

**LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SEGÚN EL
ORIGINALISMO INTENCIONALISTA
MÉTODO INTERPRETATIVO, PRESUPUESTOS
SEMÁNTICOS Y DIFICULTADES**

**THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF
THE UNITED STATES OF AMERICA ACCORDING TO
THE ORIGINAL INTENT:
INTERPRETIVE METHOD, SEMANTIC
PRESUPPOSITIONS AND DIFFICULTIES**

Luciano D. Laise*
Universidad de La Sabana**

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS. 2.1. Primer criterio interpretativo: distinguir entre motivos e intenciones. 2.2. Segundo criterio interpretativo: distinguir tres niveles de intenciones originales. 2.3. Tercer criterio interpretativo: identificar las vías de acceso historiográfico al contenido de las intenciones. III. LOS PRESUPUESTOS SEMÁNTICOS. 3.1. La centralidad del subnivel performativo en el originalismo de intenciones. 3.2. El contexto de habla de los enunciados constitucionales. 3.3. La distinción entre significado del hablante y significado de la oración. 3.4. El conocimiento compartido. 3.5. Balance: las condiciones de inteligibilidad de las intenciones originales. IV. APUNTES CRÍTICOS. 4.1. Una cadena infinita de remisiones. 4.2. El ocaso de la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad judicial. V. CONCLUSIONES.

*El autor agradece los comentarios de los Prof. Juan B. Etcheverry y Pilar Zambrano a una versión preliminar de este trabajo que fue discutida en el marco del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Austral (Argentina). También se deja expresa constancia del agradecimiento a las sugerencias y observaciones de unos de los evaluadores de este artículo. Todos ellos contribuyeron significativamente a mejorar la calidad final de esta versión que se da a publicar. Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación titulado: “Coordinación y autoridad en el Estado Constitucional de Derecho. Desafíos teóricos y prácticos en un contexto de fragmentación moral” (Código PICTO-2016-0095), financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica.

** Doctor en Derecho (Universidad Austral, Argentina). Profesor de “Teoría del Derecho”, y “Lógica y Razonamiento Jurídico”, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana (Colombia). Miembro del grupo de investigación “Justicia, ámbito público y derechos humanos”. E-mail: luciano.laise@unisabana.edu.co

Resumen: El presente artículo se dirige a dos objetivos fundamentales. En primer lugar, se reconstruirán las directivas o criterios interpretativos y los presupuestos semánticos del “viejo originalismo” u “originalismo de intenciones”. En segundo término, se examinarán las principales dificultades de una práctica interpretativa de tipo originalista. Concretamente, se determinará la posibilidad de alcanzar o garantizar la objetividad de la interpretación constitucional a partir de los presupuestos semánticos sobre los que descansa el “viejo originalismo”.

Abstract: This article aims at analyzing two main topics. First, I will offer a reconstruction of the interpretative methodology of the so called “old originalism” or “originalism of original intent”. In the second part, I will analyze the main challenges of an originalist constitutional practice. More specifically, I will exam the very possibility to reach or guarantee objectivity in constitutional interpretation by the means of the semantic grounds in which “old originalism” relies on.

Palabras clave: Interpretación, Constituyentes, Estados Unidos de América, Semántica, Historia, Viejo Originalismo, Intenciones Originales.

Keywords: Interpretation, Framers, United States of America, Semantics, History, Old Originalism, Original Intent.

I. INTRODUCCIÓN: EL SURGIMIENTO HISTÓRICO DEL ORIGINALISMO INTENCIONALISTA EN LA TEORÍA Y PRÁCTICA CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

En este trabajo se examinará una de las primeras teorías interpretativas que surgieron en el debate originalista contemporáneo: el originalismo de intenciones o también llamado «viejo originalismo». Esta metodología interpretativa comenzó a tematizarse en el ámbito universitario de la década de los setenta. Sin embargo, recién en los años ochenta superó las fronteras de las discusiones académicas en virtud del fuerte impulso que recibió de la administración de Ronald Reagan; particularmente de su *Attorney General*: Edwin Meese¹. En efecto, Calabresi —uno de los más prominentes defensores actuales del originalismo— ha sostenido que el discurso de Meese frente al comité de delegados de la *American Bar Association* del nueve de julio de mil novecientos ochenta y tres fue el que puso en el ojo público un debate que se venía desarrollando silenciosamente en el ámbito teórico². La relevancia de esta aproximación teórica a la interpretación de la Constitución trasciende a los Estados Unidos de América porque también abundan ejemplos recientes de

