

Luciano LAISE

El poder de los conceptos: concepciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista

Editorial Porrúa, México, 2017, 317 pp.

Esta publicación de Editorial Porrúa es el resultado de la tesis dirigida por Pilar ZAMBRANO y Juan Bautista ETCHEVERRY con la cual Luciano Damián LAISE obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina). El poder de los conceptos es una aproximación a la pregunta por la inteligibilidad del discurso jurídico desde el contexto constitucional norteamericano.

En un contexto social fragmentado en múltiples y hasta contradictoras concepciones morales, ¿es posible seguir sosteniendo la capacidad del derecho para guiar y coordinar la conducta social de forma eficaz? (cfr. p. XXXIV). Este interrogante, originalmente planteado por RAWLS, reviste especial actualidad en la sociedad contemporánea donde, por ejemplo, se escuchan con fuerza voces que restan legitimidad a las decisiones de los tribunales, alegando que no representan suficientemente a la sociedad o que sesgadamente interpretan la ley imponiendo contra-mayoritariamente unos valores determinados. El positivismo analítico desde su particular interés por la filosofía del lenguaje sugiere que el derecho solo podrá cumplir su función coordinadora si el discurso jurídico es el resultado de una construcción convencional, en la que intervienen todos los actores de práctica jurídica. Esta postura, conceptualizada en el libro como «convencionalismo semántico», supone que «todos los niveles del lenguaje –desde los términos hasta la referencia a los conceptos– son construidos por un interés específico que guía a los usuarios del lenguaje a categorizar de tal o cual manera a los objetos a los que se dirige el conocimiento humano» (p. 31).

Sin embargo, la autoridad entredicha de los jueces para liderar este proceso de construcción semántica no es el único ni el menor obstáculo a la credibilidad del derecho en un contexto social multicultural. Más acuciante es la pérdida de inteligibilidad del discurso jurídico¹. Tal como clásicamente apuntó FULLER, una condición indisponible de la capacidad del derecho para guiar, valorar y en su caso sancionar la conducta humana es que su discurso sea comprensible

¹ Cfr. ZAMBRANO, P., «Fundamental Principles, Realist Semantics and Human Action», *Rechtstheorie*, 46 (2015), p. 323-345.

o, como se indica en el libro, inteligible². La falta de inteligibilidad terminaría condicionando, en efecto, además de la comprensión de los enunciados jurídicos la autoridad de quienes poseen imperio para determinar el significado vinculante del discurso jurídico. La tesis nuclear del libro es que el convencionalismo semántico en su afán de describir asépticamente el lenguaje jurídico y desvincularlo de toda referencia previa hace precisamente lo contrario, pues alcanza un consenso conceptual solo superficial respecto del significado de los términos pero no aclara nada acerca de su referencia (cfr. p. XXXVII).

En este marco, la obra discute sobre la inteligibilidad de los enunciados de la Constitución como «pre-condición básica para que el intérprete pueda asumir que el texto constitucional tiene autoridad sobre él» pues «sería banal cualquier defensa de la autoridad de un texto normativo que de ningún modo pudiera ser comprendido por sus destinatarios» (p. 6). El autor centra su análisis en la realidad constitucional estadounidense, cuya rica tradición es sede de sustanciosos debates sobre interpretación jurídica. Uno de estos es, precisamente, la discusión sobre cuáles son los pre-conceptos que deben asumir los jueces en la interpretación constitucional. En esta línea, LAISE estudia la postura originalista de interpretación de la constitución que, desde los años 80, ha tenido un rol predominante en la práctica norteamericana y que surge como reacción al activismo judicial en clave liberal que algunos atribuyen a la corte Warren³.

