

JACK M. BALKIN. *LIVING ORIGINALISM (ORIGINALISMO VIVO)*, CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS, LONDON, THE BELKNAP PRESS OF HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2011 (ISBN 978-0-674-06178-1)

*Sergio Verdugo R.**

Varios piensan que esta obra quizá será juzgada como un hito en la doctrina estadounidense sobre interpretación de la Constitución. El destacado profesor Sanford Levinson dice en una breve reseña en la contraportada de la obra.

299

“es el mejor libro que he leído sobre teoría constitucional (...). Será un digno sucesor de *The Least Dangerous Branch*, de Bickel, y de *Democracy and Distrust*, de Ely, en enmarcar la discusión sobre la Constitución en los años que vendrán”.

Yo no soy, sin embargo, tan optimista respecto de la futura influencia que este libro sea capaz de generar. Como indicaré más adelante, tanto conservadores como liberales tienen buenas razones para rechazar su persuasivo argumento central.

El objetivo central de *Living Originalism* es redirigir la manera en que se discuten las diversas teorías sobre aplicación judicial de la Constitución y, en ese propósito, la obra de Jack M. Balkin seguramente encontrará respuestas

* Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magister en Derecho Público, P. Universidad Católica. Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl.

Se hace presente que todas las traducciones al español de los textos originales en inglés fueron realizadas por el autor de esta recensión.

desde diversos sectores de la doctrina política-constitucional. En efecto, en el poco tiempo que lleva publicada (desde 2011) ha encontrado diversas reacciones e, incluso, una prestigiosa revista dedicó un número especial a la publicación de trabajos sobre el mismo¹. Tal vez ello se debe, en parte, a que el autor (profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale) ha promovido ideas provocadoras con anterioridad, las que en más de una ocasión le han merecido duras respuestas², siendo este libro una suerte de consolidación de algunas doctrinas contenidas en polémicos trabajos anteriores³.

Este nuevo trabajo intenta demostrar que la escuela del originalismo (*originalism*) es compatible con la de la Constitución viviente (*living constitution*), idea que pretende quebrar uno de los ejes principales del constitucionalismo estadounidense, el que ha mantenido tradicionalmente divididos a jueces, abogados, profesores, historiadores y científicos políticos y sociales.

En Estados Unidos las doctrinas de interpretación constitucional han estado divididas en dos grandes grupos:

- 1) la originalista, mediante la cual la Constitución debe interpretarse de acuerdo con su significado original (*original meaning*) y
- 2) la evolutiva, por la cual se observa a la Constitución como un documento vivo que se adapta a los cambios que experimenta la sociedad.

300 La primera suele simpatizar con tendencias conservadoras, por lo que no es casualidad que varios profesores, abogados y jueces de derecha la sostengan⁴, mientras que la segunda suele asociarse a corrientes progresistas normalmente relacionadas con la izquierda estadounidense⁵.

¹ Véase la revista *University of Illinois Law Review*, Issue 3, Champaign, Illinois, 2012. Este número recogió los trabajos que se presentaron en un simposio que la Universidad de Illinois dedicó al libro de Jack M. Balkin. Además de los numerosos trabajos contenidos en esta revista, véanse también los comentarios de Michael C. DORF, “The Undead Constitution” y del propio Jack M. BALKIN, “Nine Perspectives on Living Originalism”.

² Así, por ejemplo, Jack Balkin había anunciado su cambio a las tendencias originalistas y la mantención de su defensa paralela al aborto, argumentando la provocadora idea de que el aborto y el originalismo son compatibles (cambia su argumento constitucional y la forma de interpretación, pero no el objetivo de defender el derecho de la mujer). Jack BALKIN, “Abortion and Original Meaning”. Esto le significó una respuesta que llegó, incluso, a calificar su argumento de “asqueroso” (*disgusting*). Andrew KOPPELMAN, “Why Jack Balkin is Disgusting”.

³ Entre otros trabajos anteriores del profesor Jack Balkin, debe considerarse especialmente Jack M. BALKIN, “Framework Originalism and the Living Constitution”, que sirvió de base para varias de las ideas centrales del libro.

⁴ Entre otros, pueden mencionarse los conocidos trabajos de BORK (1991), pp. 143-185; Antonin SCALIA, *A Matter of Interpretation*, pp. 3-47; WHITTINGTON (1999), y un conjunto de trabajos compilados en un libro de la Sociedad Federalista, Steven G. CALABRESI, *Originalism. A Quarter-Century of Debate*.

