

Trabajo recibido el 23 de noviembre de 2017 y aprobado el 30 de octubre de 2018

La distinción entre interpretación y construcción:
Una visión crítica del originalismo del significado público*
THE DISTINCTION BETWEEN INTERPRETATION AND CONSTRUCTION REVISITED:
A CRITICAL APPROACH ON ORIGINAL PUBLIC MEANING ORIGINALISM

LUCIANO D. LAISE**

RESUMEN

El originalismo del significado público es en la actualidad el punto de partida ineludible del constitucionalismo norteamericano contemporáneo, tanto para criticarlo como para defenderlo. Una de las novedades más significativas que introduce esta versión actual del originalismo consiste en una distinción conceptual entre la interpretación y la construcción constitucional. La primera refiere a la dilucidación del significado lingüístico del texto constitucional por medio de una remisión a lo que la sociedad de la época entendía que significaba tal o cual disposición constitucional. En cambio, la construcción remite a los modos de implementar tales disposiciones normativas que recoge la constitución. En este trabajo se defenderá la imposibilidad de defender una clara distinción entre tales cuestiones. Con todo, no se trata esto de una maniobra cuyas consecuencias operan exclusivamente en un plano conceptual. Esta imposibilidad de distinguir entre construcción e interpretación no permite al neooriginalismo lograr una de sus finalidades prácticas: la arbitrariedad judicial.

PALABRAS CLAVE

Interpretación constitucional, constitucionalismo estadounidense, semántica constitucional, discrecionalidad judicial, arbitrariedad judicial.

ABSTRACT

The originalism of original public meaning is currently the very starting point in American constitutionalism, whether to defend it or to criticize it. One of its main particularities is a distinction between interpretation and construction. The first refers to elucidating the linguistic meaning of constitutional text by referring to public meaning of the time in which the Constitution was adopted. Construction, instead, refers to actual implementation of that original linguistic meaning previously discovered by interpretation. In this article, I will hold the impossibility to maintain that conceptual distinction. This has implications not just for a conceptual analysis. The impossibility

* El presente trabajo se inserta en un proyecto de investigación financiado y acreditado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires titulado "Naturaleza y límites de la interpretación jurídica: Desafíos en el Estado de Derecho constitucional" (Código DCT1822), dirigido por el Dr. Eduardo Magoja.

** Profesor asociado de Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Campus Universitario del Puente del Común, Autopista Norte de Bogotá Km 7, Chía, Colombia. E-mail: luciano.laise@unisabana.edu.co. ORCID N° <https://orcid.org/0000-0003-4249-5948>

of distinguishing interpretation from construction does not allow this version of originalism to achieve on its main practical purposes: to avoid judicial arbitrariness.

KEYWORDS

Constitutional Interpretation, American Constitutionalism, Constitutional Semantics, Judicial Discretion, Judicial Arbitrariness.

1. Planteamiento

El originalismo del significado público es una de las aproximaciones teóricas que integran la familia de teorías originalistas que se discuten en el ámbito estadounidense de la hora presente. En tal contexto es preciso remarcar que el estudio de estas teorías de la interpretación constitucional se ha propuesto como un medio para asegurar la supremacía de la Constitución por encima de las preferencias morales o políticas de los miembros del poder judicial¹.

Así, una comprensión de la citada versión del originalismo permite apreciar la capacidad de una de las propuestas teóricas más difundidas en la tradición norteamericana para limitar a la creatividad interpretativa de los jueces constitucionales. Esto resulta especialmente importante en un contexto como el constitucionalismo latinoamericano, en el que se discute con mucha intensidad la naturaleza y, sobre todo, los límites del control de constitucionalidad². De hecho, en el polémico caso “Artavia Murillo” (2012), la Corte Interamericana de Derechos Humanos apeló a argumentos originalistas para arribar a la polémica conclusión de que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”³.

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 en virtud de la cual existen dos afirmaciones centrales en las que 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 efectúa un aporte relevante al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales

¹ WHITTINGTON (2004), p. 602.

² Waldron en este reciente trabajo efectúa múltiples incursiones a los problemas de legitimidad del control de constitucionalidad en el contexto latinoamericano, poniendo un particular énfasis en el caso colombiano. WALDRON (2018).

³ Corte IDH, “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica”, de 28 de noviembre de 2012, p. 69.

actuales. Ambas tesis se encuentran íntimamente relacionadas, porque el significado original tiene autoridad sobre los intérpretes hasta que se produzca una enmienda o reforma constitucional⁴. Con todo, vale aclarar que la fijación no equivale a petrificación de los derechos más fundamentales que puede incorporar una constitución, sino a una suerte de desarrollo orientado de las prácticas interpretativas a partir del significado original.