Trescientas páginas en diez capítulos sirven a LAISE para analizar profusamente el modelo estadounidense de interpretación originalista en sus dos versiones: (i) originalismo de intenciones y (ii) originalismo de significado público. La pregunta que vertebrata toda la exposición es si «¿puede el originalismo garantizar la inteligibilidad de la interpretación constitucional?» (p. 8). Como dice ZAMBRANO en el prólogo, la investigación de LAISE pone a prueba la hipótesis de que «el convencionalismo semántico no solo no garantiza, sino que impide la inteligibilidad del discurso jurídico y, por extensión, imposibilita la objetividad interpretativa» (p. XXXIX). Esto lo con-

² Cfr. FULLER, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 2nd ed, 1969.

³ Con el término Corte Warren se hace referencia a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América presidida por el *Chief Justice* Earl Warren durante los años 1954 a 1969 y que estuvo marcada por decisiones controversiales y a la vez relevantes que la colocan como una de las cortes más liberales en la historia de la interpretación constitucional de ese país. Cfr. TUSHNET, Mark (ed.), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, University Press of Virginia, USA, 1993, pp. 1-34.

sigue a partir de un ejercicio de contraste con las tres grandes aporías que se siguen de todo discurso jurídico convencionalista según la propuesta de esta misma autora: (a) la cadena infinita de usos lingüísticos; (b) la imposibilidad de distinguir entre arbitrariedad y discrecionalidad; y, (c) el parroquialismo o localismo⁴.

El libro se divide en tres partes. La primera, capítulos I y II, sirve como exposición general del convencionalismo semántico en la interpretación jurídica. En el capítulo I, el autor asume con MOORE que «las teorías de la interpretación jurídica que dominan el debate contemporáneo ... descansan en una teoría del significado que le asigna una prioridad al significado socialmente construido por sobre la referencia que los conceptos designan» (p. 13). Luego, prosigue con la presentación de una clasificación del convencionalismo semántico en cuatro principales versiones: la semántica criterial de CARNAP; la semántica criteriológica como variante débil de la anterior desarrollada a partir de las Investigaciones Filosóficas de WITTGENSTEIN; la semántica de los casos paradigmáticos de HART y ENDICOTT; y, el convencionalismo profundo de MARMOR y RAZ. En el capítulo II, el autor examina las tres dificultades lógicas antes mencionadas para luego ponerlas a prueba en ambas versiones del originalismo.

En la segunda parte se revisan los presupuestos semánticos de cada una de las versiones de originalismo, comenzando por el de intenciones. En el capítulo III el autor hace un esfuerzo notable de sistematización metodológica «porque, en general, los autores que defienden el originalismo intencionalista se han concentrado más en las cuestiones relativas a la autoridad de la Constitución que en desarrollar una metodología interpretativa» (p. 68). Se describen tres directivas principales que guían la actividad de los intérpretes. La primera directiva se inclina por la búsqueda de las «intenciones semánticas» o performativas del texto a interpretar, es decir, en «aquello que los constituyentes pretendieron realizar con palabras al enunciar cada una de las disposiciones constitucionales» (p. 92) a la vez que resta importancia a «los meros motivos» internos y subjetivos de los redactores o ratificadores del texto constitucional. La segunda directiva distingue tres niveles de referencia intencional en los enunciados constitucionales: uno de claridad, uno de ambigüedad y uno de vaguedad, y prevé que a más claridad del texto menos espacio para la interpretación creativa, y viceversa. Finalmente, la tercera

⁴ Cfr. ZAMBRANO, P., «Fundamental Principles...», cit.