⁵ Muchos trabajos se asocian a teorías de interpretación que tratan a la Constitución como un documento vivo. El término se suele atribuir a Howard Lee McBain. Entre

En su libro, Jack M. Balkin argumenta que ambas teorías no son verdaderos rivales. Sin embargo, no se refiere a todas las posiciones existentes dentro de ellas (no podría hacerlo), sino que las generaliza en términos amplios. En lo relativo al originalismo, el autor rechaza de manera explícita la famosa doctrina de Antonin Scalia (referente importante para los conservadores en Estados Unidos), la que denomina “aplicación originalmente esperada” (*original expected application*). La critica, entre otras razones, por apartarse de varias tradiciones constitucionales estadounidenses que fueron incorporadas después de que fuera adoptado el texto original (pp. 7-9). Por el contrario, promueve una versión del originalismo basada en el sentido original (*original meaning*), que luego desarrolla y diferencia de las teorías más conservadoras (pp. 100-108)⁶, aunque comparte la valoración del texto como punto de partida en todo ejercicio hermenéutico. En este ejercicio, el ambicioso propósito del libro pierde amplitud. Ya no podrá argumentarse que la teoría del originalismo es enteramente compatible con la idea de la Constitución viva. Más bien, esta compatibilidad existiría con su versión, que sigue el método que denomina de “texto y principio” (*text and principle*) para desentrañar el sentido de las disposiciones constitucionales (pp. 3-20).

Asimismo, tampoco acepta la familia completa de teorías sobre la Constitución viva, sino que una suerte de restauración de la misma (pp. 277-319), donde se valora el papel de construir el plan constitucional. De hecho, las teorías de la Constitución viva son inicialmente criticadas por Jack Balkin, quien señala que ellas son más un *slogan* que una teoría (p. 277). De esta manera, no podrá afirmarse que el originalismo y la Constitución viva sean compatibles, sino que sólo en su versión ellas parecen actuar con coherencia. En otras palabras, lo que para el autor es la mejor versión del originalismo, es compatible con lo que para él es la mejor versión de la Constitución viva.

301

“El *framework originalism* [el marco de trabajo que propone] requiere que interpretemos la Constitución de acuerdo a su sentido original. El constitucionalismo viviente se preocupa del proceso de construcción constitucional. El *framework originalism* deja espacio para que futuras generaciones construyan la Constitución en la práctica. El constitucionalismo viviente ocupa este espacio. Él explica y justifica el proceso de construcción. Así es como estas dos ideas están relacionadas, y por qué

otros, véase Bruce ACKERMAN, “The Living Constitution” y David A. STRAUSS, *The Living Constitution*.

⁶ Una de las principales críticas de Jack Balkin a los originalistas conservadores es el trato (a veces excesivamente pragmático) que ellos dan al precedente (pp. 109-125).

ellas no se contradicen sino que, de hecho, están inextricablemente conectadas” (p. 282).

Como puede advertirse, Jack Balkin no es un componedor de las diversas teorías de interpretación que compiten por ser acogidas en tribunales. Más bien, es un crítico muy agudo que reconoce las debilidades de todas ellas y propone una combinación parcial de las mismas.

A través de las páginas de su libro, muestra de qué manera el método de “texto y principio” permite conciliar lo que considera una concepción moderna de los principales aspectos discutidos de la Constitución de Estados Unidos, con su sentido original. Bajo este método, hay que desentrañar las principales respuestas en los contenidos lingüísticos de la Constitución (algo inaceptable para la tesis de la Constitución viva) y, en los casos en que no sea posible encontrar una regla clara, habrá que examinar el principio con el que el texto se relaciona (especialmente, véanse pp. 256-273). Una regla clara (como la edad para ser presidente de Estados Unidos) es obligatoria para el intérprete, pero un principio (como la prohibición de los castigos crueles e inusuales, *Cruel and Unusual Punishment Clause*) entrega un margen más amplio que exige investigar el sentido original sin que exista la obligación de aceptar el mismo⁷.

302

Así, el originalismo de Jack Balkin ve en los autores de la Constitución la intención de construir un marco de trabajo para la política de generaciones futuras, mediante estándares flexibles y principios abstractos que los estadounidenses habrían ejecutado mediante la interpretación y la construcción (*constitutional construction*) de sus cláusulas⁸. Lo anterior exige revisar la verdadera naturaleza de la Constitución y su legitimidad democrática, que para Jack Balkin se resuelve considerando que ella es:

- 1) una ley básica, esto es, un marco que promueve estabilidad política señalando un plan que ofrece diversas alternativas de implementación;
- 2) una ley superior, en otras palabras, una fuente de “inspiración y aspiración” donde se depositan principios y valores y, finalmente
- 3) una ley “nuestra”, que permite al pueblo norteamericano identificarse con ella, observándola como un logro colectivo (pp. 59-73).

