
¿Puede el «nuevo originalismo» garantizar la inteligibilidad de la Constitución?*

Can «New Originalism» Guarantee the Intelligibility of the Constitution?

Luciano D. LAISE

Universidad Austral (Argentina)
llaise@ius.austral.edu.ar

RECIBIDO: 25/04/2016 // ACEPTADO: 04/05/2016

Resumen: El presente artículo se dirige a dos objetivos fundamentales. En primer lugar, se reconstruirán las directivas interpretativas y los presupuestos semánticos del «nuevo originalismo» u «originalismo del significado público y original». Esta teoría, en muy apretada síntesis, supone que el significado de las disposiciones constitucionales fue fijado según el uso lingüístico generalizado de la época en que la Constitución fue adoptada y, además, que ese significado original es capaz de efectuar una contribución a la orientación y desarrollo de las prácticas constitucionales actuales. En segundo término, se examinarán las principales dificultades de una práctica interpretativa de tipo neo-originalista. Concretamente, se determinará la posibilidad de alcanzar o garantizar la objetividad de la interpretación constitucional a partir de los presupuestos semánticos sobre los que desansa el «nuevo originalismo».

Palabras clave: interpretación; originalismo; constitución; semántica; discrecionalidad; arbitrariedad.

Abstract: This article aims to analyze two main topics. First, I will offer a reconstruction of the interpretative methodology of the «New Originalism» or «Originalism of the Public and Original Meaning». That theory, in very few words, is says the meaning of constitutional clauses was fixed and, therefore, refers to the original and public linguistic use of the time when the Constitution was adopted. Besides, the New Originalism holds that the original meaning offers a contribution to the development of our current and actual constitutional practices. In the second part, I will analyze the main challenges of a new originalist constitutional practice. More specifically, I will examine the very possibility of reach or guarantee objectivity in the constitutional interpretation by the means of the semantic grounds in which New Originalism relies on.

Keywords: interpretation; originalism; constitution; semantics; discretion; arbitrariness.

* Este trabajo se inserta en un proyecto financiado por la Universidad Austral titulado: «Convencionalismos y realismos semánticos en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales: un estudio a partir de las teorías actuales de la interpretación constitucional» (I 04-13). El autor agradece las observaciones y sugerencias de los profesores Juan B. Etcheverry y Pilar Zambrano, quienes contribuyeron significativamente a mejorar la calidad final de este artículo. Las imperfecciones remanentes corren por cuenta del autor.

PLANTEAMIENTO

El nuevo originalismo es una de las aproximaciones teóricas que integran la familia de teorías originalistas. Ahora bien, ¿qué son las teorías originalistas en materia de interpretación constitucional? ¿Cuál es el «aire de familia» –utilizando la analogía wittgensteniana– que enlaza a las distintas versiones del originalismo contemporáneo? Solum ha dado una respuesta argumentando que existen dos afirmaciones centrales en las cuales convergen todos –o al menos casi todos– los autores que se autodenominan «originalistas»: 1) *la tesis de la fijación* que sostiene que el contenido semántico de cualquier disposición constitucional ha sido fijado al momento en el que el texto constitucional fue aprobado o ratificado; salvo que mediase una reforma o enmienda constitucional. 2) *La tesis de la contribución* por la cual se afirma que el significado original de la Constitución contribuye al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales actuales. Ambas tesis se encuentran íntimamente relacionadas porque el significado original tiene autoridad sobre los intérpretes hasta que se produzca una enmienda o reforma constitucional¹. Vale aclarar que la fijación no equivale a petrificación de la Constitución sino a una suerte de «desarrollo orientado» de las prácticas interpretativas a partir del significado original.

La hipótesis central de este artículo se podría sintetizar del siguiente modo: el «nuevo originalismo» no podría garantizar la inteligibilidad de la interpretación constitucional porque se apoya en presupuestos semánticos convencionales; esto es, en una prioridad al significado socialmente construido por sobre la referencia a la que aluden los enunciados constitucionales. De esta manera, los conceptos jurídicos en general y constitucionales en particular, serían puras construcciones sociales que responden a intereses políticos o, en el mejor de los casos, a convicciones de moralidad política sin conexión necesaria con la llamada «naturaleza de las cosas». En lo que a los derechos fundamentales respecta, este convencionalismo se traduce en la idea de que la libertad religiosa, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, por caso, resultan ser meras construcciones sociales –inventos en

¹ Cfr. SOLUM, L. B., «Semantic Originalism», *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers*, Series n° 07-24 (2008), 176 pp. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244> [última visita: 02-X-2014] 6-8. ID., «What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory», en *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, G. Huscroft y B. W. Miller (eds.), Cambridge University Press, New York, 2011, 33-35.

palabras de Carlos Nino— locales y temporales que manifiestan, o bien los intereses de un grupo social las convicciones políticas de una época y de un lugar determinados.

En virtud de la profusión de los debates en torno a las distintas teorías originalistas contemporáneas, este artículo se focalizará en una de las versiones teóricas del originalismo contemporáneo que ha venido tomando fuerte impulso en la teoría y práctica constitucional estadounidense en los últimos quince años (2000 a la fecha): el originalismo del significado público original². Los principales autores que se estudiarán en este artículo serán: Randy E. Barnett, Lawrence B. Solum, Keith E. Whittington y Antonin Scalia. Así, primero se expondrán las principales directivas interpretativas de la citada versión del originalismo contemporáneo. El objetivo de tal epígrafe se dirige a presentar sistemáticamente una práctica constitucional de acuerdo a quienes defienden el originalismo del significado público y original.

A grandes rasgos, se podría distinguir a esta versión del originalismo por centrarse en la interpretación *objetiva* del texto constitucional —y no en las intenciones semánticas de los constituyentes— y, además, por defender la idea de que el significado de las disposiciones constitucionales remite al uso lingüístico de la época en que fue adoptada la Constitución. Posteriormente, en el segundo epígrafe se procederá a identificar y sistematizar los presupuestos semánticos sobre los cuales se apoya esa teoría originalista. Cabe aclarar que la perspectiva que se adoptará en ambos epígrafes será eminentemente descriptiva e interna.

El tercer epígrafe, en cambio, partirá de los resultados de investigación que se extraerán de los dos primeros epígrafes de este trabajo para así realizar una evaluación o valoración crítica de los presupuestos semánticos del originalismo del significado público y original. En tal sentido, se analizará de qué modo el «nuevo originalismo» enfrenta dos cuestiones que desafían la inteligibilidad del significado de la Constitución. En concreto, se determinará de qué modo una práctica constitucional neo-originalista es capaz de superar dos

² Para Berman, un autor no originalista, es plausible que el originalismo se haya transformado en el paradigma dominante de la interpretación constitucional en la actualidad. Cfr. BERMAN, M. N., «Originalism is Bunk», *New York University Law Review*, 84 (2009), 1, 4. Para una posición similar, aunque desde una defensa del originalismo del significado público y original, BARNETT, R. E., *Restoring the Lost Constitution: the Presumption of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 2004, 91.

dificultades que atraviesan a toda interpretación constitucional que se apoya en una semántica convencionalista; esto es, a) el problema del regreso al infinito de interpretaciones; y b) el problema de la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial.

1. LAS DIRECTIVAS INTERPRETATIVAS

1.1. *Directiva interpretativa 1: la distinción entre interpretación y construcción*

Solum, Barnett y Whittington –tres de los principales epígonos del originalismo del significado público y original– afirman que la distinción entre interpretación y construcción ha venido ganando terreno en el campo de la teoría de la interpretación constitucional de la hora presente³. Si bien es justo mencionar que Solum y Barnett han reconocido que esta distinción proviene de la teoría de la interpretación contractual⁴; lo cierto es que la diferenciación entre un momento interpretativo y otro constructivo permite comprender apropiadamente el fenómeno más amplio que ambos llaman «práctica constitucional»; esto es, la aplicación del contenido de la Constitución a casos o situaciones particulares⁵. Aún más, Solum ha calificado a la distinción entre interpretación y construcción como una de las dos principales contribuciones

³ Cfr. SOLUM, L. B., «The Interpretative-Construction Distinction», *Constitutional Commentary* 27 (2010), 95, 95; ID., «Originalism and Constitutional Construction», *Fordham Law Review*, 82 (2013), 453, 468. BARNETT, R. E., «Interpretation and Construction», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (2011), 65. WHITTINGTON, K. E., *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*, Lawrence, Kansas University Press, 1999, 5.

⁴ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 67. Siendo más preciso, Barnett hace referencia al siguiente trabajo de interpretación contractual: FARNSWORTH, A., «'Meaning' in the Law of Contracts», *Yale Law Journal*, 76 (1967), 939, 953. Solum, en cambio, se remonta genéricamente –es decir, sin efectuar mayores precisiones– al siguiente trabajo de la ciencia jurídica estadounidense del s. XIX: LIEBER, F., *Legal and political hermeneutics, or, Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics: with Remarks on Precedents and Authorities*, Boston, C.C. Little and J. Brown, 1839, 254 pp. [en línea: <<https://ia700404.us.archive.org/33/items/legalpolitica-100lieb/legalpolitica00lieb.pdf>>] [última visita: 20-VII-2015]. SOLUM, L. B., «Communicative Content and Legal Content», *Notre Dame Law Review*, 89/2 (2013), 479, 483.

⁵ «We can rationally reconstruct interpretation and construction as two moments in a larger activity, which we can call 'constitutional practice'». SOLUM, L. B., «Construction and Constraint: Discussion of Living Originalism», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 7/1 (2013), 17, 23; ID., «Semantic Originalism», 67; BARNETT, «Interpretation and Construction», 67.

teóricas del «nuevo originalismo» –la otra sería el giro hacia el significado público y original que se examinará en el próximo subepígrafe–⁶.

Ahora bien, ¿en qué consiste la distinción entre el momento interpretativo y el constructivo que supondría una práctica constitucional? Según Barnett, Whittington y Solum, la interpretación consistiría en la actividad dirigida a dilucidar el contenido semántico de una disposición constitucional⁷. Así, como mantiene Whittington, «interpretación es descubrimiento» del significado que se encuentra en el texto⁸. De esta manera, tal como sugiere Barnett, lo que especifica al originalismo del significado público y original como método de la interpretación constitucional es la defensa de dos tesis: a) el contenido semántico del texto constitucional fue fijado al momento de su sanción y que; b) tal significado debería guiar a los actores constitucionales; salvo que mediase una reforma o enmienda de la Constitución escrita⁹. El segundo momento de una práctica constitucional es la construcción que, de acuerdo a Solum y Barnett, conlleva el proceso por medio del cual un texto jurídico produce determinados efectos¹⁰. Por tanto, la construcción es la implementación o aplicación del significado lingüístico de las disposiciones constitucionales.

Según Barnett y Solum, las razones que justificarían la distinción entre interpretación y construcción se siguen de dos problemas distintos que suelen caracterizar a los enunciados constitucionales: la ambigüedad y la vaguedad¹¹. Ambos autores, en efecto, afirman que la interpretación se centra prioritariamente sobre el problema de la ambigüedad que caracteriza a muchas disposiciones constitucionales¹². En tal sentido, Barnett y Solum remarcan que la ambigüedad supone que las palabras o frases que integran el texto constitucional pueden suscitar más de un sentido o significado lingüístico en el contexto de una práctica interpretativa¹³. De hecho, para disipar tales ambigüedades, prosiguen los citados autores, generalmente bastaría con una dilucidación del

⁶ Cfr. SOLUM, «Originalism and Constitutional Construction», 527.

⁷ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 67; ID., «The Interpretative-Construction Distinction», 96; «Originalism and Constitutional Construction», 468. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation...*, 5. BARNETT, «Interpretation and Construction», 66.

⁸ Cfr. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation...*, 5.

⁹ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 66.

¹⁰ Cfr. *ibid.*, 67-68. SOLUM, «The Interpretative-Construction Distinction», 96.

¹¹ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 67-68. SOLUM, «Semantic Originalism», 67-69.

¹² Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 68. BARNETT, «Interpretation and Construction», 68.

¹³ Cfr. SOLUM, «The Interpretative-Construction Distinction», 97.

significado lingüístico original¹⁴. Por lo tanto, a mayor evidencia histórica que permite dilucidar tal significado original, menor es el margen o espacio para la construcción constitucional. Así, por ejemplo, la disposición constitucional estadounidense o argentina que exige treinta años para ser senador requiere una construcción muy escasa o prácticamente nula.

En cambio, de acuerdo a los citados autores, la construcción se apoya fundamentalmente en otra característica de las formulaciones lingüísticas por medio de las cuales se enuncian las disposiciones constitucionales: la vaguedad¹⁵. Se trata de una noción técnica que se originó en la filosofía del lenguaje que supone una «zona de penumbra» o un elenco de «casos límites» en los que no resultaría del todo claro si un determinado objeto se encuentra incluido o no dentro del rango de significado de una palabra o frase¹⁶. Por lo tanto, los enunciados constitucionales vagos, incluso dentro de las coordenadas del originalismo del significado público y original, no prescriben de qué modo los actores constitucionales deben poner en efecto o implementar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales¹⁷.

Situados en este contexto, sería conveniente remarcar que Solum y Barnett afirman que las palabras y frases a través de las cuales fueron enunciadas muchas de las disposiciones constitucionales que se caracterizan por su vaguedad no implican una indeterminación sino una infradeterminación lingüística (*under-determinacy*)¹⁸. Esta infradeterminación conlleva que el contenido semántico de los enunciados constitucionales no condicionaría enteramente a todas sus posibles implementaciones o aplicaciones. En tal sentido, Solum sugiere que los enunciados constitucionales infradeterminación exigen llevar a cabo una complementación o, mejor dicho, una construcción del texto de

¹⁴ Cfr. R. E. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», *Fordham Law Review*, 83 (2013), 411, 416-417. SOLUM, «Semantic Originalism», 72.

¹⁵ Cfr. SOLUM, «The Interpretative-Construction Distinction», 98. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 121. WHITTINGTON, K. E., «Constructing a New Constitution», *Constitutional Commentary*, 27 (2010), 119, 122.

¹⁶ Cfr. SOLUM, «The Interpretative-Construction Distinction», 98. BARNETT, «Interpretation and Construction», 67.

¹⁷ Cfr. SOLUM, «The Interpretative-Construction Distinction», 102. BARNETT, «Interpretation and Construction», 68.

¹⁸ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 70-71; ID., «On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma», *The University of Chicago Law Review*, 54 (1987), 462, 472-473. En este último trabajo el citado autor originalista desarrolla la distinción entre indeterminación e infradeterminación. BARNETT, R. E., «The Misconceived Assumption about Constitutional Assumptions» *103/2 Northwestern University Law Review* (2009), 615, 618.

la Constitución. Solo así resultaría posible una efectiva implementación del significado lingüístico original¹⁹. Dicho de otra manera, la vaguedad de las disposiciones constitucionales pone especialmente de relieve la insuficiencia del significado lingüístico original para ser aplicado o implementado directamente.

Es preciso destacar que la construcción constitucional representa un punto de intenso debate dentro de la tradición originalista actual, tal como afirma Danaher²⁰. Estas cuestiones serán examinadas en mayor nivel de detalle en la directiva interpretativa 4 de este trabajo –las vías de construcción del significado público y original–. Con todo, por el momento bastará con indicar que Solum y Barnett advierten que las construcciones constitucionales resultan más discutibles porque implican valoraciones práctico-normativas; esto es, compromisos con alguna teoría normativa que guíe a los actores constitucionales cuando el significado lingüístico original requiere de una complementación para poder ser efectivamente implementado²¹. En cambio, según Solum, la interpretación sería «éticamente neutral» o «escasamente normativa»²². Por ello, Barnett y Solum llegan al punto de sostener que la interpretación supondría la mera dilucidación o esclarecimiento de una «cuestión de hecho»²³. Así, tales autores afirman que el concepto de «significado» se integra por un conjunto de elementos fácticos que pueden ser discernidos a la luz de la evidencia histórica disponible. Con otras pala-

¹⁹ Cfr. SOLUM, «The Interpretative-Construction Distinction», 103.

²⁰ Cfr. DANAHER, J., «Common Knowledge, Pragmatic Enrichment and Thing Originalism», *Jurisprudence* (2015) 1, 5.

²¹ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 70.

²² Cfr. SOLUM, «The Interpretative-Construction Distinction», 104.