¹ Cfr. Dennis J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 1. Edwin Meese III, “*Construing the Constitution*”, *University of California Davis Law Review*, vol. 19, 1985, pp. 23-30. Scott D. Gerber, “*Original Intent and its Obligations: Rediscovering the Principles of the American Founding*”, *Hamline Journal of Public Law and Policy*, vol. 11, n° 1, 1990, p. 1. Frank B. Cross, “*Originalism: The Forgotten Years*”, *Constitutional Commentary*, vol. 28, 2012, p. 37.

² Cfr. Steven G. Calabresi, “*A Critical Introduction to the Originalism Debate*”, *Harvard Law Journal of Law and Public Policy*, vol.31, n° 3, 2008, p. 875.

sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los que se apela a las “intenciones del Constituyente” para determinar el significado de las normas constitucionales³.

Es preciso remarcar, que el originalismo no configura una aproximación teórica homogénea sino una “familia de teorías” sobre la interpretación constitucional⁴. En otras palabras, no hay un solo originalismo sino varios. No obstante, la mayor parte de los autores que defienden alguna variante del originalismo suelen respaldar, implícita o explícitamente, la sistematización de la tradición originalista que ha formulado Lawrence Solum. Tal autor mantiene que existen dos afirmaciones centrales en las cuales convergen todos —o al menos casi todos— los autores que se autodenominan “originalistas”: 1) *la tesis de la fijación*, que mantiene que el contenido semántico de cualquier disposición constitucional fue fijado al momento en que el texto constitucional fue aprobado o ratificado; salvo que mediase una reforma o enmienda. 2) *La tesis de la contribución*, por la cual se afirma que el significado original de la Constitución contribuye al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales actuales⁵. Con todo, es justo reconocer que, incluso en las discusiones internas del originalismo, existen divergencias sobre las consecuencias teóricas y prácticas que se siguen de ambas tesis⁶.

La diferencia específica que caracteriza al originalismo intencionalista es que el significado de las normas constitucionales remite a las intenciones originales de los constituyentes —*framers*— o también, en el caso estadounidense, a las intenciones de los ratificadores; esto es, las personas encargadas de ratificar el texto constitucional en las asambleas o convenciones estatales. La tesis de la contribución mantiene que el originalismo de intenciones es capaz de guiar a los intérpretes constitucionales actuales frente a la resolución de casos reales y concretos⁷. En efecto, Bork, uno de los representantes paradigmáticos del originalismo intencionalista, ha sostenido que interpretar el lenguaje de la Constitución a la luz de las intenciones de los

³ Cfr. CSJN, “Rizzo c/ Poder Ejecutivo Nacional (s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional – Ley 26.855 – Medida Cautelar), Fallos 369:49 (2013), consid. 24 del voto de la mayoría. En igual sentido, “Fisco Nacional Dirección General Impositiva c/ Llámenes S.A.”, Fallos 352:40 (2007), consid. 16. “NSS S.A. c/ GCBA” (2014), consid. 17. En línea: www.infojus.gov.ar/document/Display.jsp?guid=123456789-0abc-d08-58ti-lpsedaddevon. [Última visita: 10-IV-2016]

⁴ Lawrence B. Solum, “*Semantic Originalism*”. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers, Series n° 07-24, 2008, pp. 2-6. En línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244 [Última visita: 02-X-2016].

⁵ Lawrence B. Solum, “*Semantic Originalism*”, pp. 6-8. Del mismo autor, “*What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*”, (ed.) G. Huscroft & B. W. Miller, en *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 33-35.

⁶ Lawrence B. Solum, “*Semantic Originalism*”, p. 11. Los desacuerdos actualmente se profundizan a la hora de brindar una justificación normativa del originalismo; esto es, al momento de proporcionar razones por las cuales los intérpretes deberían aplicar la metodología interpretativa que propugnan las versiones más recientes del originalismo, Keith E. Whittington, “*Originalism: a Critical Introduction*”. *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 394-400.

