

Recensión del Libro *Interpretando la Constitución* (TRIBE, Laurence H; DORF, Michael. Palestra editores, Lima 2010).

Dr. Luis Castillo Córdova

La obra es escrita desde y para la Constitución norteamericana. Esto significa necesariamente que el lector que no esté relacionado con el sistema del *Common Law*, debe ir sin prisas a la hora de leerla y necesariamente debe acompañarse de la Constitución norteamericana. Además, debe estar prevenido de que los norteamericanos tienen un estilo de redacción singular respecto al que impera en países como el Perú. Las frases cortas y las casi nulas oraciones subordinadas identifican este estilo. A lo que se ha de añadir el hecho que la traducción ha pretendido ser lo más fiel de ese estilo, lo que le añade cierto grado de complejidad a la lectura. Habrá también como dificultad añadida la construcción de las argumentaciones con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema, y a veces la referencia a esos casos no es del todo amplia como se desearía, aunque alentadoramente sí la suficiente como para no fallecer en el intento de lograr entender el concepto que con el o los casos se intenta transmitir.

No obstante ser escrita desde y para la Constitución norteamericana, las preguntas que subyacen a los propósitos de la obra no son de exclusiva formulación para el sistema norteamericano, sino que con plena legitimidad se formulan y responden desde sistemas constitucionales como el peruano. Y por eso la pertinencia de la obra. A ello hay que añadir que el modo como esas cuestiones han sido tratadas, permiten que las respuestas tengan también validez en sistemas constitucionales diferentes al norteamericano, lo que hace de la obra un aporte útil al resto de sistemas constitucionales como el peruano.

Si bien el título hace referencia a la interpretación de toda la Constitución, en realidad la obra se destina al estudio de la interpretación de las cláusulas que recogen derechos fundamentales. No se debe olvidar que la Constitución norteamericana es una Constitución *vieja*, y que los textos vigentes en su gran mayoría –especialmente los iusfundamentales– fueron aprobados hace más de 200 años. Lo que significa que el intérprete constitucional tiene la añadida dificultad de resolver conflictos actuales con base en disposiciones normativas muy alejadas en el tiempo, construidas en torno a valoraciones o finalidades hoy quizá inexistentes. De ahí que una de las cuestiones destacadas del constitucionalismo norteamericano es la referida a los derechos fundamentales implícitos.

En la determinación de estos derechos fundamentales resulta decisivo responder a las siguientes dos cuestiones. Primero, ¿qué es interpretar la Constitución?; y más aún, en segundo lugar, ¿cómo controlar que la actividad de reconocimiento de tales derechos no se convierta en una imposición de valoraciones subjetivas que reescriben la Constitución? Una cosa va unida firmemente a la otra y ambas a lo que se entiende por Constitución: dependiendo de lo que la Constitución sea, será la interpretación constitucional; y dependiendo de lo que la interpretación constitucional sea, habrá un mayor o menor espacio para las valoraciones propias del intérprete. A través de los cinco capítulos en los que se divide la obra, los autores dan cumplida respuesta a estas dos preguntas.

El punto de inicio es la consideración de una serie de justificaciones de lo que la Constitución no es para evitar determinadas técnicas de interpretación. La Constitución *no es un espejo en el que uno ve lo que quiere ver* (p. 41); la Constitución *tampoco es la promulgación del contexto histórico de los Primeros Autores* (p. 47). Por lo que la interpretación de la Constitución no debe ser *originalista*, pues interpretarla no es buscar la intención original de esos Primeros Autores. Pero interpretar la Constitución no debe significar el otro extremo: la creencia de que el Constituyente no ha dicho nada a la hora de constitucionalizar los genéricos mandatos de justicia. Por lo que se ha de rechazar “como completamente insatisfactoria la idea de una Constitución vacía o infinitamente maleable” (p. 51), pues se terminaría confundiendo lo que la Constitución dice con lo que el intérprete desearía que dijera. Si esto ocurriese, no se interpretaría la Constitución, sino se reescribiría.

La Constitución no sólo no debe ser interpretada de modo originalista, sino que se ha de evitar tanto una interpretación des-integrada como una hiper-integrada de su texto. La primera significa, como quería Dworkin, que a una disposición de la Constitución se le ha de dar la significación más amplia posible, ignorando el hecho de que “se encuentra inmersa en un todo aún más grande” (p. 62). La segunda se formula con base en el convencimiento de que la Constitución es “un tipo de red ilimitada, (...) que nos habla con una voz única, simple y sagrada que expresa una visión unitaria de una sociedad política ideal” (p. 64), olvidando la base plural que subyace a la Constitución.