²³ «Meanings in the semantic sense are facts determined by the evidence». SOLUM, «Semantic Originalism», 36; ID., «The Interpretative-Construction Distinction», 99. En un sentido muy similar, «Although the objective meaning of words sometimes evolves, words have an objective social meaning at any given time that is independent of our opinions of that meaning, and this meaning can typically be discovered by empirical investigation»; BARNETT, «Interpretation and Construction», 66; ID., «The Gravitational Force of Originalism», 415. WHITTINGTON, K. E., «Originalism: a Critical Introduction», *Fordham Law Review*, 82/2 (2013), 375, 377. En contra de la tesis del significado como hecho, por ejemplo, cabría citar a Putnam quien defiende que el conocimiento de los hechos presupone el conocimiento de determinados valores, PUTNAM, H., *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Harvard University Press, Cambridge, 2002, 141. Desde una tradición filosófica distinta a la del último autor, aunque en contra de la posibilidad de un concepto neutral o avalorativo de significado, DWORKIN, R., «The Forum of Principle», *New York University Law Review*, 56 (1981), 469, 497-498.

bras, la dilucidación del significado sería una actividad de índole estrictamente empírica²⁴.

Resumendo, según Barnett y Solum, el significado lingüístico del texto constitucional, en algunas ocasiones, podría proporcionar suficiente e inequívoca información para resolver un caso particular y, por tanto, su implementación dejaría solo un estrecho margen para la construcción constitucional²⁵. En tales casos, en efecto, la construcción apenas se podría distinguir conceptualmente de la interpretación. Por ejemplo, la norma constitucional que prescribe que todo senador debe tener al menos treinta años de edad, requiere tan solo de una minúscula construcción constitucional. En cambio, la interpretación originalista resultaría insuficiente frente a disposiciones constitucionales caracterizadas por un alto nivel de vaguedad. En tales extremos, haría falta complementar la interpretación constitucional con una construcción dirigida a implementar o aplicar el significado lingüístico original.

1.2. *Directiva interpretativa 2: la distinción entre significado público original e intenciones originales*

Los defensores del originalismo del significado público original –v. gr., Barnett, Whittington, Solum y Scalia– sostienen que la metodología interpretativa originalista que proponen no remite a las intenciones semánticas de los autores o ratificadores de la Constitución para dilucidar el contenido semántico de las disposiciones constitucionales. En cambio, esta versión del originalismo contemporáneo hace referencia al significado público del texto constitucional de la época en que éste fue puesto en vigencia²⁶. Aún más, Barnett y Whittington prescinden abiertamente de toda referencia a las inten-

²⁴ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 66.

²⁵ Cfr. *ibid.*, 67.

²⁶ Cfr. WHITTINGTON, K. E., «The New Originalism», *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2 (2004), 599, 609; ID., «Originalism: a Critical Introduction», 378. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 89. SOLUM, «Semantic Originalism» 18-19; ID., «Originalism and the Unwritten Constitution», *The University of Illinois Law Review*, 5 (2013), 1935, 1943. SCALIA, A., «Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and the Law», en AA.VV., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, New Jersey, 1997, 38; ID., «The Rule of Law as a Law of Rules», *The University of Chicago Law Review*, 56/4 (1989), 1175, 1184. CISNEROS, L. A., «The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: a Useful Fiction», *Constitutional Commentary*, 27 (2010), 71, 73.

ciones subjetivas, motivaciones o expectativas de los autores que defendían un originalismo de cuño intencionalista para así centrarse en el esclarecimiento del significado público y original de la Constitución²⁷.

La prevalencia del significado lingüístico del texto constitucional por sobre las «intenciones originales», según Barnett, se habría originado en un ya clásico artículo de Antonin Scalia: «Originalism: the Lesser Evil»²⁸; particularmente el pasaje en que sostiene: «What I look for in the Constitution is precisely what I look for in a statute: the original meaning of the text, not what the original draftsmen intended»²⁹. Tal preeminencia, en rigor, no implica considerar que las intenciones de los autores de la Constitución serían completamente irrelevantes para determinar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales³⁰ sino que, como afirma Whittington, la evidencia histórica que respalda aquello que los constituyentes o ratificadores pretendieron significar podría ser una fuente de información para dilucidar el significado público y original del texto constitucional³¹.

Más en concreto, según Whittington, para algunos autores originalistas tales como Kay, *original intent* refiere a «subjective states of mind of individual Framers»³² y para otros autores tal noción también hacía referencia al significado público o convencional del texto. Frente a ello, el giro hacia el significado original habría servido para enfatizar que la tarea del intérprete consiste en buscar la evidencia que ilumine el significado público y original del texto constitucional, en vez del significado intentado por los autores o ratificadores³³.

²⁷ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 92. WHITTINGTON, «The New Originalism», 610.

²⁸ Cfr. BARNETT, R. E., «Scalia's Infidelity: a Critique of «Faint-Hearted» Originalism», *University of Cincinnati Law Review*, 75 (2006), 7, 9.

²⁹ SCALIA, «Common-Law Courts in a Civil-Law System...», 38.

³⁰ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 92; ID., «The Original Meaning of the Commerce Clause», *The University of Chicago Law Review*, 68 (2001), 101, 105.

³¹ Cfr. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation...*, 35.

³² Cfr. WHITTINGTON, «Originalism: a Critical Introduction», 379. El último autor, en la nota 34 del citado artículo hace referencia al siguiente trabajo de KAY, R. S., «Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudications: Three Objections and Responses», *Northwestern University Law Review*, 82 (1988), 226. Tal referencia omite indicar la página particular del trabajo de Kay que respalda la aseveración de Whittington. Además, como se ha expuesto en el capítulo precedente, Kay –al igual que la mayoría de los defensores del originalismo intencionalista– se han esforzado por aclarar que la noción de «intenciones originales» no debe confundirse con la noción de motivaciones subjetivas y, por lo mismo, tales intenciones semánticas solo interesan en la medida en que pudieran haber sido reconocidas por el público destinatario de las normas constitucionales.

³³ Cfr. WHITTINGTON, «Originalism: a Critical Introduction», 381; ID., «The New Originalism», 609.

En definitiva, Whittington, Barnett y Solum afirman que la defensa del originalismo del significado público original no tendría razón alguna para centrar la práctica interpretativa en cuestiones tales como la dilucidación de lo que pretendieron significar los constituyentes o ratificadores con tal o cual disposición constitucional. En contraste, ambos autores sostienen que el «nuevo originalismo» focaliza sus esfuerzos en la reconstrucción del significado lingüístico original; vale decir, el significado convencional que se le atribuía a las diversas disposiciones constitucionales en la época en que la Constitución fue puesta en vigencia³⁴. En otras palabras, el «nuevo originalismo» solo se interesaría por dilucidar el significado que convencionalmente se le atribuía a las disposiciones constitucionales en la época en que éstas fueron aprobadas o ratificadas. Ahora bien, cabe preguntarse cómo se efectúa la reconstrucción del significado lingüístico original. Sobre este punto versará el próximo subepígrafe.

1.3. *Directiva interpretativa 3: las vías de interpretación del significado público y original*

Las distintas versiones del originalismo del significado público y original coinciden en que el método interpretativo originalista radica en discernir lo que un «usuario razonable del lenguaje» hubiera entendido que significaban las palabras del texto constitucional, en la época de su aprobación y/o ratificación³⁵. Ese discernimiento o dilucidación, en efecto, resultaría una actividad de naturaleza eminentemente empírica, puesto que consistiría en el esclarecimiento de elementos fácticos que, por lo mismo, serían de naturaleza verificable³⁶. Así, de acuerdo a Barnett, la actividad interpretativa se caracterizaría por ser eminentemente descriptiva o, como dice Solum, «escasamente normativa»³⁷. Aún más, interpretar consistiría en dilucidar el significado de conceptos que se encuentran determinados por prácticas sociales; siendo más específicos, por prácticas lingüísticas de carácter convencional³⁸.

³⁴ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 93. SOLUM, «Semantic Originalism», 51-52.

³⁵ Cfr. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 413; ID., «The Original Meaning of the Commerce Clause», 105; «An Originalism for Nonoriginalists», 621. En un sentido similar, SOLUM, «Semantic Originalism», 28-29.

³⁶ Cfr. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 415; ID., «Interpretation and Construction», 66; «The Misconceived Assumption...», 659. SOLUM, «Semantic Originalism», 28.

³⁷ Cfr. *ibid.*

³⁸ Cfr. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 415.

De esta manera, el «nuevo originalismo», según Barnett y Solum, pretende dilucidar hechos lingüísticos pasados a los que refieren cada una de las disposiciones constitucionales³⁹. En este sentido, Solum afirma que el método interpretativo neo-originalista consistiría en la reconstrucción de tales hechos lingüísticos a partir de la evidencia histórica disponible, a fin de disipar las ambigüedades que podría suscitar la interpretación de la Constitución para un usuario contemporáneo del lenguaje constitucional. Esa evidencia histórica, sin embargo, no siempre podría llegar a precisar con suma exactitud cuál era el significado público o convencional de las disposiciones constitucionales en el momento en que éstas fueron aprobadas o ratificadas⁴⁰. Con todo, la reconstrucción del significado público original al menos permitiría disipar las ambigüedades estableciendo cuál entre los varios sentidos sería el más probable o verosímil⁴¹. Dicho de otro modo, la metodología interpretativa originalista sería capaz de determinar, cuanto menos, el sentido o significado más plausible de una norma constitucional ambigua.

Así, por ejemplo, la expresión «violencia doméstica» que enuncia el Artículo IV de la Constitución de los Estados Unidos de América podría suscitar ambigüedades para un usuario actual del lenguaje constitucional estadounidense. De hecho, para un intérprete actual esa disposición constitucional remite a dos sentidos radicalmente distintos entre sí. Por un lado, «violencia doméstica» podría referir a situaciones de violencia intrafamiliar y, por el otro, a «disturbios públicos». Si se empleara una metodología interpretativa de corte neo-originalista, se podría dilucidar tal significado a través de una indagación de naturaleza centralmente empírica y fáctica. Más en concreto, tales indagaciones arrojarían que «violencia doméstica» hace referencia al segundo sentido; esto es, a graves disturbios públicos. En definitiva, lo que ambos autores pretenden remarcar es que se podrían disiparse las ambigüedades que suscitara el lenguaje constitucional por medio de la reconstrucción de un hecho lingüístico acaecido en la época en que la Constitución fue aprobada o ratificada.

Un punto que es importante destacar es que tal reconstrucción, como señala Barnett, no sería guiada por consideraciones de tipo normativo en torno a cuál es el significado que el intérprete constitucional debiera haber adopta-

³⁹ Cfr. *ibid.*, 416; ID., en sentido similar, «Interpretation and Construction», 66; «Aftetword», en BARNETT, R. A., *Restoring the Lost Constitution*, 2nd edition, Princeton University Press, New Jersey, 2013, 389. SOLUM, «Semantic Originalism», 36.

⁴⁰ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 68.

⁴¹ Cfr. *ibid.*

do⁴². En efecto, como indica Solum, la naturaleza eminentemente empírica de la actividad interpretativa se limitaría a mostrar cuál es el significado público y original de una norma constitucional⁴³. Por consiguiente, interpretar consistiría simplemente en describir cuál era el significado convencional de los enunciados constitucionales en la época en que el texto constitucional fue aprobado o ratificado, sin que ello implique tomar partido en torno a las razones por las cuales cabría o no aplicar tal significado original a un hecho particular y concreto.

Barnett ha aplicado un método interpretativo de corte neo-originalista para determinar el significado lingüístico de varios conceptos constitucionales tales como «control de constitucionalidad» *–judicial review–*, «derechos no enunciados» o «poder de policía»⁴⁴. Con todo, quizá los mejores ejemplos de una práctica interpretativa de tipo neo-originalista hayan sido los estudios de Barnett en torno al significado lingüístico original del concepto de «comercio» que recoge explícitamente el propio texto constitucional estadounidense⁴⁵. Esto implicó analizar la evidencia histórica disponible y realizar un relevamiento exhaustivo de los usos relevantes que se detectan en los textos de la época en que fue aprobada la Constitución⁴⁶. En tal clase de prácticas interpretativas cabe identificar tanto los desvíos del uso dominante como las prácticas convergentes o recurrentes en las comunidades lingüísticas de la época en que se aprobó y ratificó el texto constitucional.

De hecho, Barnett examinó diversos recursos bibliográficos de la época en que se aprobó el texto constitucional como, por ejemplo, los debates de la Convención Constituyente de Filadelfia, los escritos de los Federalistas, los debates de las convenciones ratificadoras estatales, la jurisprudencia y doctrina de la época en que fue sancionada y ratificada la Constitución⁴⁷. Posteriormente, en un segundo artículo, Barnett complementó los resultados de la anterior investigación con un relevamiento de más de 1.500 usos del térmi-

⁴² Cfr. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 416.

⁴³ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 51.

⁴⁴ Concretamente, a la fecha de la presentación de esta monografía, Barnett ha analizado el significado original de los conceptos constitucionales de «control judicial de constitucionalidad», «derechos no enunciados», «comercio», «poder de policía», entre otros. Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, cap. 6, 9, 11 y 12.

⁴⁵ Cfr. CEU, Artículo 1, Sección 8, Clausula 3.

⁴⁶ Cfr. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 416.

⁴⁷ Cfr. BARNETT, «The Original Meaning of the Commerce Clause», 111-132. En un sentido similar, SOLUM, «Semantic Originalism», 51.

no «comercio» en la Gaceta de Pensilvania, en un período que comprendía sesenta y nueve años (1731-1800)⁴⁸. A grandes rasgos, tales indagaciones concluyeron que el significado original de «comercio» hacía referencia al intercambio o venta de bienes de un estado a otro pero, además, eso se extendía también a los medios de transporte de esos bienes⁴⁹.

Recapitulando, según neo-originalistas como Barnett, Solum y Whittington, la faz interpretativa de una práctica constitucional originalista consiste en dilucidar el significado lingüístico de las disposiciones constitucionales a la luz de la evidencia histórica que permita conocer las convenciones semánticas de la época en que se aprobó o ratificó la Constitución. Esa dilucidación podría servirse de los debates de las asambleas constituyentes ratificadoras, originarias o reformadoras pero también de todo otro documento histórico que permitiera discernir lo que los enunciados constitucionales significaban para los usuarios del lenguaje de la época en que la Constitución fue puesta en vigencia. Dicho de otro modo, el conocimiento del uso lingüístico pasado al que refieren las distintas disposiciones que integran la Constitución puede llevarse a cabo por medio de cualquier clase de documento histórico que posibilite la reconstrucción de las convenciones semánticas a las que refieren cada una de las normas constitucionales.

1.4. *Directiva interpretativa 4: las vías de construcción del significado público y original*

Barnett⁵⁰, Whittington⁵¹ y Solum⁵² conceden que el significado lingüístico original no siempre es capaz de brindar una respuesta definitiva a las múltiples problemáticas interpretativas que podrían suscitar las disposiciones constitucionales vagas o irreductiblemente ambiguas. Frente a tales cuestiones, el originalismo del significado público y original propone complementar a la práctica constitucional interpretativa con una metodología constructiva. Tal

⁴⁸ Cfr. BARNETT, R. E., «New Evidence of the Original Meaning of the Commerce Clause», *Arkansas Law Review*, 55 (2003), 847, 856-862. En un sentido similar, se ha sugerido que para descubrir cuál era el significado de una cláusula constitucional del s. XVIII habría que consultar fuentes tales como diarios, panfleto políticos, «(...) and a variety of other general sources for evidence about the meaning of particular phrases». SOLUM, «Semantic Originalism», 51.

⁴⁹ Cfr. BARNETT, «The Original Meaning of the Commerce Clause», 146.

⁵⁰ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 121.

⁵¹ Cfr. WHITTINGTON, «Constructing a New Constitution», 120.

⁵² Cfr. SOLUM, «The Interpretation-Construction Distinction», 107.

construcción se dirige a brindar una solución para aquellas situaciones en las que la dilucidación del significado lingüístico original resulta insuficiente para guiar al intérprete actual⁵³. En otras palabras, la práctica constitucional originalista requiere complementarse con un momento constructivo en aquellos casos o situaciones en los que no basta con el despliegue de una metodología interpretativa propiamente dicha.