directiva identifica «las vías de acceso epistémico a las intenciones originales» (p. 93) por medio de la evidencia histórica, ya sea según lo que dijeron redactores de la constitución (*framers*) o sus ratificadores (*ratifiers*). En el capítulo IV se estudian las bases semánticas del originalismo de intenciones a partir de la teoría de la acción comunicativa⁵. Según esta propuesta, hay tres niveles intencionales en la comunicación humana. En el primer nivel, (1) el fonético, la intención es simplemente la de emitir sonidos o grafismos; en el segundo nivel, (2) el locucionario, se revela la intención lingüística, es decir, la de que «los sonidos y grafismos producidos se tomen como signos de aquello que se quiere significar y referir. Finalmente (en el tercer nivel se verifica) la intención (3) ilocucionaria de hacer algo con lo que se dice: mandar, prometer, advertir, describir, entre otras»⁶, es decir, es aquí cuando el agente pretende ‘hacer cosas’ con palabras. Este último nivel a su vez se subdivide en (3.a) performativo, es decir, referido a lo que se hace en el mismo acto de habla y (3.b) perlocucionario, esto es, lo que se hace como consecuencia de un acto de habla. Como señala LAISE, para que la comunicación sea exitosa es necesario «que los tres niveles básicos de las intenciones semánticas del autor se revelen al interlocutor a través de las intenciones locucionarias e ilocucionarias» (p. 115) pues, todo «hablante, al proferir una emisión, intenta comunicar algo y, a la vez, intenta que su intención comunicativa sea reconocida por el destinatario»⁷. Para ello es imprescindible, por un lado, conocer el contexto comunicativo, que en el caso de la constitución se trata de un acto de habla (i) colegiado, (ii) institucional y (iii) escrito; y, por otro lado, que exista un conocimiento compartido (*common knowledge*) entre los autores del texto constitucional y la audiencia destinataria. Este conocimiento compartido es la información pragmática de fondo que posibilita la comprensión en la comunicación, pues coloca al emisor y el destinatario dentro del mismo universo informativo y les hace capaces de entenderse mutuamente y de reconocer todo aquello que por sabido se calla. Sin él, interpretar cualquier acto de habla sería imposible, pues requeriría remontarse hasta el origen de las cosas en cada momento comunicativo. Por lo tanto, dado que la única forma conocer las intenciones originales exige un conocimiento compartido

⁵ Cfr. CONESA, F. y NUBIOLA, J., *Filosofía del Lenguaje*, Herder, Barcelona, 1999, cap. 8.

⁶ ZAMBRANO, P., «El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación», *Dikaion*, n° 18 (2009), p. 116.

⁷ CONESA, F. y NUBIOLA, J., *Filosofía del Lenguaje*, cit., p.184.

entre el autor del texto y los destinatarios y este, a su vez, remite al contexto semántico en última instancia se puede afirmar que todo originalismo de intenciones deviene en un originalismo de significado público, ya que solo es posible compartir públicamente la información pragmática de fondo.

Finalmente, el capítulo V confronta el originalismo de intenciones con las aporías expuestas en el capítulo II. *Grosso modo*, se concluye que esta versión no supera las dificultades lógicas propuestas y que «únicamente sería capaz de poner un coto a la pregunta en torno a *qué* hay que interpretar. Sin embargo, esa delimitación cuantitativa es tan solo aparente o fútil porque el originalismo intencionalista no podría ser capaz de acotar los modos de interpretar las convenciones lingüísticas a las que remiten las intenciones originales» (p. 133).