Con referencia a una serie de casos reales resueltos por la Suprema Corte norteamericana y otros hipotéticos, los autores formulan una serie de juicios positivos de interpretación iusfundamental válidos para los sistemas constitucionales en general. Así, la interpretación constitucional debe formularse conectada con el texto constitucional, especialmente para cuando se trata de justificar el reconocimiento de los derechos constitucionales no enumerados. En todos los casos, más intensamente en los complejos, se ha de abordar la construcción de la justificación con base en “un diálogo razonable con mentes tan abiertas como podamos” (p. 120), sin pretender hacer decir a la Constitución lo que uno quisiera que diga, sino con el ánimo honesto de hacer realidad una Constitución que en sí misma es necesariamente plural.

No es posible lograr que el intérprete deje de manifestar sus opciones valorativas a la hora de decidir. No se ha de luchar contra esto. La lucha debe ir dirigida a lograr el encauzamiento constitucional de la elección valorativa. Para ello ayuda la interpretación contextualizada o sistemática de la disposición constitucional. El intérprete se ha de “preguntar si las conductas que son exigidas o proscritas por la Constitución presuponen alguna postura sin la que tales exigencias textuales se vuelven incoherentes” (p. 128). También ayuda, y decisivamente, los precedentes que hayan sido formulados, en la medida que “la elaboración de los valores constitucionales procede mayormente de decisiones anteriores” (p. 130).

Sin embargo, es posible que el reconocimiento de un derecho fundamental en casos anteriores no haya definido los contornos de su alcance constitucional porque la Corte Suprema siempre se pronunciará dentro de los contornos que dibujan el caso concreto. Esto

obliga al intérprete a expresar un derecho fundamental previamente reconocido con un nivel de generalidad tal que permita la inclusión de un derecho nuevo que reclama protección como derecho fundamental. Los jueces al escoger un grado de generalidad deberán hacerlo sin que prevalezca sus propias valoraciones, de manera que la pregunta es de decisiva importancia: “¿A qué nivel de generalidad debería ser descrito el derecho previamente protegido y el actualmente demandado?” (p. 133), de forma tal que pueda ser encauzada la subjetividad valorativa de los jueces.

En este intento de encauzamiento los autores, primero, critican una propuesta de solución planteada por el Juez Scalia; para, segundo, presentar ellos una propuesta propia. Este Juez tiene propuesto que el nivel de generalidad a seleccionar equivalga “al nivel más específico al que una tradición relevante, que proteja o deje de proteger al derecho reclamado, puede ser identificado” (p. 168). Esta solución propuesta es falsa, a juicio de los autores, por tres razones. Primero, porque extraer los derechos fundamentales de las tradiciones relevantes no es más valorativamente neutral de lo que es la derivación de esos mismos derechos de los precedentes. Segundo, es falso porque las tradiciones relevantes no vienen equipadas con manuales de instrucción que expliquen cuán abstractamente las mismas han de ser formuladas. Y tercero es que aunque lograrse cierta neutralidad judicial, será a costa de abdicar la responsabilidad judicial de protección de los derechos individuales.

La propuesta de los autores consiste en presentar una serie de controles a la actividad valorativa del Juez. El primero es el control de consistencia basado en esa necesaria vinculación de la actividad interpretativa al texto constitucional que evitará la elección de un nivel de abstracción basado solamente en meras preferencias subjetivas. Otros controles en la elección del nivel de generalidad consiste en un test de dos pasos: “Primero, la Corte debe determinar qué preocupaciones realmente subyacen [en] las decisiones anteriores; sólo después de que la Corte haya seleccionado el nivel apropiado de abstracción al cual va describir tales preocupaciones debería recién evaluar el derecho específico establecido en la abstracción” (p. 186). Así, se exige que la Corte tome en cuenta no sólo lo que sostuvo en los casos previos sino también las razones esenciales para esos pronunciamientos, de esta manera la actuación del Juez preserva no sólo el pronunciamiento de un caso anterior sino que preserva también la racionalidad de su decisión, encauzando la inevitable carga valorativa.

De esta manera, por un lado, se dicen lo que es la interpretación constitucional iusfundamental; y por otro, se proponen medidas para encauzar -nunca anular- la intervención valorativa del juez a la hora de reconocer un derecho fundamental con base en un texto *viejo*. Cumplen, pues, el doble propósito de la obra. Y es que la finalidad de ésta no es presentar “un sistema de decodificación para solucionar todos los acertijos constitucionales”, sino más bien “proponer las que esperamos serán preguntas fructíferas” (p. 38).