Lo anterior podría ilustrarse mejor con un clásico ejemplo de construcción constitucional: el control judicial de constitucionalidad de tipo difuso. Tal control fue establecido a través de una creación pretoriana de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el célebre caso «Marbury v. Madison»⁵⁴, y, por lo mismo, no surge principalmente de una interpretación propiamente dicha del texto de la Constitución. Sin embargo, ese control resultaría un medio idóneo para implementar o poner en efectiva vigencia al significado lingüístico original de la expresión «ley suprema» incorporada al artículo 6, cláusula segunda, de la Constitución de los Estados Unidos de América⁵⁵. Así, debido a que el texto constitucional estadounidense se limita a enunciar genéricamente la supremacía de la Constitución, sin establecer ningún modo o garantía específica para implementar tal supremacía, la construcción que propone una práctica constitucional originalista parte de un «piso mínimo», proporcionado por el significado lingüístico original⁵⁶, y sobre tal piso construye la doctrina judicial del mencionado tipo de control de constitucionalidad. Sin embargo, cabría preguntarse, ¿cuál es el límite superior o «techo» de la dimensión constructiva de una práctica constitucional de corte originalista?

La respuesta a tal pregunta es un punto de divergencia entre los propios defensores del «nuevo originalismo»⁵⁷. De hecho, si bien Whittington y Barnett coinciden en reconocer la inevitabilidad de la construcción constitucional

⁵³ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 68-69.

⁵⁴ Cfr. «Marbury v. Madison», 5 US 137 (1803).

⁵⁵ «Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado». Cfr. *CEU*, Artículo seis, cláusula segunda.

⁵⁶ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 125. WHITTINGTON, «Constructing a New American Constitution», 121.

⁵⁷ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 70. En un sentido similar, SOLUM, «What is Originalism...», 12.

de disposiciones vagas o irreductiblemente ambiguas, remarcan que la citada versión del originalismo contemporáneo no ha arribado a un consenso generalizado sobre *cómo* construir tales disposiciones⁵⁸. Las razones que darían origen a tales divergencias, según Solum y Barnett, se explicarían en virtud de las múltiples visiones que justificarían una práctica constitucional de tipo originalista⁵⁹. Dicho de otra manera, las discusiones sobre los límites de la construcción constitucional reflejan intensos niveles de desacuerdo teórico entre los neo-riginalistas en torno a la justificación normativa sobre la que descansa el originalismo del significado público y original.

a) En relación a las distintas caracterizaciones de la construcción constitucional, Whittington afirma que la construcción es una actividad de naturaleza «esencialmente política»⁶⁰. Vale aclarar que el citado profesor de Princeton reconoce que, de hecho, los jueces se han atribuido la facultad de construir o implementar las cláusulas constitucionales vagas⁶¹. El punto que Whittington remarca no es tanto que los jueces no podrían, bajo ninguna circunstancia, atribuirse la facultad de construir o implementar las disposiciones constitucionales vagas sino que los jueces no se han de arrojar para sí mismos la posibilidad de construir la Constitución para limitar, condicionar o excluir las construcciones que los poderes políticos han resuelto en el ámbito de sus respectivas atribuciones constitucionales⁶². En consecuencia, Whittington cuestiona la posibilidad de que las construcciones constitucionales de los jueces prevalezcan por encima de las decisiones que tomaron los representantes de los poderes políticos elegidos democráticamente al momento de implementar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales. Dicho de otra manera, lo que Whittington objeta es que las construcciones constitucionales de los jueces se impongan sobre las que realizan los poderes políticos, en el marco de sus competencias.

b) En segundo lugar, cabría mencionar a Barnett quien desde una concepción política de tipo liberal-libertaria⁶³ defiende una noción de construc-

⁵⁸ Cfr. WHITTINGTON, «Originalism: a Critical Introduction», 403-404. BARNETT, «Interpretation and Construction», 70.

⁵⁹ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 70. SOLUM, «Construction and Constraint...», 34.

⁶⁰ Cfr. WHITTINGTON, «Constructing a New American Constitution», 127.

⁶¹ Cfr. *ibid.*, 125-126.

⁶² Cfr. *ibid.*, 127.

⁶³ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 100.

ción constitucional que, como el mismo autor reconoce, desborda las fronteras del originalismo, excepto en un solo punto: ninguna construcción podría contradecir o cercenar el significado lingüístico original⁶⁴. Así, propone justificar normativamente la actividad constructiva sobre una determinada concepción de la legitimidad constitucional que se dirige a proteger efectivamente los «derechos retenidos por el pueblo» *–rights retained by the people–* que enuncia la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América⁶⁵. Más aún, Barnett sostiene que el reconocimiento de una serie de derechos preexistentes y anteriores sería la causa misma de la institución del gobierno⁶⁶. Es en este contexto de ideas, según el citado autor, que el texto constitucional estadounidense introdujo la novena enmienda (1791). De hecho, en la época en que se adoptó tal enmienda era común utilizar la noción de «derechos naturales» para hacer referencia a los «derechos preexistentes»⁶⁷. Esto, de acuerdo a Barnett, se inspiraría en una famosa idea plasmada en la Declaración de Independencia de Estados Unidos:

«Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad (...)»⁶⁸.

⁶⁴ Para una defensa de los presupuestos liberales-libertarios en los que descansa la noción de construcción constitucional que mantiene de BARNETT, R. E., «The Libertarian Middle Way», *Chapman Law Review*, 16 (2012), 349, 358. Para una defensa de una caracterización libertaria de la Constitución de los Estados Unidos de América, BARNETT, «Is the Constitution Libertarian?», *Cato Supreme Court Review*, 9 (2009), 9-33; ID., *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 3 y ss.

⁶⁵ Cfr. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 420.

⁶⁶ Cfr. BARNETT, R. E., «Constitutional Legitimacy», *Columbia Law Review*, 103 (2003), 111, 141-142.

⁶⁷ Cfr. BARNETT, «Constitutional Legitimacy», 142.

⁶⁸ Cfr. *La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 4 de julio de 1776*. [Se cita por la traducción oficial de los Archivos Nacionales de Estados Unidos de América]. En línea: <www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html> [última visita: 24-IV-2014].

Así, Barnett afirma que los límites de la actividad constructiva se enmarcarían dentro de los «derechos naturales», que dan origen al gobierno del Estado. Aún más, la legitimidad de la Constitución, como de toda actividad que se sigue de ella, tales como la interpretación o la construcción, se apoyaría en el respeto a los derechos de los individuos que preceden y dan fundamento al establecimiento de un gobierno constitucional.

c) En tercer lugar, cabe mencionar la posición de Solum en torno a la construcción constitucional, quien no avanza en la defensa de un modo específico de construcción constitucional sino que se ha concentrado en resaltar la ineludible necesidad de una «zona de construcción» en el ámbito de la práctica constitucional de tipo neo-originalista⁶⁹. No obstante, Solum comparte una posición similar a la de Whittington cuando sostiene que:

«A simpler articulation of that principle might be formulated in terms of H. L. A. Hart's distinction between the core and penumbra: in the core, judges should follow the clear meaning of the constitutional text, but, in the penumbra, they should defer to the political branches. This theory of construction is justified on grounds –in this case by the value of rule of law– but it does not authorize judges to use their own beliefs»⁷⁰.

Así es posible sugerir que Solum destaca la dimensión institucional de la construcción constitucional. El citado profesor de Georgetown remarca que la construcción de normas constitucionales debe ponerse en conexión tanto con las capacidades institucionales del Poder Judicial como con la integridad de los jueces⁷¹. De hecho, pareciera que esta teoría originalista desconfía de la integridad o fortaleza institucional de los jueces y, por lo mismo, propone acotar los márgenes de construcción que podrían desplegar los magistrados judiciales. Solum, en efecto, sostiene que las prácticas constructivas deben prestarle una apropiada deferencia a las decisiones adoptadas por los poderes políticos; siempre y cuando esto no resulte contrario al significado lingüístico original⁷².

Recapitulando, los principales autores que defienden el «nuevo originalismo» –Whittington, Barnett y Solum– coinciden en que una práctica cons-

⁶⁹ Cfr. SOLUM, «Originalism and Constitutional Construction», 455-537; ID., «Construction and Constraint...», 17-34.

⁷⁰ SOLUM, «The Interpretation-Construction Distinction», 105-106.

⁷¹ Cfr. SOLUM, «Construction and Constraint...», 34.

⁷² Cfr. *ibid.*, 33.

titucional originalista, particularmente frente a disposiciones constitucionales vagas o irremediabilmente ambiguas, exige el despliegue de una actividad constructiva. Sin embargo, Whittington y Barnett difieren en torno a cómo se debería llevar a cabo tal construcción constitucional. Esas diferencias, en última instancia, se apoyan en divergentes justificaciones normativas en relación a las razones por las que se debe llevar a cabo una práctica constitucional de corte neo-originalista. Whittington entiende que el «nuevo originalismo» se justificaría normativamente en la medida en que los jueces no se atribuyan para sí mismos la potestad de implementar la Constitución con la finalidad de dejar sin efecto las decisiones de los poderes políticos dirigidas a construir, implementar o aplicar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales. Barnett, en contraste, entiende que el fundamento sobre el cual descansa el originalismo del significado público y original consiste en la protección de los derechos naturales de las personas. Así, la legitimidad de toda construcción constitucional dependería de su capacidad de efectividad tales derechos naturales.

Por lo tanto, el respeto a las construcciones realizadas por los poderes políticos radica no solo en su adecuación con el significado original sino en su idoneidad para proteger los derechos naturales de los ciudadanos. Por último, cabría mencionar a Solum quien defiende la inevitabilidad de la construcción constitucional pero a la vez sostiene que las prácticas constructivas deben prestarle una apropiada deferencia a las decisiones adoptadas por los poderes políticos; siempre y cuando ello último no resultase contrario al significado lingüístico original. Así, la diferencia entre la propuesta de Solum y la Whittington es tenue y se limita a las razones por las cuales cabría guardarle deferencia a las construcciones de los poderes políticos. Whittington se focaliza en razones de diseño institucional y dinámica entre los poderes constituyentes. En cambio, Solum pareciera justificar tal deferencia en una combinación entre desconfianza en la integridad personal de los jueces y escasa fortaleza institucional del Poder Judicial frente al resto de los poderes del estado.

2. LOS PRESUPUESTOS SEMÁNTICOS

Como señala Danaher, en el debate contemporáneo del originalismo se han desarrollado dos visiones en torno al contenido comunicativo de los «actos de habla» constitucionales. Por un lado, cabría identificar la versión *intencionalista* que mantiene que el contenido lingüístico que comunica el texto constitucional se dilucida a la luz de las intenciones de los ratificadores y/o

constituyentes⁷³. Por la otra parte, existe una *versión convencionalista* que se caracteriza por sostener que el contenido semántico que es comunicado por medio del texto constitucional podría discernirse a través de una referencia al significado público de las disposiciones constitucionales, según los usos lingüísticos de la época en que éstas fueron adoptadas⁷⁴. En el presente epígrafe se reconstruirán sistemáticamente las principales tesis semánticas que presupone el originalismo del significado público y original.

En tal sentido, quisiera dejar en claro que se analizarán centralmente aquellos trabajos de autores que defienden el «nuevo originalismo». Esto resulta particularmente desafiante porque, como señala Leduc, las teorías originalistas no suelen prestar una cuidadosa atención a cuestiones lingüísticas que desvelan a muchos filósofos y juristas contemporáneos⁷⁵. Con todo, es preciso reconocer que el «nuevo originalismo» presenta mayores refinamientos teóricos que el originalismo intencionalista en lo que respecta a los presupuestos semánticos sobre los que descansan las prácticas constitucionales.

Así, en primer lugar, se examinará la centralidad del «significado de la oración» o, en terminología constitucionalista, el «significado de las disposiciones constitucionales». Posteriormente, se analizará el concepto de «significado como hecho» –*meaning as a matter of fact*– que los epígonos del «nuevo originalismo» asumen como un postulado semántico fundamental sobre el que se asienta la distinción entre interpretación y construcción. En tercer lugar, se examinará la noción de «conocimiento compartido» sobre la que se asienta la posibilidad de inteligir o comprender el significado lingüístico original. En cuarto lugar, se analizará el «contexto de habla» como elemento que podría modificar o matizar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales. Finalmente, se estudiará la «división del trabajo lingüístico» que conllevaría la posibilidad de explicar el significado de los mentados «términos del arte»; esto es, en muy apretada síntesis, conceptos cuyo significado solo puede ser conocido mediante una referencia a una comunidad de usuarios especializados en el manejo de un lenguaje técnico.

Antes de proseguir quisiera dejar en claro que el objetivo de este epígrafe es centralmente descriptivo y, por lo mismo, se dejará para la sección sub-

⁷³ Cfr. DANAHER, J., «The Normativity of Linguistic Originalism: a Speech Act Analysis», *Law and Philosophy* (2015), 3. En línea: DOI 10.1007/s10982-015-9227-z. [última visita: 12-X-2015]

⁷⁴ Cfr. *ibid.*

⁷⁵ Cfr. LEDUC, A., «The Relationship of Constitutional Law to Philosophy: Five Lessons from the Originalism Debate», *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 12 (2014), 99, 146.

siguiente –§ III «Apuntes críticos»– la evaluación crítica de los presupuestos semánticos que se expondrán en estas próximas páginas.

2.1. *La centralidad del «significado de las disposiciones constitucionales»*

Desde el punto de vista de la teoría del significado aplicada a los enunciados constitucionales, cabría preguntarse si tiene suficiente poder explicativo una distinción canónica, muy utilizada por el originalismo de intenciones originales, entre «significado del hablante» –*speakers meaning*– y «significado de la oración» –*sentence meaning*–. En tal sentido el originalismo del significado público y original retoma esa distinción que se encuentra particularmente desarrollada en los trabajos de Paul Grice, tanto en sus contribuciones a la lingüística como en su filosofía del lenguaje⁷⁶. Así, como afirma Solum, el «significado de los constituyentes» sería el equivalente constitucional al «significado del hablante» y el «significado de las disposiciones constitucionales» se podría equiparar al «significado de las oraciones»⁷⁷.

De este modo, mientras el originalismo de intenciones originales se caracterizaba por cargar las tintas sobre el «significado de los constituyentes», el originalismo del significado público y original se focaliza en el «significado de las disposiciones»⁷⁸. Aunque Solum se ocupa de enfatizar que lo último ha sido uno de los principales méritos teóricos del «nuevo originalismo»; en rigor, se trataría de una distinción que, cuando menos, se remonta hasta finales del Siglo XIX como lo demuestra la cita a uno de los célebres trabajos de Oliver Wendell Holmes Jr: «A Theory of Legal Interpretation» (1899)⁷⁹. Ese artículo, en efecto, proponía distinguir entre lo que la asamblea legislativa pretendió significar y lo que las disposiciones legales efectivamente significan⁸⁰. Aún más, Holmes sostenía abiertamente que la interpretación jurídica debe asignar preeminencia a lo que el texto legislativo significa por encima de lo que sus respectivos autores pretendieron significar⁸¹.

⁷⁶ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 34.

⁷⁷ Cfr. *ibid.*, 38-39.

⁷⁸ Cfr. *ibid.*

⁷⁹ Cfr. *ibid.*, 39, con cita al siguiente trabajo HOLMES, O. W. JR., «The Theory of Legal Interpretation», *Harvard Law Review*, 12 (1899) 417-420.

⁸⁰ «We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means». HOLMES, «The Theory of Legal Interpretation», 419.

⁸¹ Cfr. *ibid.*, 419-420.

Situados en este contexto de ideas, el originalismo del significado público y original pone el acento en el «significado de las disposiciones» porque así pretende remarcar que el significado de tales disposiciones remite al significado que le hubiera atribuido la audiencia destinataria de la época de su puesta en vigencia⁸². En tal sentido, la dilucidación⁸³ del significado de las disposiciones supondría preguntarse cuestiones tales como, «¿de qué modo la segunda enmienda de la Constitución era comprendida por la generalidad de usuarios del idioma inglés de la época en que ésta fue adoptada?» La respuesta a tal pregunta supone el discernimiento del significado ordinario y convencional de los significados de las palabras y frases que integran el texto constitucional⁸⁴.