Uno de los puntos sobre el que pone el énfasis la citada versión del originalismo es la diferenciación entre interpretación y construcción constitucional. En efecto, de acuerdo con Solum, Barnett y Whittington –quienes son los tres principales epígonos del originalismo del significado público que se examinarán en este trabajo–, tal distinción ha venido ganando terreno en el campo de la teoría de la interpretación constitucional de la hora presente⁵.

Sin embargo, cabría preguntarse: ¿en qué consiste la distinción entre el momento interpretativo y el constructivo que supondría toda práctica constitucional? Según Barnett, Whittington y Solum, la interpretación consistiría en una actividad cognoscitiva que se dirige a dilucidar el contenido semántico de una disposición constitucional⁶. De esta manera, tal como sugiere Barnett, lo que especifica al originalismo del significado público 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 b) tal significado debería guiar a los actores constitucionales, salvo que mediase una reforma o enmienda de la constitución escrita⁷. El segundo momento de una práctica constitucional es la construcción que, de acuerdo con Solum y Barnett, conlleva el proceso por medio del cual un texto jurídico produce determinados efectos⁸. Por tanto, la construcción resulta ser la implementación o aplicación del significado lingüístico de las disposiciones constitucionales.

En este trabajo defenderé la tesis de que la distinción entre interpretación y construcción, uno de los elementos sobre los cuales se estructura centralmente el originalismo del significado público –también llamado nuevo originalismo–, no podría erradicar a la arbitrariedad judicial, porque no sería capaz de asegurar la inteligibilidad de los derechos constitucionales. Esto se debería a que tal distinción se apoya en presupuestos semánticos convencionales; esto es, en dar

⁴ SOLUM (2008), pp. 6-8. SOLUM (2011), pp. 33-35. Para una caracterización de la tradición originalista, pero desde el punto de vista del originalismo de intenciones –una de las otras versiones que integran a la “familia de teorías” originalistas–, LAISE (2015).

⁵ SOLUM (2010), p. 95; SOLUM (2013), p. 468; BARNETT (2011), p. 65, y WHITTINGTON (1999), p. 5.

⁶ SOLUM (2010), p. 96; SOLUM (2013), p. 468; WHITTINGTON (1999), p. 5, y BARNETT (2011), p. 66.

⁷ BARNETT (2011), p. 66.

⁸ BARNETT (2011), pp. 67-68; SOLUM (2010), p. 96.

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 los 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 humanos o fundamentales respecta, este convencionalismo se traduce en la idea de que la libertad religiosa, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, por ejemplo, resultan ser meras construcciones sociales –inventos, en palabras de Carlos Nino– locales y temporales que revelan los intereses de un grupo social, o bien las convicciones políticas de una época y de un lugar determinados⁹.

La estructura del presente artículo, en primer lugar, consistirá en la descripción de la distinción entre construcción e interpretación en los principales autores que defiende el originalismo del significado público. Después de ello, se reconstruirán los presupuestos semánticos de esa versión del originalismo contemporáneo. En este sentido, es preciso señalar que la mayoría de los autores neoriginalistas no desarrolla explícitamente las consecuencias que se siguen de la semántica convencionalista sobre la que se apoya esta versión del originalismo. Luego se analizarán dos cuestiones que desafían la posibilidad de distinguir conceptual y prácticamente a la interpretación de la construcción constitucional. En concreto, se argumentará que las bases semánticas del originalismo del significado público imposibilitan tal distinción, al punto en que se confunden inevitablemente la discrecionalidad y la arbitrariedad judicial. Esto supone una consecuencia que contraría el propósito más profundo que anima a la lectura originalista de la Constitución, a saber: evitar prácticas interpretativas arbitrarias.

2. La distinción entre interpretación y construcción

Solum, Barnett y Whittington 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 presente¹⁰. Si bien es justo mencionar que Solum y Barnett han reconocido que esta distinción proviene de la teoría de la interpretación contractual¹¹, 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

⁹ NINO (1989), p. 13.

¹⁰ SOLUM (2010), p. 95; SOLUM (2013), p. 468; BARNETT (2011), p. 65, y WHITTINGTON (1999), p. 5.

¹¹ BARNETT (2011), p. 67; SOLUM (2013b), p. 483.

aplicación del contenido de la constitución a casos o situaciones particulares¹². Aún más, Solum ha calificado a la distinción entre interpretación y construcción como una de las dos principales contribuciones teóricas del neoriginalismo –la otra sería el giro hacia el significado público y original, que se examinará en el próximo subepígrafe–¹³.

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 las disposiciones constitucionales¹⁴. Así, como mantiene Whittington, “interpretación es descubrimiento” del significado que se encuentra en el texto¹⁵. De esta manera, tal como sugiere Barnett, lo que especifica al originalismo del significado público 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 b) tal significado debería guiar a los actores constitucionales, salvo que mediase una reforma o enmienda de la constitución escrita¹⁶. El segundo momento de una práctica constitucional es la construcción que, de acuerdo con Solum y Barnett, conlleva el proceso por medio del cual un texto jurídico produce determinados efectos.¹⁷ Por tanto, la construcción resulta ser 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 vaguedad¹⁸. Ambos autores, en efecto, afirman que la interpretación se centra prioritariamente en el problema de la ambigüedad que caracteriza a muchas disposiciones constitucionales¹⁹. 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 interpretativa²⁰. De hecho,

¹² SOLUM (2013c), p. 23; SOLUM (2008), p. 67, y BARNETT (2011), p. 67.