En el capítulo VI se da inicio al análisis de la versión más reciente del originalismo, el de significado público. A partir de las ideas de Randy BARNETT, Lawrence SOLUM y Keith WHITTINGTON se identifican cuatro directivas interpretativas. La primera consiste en distinguir dos momentos de la actividad del intérprete en la práctica constitucional: (a) el de interpretación para los casos de ambigüedad y (b) el de construcción para los casos de vaguedad. En pocas palabras, al interpretar se descubriría el significado inherente al texto, mientras que al construir se implementaría o aplicaría el significado lingüístico para resolver un caso particular. La segunda directiva señala que más que identificar las intenciones de los redactores o de los ratificadores de la Constitución, el intérprete debe «concentrar sus fuerzas en la reconstrucción del significado lingüístico original» (p. 143), es decir, del significado convencional del texto en la época en que fue puesto en vigencia. La tercera directiva aclara el camino para reconstruir este significado original a partir de una revisión empírica de la evidencia histórica que dé cuenta del uso primigenio relevante de los conceptos constitucionales. Finalmente, la última directiva se centra en los modos de construir o implementar este significado público original. El capítulo VII identifica los presupuestos semánticos subyacentes a esta versión originalista. La primera precisión que hace LAISE, a partir de la teoría del significado que distingue entre significado del hablante y significado de la oración, es que «mientras el originalismo de intenciones se caracterizaba por cargar las tintas sobre el significado de los constituyentes, el originalismo de significado público se focaliza en el significado de las disposiciones» (p. 157). La inclinación en favor del significado de las disposiciones constitucionales supone que el significado, al menos en su fase interpretativa, es considerado como una ‘cuestión de hecho’, es decir, «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» (p. 163). No obstante, la aprehensión del significado original de la Constitución no se limita al estudio empírico del texto como *factum*, sino que «debe complementarse con un examen del contexto histórico y lingüístico de las normas constitucionales» (p. 171) y también de las circunstancias históricas al momento de su aprobación. Finalmente, para el caso de palabras técnicas, o ‘términos del arte’, el nuevo originalismo recomienda remitir la dilucidación de su significado a los usuarios especializados. El capítulo VIII prueba la inteligibilidad del discurso jurídico del originalismo de significado público a la luz de las aporías antes descritas y, como era de esperarse, tampoco el nuevo originalismo es capaz de eludirlas. Además de que esta versión del originalismo no es capaz de detener la cadena infinita de remisiones del significado de los conceptos, queda patente que «resulta indistinguible la discrecionalidad judicial de la arbitrariedad desde una teoría interpretativa que se apoya en una semántica convencionalista» (p. 193) tanto en el nivel abstracto de determinación el significado de los conceptos, como en el concreto de subsunción de hechos en significados previamente definidos.

La última parte del libro sirve para plantear una propuesta superadora del originalismo.. En el capítulo IX presenta lo que denomina ‘originalismo posible’, que sortea las aporías anteriormente referidas gracias al recurso a una semántica objetiva que dé prioridad a la referencia de los conceptos por encima del significado socialmente construido. Acertadamente el autor advierte que el recurso al realismo semántico es distinto cuando se trata de conocimientos teóricos, que cuando se trata de realidades teórico-prácticas, como el derecho, pues «el momento o aspecto teórico de la dimensión abstracta de la interpretación culmina en la especificación de una norma particular que prescribe actuar en determinado sentido» (p. 221). Consciente de que el derecho además de ser una realidad humana intrínsecamente inteligible tiene componentes culturales, LAISE apunta que «la razón humana no se limita a descubrir lo que las clases funcionales designan, sino que, en alguna medida, estas resultan construidas por el uso lingüístico compartido», pues «los conceptos del mundo jurídico –o moral– se dilucidan a la luz de la función y no de la estructura de aquello que se refiere o designa» (p. 222). Nuestro autor recurre a la idea de clases funcionales (*functional kinds*) para situar la referencia de los conceptos jurídicos. Estas clases funcionales serían bi-dimensionales, por un lado, su dimensión rígida o no-convencional designaría a los fines del derecho –tratándose de la interpretación constitu-

cional, los fines de la Constitución– que serían descubiertos por la razón y no contruidos, y, por otro lado, su dimensión convencional haría referencia tanto «al modo de describir acciones que afectan a derechos fundamentales de fuerza concluyente», como a «la positivación de principios fundamentales con fuerza meramente directiva» (p. 226). Dicho de otro modo, «lo propio de la semántica realista no es prescindir de todo elemento convencional sino garantizar que la determinación del significado de los enunciados constitucionales descansa en una combinación entre conocimiento y voluntad». En el último capítulo se sistematiza la metodología del ‘originalismo posible’ de base realista en cinco directivas interpretativas: (1) reconocer la primacía de las funciones específicas de los enunciados constitucionales sobre el significado original; (2) conectar la finalidad particular de cada norma constitucional con la finalidad conjunta de la práctica constitucional originalista; (3) distinguir entre los distintos tipos de principios de derechos fundamentales; (4) determinar el margen de creatividad interpretativa; y, (5) reconocer que por medio de una interpretación originalista no pueden vulnerarse los derechos fundamentales.