Además, el caso estadounidense supone que los usuarios del lenguaje de la hora presente no pudieron haber sido parte de las comunidades lingüísticas de la época en que la Constitución fue aprobada. Así, cabe preguntarse, ¿cómo se puede acceder al «significado de las disposiciones constitucionales» que fueron redactados hace más de doscientos años? Si bien Solum sugiere que sería correcto afirmar que el significado de muchas palabras no ha cambiado, lo cierto es que también reconoce que se pueden observar divergencias entre los usos lingüísticos pasados y los presentes⁸⁵. El ejemplo paradigmático, citado por Barnett y Solum, sería el de la expresión «violencia doméstica» que contiene el texto constitucional estadounidense⁸⁶. Ahora bien, ¿cómo resolver la cuestión en torno a los diferentes sentidos que actualmente podría suscitar una frase como, por ejemplo, «violencia doméstica»? Tal cuestión, de acuerdo a Solum, se podría dirimir a través de la consulta a evidencia historiográfica de los usos lingüísticos de la época en que el texto constitucional fue adoptado tales como panfletos, diarios, debates constitucionales, artículos de doctrina, etc.⁸⁷.

Como se ha dicho, Solum y Whittington conceden que se podría recurrir a evidencia histórica de las intenciones originales para dilucidar el significado

⁸² «(...) the meaning that the Constitution (or its amendments) would have had to the relevant audience at the time of its adoptions». SOLUM, «Semantic Originalism», 51.

⁸³ Nótese que resulta claramente intencional el uso de la palabra «descubrir» o «dilucidar» en el ámbito de la interpretación. Según autores originalistas como Solum la «determinación», en rigor, solo tiene lugar en el campo de la construcción constitucional. cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 51, nota 161.

⁸⁴ Cfr. *ibid.*, 51.

⁸⁵ Cfr. *ibid.*

⁸⁶ Cfr., entre otros, BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 414-415. SOLUM, «Semantic Originalism», 64.

⁸⁷ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 51.

público y original de las palabras⁸⁸. No obstante, ambos autores dejan en claro que tales referencias a los constituyentes o ratificadores tan solo sirven como uno de las múltiples posibles recursos heurísticos para conocer el significado público y original de las disposiciones constitucionales⁸⁹. Con todo, el punto que diferencia al originalismo del significado público y original –también llamado «nuevo originalismo»– del originalismo de intenciones originales –o «viejo originalismo»–, tal como afirma Solum, es que si hubiera evidencia histórica que permitiera concluir que el significado convencional de una disposición difería de lo que los constituyentes/ratificadores pretendieron significar, pues tendría prevalencia el significado público por sobre el intentado por los autores o ratificadores del texto constitucional⁹⁰. Dicho de otra manera, la diferencia específica entre el «nuevo originalismo» y el «originalismo intencionalista» radica en que el significado público o convencional se antepone a lo que los autores o ratificadores pretendieron significar al enunciar las disposiciones constitucionales.

En definitiva, el «nuevo originalismo» mantiene que habría una prioridad del «significado de las disposiciones» –equivalente constitucional a lo que en la filosofía del lenguaje se suele designar como «significado de las oraciones»– por sobre el «significado de los constituyentes» –que se podría equiparar al «significado del hablante»–. Si bien autores neo-originalistas tales como Whittington y Solum conceden que el «significado de las disposiciones» –*clause meaning*– podría reconocerse a través del significado de los constituyentes –*framers meaning*–. Esto no sería más que un medio para discernir el significado público o convencional de los enunciados constitucionales. Por tanto, si hubiera elementos históricos que permitirían concluir que el significado público difiere de lo que los constituyentes/ratificadores pretendieron significar, habría que asignar preeminencia al significado público y original por sobre el intentado.

2.2. *Un concepto de significado como «cuestión de hecho»*

Una de las principales consecuencias que se extraen de esta prioridad del significado público y original de las disposiciones constitucionales por sobre las intenciones originales es que, según Whittington, Barnett y Solum, el

⁸⁸ Cfr. *ibid.*; WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation...*, 35.

⁸⁹ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 5 y 51.

⁹⁰ Cfr. *ibid.*, 5.

significado sería una «cuestión de hecho»⁹¹. Así, tales autores afirman que el concepto de «significado», al menos desde un nivel semántico, se integra por hechos lingüísticos que pueden ser discernidos a la luz de la evidencia histórica disponible. No obstante, Solum se ha ocupado de reconocer que la aplicación o implementación de tal visión del significado original no siempre depende exclusivamente de hechos⁹². Antes bien, la implementación o aplicación de las normas constitucionales a casos concretos puede exigir algún nivel de construcción que podría no basarse exclusivamente en hechos de naturaleza empírica sino en razones de índole normativa⁹³. Con todo, esas razones en nada modifican, por caso, el significado de las expresiones como «penas crueles y desusadas» que recoge la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. En efecto, la interpretación neo-originalista de «penas crueles» habría de partir del esclarecimiento de un particular hecho lingüístico acaecido en el pasado. En tal orden de ideas, Michael S. Moore ha remarcado que existe suficiente evidencia histórica para mantener que la aplicación de la pena capital no configuraba una «pena cruel», si el condenado tenía al menos siete años de edad, según el entendimiento convencional del tiempo en que fue aprobado el texto constitucional⁹⁴.

Frente a esto último, Solum afirma que podrían esgrimirse razones normativas para prescindir de tal significado lingüístico original en sus aplicaciones concretas. Aún más, Solum pareciera sugerir que se podría llegar a construir a esa norma constitucional vaga de un modo que incluso podría ir directamente en contra de su significado lingüístico original⁹⁵. Si bien el ci-

⁹¹ «Meanings in the semantic sense are facts determined by the evidence». Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 36; ID., «The Interpretation-Construction Distinction», 99. En un sentido muy similar, «Although the objective meaning of words sometimes evolves, words have an objective social meaning at any given time that is independent of our opinions of that meaning, and this meaning can typically be discovered by empirical investigation»; BARNETT, «Interpretation and Construction», 66; ID., «The Gravitational Force of Originalism», 415. WHITTINGTON, «Originalism: a Critical Introduction», 377. En contra de la tesis del significado como hecho, por ejemplo, cabría citar a Putnam quien defiende que el conocimiento de los hechos presupone el conocimiento de determinados valores, PUTNAM, H., *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Harvard University Press, Cambridge, 2002, 141. Desde una tradición filosófica distinta a la del último autor, aunque en contra de la posibilidad de un concepto neutral o avalorativo de significado, DWORKIN, «The Forum of Principle», 497-498.

⁹² Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 36.

⁹³ Cfr. *ibid.*

⁹⁴ Cfr. MOORE, M. S., «Morality in Eighth Amendment Jurisprudence», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31 (2003), 47, 48.

⁹⁵ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 37.

tado profesor de Georgetown no avanza en una descripción mínima de esos casos que podrían implicar dejar de lado o contradecir al significado lingüístico original; lo cierto es que, como propone Lawson, cabría distinguir entre las razones para adoptar o dejar de lado el significado lingüístico de las normas constitucionales lo que éstas significan⁹⁶. Dicho de otra manera, una cosa es lo que un enunciado constitucional significa y otra si los actores constitucionales están obligados a implementar o aplicar tal significado en el plano de un caso particular y concreto.

En una posición contraria, siempre del «nuevo originalismo», pareciera encontrarse el planteamiento de Barnett quien mantiene que «any construction must not contradict whatever original meaning has been discerned by interpretation»⁹⁷. Sin perjuicio de las diferencias en torno a los límites para la construcción o implementación del significado lingüístico original entre Barnett y Solum, lo cierto es que ambos coinciden en poner de relieve que el concepto de «significado» depende es una cuestión de hecho (*a matter of fact*) que, en general, sería posible reconocer o descubrir a partir de la evidencia histórica disponible⁹⁸.

Con todo, bien podría ocurrir –cosa infrecuente pero posible– que no hubiera suficiente información para reconstruir el significado original de una norma constitucional en particular. Más en concreto, Solum y Barnett afirman que pudiera resultar imposible el discernimiento del significado público original de alguna disposición constitucional. Esto se podría deber a que no se podría acceder materialmente a la evidencia histórica de los usos lingüísticos de la época en que se aprobó la Constitución⁹⁹. En cualquier caso, Solum plantea que tales limitaciones no incidirían sobre la caracterización del significado de los enunciados constitucionales como una «cuestión de hecho» porque «The claim that there is a fact of the matter is a metaphysical, not epistemological»¹⁰⁰. De hecho, aunque Solum no desarrolla en detalle qué entiende por «metafísico», este arroja algo de luz cuando sostiene lo siguiente:

The Claim is not that there is a metaphysically deep distinction between facts and values. My own view of values makes value part of the natural

⁹⁶ Cfr. LAWSON, G., «Originalism without Obligation», *Boston University Law Review*, 93 (2013), 1309, 1312.

⁹⁷ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 100.

⁹⁸ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 68.

⁹⁹ Cfr. *ibid.*; SOLUM, «The Interpretation-Construction Distinction», 103.

¹⁰⁰ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 37.

World and that there are moral propositions can express natural facts, but that doesn't entail the further conclusion that the facts about meaning are moral facts. Facts about meaning are linguistic facts»¹⁰¹.

Recapitulando, el momento o fase de interpretación de una práctica constitucional originalista descansa sobre una caracterización del significado como «cuestión de hecho». Lo último supone que el contenido semántico de los enunciados constitucionales está determinado por un conjunto de hechos que pueden ser conocidos por medio de la evidencia histórica. Sin embargo, tal como reconoce Solum, esto no equivale a sostener que sería posible discernir el significado lingüístico de todos y cada uno de los enunciados constitucionales. De hecho, Solum y Barnett conceden que puede resultar imposible discernir el significado original de algunas normas constitucionales porque no existen registros históricos que permitan reconstruir los usos lingüísticos a lo que tales normas referían. Asimismo, en hilo con la distinción entre construcción e interpretación, la caracterización del concepto de significado como «cuestión de hecho», se ubica exclusivamente en el momento o fase interpretativa de toda práctica constitucional. Por lo tanto, la fase constructiva se guía por consideraciones normativas que pueden llegar a prescribir el deber de prescindir del significado lingüístico original.

2.3. *El conocimiento compartido*

Barnett y Whittington basan implícitamente sus desarrollos teóricos sobre la metodología interpretativa originalista en la noción de «conocimiento compartido» que presuponen las distintas versiones del convencionalismo semántico. Barnett, en efecto, mantiene que el método interpretativo originalista «seeks the public or objective meaning that a reasonable listener would place on the words used in the constitutional provision at the time of its enactment»¹⁰². De hecho, ese autor reconoce que significado de los enunciados puede evolucionar a lo largo del tiempo, pero las palabras poseen un significado social objetivo –*objective social meaning*– que puede ser discernido a través de indagación de tipo empírico¹⁰³. Más en concreto, la práctica interpretativa supondría la posibilidad de discernir el contenido de usos lingüístico

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 92.

¹⁰³ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 66.

compartidos a los que remiten tanto las palabras como frases que integran el texto constitucional¹⁰⁴.

Así, cuanto mayor sea la posibilidad de discernir el significado lingüístico de las disposiciones constitucionales por medio de la remisión a las convenciones semánticas de la época en que fue aprobado el texto constitucional, mayor será el espacio que ocupa la dimensión interpretativa en una práctica constitucional de corte neo-originalista. En consecuencia, la dimensión interpretativa de la práctica constitucional presupone que las disposiciones constitucionales remiten a un significado que es compartido tanto por los usuarios del lenguaje de la época en que la Constitución fue puesta en vigencia como por los usuarios contemporáneos.

Lawrence B. Solum es otro de los autores que se refiere explícitamente a la noción de «conocimiento compartido». En concreto, el citado autor estadounidense mantiene que:

«Given that framers and ratifiers believed that readers engaged in American constitutional practice would know the public context and that they would also know that the framers and ratifiers would believe that they would have such knowledge, the public available context satisfies the conditions for common knowledge and can successfully determine clause meaning»¹⁰⁵.

Del pasaje citado, se puede inferir que Solum afirma que la dilucidación del significado de las disposiciones constitucionales sería posible a través del «conocimiento compartido» que existe entre los autores del texto constitucional y su audiencia destinataria¹⁰⁶. Así, el «conocimiento compartido» resulta ser un elemento necesario para desplegar una metodología interpretativa originalista, ¿pero es esto suficiente para llevar a cabo una práctica constitucional de tipo neo-originalista? La respuesta que Barnett proporciona es negativa. De hecho, tanto Barnett como Solum coinciden en remarcar que tal conocimiento compartido sería una vía necesaria pero no suficiente para aprehender el significado convencional original de los enunciados constitucionales¹⁰⁷. Esto se explicaría en virtud de que el discernimiento del significado lingüístico

¹⁰⁴ Cfr. *ibid.*, 67.

¹⁰⁵ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 53.

¹⁰⁶ Cfr. DANAHER, «Common Knowledge...», 12.

¹⁰⁷ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 67-68.

original se ha de enmarcar dentro del contexto lingüístico e histórico en que el texto constitucional fue puesto en vigencia. Es por ello que el contexto histórico revela el significado original de las disposiciones constitucionales.

Así, Barnett y Solum afirman que tales contextos, en efecto, podrían brindar información o evidencia histórica que permitiría dilucidar el significado lingüístico de algunas palabras o frases contenidas en los enunciados constitucionales. Por ejemplo, la segunda enmienda de los Estados Unidos de América establece que: «A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed». En tal disposición, según Barnett, la palabra «arms» podría resultar ambigua ya que refiere a dos sentidos posibles; por un lado, designa armas *–weapons–* y extremidades *–limbs–*, por el otro. Sin embargo, Barnett sostiene que una mirada al contexto histórico permitiría disipar tal ambigüedad y, por lo mismo, permite sostener que «arms» refiere invariablemente a «armas de fuego» *–weapons–*¹⁰⁸.

En definitiva, el conocimiento compartido entre los constituyentes o ratificadores y la audiencia destinataria del texto constitucional sería un elemento de suma relevancia, pero no necesariamente suficiente, para dilucidar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, esto requiere ser complementado con el contexto en el cual fue puesto en vigencia el texto constitucional. Ahora bien, cabría efectuar mayores precisiones en torno hasta qué punto el contexto de los enunciados constitucionales puede incidir sobre el empleo de una metodología interpretativa de corte neo-originalista. Sobre tales cuestiones se concentrará el próximo subepígrafe.

2.4. *El contexto de habla: de la forma escrita al marco histórico*

La metodología de interpretación constitucional que propone el «nuevo originalismo», tal como se ha expuesto anteriormente en este trabajo, se centra en dilucidar el significado lingüístico de las disposiciones constitucionales de la época en que el texto fue adoptado. Esa metodología, como advierte Barnett, supone reconocer un peculiar poder a la forma escrita de comunicación. Este autor sugiere, en efecto, que la centralidad que el originalismo del significado público y original atribuye al texto escrito descansa en razones similares a las que condujeron al textualismo en el ámbito contractual. Así, en palabras

¹⁰⁸ Cfr. *ibid.*; ID., *Restoring the Lost Constitution...*, 119.

del propio del Barnett, «Original meaning follows naturally, though perhaps not inevitably, from the commitment to a written text»¹⁰⁹.

Las causas que derivaron en una cierta tendencia al textualismo en el ámbito de la interpretación contractual exigen tener en consideración la tradición jurídica anglosajona desde la que Barnett escribe¹¹⁰. En tal sentido, el citado profesor de Georgetown afirma que si bien la forma escrita no se exigía para todos los contratos, en 1677 el Parlamento Inglés sancionó una ley de fraudes que llevó el siguiente título «Act for the Prevention of Frauds and Perjuries». La citada ley inglesa prescribía la exigencia de que los acuerdos contractuales de cierta magnitud se plasmasen por escrito para que su cumplimiento pueda exigirse en sede judicial¹¹¹. Según Barnett, las razones que justificarían esa exigencia formal, siguiendo en este punto a Lon Fuller, se podrían clasificar como: a) probatorias, b) precautorias, c) canalizadoras y d) clarificadoras.