⁷ Lawrence B. Solum, “*What is Originalism?...*”, op. cit., p. 17. Larry Alexander, “*Simple-Minded Originalism*”, (ed.) G. Huscroft and B. W. Miller, en *The Challenge of Originalism...*, op. cit., p. 88.

constituyentes es la única manera en que la Constitución puede traducirse en derecho vigente⁸. Aún más, el citado autor ha llegado a sostener que ninguna otra metodología interpretativa sería capaz de lograr esto último⁹.

Situados en este contexto teórico, en este trabajo me propongo analizar los desarrollos teóricos de lo que se dio en llamar: “originalismo de intenciones” — también “viejo originalismo”—. Vale aclarar que aquí se examinarán las principales contribuciones teóricas contemporáneas al originalismo de intenciones que se gestaron en el ámbito estadounidense y cuyo origen se remonta a principios y mediados de los años ochenta¹⁰. Esto de ningún modo implica negar la existencia de desarrollos teóricos en trabajos doctrinarios anteriores a esa época¹¹ e, incluso, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América¹².

La decisión metodológica por la cual he optado por analizar los trabajos de autores de los años ochenta se justifica en que en ese tiempo el originalismo — en su versión intencionalista— comienza a presentarse como un movimiento teórico y práctico que pretende formular un paradigma interpretativo alternativo con la pretensión de guiar las prácticas interpretativas judiciales¹³. En tal sentido, como afirman Whittington y Goldford, el originalismo de intenciones pretendía ofrecer un marco alternativo —tanto teórico y práctico— a los controvertidos precedentes judiciales que dictó la Corte de Warren y sus herederos en materia de derechos civiles —*Civil Rights*, en la terminología constitucionalista estadounidense—¹⁴. Un esfuerzo que llevó incluso a Ronald

⁸ Robert H. Bork, “*The Original Intent and the Constitution*”, *Humanities*, vol. 7, n° 1, 1986, p. 26. Larry Alexander, “*Originalism, The Why and The What*”, *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 540-541.

⁹ Robert H. Bork, “*The Original Intent and the Constitution*”, op. cit., p. 26.

¹⁰ Lawrence B. Solum, “*What is Originalism?...*”, op. cit., p. 16.

¹¹ En rigor, podría rastrearse antecedentes teóricos del originalismo de intenciones en trabajos de principios del S. XX como, por ejemplo, Arthur W. Jr. Machen, “*The Elasticity of the Constitution*”, *Harvard Law Review*, vol. 14, n° 3, 1900-1901, pp. 200-216. Del mismo autor, “*The Elasticity of the Constitution II*”, *Harvard Law Review*, vol. 14, n° 4, 1900-1901, pp. 273-285. En el contexto de la interpretación legal, dentro de la tradición anglosajona, la remisión a las intenciones originales se puede remontar incluso hasta la obra de Blackstone quien mantenía que: “The best way to interpret the will of legislator is by exploring his intentions at the time the law was made”. William Blackstone (1765-1769): *Commentaries of the Law of England*, 808 pp., p. 15 [Se cita por la edición de WM. Hardcastle Browne, St. Paul: West Publishing Co., 1897]. Aún más, siempre en referencia a la interpretación de la ley positiva, también existen apelaciones a las intenciones de legislador como fundamento de la interpretación jurídica en los textos del Aquinate (S. XIII). Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 6. [Se cita por la edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, Madrid: B. A. C., 1998]

¹² Por ejemplo, “*Holden v. Hardy*” (1898): 169 U. S. 366, 390.

¹³ Más específicamente, “Although the originalism debate brewed quietly in academic and intellectual circles throughout the 1970s, the general public’s awareness of it was stimulated by the determined and single-minded jurisprudential agenda of the Reagan administration during the 1980s”. Dennis J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, op. cit., p. 1.

¹⁴ Cfr. ídem. Keith E. Whittington, “*The New Originalism*”, *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 2, 2004, p. 601.

Reagan a postular como juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América a Robert H. Bork, un reconocido defensor del originalismo intencionalista. Esto dio lugar a una serie de audiencias que tuvieron una difusión como nunca antes se había visto¹⁵. Sin embargo, la propuesta de Bork fue rechazada por el Congreso estadounidense, después de haber suscitado un intenso debate sobre dos puntos centrales: 1) la metodología interpretativa que defendía Bork y su opuesto: *el constitucionalismo viviente* y, además, 2) la naturaleza de los derechos constitucionales¹⁶.