⁷ En palabras del propio Jack Balkin: “[n]o debiéramos pensar en el método de texto y principio como un simple modelo en que principios individuales se benefician de cláusulas o textos específicos. En cambio, los principios constitucionales pueden jugar muchos roles, con múltiples relaciones con el texto (...). Los principios articulan el texto constitucional, lo suplementan, le entregan unidad a la Constitución entera, que preserva su lógica y estabilidad en el tiempo. El método de texto y principio honra el texto al reconocer la íntima conexión del mismo con principios de diferente clase (...)”, p. 273.

⁸ Nótese que interpretación y construcción son términos diferentes. Véanse pp. 4-5.

En este último punto, el autor valora el proceso histórico de compromiso popular con la Constitución y cree que la legitimidad de ella es sociológica (p. 64), a diferencia de la mayoría de los originalistas.

La metodología descrita es aplicada a lo largo del libro a varias materias controversiales en el Derecho estadounidense. En estas aplicaciones se observa una seria investigación y acuciosa explicación de los argumentos que, a diferencia de otros originalistas, le permite a Jack Balkin llegar siempre a posiciones asociadas a los liberales de la izquierda estadounidense⁹. De esta manera, utilizando una metodología asociada a los conservadores, llega a resultados más progresistas¹⁰. Por eso, es de esperar que su estrategia sea resistida por diversos sectores y que finalmente su influencia tienda a ser acogida sólo por algunos académicos, y no por la jurisprudencia estadounidense.

Lo anterior no le quita mérito a esta interesante y bien escrita obra. Ella, junto con otras que se refieren a la interpretación de la Constitución estadounidense, son el resultado de una academia madura que ha trabajado y discutido sobre una Constitución que tiene más de dos siglos de vigencia. Bien haríamos en extraer lecciones de este debate para encaminar de mejor manera las discusiones sobre el constitucionalismo iberoamericano. Por eso, promover entre nosotros la lectura de un libro como el que reseño siempre es de utilidad.

303

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, "The Living Constitution", in *Harvard Law Review*, vol. 120, Cambridge, Massachusetts, 2007.

BALKIN, Jack M., "Abortion and Original Meaning", in *Constitutional Commentary*, vol. 24, N° 101, New Haven, 2007.

BALKIN, Jack M., "Original Meaning and Constitutional Redemption", in *Constitutional Commentary*, vol. 24, N° 140, New Haven, 2007.

⁹ Ello ocurre, por ejemplo, con la cláusula de comercio (Commerce Clause), donde Jack Balkin investiga el sentido original de la expresión 'comercio', y legitima con argumentos originalistas la expansión de poderes del Congreso Federal, fortaleciendo con ello legislaciones promovidas por liberales de izquierda y permitiendo que casi todo (si no todo) pueda ser regulado por el Congreso (pp. 138-182). Lo interesante es que el originalismo siempre ha favorecido la tesis contraria, que restringe los poderes del Congreso y, por consiguiente, quita fundamento constitucional a dichas legislaciones. Entre otras, Jack Balkin se refiere también a la cláusula de *privileges and immunities* (pp. 183-219) y a la *equal protection clause* (pp. 220-255).

¹⁰ A esta misma conclusión llega DORF, *op. cit.*, pp. 2013-2014.

- BALKIN, Jack M., “Framework Originalism and the Living Constitution”, in *Northwestern University School of Law Review*, vol. 103, N° 2, Chicago, Illinois, 2009.
- BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, Cambridge, Massachusetts, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M., “Nine Perspectives on Living Originalism”, in *University of Illinois Law Review*, N° 3, Champaign, Illinois, 2012.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America*, New York, Touchstone, 1990.
- CALABRESI, Steven G., *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, The Federalist Society, 2007.
- DORF, Michael C., “The Undead Constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 125, Cambridge, Massachusetts, 2012.
- KOPPELMAN, Andrew, “Why Jack Balkin is Disgusting”, in *Constitutional Commentary*, vol. 27, Minneapolis, 2010-2011.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.
- WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 2009.