En relación a la función probatoria, una Constitución escrita proporciona una cantidad apropiada de información acerca del contenido que ha sido aprobado por la asamblea constituyente y ratificado por las correspondientes instancias estatales¹¹². Respecto de la función precautoria, cabría remarcar el hecho de que la Constitución originaria y sus enmiendas subsiguientes han adoptado la forma escrita. Esto supuso la necesidad de una amplia deliberación y la toma de múltiples recaudos al momento de adoptar una determinada redacción final para cada una de las disposiciones constitucionales¹¹³. En lo que hace a la función canalizadora, los métodos formales para enmendar o aprobar el texto constitucional originario han permitido que las personas o grupos que aspiran a modificar la Constitución sean capaces de canalizar su acción política a través de medios institucionales predeterminados; sabiendo que si satisfacen tales requisitos procedimentales podrán plasmar sus propias aspiraciones en el texto constitucional¹¹⁴. Finalmente, la forma escrita permite una función clarificadora ya que facilita la resolución de disputas o discusiones interpretativas en torno al significado de las disposiciones constitucionales de

¹⁰⁹ BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 100.

¹¹⁰ Vale aclarar que Barnett no solo es profesor de la asignatura «derecho constitucional» sino también de «Contratos». Aún más, una de sus dos líneas de investigación comprende a la interpretación contractual. [en línea: <<https://www.law.georgetown.edu/faculty/barnett-randy-e.cfm#>>] [Última visita: 14-IV-2016]

¹¹¹ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 101.

¹¹² Cfr. *ibid.*

¹¹³ Cfr. *ibid.*

¹¹⁴ Cfr. *ibid.*, 102.

un modo que nunca podría alcanzarse con reglas o principios no expresados a través de un texto normativo¹¹⁵.

Asimismo, Barnett señala que el recurso a una metodología interpretativa basada en un originalismo del significado público y original también se podría explicar mediante una analogía con una institución propia de la dogmática contractual anglosajona: *the parol evidence rule*. Esto supone que se ha de rechazar toda evidencia extrínseca que contradiga el significado de las disposiciones contractuales al momento en que estas fueron estipuladas¹¹⁶. En consecuencia, según Barnett, no integran el ámbito de las estipulaciones contractuales aquellos elementos que dan cuenta de las intenciones de las partes pero que contradicen el acuerdo plasmado por escrito¹¹⁷. Lo mismo ocurriría en el caso de la interpretación constitucional; esto es, resultaría irrelevante todo aquello que explique las intenciones de los constituyentes pero que se contraponen con el propio texto constitucional.

La analogía con los contratos que propone Barnett no implica negar que el texto contractual o constitucional no pueda ser complementado o suplementado por parte del intérprete; vale decir, la referencia a la *Parole Evidence Rule* no anula la distinción entre interpretación y construcción. Sin embargo, toda construcción solo podría ser admisible en la medida en que no contradiga el significado original de las normas que integran el propio texto constitucional. De hecho, tal complementación presupone haber desplegado una práctica interpretativa previa. Por ende, en la medida en que previamente se haya delimitado el «piso» lingüístico sobre el que se apoyan tales disposiciones, será posible establecer el margen de complementación, implementación o construcción que se desprende de una disposición contractual o constitucional. Dicho de otro modo, para complementar o construir una disposición normativa primero hace falta determinar el margen de construcción que habilita esa disposición.

Solum caracteriza a la metodología interpretativa originalista de un modo similar a Barnett, aunque no traza semejanzas con la interpretación contractual. En lo que hace a la interpretación de disposiciones constitucionales, pone el acento en que la dilucidación del significado lingüístico original debe enmarcarse no solo en un contexto lingüístico sino también en un determi-

¹¹⁵ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 102.

¹¹⁶ Cfr. *ibid.*

¹¹⁷ Cfr. *ibid.*, 102-103.

nado contexto histórico¹¹⁸. Esto se debería a que la propia formulación de los enunciados constitucionales ha tenido lugar en un contexto histórico¹¹⁹. De acuerdo a Solum, tanto los ratificadores como los constituyentes no presupusieron que la Constitución iba a ser interpretada por lectores que no podrían haber accedido a ninguna clase de información sobre el contexto en que fueron emitidos los enunciados que integran el texto constitucional¹²⁰. De hecho, tal contexto estaría integrado por diversos hechos que los constituyentes y ratificadores asumieron que iban a estar públicamente disponibles para quien se involucrara en la práctica constitucional estadounidense¹²¹.

No obstante, es preciso remarcar que Solum no brinda mayores detalles sobre cuáles eran las clases de hechos que integran el «contexto público» de las disposiciones constitucionales. Con todo, éste sí destaca un elemento que califica como indiscutible; esto es, el contexto público de cada disposición incluye a todo el marco histórico en el que el texto constitucional fue originado¹²². Así, Solum afirma que la Constitución de los Estados Unidos de América fue gestada dentro del contexto de un proceso revolucionario entre las colonias británicas en América y el gobierno del Reino Unido. Esto permite destacar hechos históricos que contribuyen a identificar el propósito o finalidad de las disposiciones constitucionales. Por consiguiente, se podrían despejar algunas de las ambigüedades que surgen en la interpretación de las disposiciones constitucionales a través de una referencia al contexto público en que el texto constitucional estadounidense fue redactado.

Solum reconoce que la definición de los criterios para delimitar la extensión del «contexto público» resulta fundamental para dar cuenta del significado de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, no avanza en el desarrollo de tales cuestiones. Aún más, este admite que la noción de contexto

¹¹⁸ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 52-53. Es justo reconocer que Barnett hace una referencia –algo superficial a la cuestión del contexto– en el ámbito de la interpretación constitucional. Más en concreto, Barnett sostiene que: «In contract law, the objective approach looks to the publicly accessible meaning that a reasonable person would attach to the words in context. (...) The same is true of constitutions». BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 103. Sin embargo, Barnett no se explica sobre qué significa tal contextualización que exigiría el discernimiento del significado lingüístico original de una disposición constitucional.

¹¹⁹ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 52-53.

¹²⁰ Cfr. *ibid.*

¹²¹ Cfr. *ibid.*, 53.

¹²² «The precise contours of the public context can only be defined by careful inquiry, but one element is indisputable: the publicly available context of each individual clause includes the whole constitutional text». SOLUM, «Semantic Originalism», 53.

público solo pretende introducir una modificación a la idea de «significado de las disposiciones» (*clause meaning*)¹²³. Más en concreto, Solum pareciera limitarse a poner de relieve que el discernimiento del significado lingüístico de las disposiciones constitucionales supone tener en cuenta tres elementos: a) atender al uso lingüístico convencional de las palabras y frases de la época en que el texto constitucional fue puesto en vigencia; b) combinar lo anterior con las reglas sintácticas de la lengua inglesa; c) considerar el contexto público; es decir, todo lo que estaba alrededor de la Constitución pero también las circunstancias históricas de la adopción de tal texto constitucional. Particularmente, aquellas circunstancias que los lectores contemporáneos y futuros pudieran conocer a través de documentos históricos¹²⁴.

En resumen, el momento interpretativo de la práctica constitucional originalista supone, en primer lugar, discernir el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la interpretación de la Constitución que propone el «nuevo originalismo» no se reduce exclusivamente a examinar evidencia histórica que permita dilucidar el contenido semántico de los enunciados constitucionales sino que, además, la interpretación debe complementarse con un examen del contexto histórico y lingüístico de las normas constitucionales. También las circunstancias históricas en torno a las cuales se aprobó un determinado texto constitucional podrían echar algo de luz sobre las ambigüedades de lenguaje constitucional.

2.5. *La división del trabajo lingüístico y el papel del lenguaje técnico*

Solum afirma que los presupuestos semánticos sobre los que se asienta una metodología interpretativa originalista también han de considerar «los términos del arte» (*art terms*)¹²⁵. Estos hacen referencia a las palabras cuyo

¹²³ «A full account of clause meaning would include a theory of the criteria for inclusion in the set of facts that constitute the publicly available context of constitutional utterance. (...) On this occasion, I will provide neither the criteria nor an enumeration of the facts that meet the criteria. Rather, the limited purpose of this discussion is to introduce the public context as a modification of the conception of clause meaning». *Ibid.*

¹²⁴ Cfr. *ibid.*

¹²⁵ Cfr. *ibid.*, 54. En un sentido similar, «original meaning originalists need not concern themselves with this, except as circumstantial evidence of what the more technical words and phrases in the text might have meant to a reasonable listener». BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 93.

significado solo es conocido por una comunidad especializada de usuarios del lenguaje¹²⁶. En efecto, citando a la autoridad de Blackstone, Solum afirma que esos términos «must be taken according to the acceptance of the learned in each art, trade and science»¹²⁷. Si bien la inclusión de esos términos no abunda en el texto constitucional estadounidense, esto no implica que no puedan identificarse algunos conceptos que podrían considerarse como «términos del arte». De hecho, Solum ilustra estas cuestiones con el siguiente ejemplo: dentro de las facultades del Congreso de la Nación de los Estados Unidos, cabría destacar la posibilidad de otorgar «patentes de corso» y tomar «represalias»¹²⁸. Ambas expresiones harían referencia a conceptos cuyos significados no se podrían dilucidar simplemente con una referencia a las convenciones semánticas que manejaba el usuario promedio o estándar del lenguaje de la época en que tal norma constitucional fue aprobada o ratificada¹²⁹.

El discernimiento del significado de «patentes de corso» o «represalias», de acuerdo a Solum, presupone una división del trabajo en materia lingüística¹³⁰. En efecto, un usuario promedio del lenguaje de la época en que la Constitución fue aprobada no hubiera podido entender qué significaba una «patente de corso». Ese usuario estándar seguramente hubiera terminado por remitirse a lo que un usuario especializado en el lenguaje constitucional –*v. gr.*; un abogado experto en derecho constitucional estadounidense o un experto en regulaciones jurídicas marítimas– entendía por «patentes de corso». Lo último presupone que ese usuario promedio sería capaz de advertir, de un modo más o menos intuitivo, que habría una «división del trabajo lingüístico», por usar la mentada expresión de Putnam¹³¹.

Así, basándose en la noción de «división del trabajo lingüístico» de Putnam, Solum afirma que resulta ineficiente que todos los usuarios de la expresión «patente de corso» sean capaces de comprender exhaustivamente las

¹²⁶ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 54.

¹²⁷ BLACKSTONE, W. [1765-1769], *Commentaries on the Laws of England*, 15. [Se cita por la edición de WM. Harcastle Brown, St. Paul, West Publishing Co., 1897.]

¹²⁸ CEU, Artículo 1, Octava Sección, Clausula 11, [El Congreso tendrá facultad para:] «Para declarar la guerra, otorgar patentes de corso y represalias y para dictar reglas con relación a las presas de mar y tierra».

¹²⁹ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 54-55.

¹³⁰ Cfr. *ibid.*, 55.

¹³¹ Cfr. PUTNAM, H., «The Meaning of ‘Meaning’», en ID., *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, vol. II, Cambridge University Press, New York, 1975, 227-228.

condiciones necesarias y suficientes para reconocer a tales patentes¹³². De hecho, Putnam sugiere que no hace falta que todos los usuarios de la expresión «patentes de corso» sepan reconocer por sí mismos a tales patentes, sería suficiente apelar a determinados usuarios especializados del lenguaje que sean capaces de indicarles lo que son o cuándo están frente a una de tales patentes¹³³.

Solum anticipa una objeción y advierte una posible discordancia entre lo que la comunidad especializada de marineros y la de constitucionalistas entienden por «patente de corso»¹³⁴. Más en concreto, podría suceder que la comunidad lingüística integrada por abogados constitucionalistas hubiera comprendido algo sustancialmente distinto a lo que los marineros entendían por «patentes de corso». En tal caso, la Constitución habría sido capaz de comunicar un enunciado constitucional inteligible, en la medida en que el contexto público fuera capaz de disipar las dudas sobre el alcance del significado de «patentes de corso». Por consiguiente, si el contexto de los enunciados constitucionales posibilitara concluir que «patentes de corso» refería, por ejemplo, al significado convencional de la comunidad de marineros o de constitucionalistas, entonces tal disposición constitucional habría cumplido su cometido¹³⁵. Si esto no fuera así, se trataría de una disposición constitucional que habría fallado en su pretensión de comunicar un contenido que pudiera ser comprendido por sus respectivos destinatarios.

Recapitulando, una metodología interpretativa neo-originalista ha de tener en cuenta que el lenguaje a través del cual se expresan las disposiciones constitucionales también incluye «términos del arte». Estos implican palabras o frases que han sido enunciadas a través de un lenguaje técnico que remite a la competencia lingüística de una comunidad particular integrada por usuarios especializados. Así, la dilucidación del significado de tales «términos del arte» como, por ejemplo, «patentes de corso» presupone una división del trabajo lingüístico en dos grandes grupos. De un lado, una parte de la comunidad de usuarios del lenguaje emplea la expresión «patentes de corso», sin conocer en detalle los criterios que guían el uso correcto de tal expresión. Por el otro, existe una comunidad encargada de desarrollar los métodos o criterios que

¹³² Vale aclarar que el ejemplo que Putnam utiliza es la palabra «oro». Con todo, siguiendo a Solum, el planteo del citado profesor de filosofía de Harvard se podría extrapolar al campo del lenguaje constitucional. Cfr. PUTNAM, «The Meaning of 'Meaning'», 227.

¹³³ Cfr. *ibid.*, 228.

¹³⁴ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 55.

¹³⁵ Cfr. *ibid.*

permitan reconocer exhaustivamente si algo es o no una «patente de corso». En consecuencia, la interpretación de los términos del arte supone otorgar una especial deferencia a los usuarios especializados en el lenguaje técnico al momento de especificar o determinar el significado de las expresiones propias de ese lenguaje.

3. APUNTES CRÍTICOS

Después de haber presentado las directivas interpretativas y los presupuestos semánticos sobre los cuales descansa el originalismo del significado público y original, cabría realizar una evaluación crítica de lo expuesto en los epígrafes anteriores de este trabajo. El hilo argumental del primer punto de esta sección se dirigirá a determinar de qué modo el «nuevo originalismo» enfrenta el problema del «regreso al infinito» de las interpretaciones. Por ello, se examinará en qué medida el originalismo del significado público y original es capaz de acotar las prácticas interpretativas sin incurrir en una cadena infinita de remisiones a otras prácticas lingüísticas. En segundo lugar, se examinará hasta qué punto una práctica constitucional de corte neo-originalista es capaz de evitar una confusión entre la discrecionalidad y la arbitrariedad judicial.

3.1. *El problema del regreso al infinito*

El argumento del regreso al infinito cumple una función significativa en muchas de las discusiones más relevantes que han tenido lugar en la historia de la filosofía¹³⁶. De hecho, en palabras de Wieland se podría sugerir que, «[...] no es un error decir que los argumentos del regreso al infinito tienen su lugar apropiado entre las más poderosas herramientas a disposición del filósofo»¹³⁷. Por

¹³⁶ Cfr. WIELAND, J. W., «Infinite Regress Arguments», *Acta Analytica*, 28 (2013), 95, 107. En un sentido similar, BLACK, O., «Infinite Regress Arguments and Infinite Regresses», *Acta Analytica*, 16/17 (1996), 95, 95. Más aún, se ha llegado a afirmar que el argumento del regreso al infinito ha sido utilizado tanto en la tradición filosófica occidental como en la oriental. GRATTON, C., *Infinite Regress Arguments*, Dordrecht, Springer, 2010, xi. Cabe destacar que el interés por el argumento del regreso al infinito se menciona explícitamente en textos del Estagirita. ARISTÓTELES, *Analíticos Posteriores*, I, 3, 72b5-25. Yendo aún más lejos, se podría mencionar que este argumento también aparece en los siguientes textos de Platón: *Parménides* (131e-132b; 132d-133a) en *La República* (597c) y *El Timeo* (31a-b).

¹³⁷ Cfr. WIELAND, «Infinite Regress Arguments», 107 [la traducción es del autor de este trabajo]. En un sentido prácticamente idéntico, GRATTON, *Infinite Regress Arguments*, xi.

ello, dentro de los posibles usos que podría tener tal argumento que proviene de la filosofía del lenguaje y la teoría del conocimiento, se pueden extraer al menos dos consecuencias que, de diferentes modos, permiten evaluar la consistencia teórica de un método para interpretar el Derecho –en general– y la Constitución –en particular–. De un lado, el argumento del regreso al infinito podría suponer la imposibilidad de computar la cantidad de los elementos o materiales a interpretar; del otro, podría conllevar la imposibilidad de acotar los modos de interpretar tales materiales¹³⁸. En concreto, en el caso de la metodología interpretativa de cuño neo-originalista, cabría preguntarse, ¿el «nuevo originalismo» podría acotar tanto la cantidad como los modos de interpretar los materiales o elementos que permitirían conocer el significado público y original de las disposiciones constitucionales? ¿O acaso esa versión del originalismo tan solo podría delimitar la cantidad de materiales pero no los modos de interpretarlos?