Más en concreto, esta última corriente del originalismo se focalizó en dos cuestiones: (i) proponer un método interpretativo que permitiría garantizar la autorrestricción del poder judicial. Es decir, el originalismo de intenciones solía presentarse como un medio idóneo para limitar la discrecionalidad judicial en lo que hace a la interpretación de la Constitución¹⁷. (ii) El originalismo intencionalista pretendía otorgarle una preeminencia a las decisiones de las mayorías legislativas por sobre las interpretaciones del texto constitucional que pudieran desplegar los jueces. En síntesis, a partir de los años ochenta, el originalismo intencionalista aspira a consolidarse como un paradigma interpretativo alternativo capaz de enfrentarse con los marcos teóricos en los que se apoyaban las controvertidas sentencias de la Corte de Warren, particularmente en materia de “derechos civiles”.

El orden interno del presente artículo se estructurará del siguiente modo: una primera parte en la cual se abordarán dos cuestiones fundamentales: i) una sistematización de los criterios interpretativos que propugna el originalismo de intenciones; y ii) una reconstrucción de los presupuestos semánticos sobre los cuales se apoya el originalismo de intenciones. La tesis que se defenderá en este artículo es que el originalismo intencionalista se apoya en presupuestos lingüísticos que asignan una prioridad al significado socialmente construido —en la época de los ratificadores o constituyentes— por sobre la referencia. A tal efecto, se analizarán primordialmente las defensas del originalismo intencionalista que han desarrollado autores tales como Robert H. Bork, Earl Maltz, Richard S. Kay, Edwin Meese III, Walter Benn Michaels, Lino Graglia, y Raoul Berger, entre otros¹⁸. Las razones que

¹⁵ Cfr. Morton J. Horwitz, “*The Meaning of the Bork Nomination in American Constitutional History*”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 50, 1989, p. 655.

¹⁶ Cfr. *ibid.*, p. 656.

¹⁷ Cfr. Keith E. Whittington, “*The New Originalism*”, *op. cit.*, p. 602.

¹⁸ En lengua castellana apenas existen desarrollos sobre el originalismo intencionalista. Entre las excepciones, merece destacarse la siguiente monografía, que ha quedado desactualizada, Pablo Lora del Toro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. Vale aclarar que el citado autor no realizó investigaciones tendientes a examinar los avances y desarrollos de las teorías originalistas posteriores a la citada monografía. En cambio, se dedicó a investigar sobre temas de “ética aplicada”, como “derechos de los animales” y “bioética”. Esto último ha sido confirmado por el Prof. Lora del Toro en un intercambio de correos electrónicos con el autor de este trabajo. [Comunicación personal: 06-IV-2014]. Existen otros trabajos que podrían citarse: Sergio Verdugo Ramírez & José Francisco G. García, (2013). “*El (mal) uso de la técnica originalista de interpretación. A propósito del Caso de Luciano Cruz-Coke*”, *Revista de Derechos Fundamentales*, n° 10, 2013, p. 147. En un sentido y metodología similar, Miguel Beltrán de Felipe, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, p. 24. Sin embargo, estos dos

justificarían prestar una atención prioritaria —pero no excluyente— a los escritos de tales autores se fundan en el hecho de que son los principales defensores del originalismo intencionalista.

(iii) Posteriormente, se realizará una valoración crítica de los criterios interpretativos y los presupuestos semánticos del originalismo intencionalista. Esta sección de la monografía apunta a poner de relieve las consecuencias teóricas y prácticas que se derivan de la teoría semántica que asume, implícita o explícitamente, el originalismo de intenciones. Más en concreto, se examinarán las dos principales dificultades que atraviesan a una teoría originalista que descansa en una semántica convencionalista; i) la dificultad del regreso al infinito de interpretaciones; ii) la dificultad para distinguir entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial.

Por último, en el epígrafe final se sintetizarán las principales conclusiones a las que se arribará en el presente trabajo de investigación.

II. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS

2.1. Primer criterio interpretativo: distinguir entre motivos e intenciones

Una de las cuestiones fundamentales sobre las cuales se asienta el originalismo intencionalista es la distinción entre intenciones y motivos¹⁹. En tal orden de ideas, Maltz sostiene que las primeras no remiten a las motivaciones generales de aquellos que redactaron el texto constitucional sino lo que se realizó —*performed*— a través de la formulación de un particular enunciado constitucional²⁰.