Lo primero que cabe destacar es que se trata de una importante contribución al estudio de la interpretación de la constitución norteamericana en nuestra lengua. El mismo autor es consciente de que no abundan los trabajos sobre esta materia en castellano. La claridad, el rigor expositivo y la atención a los presupuestos semánticos de las prácticas originalistas hacen de esta una obra una lectura obligada para quienes quieran profundizar en los debates sobre el originalismo. Es especialmente relevante un trabajo como este, donde la aproximación al debate de las prácticas interpretativas originalistas es, precisa y redundantemente original, porque se centra no tanto en lo que dijeron o no dijeron los redactores o los ratificadores, sino en si es posible asegurar, a partir de la filosofía del lenguaje si un discurso jurídico bajo esos presupuestos es inteligible. Esta perspectiva de estudio, en fin, viene a llenar un vacío en esta área de estudio, ya que «las teorías originalistas no suelen prestar una rigurosa atención a las cuestiones lingüísticas, que desvelan a muchos filósofos y juristas contemporáneos» (p. 4).

Cabe asimismo señalar que las conclusiones a las que llega con su investigación son válidas no solo para el originalismo como práctica interpretativa en Estados Unidos, sino que tienen repercusión en general en todo discurso jurídico cuya base exclusiva sea una semántica convencional. Por ejemplo, LAISE demuestra que la aporía del *regreso al infinito* plantea inconvenientes aún más graves en relación a los enunciados de derechos fundamentales, pues estos se

tornan «(i) *ininteligibles*; esto es, no se podría acceder epistémicamente a lo que es designado, en último término, a través de las palabras o frases por los cuales se enuncian esos derechos fundamentales; o bien, (ii) *vacíos*; es decir, no refieren, ni designan nada más que regularidades de conducta aprehensibles pero carentes de sentido o racionalidad intrínseca» (p. 39).

En general, la lectura es asequible y no se ahorra esfuerzos el autor en facilitar la exposición en temas muy complejos como los de filosofía del lenguaje y semántica interpretativa. Asimismo, es encomiable su trabajo de sistematizar y mostrar con claridad los presupuestos semánticos del originalismo, así como de presentar diáfanas las conclusiones a que llega con su investigación. Este esfuerzo se traduce, por momentos, en una reiteración de ideas o reformulación con distintas palabras de lo que ya se ha dicho antes, que quizá hubiera sido conveniente sustituir por una traducción gráfica más elocuente, que incluya más casos y más ejemplos de argumentación donde se vea reflejada la aplicación de las directivas interpretativas en la práctica.

Cabe insistir, para finalizar, en la calidad y profundidad de la principal contribución de la tesis, consistente en argumentar sólidamente, y sobre la base de una exhaustiva lectura de las fuentes, la insuficiencia de la interpretación originalista para garantizar la inteligibilidad del discurso jurídico, en razón de su convencionalismo semántico de base. Queda para un ulterior estudio la verificación de la plausibilidad de la propuesta superadora del originalismo esbozada en el capítulo final de la obra. Si bien, esta nueva versión no cede frente a las aporías planteadas por ZAMBRANO y recogidas por LAISE, si debe hacer frente a otros desafíos no menores, tales como la determinación de los fines contenidos en la constitución y en sus enunciados, o el respeto a la agencia moral de las personas en sociedades altamente plurales según los presupuestos del argumento democrático, o la aceptación de un método de abstracción o reconocimiento de las realidades inteligibles inherentes a la acción humana en un la posmodernidad reacia a consideraciones metafísicas. Como es evidente, esta tarea excede el alcance de este trabajo, pero augura para el autor una fértil línea de investigación.

Julio POHL
Universidad de Navarra
jpohl@alumni.unav.es