3.1.1. Dos dimensiones de un regreso al infinito de interpretaciones

La respuesta a las preguntas anteriores se podría ilustrar mejor con un análisis de una reconocida sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: «District of Columbia et al v. Heller» (2008). Vale aclarar que no se examinará «Heller» con la pretensión de realizar una exhaustiva valoración histórica de ese precedente, ni se someterán a estudio sus múltiples dimensiones o aspectos relevantes para el derecho y la práctica constitucional estadounidense. En cambio, utilizaré el caso «Heller» para mostrar la inevitabilidad de incurrir en un «regreso al infinito» al momento de delimitar el significado de la segunda enmienda de la Constitución estadounidense a través de una metodología interpretativa de corte neo-originalista.

La principal razón que justifica la elección de tal sentencia radica en que establece un precedente que suele ser calificado como el ejemplo paradigmático de la aplicación de una metodología interpretativa «neo-originalista» en la jurisprudencia de la corte estadounidense y, por lo mismo, permite observar «en acción» a las directivas interpretativas del «nuevo originalismo»¹³⁹.

¹³⁸ Esta distinción se inspira en el siguiente trabajo, cfr. BLACK, O., «Infinite Regresses of Justification», *International Philosophical Quarterly*, 28/4 (1988), 421 y 422; ID., «Infinite Regress Arguments...», 95-124. En un sentido similar, LAERA, R., *Los desvíos de la razón: el lugar de la facticidad en la cadena de justificaciones*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2011, 200-201.

¹³⁹ En un sentido similar, cfr. SOLUM, L. B., «District of Columbia v. Heller and Originalism», *Northwestern University Law Review*, 103/2 (2009), 923, 980.

En segundo lugar, el citado fallo suscitó un profuso debate doctrinario en el que tomaron parte tanto los defensores como los detractores de toda práctica constitucional originalista¹⁴⁰.

El punto central del caso «Heller» consiste en analizar la constitucionalidad de una ley del Distrito de Columbia que penalizaba la posesión de armas de fuego que no hubieran sido registradas. La mencionada norma autorizaba al jefe de policía a otorgar licencias de un año de duración pero, además, prescribía que los ciudadanos que tuvieran armas registradas debían mantenerlas descargadas, desarmadas, con el seguro activado o con algún mecanismo similar. Frente a tales regulaciones, el Sr. Heller, un agente de policía, solicitó registrar un arma de fuego que deseaba guardar en su casa. El distrito de Columbia, a través de su jefe de policía, rechazó la petición. Entonces, Heller inició un proceso judicial amparándose en la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América para que el Distrito de Columbia se abstuviera de aplicar tales regulaciones. Vale remarcar que la mencionada enmienda dispone que: «Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas»¹⁴¹.

La Corte focalizó el núcleo de la decisión que adoptó la mayoría en una interpretación neo-originalista de la segunda enmienda. En palabras de la mayoría: «In interpreting this text, we are guided by the principle that «[t]he Constitution was written to be understood by the voters; its words and phrases were used in their normal and ordinary as distinguished from technical meaning»¹⁴². Así, la mayoría liderada por el *justice* Antonin Scalia entendió que las regulaciones del Distrito de Columbia eran inconstitucionales. La evidencia histórica que respaldaría esa conclusión se basa principalmente en distintos

¹⁴⁰ Para un análisis de «Heller» a partir de una defensa del «nuevo originalismo», cfr. SOLUM, «District of Columbia v. Heller and Originalism», 952. BARNETT, «The Gravitational Force of Originalism», 421-425. Para una posición crítica que reconoce que se trata de un ejemplo paradigmático de empleo de directivas interpretativas propias del originalismo del significado público y original, AMAR, A. R., «Heller, HLR, and Holistic Legal Reasoning», *Harvard Law Review*, 122 (2008), 145, 145-190. TUSHNET, M., «Heller and the New Originalism», *Ohio State Law Journal*, 69 (2008), 609, 609-624. SHAMAN, J. M., «The End of Originalism», *San Diego Law Review*, 47 (2010), 83, 83-108; entre otros trabajos.

¹⁴¹ Se cita por la traducción al español del sitio web de los Archivos Nacionales de los Estados Unidos de América. [Última visita: 14-IX-2015], en línea: <www.archives.gov/espanol/constitucion.html>.

¹⁴² Cfr. «Heller», 2788.

diccionarios de la época que, de acuerdo a lo que afirma Scalia, coinciden en señalar que el derecho del pueblo a poseer y portar armas se extendía a todos los ciudadanos, sin hacer distinciones respecto a clases o tipos de armas¹⁴³.

La minoría también se apoyó en una metodología interpretativa originalista, pero de corte intencionalista, para llegar a una conclusión opuesta. De acuerdo al voto minoritario comandado por el juez Stevens, habría elementos históricos que remarcaban la importancia de mantener milicias estatales tales como las Declaraciones de Derechos –particularmente, la Declaración de Derechos de Virginia– que fueron adoptadas casi simultáneamente a la Declaración de Independencia¹⁴⁴. Así, según la minoría, el derecho a portar armas habría sido instituido con la finalidad de garantizar a los estados que integran la unión el derecho a mantener milicias bien reguladas –*well-regulated militia*–¹⁴⁵. Por consiguiente, la segunda enmienda no ampararía la pretensión del Señor Heller. Con otras palabras, la minoría entendió que habría evidencia histórica suficiente para afirmar que el derecho a poseer y portar armas que estableció la segunda enmienda se dirigía a proteger el derecho colectivo de los ciudadanos a armarse, pero solo de cara a la defensa del orden constitucional.

Desde las coordenadas semánticas del originalismo del significado público y original, ¿cuál de las dos posturas interpretativas es la más apropiada? La solución resulta ciertamente complicada porque si el significado original de las palabras y frases que integran disposiciones constitucionales dependen de las convenciones lingüísticas de la época en que la Constitución fue aprobada, pareciera que tales palabras remiten a otras convenciones lingüísticas, estas referirían a otras convenciones y así hasta el infinito. Para ilustrar esto con el caso «Heller», la mayoría de la Corte asume una interpretación de «armas» –en inglés: *arms*– que precisa que tal palabra refería a «armas de ofensa o a corazas de defensa» –*weapons of offence, or armour of defence*–, según la edición del año 1773 del diccionario Samuel Johnson¹⁴⁶. No obstante, también el propio voto de la mayoría reconoce una acepción de «armas» que se utilizaba

¹⁴³ El significado de la expresión «poseer y portar armas», se explicó según los siguientes diccionarios de la época: *Samuel Johnson's dictionary* (1793); *Timothy Cunningham's Legal Dictionary* (1771); *A Complete Dictionary of the English Language* de Webster; T. Sheridan (1796). Cfr. «Heller», 2791 y 2793.

¹⁴⁴ Cfr. *ibid.*, 2824-2825.

¹⁴⁵ Cfr. *ibid.*, 2823.

¹⁴⁶ Cfr. «Heller», 2792.

para hacer referencia a instrumentos de ofensa generalmente destinados al uso militar¹⁴⁷.

Entonces, desde una semántica convencionalista como aquella en la que descansa el «nuevo originalismo», resulta menester preguntarse, ¿qué razón podría justificar la decisión de la mayoría o la de la minoría? ¿Por qué cabría asociar la palabra «arms» exclusivamente con armas de fuego destinadas a un uso militar? ¿Qué argumentos permitirían delimitar el significado original de «armas» a todas las armas de fuego que tengan –o no– un destino militar o policial? La respuesta a tales interrogantes no se puede localizar en la tesis de la fijación que mantiene que el significado de cada una de las disposiciones constitucionales fue «fijado» en el momento en que la Constitución fue adoptada¹⁴⁸.

De hecho, tal fijación, a lo sumo, pareciera delimitar una determinada cantidad de convenciones lingüísticas a interpretar; es decir, siguiendo con el ejemplo de caso «Heller», el «nuevo originalismo» aparenta circunscribir la dimensión interpretativa de una práctica constitucional a la dilucidación del contenido de una cantidad específica de convenciones lingüísticas de la época en que se aprobó la segunda enmienda de la Constitución, en un contexto geográfico bastante determinado: los Estados Unidos de América¹⁴⁹. Sin embargo, lo anterior, a lo sumo, permitiría llegar a acotar la cantidad de materiales pero no los modos de interpretarlos. Por consiguiente, de la fijación no se siguen razones para optar por el criterio que adoptó la mayoría ni la minoría. Dicho de otro modo, de la acotación de la cantidad de los materiales que implica una metodología interpretativa neo-originalista no se deriva necesariamente una única modalidad para interpretar esos materiales.

En definitiva, el «nuevo originalismo» aparenta brindar una metodología interpretativa que permitiría acotar *cuáles* son los materiales o elementos históricos que resultaría necesario interpretar para dilucidar el significado lingüístico original. No obstante, incluso si se admitiera la posibilidad de especificar la cantidad de elementos o materiales a interpretar, de ello no se sigue necesariamente una respuesta en torno a *cómo* delimitar o acotar los múltiples modos posibles de interpretar esos materiales. Así, se pone de relieve una pregunta

¹⁴⁷ Cfr. *ibid.*

¹⁴⁸ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 2; ID., «What is Originalism...», 33. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, 92.

¹⁴⁹ En un sentido similar, cfr. BLACK, «Infinite Regresses of Justification», 421; ID., «Infinite Regress Arguments...», 95-124.

de suma relevancia, ¿el originalismo del significado público y original podría ser capaz de acotar los modos de interpretar las convenciones lingüísticas a las que remite el significado original de las disposiciones constitucionales? Esta cuestión será abordada en el próximo subepígrafe.

3.1.2. El contexto como un intento de escape de una cadena infinita de modalidades interpretativas

Como se ha visto, existen algunos elementos semánticos presupuestos por las teorías neo-originalistas que podrían contribuir a un escape del problema del «regreso al infinito». El primero de ellos es la noción de «contexto» que propone Solum¹⁵⁰. Así, como se ha examinado *supra*, tal contexto presupone que el texto constitucional fue redactado en unas particulares circunstancias históricas¹⁵¹. Más en concreto, volviendo al ejemplo de la segunda enmienda de la Constitución estadounidense, podría llegar a sugerirse que los constituyentes habían supuesto que tal norma iba a comprenderse dentro del marco histórico que suponía una ardua discusión en torno a la organización constitucional estadounidense. Por ello, una cuestión que desvelaba a muchos de estados que integran la Unión era la posibilidad de mantener su propio aparato defensivo. Tal pareciera ser la respuesta que ensayó el voto de la minoría en el caso «Heller»¹⁵².

Ahora bien, aunque la remisión al contexto histórico parecería acotar los modos de interpretar las convenciones lingüísticas originales, también el contexto es susceptible de ser interpretado de múltiples modos. De hecho, si se asume una semántica que identifica el concepto de «significado» con el de convenciones lingüísticas de la época en que la Constitución fue aprobada, no existen razones para detenerse en algún modo posible de interpretar los hechos históricos en los que se enmarcó la adaptación de la Constitución o sus respectivas enmiendas. De este modo, las convenciones lingüísticas remitirían a otras para poder ser comprendidas, y estas últimas a otras, y así hasta el infinito.

En cualquier caso, tanto la solución interpretativa a la que arribó la minoría como la mayoría en el caso Heller, las razones en virtud de las cuales el

¹⁵⁰ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 53.

¹⁵¹ Cfr. *Supra*, epígrafe 1.4.

¹⁵² Cfr. «Heller», 2825-2826.

intérprete actual termina optando entre un modo u otro de interpretar los elementos o materiales historiográficos no se apoyan exclusivamente en una referencia a las prácticas convencionales de los usuarios del lenguaje de la época en que la Constitución fue aprobada y ratificada. Esto se debe a que no es posible detenerse en un modo definitivo de interpretar los materiales históricos que evidencia el significado lingüístico original. El problema de fondo que se advierte es que una semántica convencionalista resulta necesariamente *iterativa*; es decir, supone inevitablemente un pensamiento que se limita a reflexionar sobre *cómo* se piensa lo que se piensa y, por lo tanto, se trataría de una operación intelectual pura y exclusivamente remitente¹⁵³. En efecto, el convencionalismo semántico que presupone el «nuevo originalismo» de ningún modo puede ir más allá de la descripción o constatación de una cadena indetenible de prácticas lingüísticas convencionales.

3.1.3. Balance crítico: una aparente cantidad limitada de materiales a interpretar

El «nuevo originalismo», como toda práctica interpretativa asentada sobre un convencionalismo semántico, pareciera poner un coto a la pregunta en torno a *qué* hay que interpretar. Sin embargo, esto resultaría insuficiente para desplegar una práctica interpretativa. De hecho, el originalismo del significado público y original no podría ser capaz de delimitar los modos posibles de interpretar las convenciones lingüísticas a las que remite el significado lingüístico original de cada una de las disposiciones constitucionales. Por ello, el originalismo del significado público no puede evitar incurrir en un regreso al infinito de interpretaciones. Más específicamente, no puede escapar de un regreso al infinito de modos de interpretar la evidencia histórica sobre la que descansa el significado original de las disposiciones constitucionales.

Lo último pone de relieve la necesidad de que el intérprete sea capaz de brindar alguna razón para detener la cadena de remisiones de convenciones lingüísticas en algún eslabón determinado. Así, el problema del regreso al infinito lleva a analizar la cuestión relativa a los modos posibles de acotar o interrumpir tal cadena infinita de interpretaciones. Una de las respuestas

¹⁵³ Cfr. INCIARTE, F., *El reto del positivismo lógico*, Rialp, Madrid, 1974, 56-57. En un sentido similar, LLANO, A., «Filosofía del lenguaje y comunicación», en ID., *Sueño y Vigilia de la razón*, EUNSA, Pamplona, 1999, 89.

posibles a este interrogante podría consistir en la discrecionalidad judicial. Sin embargo, esto exige determinar si el originalismo del significado público permite distinguir la mera arbitrariedad de la discrecionalidad judicial. Sobre este punto versa precisamente el próximo epígrafe.

3.2. *El problema de la discrecionalidad judicial en la práctica constitucional neo-originalista*

Whittington afirma que la discrecionalidad judicial ha sido un tópico recurrente en la historia política de los Estados Unidos de América¹⁵⁴. A los políticos y académicos estadounidenses les ha preocupado frecuentemente que los jueces pudieran tener oportunidad para expresar sus propias preferencias morales o políticas a través de sus sentencias¹⁵⁵. Así, los jueces que practican el control de constitucionalidad se encuentran frente a la «tentación» de aprovecharse de su posición institucional para concretar sus propias aspiraciones y preferencias políticas o morales por medio de sus decisiones judiciales. En tal sentido, el «viejo originalismo» u originalismo de intenciones originales solía caracterizar a la interpretación originalista de la Constitución como un modo de restringir el margen de acción y decisión discrecional de los jueces en un sistema constitucional estructurado bajo el principio de división de poderes¹⁵⁶. Dicho de otro modo, el originalismo intencionalista se presentaba como un antídoto frente a los excesos de la discrecionalidad de los jueces.

En contraste, los autores que defienden el «nuevo originalismo» –*v. gr.*, Whittington y Barnett–, han abandonado la pretensión de que los jueces adopten una metodología interpretativa originalista para acotar el margen de discrecionalidad judicial¹⁵⁷. De hecho, el propio Whittington afirma que ningún método interpretativo podría ser capaz de restringir la discrecionalidad al momento de tomar una decisión judicial y, por lo tanto, el originalismo no podría brindar soluciones más eficaces que otros enfoques o metodologías interpretativas¹⁵⁸. En palabras del profesor de Princeton: «(...) limiting judicial

¹⁵⁴ Cfr. WHITTINGTON, «Originalism: a Critical Introduction», 391.

¹⁵⁵ Cfr. *ibid.*, 391-392.

¹⁵⁶ Cfr. *ibid.*, 392.