En contraste, como señala Michaels, los motivos hacen referencia a los estados mentales de los autores de un texto²¹. De hecho, los miembros de una convención constituyente —originaria, ratificadora o reformadora—, podrían haber sido impulsados por el deseo interno de alcanzar determinadas consecuencias o resultados a través de la redacción de las disposiciones constitucionales. Pero estos deseos solo podrían configurar motivos que resultan completamente irrelevantes para la interpretación de un texto²². En cambio, lo que sí resultaría de suma relevancia para el intérprete es conocer las intenciones del autor; esto es, lo que el emisor pretendió realizar al enunciar una determinada disposición constitucional. Con todo, esto exige

últimos trabajos estudian el originalismo a partir de fuentes indirectas. En efecto, Beltrán de Felipe sostiene: “(...) para reflejar la polémica entre Dworkin y Bork no he manejado, como fuentes originales, más que los artículos de este último, de modo que las teorías de Bork no quedan recogidas sino de forma indirecta”. Ídem.

¹⁹ Cfr. Walter Benn Michaels, “*Intentionalism, Again*”, *Cardozo Studies of Law & Literature*, vol. 1, 1989, pp. 89-90.

²⁰ Cfr. Earl M. Maltz, “*The Failure of Attacks on Constitutional Originalism*”, *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 49. Del mismo autor, “*Some New Thoughts on an Old Problem: The Role of the Intent of the Framers in Constitutional Theory*”, *Boston University Law Review*, vol.63, n° 4, 1983, p. 815.

²¹ Cfr. Walter Benn Michaels, “*Intentionalism, Again*”, *op. cit.*, p. 90.

²² Cfr. *ibid.*, p. 89.

precisar en qué sentido y por qué los motivos han de ser excluidos de una práctica interpretativa originalista de cuño intencionalista.

Según Michaels, los motivos —en tanto distintos de las intenciones— tan solo proporcionarían información acerca de las razones internas por las cuales se emitió un enunciado particular, pero no sobre lo que el emisor habría pretendido significar al comunicar su mensaje. Con otras palabras, los motivos proporcionan información acerca de por qué se formuló un enunciado pero no sobre lo que éste significa. De hecho, Michaels se sirve de un recurso explicativo que si bien no proviene del mundo del lenguaje jurídico, podría clarificar el sentido de la distinción entre “motivos” e “intenciones”. Según el citado autor, no se tiene una mejor comprensión de lo que un emisor pretende significar cuando se sabe que está mintiendo descaradamente²³. Esto, cuando mucho, permitiría conocer los motivos del embuste; es decir, *por qué* esa persona nos está mintiendo pero ello no tendría repercusión alguna en la comprensión respecto de *qué es* lo que ha dicho²⁴. Por consiguiente, los motivos —entendidos como meras razones internas— resultarían irrelevantes para una práctica interpretativa porque no echan ninguna luz sobre la inteligibilidad de lo que el emisor pretendió realizar al comunicar su mensaje a la audiencia destinataria. Dicho con otras palabras, los motivos solo podrían iluminar las causas que impulsaron al emisor a comunicar una mentira pero no contribuirían a dilucidar el significado lingüístico de tal embuste.

Michaels refuerza lo último con un ejemplo tomado de los escritos de Paul de Man²⁵: un carpintero podría estar pensando en muchas cosas cuando golpea con su martillo la madera para darle forma a una silla²⁶. De hecho, podría estar pensando a quién votará en las próximas elecciones, si el trabajo con esta silla le dará una mejor reputación en la ciudad, que comprará la comida del día con lo que obtenga al vender su producto, etc. Por lo tanto, ese artesano podrá tener muchísimos motivos para realizar ese particular trabajo pero al intérprete que pretenda esclarecer lo que está haciendo ese hombre artesano tan solo le habrá de importar aquello que le permita discernir qué artefacto pretende realizar ese hombre —*v. gr.*, una silla, una mesa o una cama de madera—. En síntesis, el carpintero podría estar pensando en muchísimas cuestiones que espera que se seguirán de su trabajo sobre la madera, pero eso en nada incide sobre su intención de construir una silla. Del mismo modo, lo que importa no es *por qué* o *para qué* se enunció un mensaje comunicacional —el objeto del acto, en terminología clásica— sino *qué* significa tal mensaje.