¹³ SOLUM (2013), p. 527.

¹⁴ SOLUM (2008), p. 67; SOLUM (2010), p. 96; SOLUM (2013), p. 468; WHITTINGTON (1999), p. 5, y BARNETT (2011), p. 66.

¹⁵ WHITTINGTON (1999), p. 5.

¹⁶ BARNETT (2011), p. 66.

¹⁷ BARNETT (2011), pp. 67-68; SOLUM (2010), p. 96.

¹⁸ BARNETT (2011), pp. 67-68; SOLUM (2008), pp. 67-69.

¹⁹ SOLUM (2008), p. 68; BARNETT (2011), p. 68.

²⁰ SOLUM (2010), p. 97.

para disipar tales ambigüedades, prosiguen los citados autores, generalmente bastaría con una dilucidación del significado lingüístico original²¹. 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 con 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 vaguedad²². Esta es 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 frase²³. Por ende, los enunciados constitucionales vagos, incluso dentro de las coordenadas del originalismo del significado público, no prescriben de qué modo los actores constitucionales deben poner en efecto o implementar el significado lingüístico original de las disposiciones constitucionales²⁴.

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 (*underdeterminacy*)²⁵. Esta infradeterminación conlleva que el contenido semántico de los enunciados constitucionales no condicionaría enteramente todas sus posibles implementaciones o aplicaciones. En tal sentido, Solum sugiere que los enunciados constitucionales infradeterminados exigen llevar a cabo una complementación o, mejor dicho, una construcción del texto de la Constitución. Solo así resultaría posible una efectiva implementación del significado lingüístico original²⁶. 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 en la práctica jurídica.

²¹ BARNETT (2013), pp. 416-417; SOLUM (2008), p. 72.

²² SOLUM (2010), p. 98; BARNETT (2013b), p. 121, y WHITTINGTON (2010), p. 122.

²³ SOLUM (2010), p. 98; BARNETT (2011), p. 67.

²⁴ SOLUM (2010), p. 102; BARNETT (2011), p. 68.

²⁵ SOLUM (2008), pp. 70-71; SOLUM (1987), pp. 472-473. En este último trabajo, el citado autor originalista desarrolla la distinción entre indeterminación e infradeterminación, BARNETT (2009), p. 618.

²⁶ SOLUM (2010), p. 103.

Es preciso destacar que la construcción constitucional representa un punto de intenso debate dentro de la tradición originalista actual, tal como afirma Danaher²⁷. 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 implementado²⁸.

En contraste, según Solum, la interpretación sería “éticamente neutral” o “escasamente normativa”²⁹. Por ello, Barnett y Solum llegan al punto de sostener que la interpretación supondría la mera dilucidación o esclarecimiento de una “cuestión de hecho”³⁰. 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 palabras, la dilucidación del significado sería una actividad de índole estrictamente empírica³¹.

Recapitulando, 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 constitucional³². En tales casos, en efecto, la construcción apenas se podría distinguir conceptualmente de la interpretación. Por ejemplo, la disposición 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.

3. La teoría semántica del originalismo del significado público

Como señala Danaher, en el debate contemporáneo del originalismo se han desarrollado dos visiones en torno al contenido comunicativo de los “actos de

²⁷ DANAHER (2015), p. 5.

²⁸ BARNETT (2011), p. 70.

²⁹ SOLUM (2010), p. 104.

³⁰ SOLUM (2008), p. 36; SOLUM (2010), p. 99. En un sentido muy similar, BARNETT (2011), p. 66. BARNETT (2013), p. 415; WHITTINGTON (2013), p. 377.

³¹ BARNETT (2011), p. 66.

³² BARNETT (2011), p. 67.

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 constituyentes³³. Por la otra parte, existe una *versión convencionalista*, que se caracteriza por sostener que el contenido semántico 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 adoptadas³⁴. En tal sentido, quisiera dejar en claro que se analizarán centralmente aquellos trabajos de autores que defienden esta versión del 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 contemporáneos³⁵.

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, entre "significado del hablante" –*speakers meaning*– y "significado de la oración" –*sentence meaning*–. Frente a ello, el originalismo del significado público retoma esa diferenciación, que se encuentra particularmente desarrollada en los trabajos de Paul Grice, tanto en sus contribuciones a la lingüística como en su filosofía del lenguaje³⁶. 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"³⁷. En efecto, mientras el originalismo intencionalista se caracterizaba por cargar las tintas sobre el "significado de los constituyentes", el originalismo del significado público se focaliza en el "significado de las disposiciones"³⁸.