¹⁵⁷ Cfr. *ibid.*

¹⁵⁸ Cfr. *ibid.* En un sentido similar, «Originalism cannot eliminate disagreement and controversy in resolving hard questions of constitutional meaning. It is not uniquely capable of preventing judicial abuse or of hemming in judicial discretion». WHITTINGTON, «New Originalism», 611.

discretion has rarely been offered as a compelling justification for the adoption of originalism in the recent literature»¹⁵⁹. Por consiguiente, la discrecionalidad judicial sería inevitable para cualquier teoría interpretativa, incluso para una metodología de tipo originalista, en la versión que fuera.

Una posición diversa a la de Whittington se puede apreciar en los trabajos de Steven Calabresi, un autor claramente incardinado en la tradición originalista. Este cuestiona abiertamente la posición de Whittington y, en efecto, sostiene que el «nuevo originalismo» presta una particular atención al problema de la discrecionalidad judicial. En tal sentido, Calabresi destaca la posición de un autor distinguido que se autodenomina originalista: Antonin Scalia, quien se caracteriza por una apelación a una metodología interpretativa originalista centrada en el significado original de las disposiciones constitucionales como un medio idóneo para limitar la discrecionalidad judicial¹⁶⁰.

No obstante, Scalia propone la aplicación de una metodología interpretativa originalista pero con límites que han sido cuestionados por otros autores originalistas. Siendo más específico, el citado juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América defiende el empleo de una metodología interpretativa originalista pero no admite que ésta pueda vulnerar de modo alguno la doctrina del *stare decisis*¹⁶¹. En consecuencia, la práctica constitucional originalista no podría utilizarse para revertir precedentes judiciales contrarios al significado original de las normas constitucionales. Parafraseando a las palabras del propio Scalia, una interpretación originalista que no fuera compatible a la doctrina del *stare decisis* parecería ser una medicina demasiado fuerte como para ser digerida¹⁶². Con otras palabras, la discrecionalidad judicial está limitada por el significado original pero éste no llega a anteponerse a la doctrina del *stare decisis*.

Desde el «nuevo originalismo», en un planteamiento abiertamente en contra de las citadas consideraciones de Scalia, podría mencionarse a Bar-

¹⁵⁹ Cfr. WHITTINGTON, «Originalism: a Critical Introduction», 392.

¹⁶⁰ Cfr. CALABRESI, S. G., «The Originalist and Normative Case against Judicial Activism: a Reply to Professor Randy Barnett», *Michigan Law Review*, 103 (2005), 1081, 1083.

¹⁶¹ Cfr. SCALIA, A., «Originalism: the Lesser Evil», *The University of Cincinnati Law Review*, 57 (1989), 850, 861.

¹⁶² «I can be much more brief in describing what seems to me the second most serious objection to originalism: In its undiluted form, at least, it is medicine that seems too strong to swallow. Thus, almost every originalist would adulterate it with the doctrine of *stare decisis*-so that *Marbury v. Madison* would stand even if Professor Raoul Berger should demonstrate unassailably that it got the meaning of the Constitution wrong». SCALIA, «Originalism: the Lesser Evil», 861.

nett, quien defiende una posición a favor de un activismo judicial dirigido a asegurar la primacía del significado original de la Constitución¹⁶³. Aún más, el citado profesor de Georgetown mantiene que tal primacía del significado original de las disposiciones constitucionales debería prevalecer por encima de las decisiones que hubieran tomado cualquiera de los poderes políticos del Estado¹⁶⁴. De esta manera, Barnett pretende poner de relieve que una visión comprometida con el originalismo implicaría mantener el significado público y original de las disposiciones constitucionales por sobre las decisiones de los poderes constituidos e, incluso, de los precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América¹⁶⁵. Así, resulta de fundamental importancia que los jueces –en todos los niveles–, al igual que todos los actores constitucionales en el ámbito de sus respectivas competencias, asuman un compromiso activo respecto del mantenimiento de la efectiva vigencia del significado original de las disposiciones de la Constitución¹⁶⁶. En consecuencia, no cabría apelar a la doctrina del *stare decisis* para mantener interpretaciones que vayan en contra del significado original del texto constitucional. Dicho de otra manera, la discrecionalidad judicial solo estaría limitada por el significado original de las disposiciones constitucionales.

Situados en este contexto de ideas, tanto el planteo de Barnett como el de Scalia, parecieran descansar o presuponer que el originalismo del significado público y original es capaz de distinguir entre la arbitrariedad y la discrecionalidad judicial. Si no fuera posible esa distinción, tanto la respuesta de Barnett como la de Scalia carecerían de sentido. A los efectos de analizar si el «nuevo originalismo» es capaz de mantener tal distinción, se examinará la contribución que realiza la diferenciación entre interpretación y construcción que pregonan autores neo-originalistas¹⁶⁷. Asimismo, tal distinción se contrastará con una diferenciación entre «interpretación abstracta» e «interpretación concreta».

¹⁶³ Cfr. CALABRESI, S. G., «The Originalist and Normative Case against Judicial Activism: a Reply to Professor Randy Barnett», *Michigan Law Review*, 103 (2005), 1081, 1083.

¹⁶⁴ Cfr. BARNETT, R. E., «The Wages of Crying Judicial Restraint», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 36/3 (2013), 925, 931. En un sentido similar, WHITTINGTON, «Originalism: a Critical Introduction», 392.

¹⁶⁵ Cfr. BARNETT, R. E., «Trumping Precedent with Original Meaning: not as Radical as It Sounds», *Constitutional Commentary*, 22 (2005), 257, 262-263.

¹⁶⁶ Cfr. *ibid.*, 263.

¹⁶⁷ Para una descripción de la distinción ente interpretación y construcción, cfr. *Supra*, epígrafe 1.1.

3.2.1. Una comparación entre la distinción interpretación/ construcción e interpretación abstracta/concreta

Dentro de las coordenadas teóricas del originalismo del significado público y original, la cuestión de la discrecionalidad judicial merecería ser examinada partiendo de la distinción entre interpretación y construcción¹⁶⁸. Esa distinción, como se ha explicado más arriba, supone que la práctica constitucional neo-originalista se integra por un momento interpretativo y otro constructivo¹⁶⁹. Así, en primer lugar, cabría reiterar que autores neo-originalistas tales como Barnett, Solum y Whittington se han encargado de remarcar que la interpretación –propiamente dicha– de la Constitución se limitaría exclusivamente a una indagación de tipo empírica destinada a discernir el significado público y original de los enunciados que integran el texto constitucional¹⁷⁰. Situados en tal contexto de ideas, el momento interpretativo de toda práctica constitucional guardaría una estrecha semejanza con lo que Guastini designa como «interpretación abstracta»; es decir, con la dilucidación del significado de un enunciado normativo sin que mediase una conexión con un caso particular o concreto¹⁷¹. En efecto, la interpretación, de acuerdo a Solum, consistiría en el descubrimiento del contenido comunicativo de los enunciados jurídicos¹⁷².

Otra semejanza que cabe remarcar es que el citado profesor genovés afirma que la distinción entre interpretación abstracta y concreta es de índole estrictamente conceptual y, por lo mismo, ambas actividades resultarían inseparables en el desarrollo de una práctica interpretativa¹⁷³. Así, de modo análogo, Solum y Whittington afirman que la distinción entre interpretación y construcción solo pretende brindar una mayor claridad conceptual y, por lo tanto, ambas fases se encuentran inextricablemente unidas en una práctica constitucional de tipo neo-originalista¹⁷⁴. En consecuencia, la interpretación

¹⁶⁸ Cfr. SOLUM, «Originalism and Constitutional Construction», 483.

¹⁶⁹ Cfr. *supra*, epígrafe 1.1.

¹⁷⁰ Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 36. BARNETT, «Interpretation and Construction», 66. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation...*, 5.

¹⁷¹ Cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, 15; ID., *Teoría e ideología de la interpretación...*, 30.

¹⁷² Cfr. SOLUM, «Communicative Content and Legal Content», 483.

¹⁷³ Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare, op. cit.*, 15; ID., *Teoría e ideología de la interpretación...*, *op. cit.*, 30.

¹⁷⁴ «Why do I believe that the interpretation-construction distinction is something that legal theorists must acknowledge? (...) The answer to this questions focuses on conceptual clarity: without the interpretation-construction distinction our thinking about the law will necessarily be confused». SOLUM, «The Interpretation-Construction Distinction», 116. En un sentido similar, WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation...*, 5.

abstracta se podría asimilar a la interpretación propiamente dicha a la que se refieren Solum, Barnett o Whittington. Ahora bien, cabría preguntarse lo siguiente, ¿qué relación existe entre la interpretación concreta y el momento constructivo de una práctica constitucional originalista?

Una primera respuesta a tal interrogante pareciera sugerir que la interpretación concreta no podría asimilarse a la construcción constitucional. De hecho, recordemos que la interpretación concreta se refiere específicamente a la subsunción de hechos en el rango del significado de un concepto previamente interpretado en abstracto. En cambio, según autores originalistas tales como Barnett, *The process of applying general abstract provisions to the facts of particular cases by adopting intermediate doctrines is properly called, not interpretation, but constitutional construction*¹⁷⁵. Por consiguiente, la dimensión concreta de una práctica interpretativa sería tan solo uno de los aspectos de aquello que los neo-originalistas designan como «construcción constitucional». En otras palabras, la construcción no se reduce a la interpretación concreta.

La construcción constitucional también incluye una dimensión en la que se elaboran conceptos y doctrinas dirigidas a facilitar la realización de los fines a los que apuntan otros conceptos aún más abstractos; particularmente, aquellos que sí fueron enunciados en el texto constitucional¹⁷⁶. Por ejemplo, la relación que se advierte entre el concepto de «supremacía de la Constitución» y *judicial review*. Según Barnett, el control de constitucionalidad –*judicial review*– sería una implementación o construcción, llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el célebre caso «Marbury v. Madison» (1803)¹⁷⁷, sobre la base o piso lingüístico proporcionado por el artículo VI del texto constitucional estadounidense¹⁷⁸ que establece que: «Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado»¹⁷⁹. Por lo tanto, la construcción constitucional judicial

¹⁷⁵ BARNETT, «Trumping Precedent...», 264.

¹⁷⁶ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 88.

¹⁷⁷ «Marbury v. Madison», 5 US 137 (1803).

¹⁷⁸ Cfr. BARNETT, R. E., «The Original Meaning of the Judicial Power», *Supreme Court Economic Review*, 12 (2004), 115, 137.

¹⁷⁹ *Constitución de los Estados Unidos de América*, Artículo VI, cláusula 2.

que instituyó el *judicial review* no sería más que un modo de implementar –o de «construir»– el concepto de «supremacía de la Constitución» enunciado en la citada norma constitucional.

En conclusión, la dimensión interpretativa de una práctica constitucional de corte neo-originalista podría asimilarse a lo que Guastini designa como «interpretación abstracta». En lo que respecta a la dimensión constructiva, la semejanza con la interpretación concreta es parcial. Por un lado, la dimensión concreta se podría incluir dentro de lo que el «nuevo originalismo» entiende por construcción constitucional pero, por el otro, la construcción no se reduce a la mera subsunción de hechos particulares dentro de un significado delimitado previamente en el nivel abstracto. Más específicamente, la construcción constitucional también incluye la elaboración de principios abstractos –v. gr., el mentando *judicial review*– que median entre el significado lingüístico original que se desprende de una norma enunciada en el texto constitucional y el caso concreto.

3.2.2. La discrecionalidad judicial en la dimensión interpretativa o abstracta

Como se ha dicho *supra* en este trabajo¹⁸⁰, autores neo-originalistas como, por ejemplo, Barnett¹⁸¹ y Solum¹⁸² afirman que la principal contribución de la interpretación –en tanto distinta de la «construcción»– consiste en disipar las ambigüedades constitucionales. En tal sentido, interpretar supondría una actividad o práctica de índole eminentemente empírica o descriptiva. Situados en tal contexto, podría parecer que la dimensión interpretativa se reduce a llevar a cabo una serie de actos de conocimiento y, por lo mismo, podría pensarse que no cabe lugar para la discrecionalidad judicial en el ámbito de la interpretación constitucional. No obstante, ¿el originalismo del significado público y original propone que la interpretación constitucional supone tan solo desplegar actos de conocimiento?

La respuesta a la última pregunta exige partir de una característica fundamental de la semántica que presupone el «nuevo originalismo»: el convencionalismo semántico que, como se ha visto, reconoce explícitamente diversos

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, epígrafe 1.1.

¹⁸¹ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 67-68.

¹⁸² Cfr. SOLUM, «Semantic Originalism», 67-69.

autores de tal corriente teórica tales como Barnett¹⁸³ y Solum¹⁸⁴ y otros autores de modo más indirecto o implícito como, por ejemplo, Whittington. Así, el significado de las disposiciones constitucionales remitiría a los significados ordinarios y convencionales que los usuarios de la lengua inglesa de finales del siglo XVIII atribuían a las palabras y frases del texto constitucional estadounidense¹⁸⁵. Dicho de otra manera, según el originalismo del significado público y original, las disposiciones constitucionales hacen referencia a los significados convencionales de las palabras y frases de la época en que la Constitución fue adoptada.

Una de las consecuencias que se sigue de tal semántica convencionalista es que el «nuevo originalismo» sufre de algunas de las limitaciones que caracterizan a las teorías de la interpretación jurídica que se apoyan en una semántica que reduce el concepto de «significado» con el contenido de convenciones lingüísticas. Así, de modo similar a lo que mantiene Zambrano en el contexto más amplio de la interpretación de los derechos fundamentales, una teoría de la interpretación constitucional de cuño originalista podría terminar confundiendo la mera arbitrariedad con la discrecionalidad judicial¹⁸⁶. Frente a ello, pudiera parecer que los autores originalistas evitarían tal confusión porque la resolución de las ambigüedades que suscita el texto constitucional dependería de la indagación de elementos fácticos acaecidos en algún momento del pasado¹⁸⁷.

Sin embargo, lo cierto es que resulta indistinguible la discrecionalidad judicial de la arbitrariedad desde una teoría interpretativa que se apoya en una semántica convencionalista. Esto se debe a que el acto de conocimiento por el cual se discierne el significado lingüístico original de normas constitucionales ambiguas no permite evitar un regreso al infinito en lo que concierne a las modalidades de interpretar tales convenciones. Por lo tanto, la interrupción o corte en tal cadena de remisiones no se podría explicar en clave neo-originalista sino como un acto de voluntad. Más aún, la decisión judicial que interrumpe o detiene la cadena de remisiones en un determinado momento, no puede

¹⁸³ «When we choose to use language, the meaning of our words is determined by the social practice or convention that is language». BARNETT, «Gravitational Force of Originalism», 415.

¹⁸⁴ Cfr. SOLUM, «Communicative Content and Legal Content», 498.

¹⁸⁵ Cfr. *ibid.*

¹⁸⁶ Cfr. ZAMBRANO, «Principios fundamentales e inteligibilidad...», 434.

¹⁸⁷ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 68. SOLUM, «The Interpretation-Construction Distinction», 102.

ser justificada más que como un mero acto de voluntad decisionista; esto es, una mera imposición arbitraria de la voluntad de quien tiene la potestad para dirimir tales cuestiones interpretativas; paradigmáticamente el juez aunque no solo él.

En definitiva, una práctica interpretativa originalista no podría acotar las ambigüedades constitucionales de manera abstracta sin incurrir en una decisión arbitraria. Por tanto, el «nuevo originalismo» no resulta capaz de diferenciar las prácticas constitucionales discrecionales de aquellas que son creaciones interpretativas exenta de todo control racional o, lo que es lo mismo, en tales casos no tendría lugar la posibilidad de distinguir entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial.

3.2.3. La discrecionalidad judicial en la dimensión constructiva

En lo que respecta a la dimensión constructiva de toda práctica constitucional originalista, cabe poner de relieve que la construcción constitucional pone el foco de atención sobre dos problemas específicos del lenguaje constitucional; por un lado, la vaguedad¹⁸⁸ y la irresoluble ambigüedad de algunos enunciados constitucionales, por el otro¹⁸⁹. De hecho, los autores originalistas reconocen que el significado lingüístico original de una norma constitucional, en algunos casos, resultaría vago o, como afirman Solum y Barnett, infradeterminación¹⁹⁰. Esto, en efecto, supone que los enunciados constitucionales se ubican en una «zona de penumbra» en la que no se han precisado todos los modos posibles en los que se podría implementar o aplicar tal significado lingüístico original. Así, cabría plantearse la siguiente pregunta, ¿cuál es el margen de la discrecionalidad de los jueces en la construcción constitucional? La respuesta a este interrogante exige recoger la distinción entre dos niveles de construcción constitucional: por un lado, a) el nivel concreto y, por el otro, b) el nivel de elaboración de conceptos o doctrinas que intermedian entre normas constitucionales enunciadas a través de un lenguaje altamente vago y los casos judiciales.

