussets/Londres, Harvard University Press, 2005,

_____ *Jed Freedom and Time. A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2001.