Aunque Solum se ocupa de enfatizar que lo último ha sido uno de los principales méritos teóricos del nuevo originalismo³⁹; 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)⁴⁰. El citado artículo, en efecto, propo-

³³ DANAHER (2015b), p. 400.

³⁴ DANAHER (2015b), p. 400.

³⁵ LEDUC (2014), p. 146.

³⁶ SOLUM (2008), p. 34.

³⁷ SOLUM (2008), pp. 38-39.

³⁸ SOLUM (2008), pp. 38-39.

³⁹ SOLUM (2008), p. 39.

⁴⁰ HOLMES JR. (1899), pp. 417-420.

nía distinguir entre lo que la asamblea legislativa pretendió significar y lo que las disposiciones legales efectivamente significan⁴¹. 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 significar⁴².

Situados en este contexto de ideas, el originalismo del significado público pone el acento en el “significado de las disposiciones”, porque así pretende remarcar que el significado de tales disposiciones remite al significado que les hubiera atribuido la audiencia destinataria de la época de su puesta en vigencia⁴³. En tal sentido, la dilucidación⁴⁴ 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 las palabras y frases que integran el texto constitucional⁴⁵.

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 redactadas 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 presentes⁴⁶.

El ejemplo paradigmático, citado por Barnett y Solum, sería el de la expresión “violencia doméstica” que contiene el texto constitucional estadounidense⁴⁷. 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 con Solum, se podría dirimir a través de la consulta a evidencia historiográfica de los usos lingüísticos de la época en que el texto

⁴¹ HOLMES JR. (1899), p. 419.

⁴² HOLMES JR. (1899), pp. 419-420.

⁴³ SOLUM (2008), p. 51.

⁴⁴ 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. SOLUM (2008), p. 51, nota 161.

⁴⁵ SOLUM (2008), p. 51.

⁴⁶ SOLUM (2008), p. 51.

⁴⁷ BARNETT (2013), pp. 414-415; SOLUM (2008), p. 64.

constitucional fue adoptado, tales como panfletos, diarios, debates constitucionales, artículos de doctrina, etc.⁴⁸.

Como se ha dicho, Solum y Whittington conceden que es posible recurrir a evidencia histórica de las intenciones originales para dilucidar el significado público de las palabras⁴⁹. No obstante, ambos autores dejan en claro que tales referencias a los constituyentes o ratificadores tan solo sirven como uno de los múltiples posibles recursos heurísticos para conocer el significado público y original de las disposiciones constitucionales⁵⁰. Con todo, el punto que diferencia al originalismo del significado público –también llamado nuevo originalismo– del originalismo de intenciones –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 constitucional⁵¹. 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 neoriginalistas 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.

4. Dos críticas desde un punto de vista semántico

Después de haber presentado las directivas interpretativas y los presupuestos semánticos sobre los cuales descansa el originalismo del significado público,

⁴⁸ SOLUM (2008), p. 51.

⁴⁹ SOLUM (2008), p. 51; WHITTINGTON (1999), p. 35.

⁵⁰ SOLUM (2008), pp. 5 y 51.

⁵¹ SOLUM (2008), p. 5.

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 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 neoriginalista es capaz de evitar una confusión entre la discrecionalidad y la arbitrariedad judicial.

4.1. El problema del regreso al infinito de interpretaciones

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 filosofía⁵². 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”⁵³. Por 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 materiales⁵⁴. En concreto, en el caso de la metodología interpretativa de cuño neoriginalista, 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?

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

⁵² WIELAND (2013), p. 107. En un sentido similar, BLACK (1996), p. 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 (2010), p. XI.

⁵³ WIELAND (2013), p. 107 [La traducción es del autor de este trabajo]. En un sentido prácticamente idéntico, GRATTON (2010), p. XI.

⁵⁴ Esta distinción se inspira en el siguiente trabajo, BLACK (1988), p. 421; BLACK (1996), pp. 95-124. En un sentido similar, LAERA (2011), pp. 200-201.

Unidos: “District of Columbia *et al.* v. Heller” (2008)⁵⁵. 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 neoriginalista.

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 “neoriginalista” en la jurisprudencia de la corte estadounidense y, por lo mismo, permite observar “en acción” a las directivas interpretativas del nuevo originalismo⁵⁶. 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 originalista⁵⁷.

El punto central del caso “Heller” consistió 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”.

La Corte focalizó el núcleo de la decisión que adoptó la mayoría en una interpretación neoriginalista de la segunda enmienda. En palabras de la mayoría: “al interpretar este texto, estamos guiados por el principio por el cual la Constitución fue escrita para ser entendida por sus votantes; sus palabras y frases fueron usadas en su significado normal y ordinario como distinto de uno

⁵⁵ “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2783 (2008).