El último ejemplo se aplica de manera muy semejante a los actos de habla —en general— y a un ejemplo vinculado a la práctica interpretativa del derecho que suele endilgarse al originalismo de intenciones, de acuerdo a lo que sugiere

²³ Cfr. *idem.*

²⁴ Cfr. *idem.*

²⁵ El ejemplo de Michaels, tal como él mismo lo reconoce, fue extraído de la siguiente obra, Paul de Man, "Form and Intent in the American New Criticism", en *idem*, *Blindness and Insight, Essays in the Rhetoric of Contemporary Criticism*, 2nd Edition, New York, Oxford University Press, 1971, p. 25.

²⁶ Cfr. Walter Benn Michaels, "*Intentionalism, Again*", *op. cit.*, pp. 89-90.

el propio Michaels²⁷. Me refiero al caso de un autor de un texto jurídico que propone una ley para congraciarse con su electorado. Si nos mantuviéramos estrictamente en el nivel de los motivos, se podría conjeturar las más variadas hipótesis para explicar los estados mentales que impulsaron la propuesta de una determinada moción en el seno de los debates constituyentes. Por ejemplo, podría haber sucedido que el autor del texto jurídico pretendía reconciliarse con un amigo que resultaría favorecido por el contenido de ese texto. Con todo, sin pretender agotar el rango de ejemplos, esa clase de estados mentales no configurarían más que posibles *motivos*, tan múltiples y diversos como los que el carpintero podría tener en mente cuando silenciosamente fabrica una silla. Por ello, según lo que sostiene Michaels, para el originalismo intencionalista, ninguno de tales motivos podría ser considerado como un elemento de las intenciones semánticas que habrían de guiar el desarrollo de las prácticas interpretativas constitucionales²⁸.

En contraste, las intenciones que sí resultan de importancia para la metodología interpretativa que propugna el originalismo intencionalista son aquellas que permiten entender —o captar— lo que el autor del texto constitucional efectivamente pretendió significar al redactar un enunciado constitucional²⁹. Esto se manifiesta en función de lo que los autores del texto constitucional hubieran explicitado públicamente al intervenir, por ejemplo, en los debates convencionales en los cuales se redactaba o ratificaba la Constitución. Dicho de otro modo, el significado de una norma constitucional se podría reducir a lo que el autor del texto pretendió comunicar a la audiencia destinataria a través de una formulación lingüística particular³⁰.

Así, como lo afirma Kay, la teoría del significado que presupone la noción de intenciones sobre la que se estructura el originalismo intencionalista, remite a lo que el autor del texto constitucional pretendió que su audiencia destinataria —todos los habitantes sujetos a la Constitución— fuera capaz de reconocer el mensaje que se quiso comunicar³¹. Lo expuesto anteriormente exigiría que el autor del texto constitucional y su audiencia destinataria posean un “conocimiento compartido”; esto es, que la audiencia destinataria del texto constitucional fuera capaz de reconocer cuáles son las intenciones semánticas

²⁷ Cfr. *ibid.*, p. 90.

²⁸ Cfr. *idem.* Earl M. Maltz, “*The Failure of Attacks on Constitutional Originalism*”, *op. cit.*, p. 49. Para un comentario más extenso sobre la centralidad del concepto de autoridad en el originalismo de intenciones originales, Aileen Kavanagh, “*Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation*”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, 2002, p. 264.

²⁹ Cfr. Walter Benn Michaels, “*Intentionalism, Again*”, *op. cit.*, p. 95. Richard S. Kay, “*Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*”, *Northwestern University Law Review*, vol. 82 n° 2, 1988, p. 231. Earl M. Maltz, “*The Failure of Attacks on Constitutional Originalism*”, *op. cit.*, p. 49.

³⁰ Cfr. Richard S. Kay, “*Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*”, *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2009, p. 708. Larry Alexander, “*Simple-Minded Originalism*”, en Grant Huscroft & Bradley W. Miller (ed.), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 90.

³¹ Cfr. Richard S. Kay, “*Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution*”, *Constitutional Commentary*, vol. 6, 1989, p. 41. Stanley Fish, “*The Intentionalist Thesis Once More*”, en *The Challenge of Originalism...*, *op. cit.*, p. 100.

de los autores del texto³² —sobre la noción de “conocimiento compartido” me explayaré más adelante en este mismo trabajo, en el epígrafe III. d—.