¹⁸⁸ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 68-69. SOLUM, «Semantic Originalism», 67; ID., «The Interpretation-Construction Distinction», 102. WHITTINGTON, «Constructing a New American Constitution», 122.

¹⁸⁹ Cfr. SOLUM, «Communicative Content...», 509.

¹⁹⁰ Cfr. SOLUM, «Originalism and Constitutional Construction», 483. BARNETT, «The Misconceived Assumption...», 618; ID., «Interpretation and Construction», 68.

a) En el nivel de elaboración de conceptos y doctrina constitucional, el margen de discrecionalidad judicial sería sumamente amplio. Con todo, no se trataría de una actividad ilimitada porque, como señala Barnett, tal construcción constitucional descansa en un «piso» semántico que remite al significado lingüístico original¹⁹¹. Por consiguiente, se trataría de construcciones constitucionales que no podrían dejar sin efecto al significado original de las normas constitucionales. En cambio, como límite superior o «techo» se encuentran las bases o justificaciones normativas del originalismo; es decir, las diversas razones que se esgrimen para justificar la adopción de una práctica constitucional de corte neo-originalista. Sin embargo, como se han visto *supra*, tales discusiones resultan ser uno de los principales puntos de desacuerdo teórico dentro de la tradición originalista¹⁹².

Así, el juez –o intérprete– que construye disposiciones constitucionales vagas, primero debe interpretar el significado lingüístico original para precisar cuál es el margen de construcción que brinda tal disposición. Esto reintroduce el problema del regreso al infinito. En efecto, si no es posible acotar los múltiples modos de interpretar lo que significa «supremacía de la Constitución», tampoco será posible determinar si la construcción o implementación de tal norma es coherente o no con el significado lingüístico original.

Lo último se podría ilustrar con el caso «Heller». Desde una perspectiva interpretativa neo-originalista, no habría razones para optar por cualquiera de los resultados interpretativos que adoptó la Corte Suprema. De hecho, la semántica sobre la cual descansaba el fallo –tanto en el voto de la mayoría como en el de la minoría–, pendía de un acto de decisión voluntarista que estableció determinadas fuentes históricas eran las únicas que resultaban decisivas para discernir el significado de la segunda enmienda. Así, no sería posible distinguir la discrecionalidad de la arbitrariedad judicial. Dicho de otra manera, si el significado original de la segunda enmienda se apoya en una semántica estrictamente convencionalista, no habría un «piso» firme en el cual se apoya la construcción constitucional. Por ello, la resolución de la mayoría que entiende que la segunda enmienda posibilita la posesión de armas de fuego en el hogar resulta igualmente justificada que la opción negativa que adoptó la minoría comandada por el juez Stevens.

¹⁹¹ Cfr. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution...*, 128.

¹⁹² Cfr. *supra*, epígrafe 1.4.

b) En el nivel concreto de la construcción constitucional, se podrían resaltar otras dificultades que enfrenta la distinción entre discrecionalidad –en el sentido de «elección entre alternativas abiertas»– y arbitrariedad judicial. Como ha explicado Michael S. Moore, resulta inevitable la discrecionalidad judicial al momento de especificar si un hecho concreto se subsume o no dentro de la norma jurídica¹⁹³. Frente a ello, el punto es que el «nuevo originalismo» no permite brindar ninguna justificación de las razones por las que un hecho particular se subsume en una norma constitucional. Así, por ejemplo, no sería posible proporcionar razones o criterios por los que el caso particular del señor Dick Heller se subsume –o no– en la segunda enmienda de la Constitución.

En síntesis, el nivel concreto también arrastra ciertas limitaciones de la dimensión interpretativa de una práctica constitucional de corte neo-originalista, aunque de un modo distinto a lo que acontece en el nivel de elaboración de principios que operan como intermediarios entre enunciados constitucionales vagos y sus aplicaciones particulares¹⁹⁴. Si el originalismo del significado público y original no es capaz de discernir *in abstracto* el contenido semántico de las convenciones lingüísticas originales sin incurrir en un regreso al infinito, tampoco se podrá justificar racionalmente las razones por las que cabría subsumir un hecho concreto en una norma constitucional particular. Esto se debe a que, parafraseando a Spaemann, si el significado de los conceptos fue determinado *in abstracto* de un modo arbitrario también serán arbitrarias sus aplicaciones o subsunciones de hechos particulares¹⁹⁵.

3.2.4. Balance crítico: la inevitable confusión entre la arbitrariedad y la discrecionalidad judicial

La interpretación propiamente dicha, que los neo-originalistas suelen distinguir de la «construcción», se podría asimilar a lo que en la teoría de la interpretación jurídica se designa como «interpretación abstracta»¹⁹⁶. En

¹⁹³ Cfr. MOORE, M. S., «The Semantics of Judging», *Southern California Law Review*, 54 (1981), 151, 291-292.

¹⁹⁴ Cfr. ZAMBRANO, P., «Interpretar es conocer: una defensa de la teoría referencialista de la interpretación», *pro manuscrito*, Buenos Aires, 2015, 2.

¹⁹⁵ Cfr. SPAEMANN, R. (2000), «Acciones Concretas», en ID., *Límites: acerca de la dimensión ética del actuar*, J. Fernández Retenaga y J. Mardomingo Sierra (trad.), Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003, 54.

¹⁹⁶ Cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, 15.

tal sentido, la dilucidación del significado original de las disposiciones constitucionales, tal como lo reconocen Barnett, Solum y Whittington, remite a las convenciones lingüísticas de la época en que se adoptó el texto Constitucional¹⁹⁷. Por lo tanto, el «nuevo originalismo» no sería capaz de evitar el regreso al infinito que ha sido examinado en el subepígrafe anterior. En lo que respecta al problema de la discrecionalidad de los jueces, esto conllevaría a que el acto por el cual se interrumpe tal encadenamiento de convenciones lingüísticas que remiten a otras convenciones lingüísticas, y así indefinidamente, no pueda ser justificado racionalmente. De esta manera, una práctica interpretativa de corte neo-originalista que se apoya en una semántica convencionalista es incapaz de arribar a una elección no arbitraria entre opciones o alternativas abiertas. Por lo tanto, el «nuevo originalismo» no puede evitar confundir la discrecionalidad judicial con una decisión arbitraria. Dicho en otras palabras, si el significado de las normas constitucionales depende prioritariamente de convenciones lingüísticas, no es posible escapar de un regreso al infinito sino por medio de una decisión judicial voluntarista exenta de todo control racional.

La construcción constitucional se enfrenta con el problema de la discrecionalidad en dos niveles distintos. El primero de ellos, que podríamos llamar: «implementación de normas constitucionales vagas», supone la elaboración de principios y doctrinas dirigidos a mediar entre tales normas y hechos particulares. Esas construcciones, según lo que sostienen autores como Barnett, se encontrarían limitadas por el significado lingüístico original. Así, el «nuevo originalismo» no admite construir disposiciones constitucionales de un modo tal que contradiga al significado original. No obstante, si toda construcción exige primero haber discernido el significado lingüístico original, entonces la construcción constitucional tampoco sería capaz de evitar los problemas que se suscitan en el plano de la interpretación abstracta. En consecuencia, tal clase de construcción de la Constitución supondría un límite indefinido que, por lo mismo, no podría acotar las prácticas constitucionales que elaboran los jueces para implementar disposiciones constitucionales vagas. Dicho de otra manera, las construcciones constitucionales no se podrían restringir de ningún modo porque no habría una manera de acotar los modos de interpretar el significado lingüístico original del texto constitucional.

¹⁹⁷ Cfr. BARNETT, «Interpretation and Construction», 67. SOLUM, «Semantic Originalism»,

El segundo nivel de construcción constitucional equivale a lo que Guastini designa como «interpretación concreta»¹⁹⁸. Sin embargo, puesto que la práctica constitucional de corte neo-originalista descansa en una concepción convencionalista del significado, el nivel concreto de la construcción de las normas constitucionales termina arrastrando las mismas dificultades de la interpretación constitucional *in abstracto*. De hecho, es precisamente en este último punto en donde más se pone de relieve que el originalismo del significado público no es capaz de evitar confundir las nociones de discrecionalidad con la de arbitrariedad. Esto se debe a una práctica constitucional de cuño neo-originalista no es capaz de dar cuenta de las razones por las que cabría subsumir un hecho concreto en el significado abstracto de una norma constitucional. Así, la interpretación concreta que presupone una práctica constitucional como la que propone el originalismo del significado público y original no permite distinguir un acto de decisión discrecional de uno simplemente arbitrario; es decir, no susceptible de ser justificado o argumentado racionalmente de modo alguno.

4. CONCLUSIONES

Los objetivos específicos de este trabajo han sido tres: a) reconstruir las directivas interpretativas del originalismo del significado público original; b) analizar y reconstruir los presupuestos semánticos del originalismo del significado público original; c) apuntar críticamente las principales dificultades o limitaciones explicativas.

a) Las directivas interpretativas del originalismo del significado público se podrían resumir en las siguientes prescripciones metodológicas:

Distinguir entre interpretación y construcción. La interpretación remite al mero descubrimiento del significado lingüístico de los enunciados constitucionales. La construcción, en cambio, radica en los distintos modos posibles de implementar ese significado lingüístico previamente delimitado en el momento interpretativo.

Distinguir entre significado público y original e intenciones originales. Para el originalismo del significado público original no existe razón alguna para inte-

¹⁹⁸ Cfr. GUASTINI, *Distinguiendo...*, 204; ID., *Interpretare e argomentare*, 15; *Teoría e ideología de la interpretación...*, 30.

resarse por cuestiones tales como aquello que pretendieron significar los constituyentes o ratificadores con tal o cual disposición constitucional. De hecho, los citados autores sostienen que el «nuevo originalismo» concentra sus fuerzas en reconstruir el significado lingüístico original; vale decir, el significado convencional que se le atribuía a las diversas disposiciones constitucionales en la época en que la Constitución fue puesta en vigencia. En otras palabras, al «nuevo originalismo» solo le interesa dilucidar el significado que convencionalmente se le atribuía a las disposiciones constitucionales en la época en que éstas fueron adoptadas.

Identificar las vías de acceso epistémico del significado público y original. La faz interpretativa de una práctica constitucional originalista se sirve principalmente de los debates de las asambleas constituyentes originarias, ratificadoras o reformadoras pero también de todo otro documento histórico tales como panfletos, diarios o periódicos de la época en que la Constitución fue adoptada.

Identificar las vías de construcción del significado público y original. Los principales defensores del «nuevo originalismo» –Whittington, Barnett y Solum– coinciden en que una práctica constitucional originalista, frente a disposiciones constitucionales vagas o irremediamente ambiguas, resulta necesario el despliegue de una actividad constructiva. Sin embargo, tales autores difieren en torno a cómo se debería llevar a cabo la mentada construcción constitucional.

b) En relación a los presupuestos semánticos del «nuevo originalismo» u originalismo del significado público original, se ha concluido lo siguiente:

El «nuevo originalismo» afirma que habría una prioridad del «significado de las disposiciones» –equivalente constitucional del «significado de las oraciones»– por sobre el «significado de los constituyentes» –que se podría equiparar al «significado del hablante»–. Con todo, autores neo-originalistas tales como Whittington y Solum reconocen que el «significado de los constituyentes», no sería más que un medio heurístico –entre otros– para discernir el significado público o convencional de los enunciados constitucionales. Por tanto, si hubieran elementos históricos que permitan concluir que el significado público difiere de lo que los constituyentes/ratificadores pretendieron significar, habría que asignarle preeminencia al significado público y original por sobre el intentado.

La fase interpretativa de toda práctica constitucional neo-originalista descansa sobre una caracterización del significado como una «cuestión de hecho» –*meaning as a matter of fact*–. Esto supone que el contenido semántico de

los enunciados constitucionales está determinado por un conjunto de elementos fácticos que pueden ser conocidos a través de la observación empírica de la evidencia histórica.

El *conocimiento compartido* entre los constituyentes/ratificadores y la audiencia destinataria del texto constitucional resulta ser un elemento de suma relevancia, pero no necesariamente suficiente, para dilucidar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales.

La interpretación neo-originalista ha de complementar el análisis de la evidencia histórica del significado original de la Constitución con un examen del contexto histórico y lingüístico de las disposiciones constitucionales. Esto se debe a que las circunstancias históricas en torno a las cuales se aprobó un determinado texto constitucional podrían echar luz sobre las ambigüedades que suscitaría la interpretación de normas constitucionales.

Finalmente, la semántica del «nuevo originalismo» se apoya sobre una «división del trabajo lingüístico». De hecho, esta teoría originalista afirma que existen palabras técnicas —«términos del arte»—, cuyo significado solo puede ser conocido mediante una referencia a una comunidad de usuarios especializados. Siguiendo los lineamientos de Putnam, esto supone que la comunidad no especializada en el uso de tales palabras le asigna a otra comunidad la determinación del significado de algunos conceptos especializados como, por ejemplo, «patentes de corso».

c) A partir de la reconstrucción de las directivas interpretativas y los presupuestos semánticos del originalismo del significado público y original, se han apuntado las siguientes objeciones críticas:

Dado que el «nuevo originalismo» se ancla en una semántica convencionalista, este no puede evitar incurrir en un regreso al infinito de interpretaciones. Porque el significado de los conceptos que recoge las disposiciones constitucionales remitirían a otras convenciones, éstas a otras prácticas lingüísticas convencionales y así, hasta el infinito. Esto exige que el intérprete sea capaz de brindar alguna razón para detener esa cadena infinita de remisiones. Por ello, el problema del regreso al infinito lleva a analizar cómo o de qué modo interrumpir esa cadena infinita de interpretaciones.

Uno de los modos de escapar de un regreso al infinito de interpretaciones podría consistir en la discrecionalidad judicial como recurso para interrumpir o cortar la cadena infinita de remisiones que supone una semántica convencionalista. Esto exige determinar si el originalismo del significado público permite distinguir la mera arbitrariedad de la discrecionalidad judicial.

Sin embargo, la práctica constitucional de corte neo-originalista confunde la arbitrariedad con la discrecionalidad judicial. Esto se debe a que una semántica convencionalista no alcanza a brindar criterios objetivos para determinar el significado de los conceptos. Por ello, el significado de todo concepto que recoge del lenguaje constitucional se termina definiendo a la luz de un acto de decisión voluntarista o arbitrario. El nivel concreto de la construcción de tales normas acaba cargando con las mismas dificultades de la interpretación constitucional *in abstracto*. De hecho, una práctica constitucional de cuño neo-originalista no resulta capaz de dar cuenta de las razones por las que cabe subsumir un hecho concreto en el significado abstracto de una disposición constitucional. Por tanto, la interpretación concreta que presupone una práctica constitucional como la que propone el originalismo del significado público y original no permite distinguir un acto de decisión discrecional de uno simplemente arbitrario; es decir, no susceptible de ser justificado o argumentado racionalmente de modo alguno.

En síntesis, el nuevo originalismo se apoya en una semántica convencionalista y, por lo mismo, conlleva la imposibilidad de alcanzar una interpretación objetivista de la Constitución. Esto se debe a que los esfuerzos para evitar incurrir en una sucesión infinita de interpretaciones suponen un corte en tal cadena que no podría ser justificado con base a criterios objetivos. De hecho, en la misma medida en que ese corte o interrumpe la cadena de interpretaciones se apoya en una semántica convencionalista no resulta posible brindar criterios que permitan detener esa regresión de interpretaciones en una solución objetiva y definitiva. En consecuencia, podrá detenerse la cadena de remisión por medio de una práctica interpretativa que descansa en una semántica convencionalista pero no será posible brindar una justificación que no descansa sino en convenciones lingüísticas que remiten a otras convenciones y así hasta el infinito. Con otras palabras, en tanto y en cuanto el originalismo se apoya en presupuestos semánticos convencionales no será posible garantizar la inteligibilidad del lenguaje por el cual se expresan las disposiciones constitucionales.