⁵⁶ En un sentido similar, SOLUM (2009), p. 980.

⁵⁷ Para un análisis de “Heller” a partir de una defensa del originalismo del significado público, SOLUM (2009), p. 952; BARNETT (2013), pp. 421-425.

técnico”⁵⁸. 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 diccionarios de la época que, de acuerdo con 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 armas⁵⁹.

La minoría también se apoyó en una metodología interpretativa originalista, pero de corte intencionalista, para llegar a una conclusión opuesta. De acuerdo con el 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 Independencia⁶⁰. 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*–⁶¹. Por consiguiente, la segunda enmienda no ampararía la pretensión del señor Heller. Con otras palabras, la minoría entendió que había 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, ¿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 depende 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 de Samuel Johnson⁶². No obstante, también el propio voto de

⁵⁸ “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2788 (2008). [La traducción es propia del autor].

⁵⁹ 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). “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2791-2793 (2008).

⁶⁰ “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2824-2825 (2008).

⁶¹ “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2823 (2008).

⁶² “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2792 (2008).

la mayoría reconoce una acepción de “armas” que se utilizaba para hacer referencia a instrumentos de ofensa generalmente destinados al uso militar⁶³.

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 extender 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 adoptada⁶⁴.

De hecho, tal fijación, a lo sumo, pareciera delimitar una determinada cantidad de convenciones lingüísticas a interpretar; es decir, siguiendo con el ejemplo del caso “Heller”, el nuevo originalismo aparenta circunscribir la dimensión interpretativa de una práctica constitucional a la dilucidación del contenido semántico de la segunda enmienda a una cantidad específica de convenciones lingüísticas de la época en que se aprobó tal disposición constitucional, en un contexto geográfico bastante determinado: los Estados Unidos de América⁶⁵. Sin embargo, lo anterior, cuando mucho, permitiría llegar a acotar la cantidad de materiales a examinar, 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 neooriginalista 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 de suma relevancia: ¿el originalismo del significado público 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.

⁶³ “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2792 (2008).

⁶⁴ SOLUM (2008), p. 2; SOLUM (2011), p. 33; BARNET (2013b), p. 92.

⁶⁵ En un sentido similar, BLACK (1996), p. 421; BLACK (1988), pp. 95-124.

4.2. El ocaso de la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial en la práctica constitucional neoriginalista

Whittington afirma que la discrecionalidad judicial ha sido un tópico recurrente en la historia política de los Estados Unidos de América⁶⁶. 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 sentencias⁶⁷. 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 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 poderes⁶⁸. Dicho de otro modo, el originalismo intencionalista se presentaba como un antídoto frente a los excesos de la discrecionalidad de los jueces⁶⁹.

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 judicial⁷⁰. 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 interpretativas⁷¹. En palabras del profesor de Princeton: “(...) la limitación de la discrecionalidad judicial rara vez ha sido presentada como una justificación para la adopción del

⁶⁶ WHITTINGTON (2013), p. 391.

⁶⁷ WHITTINGTON (2013), pp. 391-392.

⁶⁸ WHITTINGTON (2013), p. 392.

⁶⁹ Existe un acuerdo bastante generalizado entre los autores que reflexionan acerca de la discrecionalidad judicial en presentarla como un fenómeno que resulta, en parte, inevitable y, en parte, deseable. Esto supone un modo de entender a la discrecionalidad de los jueces como un acto racional y voluntario que consiste en seleccionar un determinado curso de acción cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el derecho no brinda razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras, ETCHEVERRY (2014), p. 15, y ETCHEVERRY (2018), p. 125. Para un tratamiento de la discrecionalidad en el contexto de la doctrina del precedente judicial, PULIDO (2018), pp. 200 y ss; PULIDO y BARRETO (2019), pp. 53-67.

⁷⁰ WHITTINGTON (2013), p. 392.

⁷¹ WHITTINGTON (2013), p. 392. 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 (2004), p. 611.

originalismo en la literatura reciente"⁷². 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 caracterizaba 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 judicial⁷³.

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*⁷⁴. En consecuencia, la práctica constitucional originalista no podría utilizarse para revertir precedentes judiciales contrarios al significado original de las disposiciones 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 digerida⁷⁵. 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 la posición de Barnett, quien defiende una visión a favor de un activismo judicial dirigido a asegurar la primacía del significado original de la constitución⁷⁶. 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 Estado⁷⁷.

⁷² WHITTINGTON (2013), p. 392 [La traducción es del autor de este trabajo].

⁷³ CALABRESI (2005), p. 1083.

⁷⁴ SCALIA (1989), p. 861.

⁷⁵ SCALIA (1989), p. 861.

⁷⁶ CALABRESI (2005), p. 1083.

⁷⁷ BARNETT (2013c), p. 931. En un sentido similar, WHITTINGTON (2013), p. 392.

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 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 resulta efectivamente capaz de mantener tal distinción, se examinará la contribución que realiza la diferenciación entre interpretación y construcción que pregonan autores que se autodenominan neoriginalistas. Asimismo, tal distinción se contrastará a partir de una diferenciación entre “interpretación abstracta” e “interpretación concreta”.

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

Dentro de las coordenadas teóricas del originalismo del significado público, la cuestión de la discrecionalidad merecería ser examinada partiendo de la distinción entre interpretación y construcción⁷⁸. Esa distinción, como se ha explicado más arriba, supone que la práctica constitucional neoriginalista se integra por un momento interpretativo y otro constructivo. Así, en primer lugar, cabría reiterar que autores neoriginalistas tales como Barnett, Solum y Whittington se han encargado de remarcar que la interpretación –propriadamente 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 constitucional⁷⁹. 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 medie una conexión con un caso particular o concreto⁸⁰. En efecto, la interpretación, de acuerdo con Solum, consistiría en el mero descubrimiento del contenido comunicativo de los enunciados normativos⁸¹.

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 interpretativa⁸². Así, de modo análogo, Solum y

⁷⁸ SOLUM (2013), p. 483.

⁷⁹ SOLUM (2008), p. 36; BARNET (2011), p. 66, y WHITTINGTON (1999), p. 5.

⁸⁰ GUASTINI (2011), p. 15; GUASTINI (2008), p. 30.

⁸¹ SOLUM (2013b), p. 483.

⁸² GUASTINI (2011), p. 15; GUASTINI (2008), p. 30.

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 neoriginalista⁸³. En consecuencia, la interpretación abstracta se podría asimilar a la interpretación propiamente dicha a la que se refieren Solum, Barnett o Whittington. Ahora bien, cabría preguntarse: ¿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 particulares en el rango del significado de un concepto previamente interpretado en abstracto. En contraste, según autores originalistas tales como Barnett, “el proceso de aplicar disposiciones generales y abstractas a hechos de casos particulares mediante la adopción de doctrina intermedias es llamada propiamente, no interpretación, sino construcción constitucional”⁸⁴. Por consiguiente, la dimensión concreta de una práctica interpretativa sería tan solo uno de los aspectos de aquello que los neoriginalistas designan como “construcción constitucional”. Dicho de otro modo, la construcción no se reduce a la interpretación concreta.

La construcción constitucional, en efecto, también incluye una dimensión en la que se elaboran conceptos y doctrinas dirigidos 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 constitucional⁸⁵. 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)⁸⁶, sobre la base o piso lingüístico proporcionado por el artículo VI del texto constitucional estadounidense⁸⁷, el cual 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

⁸³ “Why do I believe that the interpretation-construction distinction is something that legal theorists must acknowledge? (...) The answer to this question focuses on conceptual clarity: without the interpretation-construction distinction our thinking about the law will necessarily be confused”, SOLUM (2010), p. 116. En un sentido similar, WHITTINGTON (1999), p. 5.

⁸⁴ BARNETT (2005), p. 264 [La traducción es del autor de este trabajo].

⁸⁵ BARNETT (2013b), p. 88.

⁸⁶ “*Marbury v. Madison*”, 5 US 137 (1803).

⁸⁷ BARNETT (2004), p. 137.

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”⁸⁸. Así, la construcción constitucional judicial 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 disposición constitucional.

En conclusión, la dimensión interpretativa de una práctica constitucional de corte neoriginalista 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.

4.2.2. La discrecionalidad judicial en la dimensión interpretativa o abstracta

Como se ha dicho *supra* en este trabajo, autores neoriginalistas como, por ejemplo, Barnett⁸⁹ y Solum⁹⁰ 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 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 autores de

⁸⁸ Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo VI, clausula 2.

⁸⁹ BARNETT (2011), pp. 67-68.

⁹⁰ SOLUM (2008), pp. 67-69.

tal corriente teórica, tales como Barnett⁹¹ y Solum⁹², 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 s. XVIII atribuían a las palabras y frases del texto constitucional estadounidense⁹³. Dicho de otra manera, según el originalismo del significado público, 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 originalismo del significado público 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” al 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 judicial⁹⁴. 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 pasado⁹⁵.

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 disposiciones 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 neooriginalista, 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 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.

⁹¹ “When we choose to use language, the meaning of our words is determined by the social practice or convention that is language”. BARNETT (2013), p. 415.

⁹² SOLUM (2013b), p. 498.

⁹³ SOLUM (2013b), p. 498.

⁹⁴ ZAMBRANO (2014), p. 434.

⁹⁵ BARNETT (2011), p. 68. SOLUM (2010), p. 102.

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 exentas 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.

4.2.3. 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 vaguedad⁹⁶ y la irresoluble ambigüedad de algunos enunciados constitucionales, por el otro⁹⁷. De hecho, los autores originalistas reconocen que el significado lingüístico original de una disposición constitucional, en algunos casos, resultaría vago o, como afirman Solum y Barnett, *infradeterminado*⁹⁸. Esto, en efecto, supone que los enunciados constitucionales se ubican en una zona de penumbra en la que no se ha 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 esta 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 disposiciones constitucionales enunciadas a través de un lenguaje altamente vago y los casos judiciales.

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 original⁹⁹. Por consiguiente, se trataría de construcciones constitucionales que no podrían dejar sin efecto el significado original de las disposiciones constitucionales. En cambio, en tanto límite superior o “techo” se encuentran las bases o justificaciones normativas del originalismo; es decir, las diversas razones

⁹⁶ BARNETT (2011), pp. 68-69. SOLUM (2008), p. 67. SOLUM (2010), p. 102. WHITTINGTON (2010), p. 122.

⁹⁷ SOLUM (2013b), p. 509.

⁹⁸ SOLUM (2013b), p. 483; BARNETT (2009), p. 618; BARNETT (2011), p. 68.

⁹⁹ BARNETT (2013b), p. 128.

que se esgrimen para justificar la adopción de una práctica constitucional de corte neoriginalista.

Sin embargo, tales discusiones resultan ser uno de los principales puntos de desacuerdo teórico dentro de la tradición originalista. 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 la 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 neoriginalista, 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. En efecto, 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.

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 jurídica¹⁰⁰. Frente a ello, el punto es que el originalismo del significado público no permite brindar ninguna justificación de las razones por las que un hecho particular se subsume en una disposición 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 neoriginalista, 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

¹⁰⁰ MOORE (1981), pp. 291-292.

aplicaciones particulares¹⁰¹. En consecuencia, si el originalismo del significado público no es capaz de discernir en abstracto el contenido semántico de las convenciones lingüísticas originales sin incurrir en un regreso al infinito, tampoco se podrán justificar racionalmente las razones por las que cabría subsumir un hecho concreto en una disposición constitucional particular. Esto se debe a que, parafraseando a Spaemann, si el significado de los conceptos fue determinado en abstracto de un modo arbitrario, también serán arbitrarias sus aplicaciones particulares o subsunciones de hechos concretos¹⁰².

5. Conclusiones

En síntesis, la distinción entre interpretación y construcción que defiende el nuevo originalismo se apoya en una semántica convencionalista y, por lo mismo, conlleva la imposibilidad de alcanzar una interpretación no arbitraria 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 en criterios objetivos. De hecho, en la misma medida en que se ese corte que 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.

De esta manera, si el originalismo se apoya en presupuestos semánticos convencionales, no será entonces posible garantizar la inteligibilidad del lenguaje por el cual se expresan las disposiciones constitucionales. Y, por lo mismo, la confusión entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial resulta inevitable. Esto resulta ciertamente paradójico, ya que el originalismo se propone evitar la arbitrariedad en la interpretación de las disposiciones constitucionales. Dicho de otro modo, el originalismo del significado público no resulta capaz de alcanzar uno de sus propósitos: erradicar la arbitrariedad judicial de la práctica interpretativa constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARNETT, Randy E. (2013): "The Gravitational Force of Originalism", en: *Fordham Law Review* (Vol. 83), pp. 416-417.

¹⁰¹ ZAMBRANO (2016), pp. 53-54.

¹⁰² SPAEMANN (2003), p. 54.

- _____ (2013b): *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, 2nd edition (New Jersey, Princeton University Press).
- _____ (2013c): "The Wages of Crying Judicial Restraint", en: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2356&context=facpub> [visitado el 16.06.2019].
- _____ (2011): "Interpretation and Construction", en: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1832&context=facpub> [visitado el 16.06.2019].
- _____ (2009): "The Misconceived Assumption about Constitutional Assumptions", en: *Northwestern University Law Review*. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1864&context=facpub> [visitado el 16.06.2019].
- _____ (2005): "Trumping Precedent with Original Meaning: not as Radical as It Sounds", en: *Constitutional Commentary*. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=facpub> [visitado el 16.06.2019].
- _____ (2004): "The Original Meaning of the Judicial Power", en: *Supreme Court Economic Review* (Vol. 12), pp. 115-138.
- BLACK, Oliver (1988): "Infinite Regresses of Justification", en: *International Philosophical Quarterly* (Vol. 28, N° 4), pp. 421-437.
- _____ (1996): "Infinite Regress Arguments and Infinite Regresses", en: *Acta Analytica* (Vol. 16, N° 17), pp. 95-124.
- CALABRESI, Steven G. (2005): "The Originalist and Normative Case against Judicial Activism: a Reply to Professor Randy Barnett", en: *Michigan Law Review*. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1588&context=mlr> [visitado el 16.06.2019].
- DANAHER, John (2015): "Common Knowledge, Pragmatic Enrichment and Thin Originalism", en: *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20403313.2015.1065644> [visitado el 16.06.2019].
- _____ (2015b): "The Normativity of Linguistic Originalism: a Speech Act Analysis", en: *Law and Philosophy*. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10982-015-9227-z> [visitado el 16.06.2019].
- GRATTON, Claude (2010): *Infinite Regress Arguments* (Dordrecht, Springer).
- GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare* (Milano, Giuffrè).
- _____ (2008): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Traducc. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, México D.F., UNAM).

- HOLMES JR., Oliver Wendell (1899): "The Theory of Legal Interpretation", en: Harvard Law Review (Vol. 12), pp. 417-420.
- LAERA, Rodrigo (2011): *Los desvíos de la razón: El lugar de la facticidad en la cadena de justificaciones* (Buenos Aires, Miño y Dávila).
- LAISE, Luciano (2015): "El originalismo de intenciones originales: Tres tesis y dos objeciones", en: *Revista de Derecho* Universidad Católica del Norte (Año 22, N° 2), pp. 199-220.
- ETCHEVERRY, Juan B. (2014): "Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites", en: *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico* (Vol. 15), pp. 148-171.
- _____ (2018): "Rule of Law and Judicial Discretion: Their Compatibility and Reciprocal Limitation", en: *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*. Disponible en: <https://doi.org/10.25162/arsp-2018-0007> [visitado el 16.06.2019].
- LEDUC, Andre (2014): "The Relationship of Constitutional Law to Philosophy: Five Lessons from the Originalism Debate", en: *Georgetown Journal of Law & Public Policy* (Vol. 12), pp. 99-156.
- MOORE, Michael S. (1981): "The Semantics of Judging", en: *Southern California Law Review* (Vol. 54), pp. 151-294.
- NINO, Carlos S. (1989): *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación, 2° edición* (Buenos Aires, Astrea).
- PULIDO ORTIZ, Fabio E. (2018): *Jueces y reglas: La autoridad del precedente judicial* (Bogotá, Editorial Universidad de La Sabana).
- PULIDO ORTIZ, Fabio E., y BARRETO MORENO, Alejandro A. (2019): *La regla del precedente en el derecho administrativo* (Bogotá, Editorial Universidad de La Sabana).
- SCALIA, Anthony. (1989): "Originalism: The Lesser Evil", en: *The University of Cincinnati Law Review* (Vol. 57), pp. 849-865.
- SOLUM, Lawrence B. (2013): "Originalism and Constitutional Construction", en: *Fordham Law Review* (Vol. 82), pp. 453-537.
- _____ (2013b): "Communicative Content and Legal Content", en: *Notre Dame Law Review* (Vol. 89), pp. 479-520.
- _____ (2013c): "Construction and Constraint: Discussion of Living Originalism", en: *Jerusalem Review of Legal Studies*. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2354&context=facpub> [visitado el 16.06.2019].

- _____ (2011): "What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory", en: HUSCROFT, Grant, y MILLER, Bradley W. (editors), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation* (New York, Cambridge University Press), pp. 12-41.
- _____ (2010): "The Interpretation-Construction Distinction", en: *Constitutional Commentary*. Disponible en: <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/163425/5-Solum-271-Interpretation-ConstructionDistinction.pdf;sequence=1> [visitado el 16.06.2019].
- _____ (2009): "District of Columbia v. Heller and Originalism", en: *Northwestern University Law Review* (Vol. 103, N° 2), pp. 923-981.
- _____ (2008): "Semantic Originalism", en: *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=1120244 [visitado el 16.06.2019].
- _____ (1987): "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", en: *The University of Chicago Law Review* (Vol. 54), pp. 462-503.
- SPAEMANN, Robert (2003): *Límites: Acerca de la dimensión ética del actuar* (Traducc. Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias).
- WHITTINGTON, Keith E. (2013): "Originalism: A Critical Introduction", en: *Fordham Law Review* (Vol. 82, N° 2), pp. 375-409.
- _____ (2010): "Constructing a New Constitution", en: *Constitutional Commentary*. Disponible en: https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/Constructing_New_Constitution_0.pdf [visitado el 16.06.2019].
- _____ (2004): "The New Originalism", en: *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Disponible en: https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/new_originalism_0.pdf [visitado el 16.06.2019].
- _____ (1999): "Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review" (Lawrence, Kansas University Press).
- WIELAND, Jan W. (2013): "Infinite Regress Arguments", en: *Acta Analytica* (Vol. 28), pp. 95-109.
- ZAMBRANO, Pilar (2016): "Interpretar es conocer: Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación", en: Cianciardo, Juan *et al.* (coordinadores), *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas* (Méjico D.F., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 53-73.

_____ (2014): “Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, en: *Díkaoín* (Vol. 23), pp. 423-445.

JURISPRUDENCIA CITADA

Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2012 (Serie C) N° 257. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [visitado el 16.06.2019].

District of Columbia v. Heller, 128 US 2783 (2008).

Marbury v. Madison, 5 US 137 (1803).