Recapitulando, el originalismo intencionalista se centraría en un primer criterio interpretativo fundamental o básico: distinguir las intenciones de los motivos. Las intenciones se manifiestan en función de lo que los autores pretendieron comunicar explícita o abiertamente a la audiencia destinataria del texto constitucional. En contraste, para la interpretación de un texto, al menos para uno de índole jurídica, resultan ininteligibles y, por lo mismo, irrelevantes, aquellos motivos no externalizados por quienes redactaron la Constitución. Esos motivos, a lo sumo, permitirían comprender las razones internas en virtud de las cuales el emisor comunicó un determinado mensaje pero, en cambio, no contribuirían a la comprensión de lo que se pretendió realizar a través del lenguaje constitucional.

2.2. Segundo criterio interpretativo: distinguir tres niveles de intenciones originales

Después de haber distinguido entre “intenciones” y “motivos”—entendidos como meras razones internas no explicitadas de ningún modo—, resulta posible comprender adecuadamente la propuesta de autores como Berger, Bork, Maltz y Alexander, quienes defienden la tesis de que el intérprete constitucional debe llevar a cabo prácticas interpretativas dirigidas a determinar cuáles eran las intenciones originales de los constituyentes al momento de sancionar el texto constitucional³³. Así, el originalismo de intenciones se apoyaría en una segunda cuestión de central importancia: las intenciones semánticas relevantes para una práctica interpretativa constitucional se corresponden con aquello que los autores pretendieron realizar con palabras al momento de redactar el texto constitucional³⁴. Dicho en otras palabras, el originalismo intencionalista supone la necesidad de dilucidar aquello que los constituyentes pretendieron significar en el preciso momento en que enunciaron cada una de las cláusulas que integran la Constitución.

³² Cfr. David Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, Basil Blackwell Ltd., Oxford, 2002, p. 56.

³³ Cfr. Raoul Berger, “*Originalist Theories of Constitutional Interpretation*”, *Cornell Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 350-351. Robert H. Bork, “*The Constitution, Original Intent and Economic Rights*”, *San Diego Law Review*, vol. 23, 1986, p. 823. Earl M. Maltz, “*The Failure of Attacks on Constitutional Originalism*”, op. cit., p. 43. Para una defensa reciente de una teoría originalista centrada en las intenciones de los constituyentes, Larry Alexander, “*Originalism, the Why and the What?*”, *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, p. 540.

³⁴ Cfr. Maltz, “*The Failure of Attacks on Constitutional Originalism*”, 47. Más aún, se ha sostenido que “Interpreting the Constitution’s general language according to our best understanding of the original intent of the Framers is the only way in which the Constitution can be law (...) *No other method of constitutional adjudication can accomplish that*”. Robert H. Bork, “*The Original Intent and the Constitution*”, vol 7, op. cit., p. 26 [El destacado me pertenece]. En un sentido prácticamente idéntico a la última cita, Lino A. Graglia, “*Originalism and The Constitution: Does Originalism Always Provide the Answer?*”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 34, n° 1, 2011, p. 86. Del mismo autor, “*Constitutional Interpretation*”, *Syracuse Law Review*, vol. 44, 1993, p. 631.

Ahora bien, existen al menos tres niveles que revelan las “intenciones originales” de los constituyentes. En el primer nivel, según Meese, se encuentran aquellas disposiciones constitucionales que fueron enunciadas en un lenguaje claro y unívoco³⁵. En estos casos, las intenciones originales prácticamente se identificarían de modo directo e inmediato con las mismas formulaciones lingüísticas por las cuales fueron comunicadas las disposiciones constitucionales. Meese ilustra esto con un ejemplo que, a su modo de ver, se ubicaría en este primer nivel. Se trata de la cláusula constitucional estadounidense que establece el requisito de edad para ser miembro de la cámara del Senado a través de la siguiente prescripción: “No será senador ninguna persona que no haya cumplido treinta años de edad (...)”³⁶.

Así, Meese sostiene que aquello que los constituyentes pretendieron realizar se reflejaría directa e inmediatamente en el lenguaje a través del cual fue enunciada esa disposición. De hecho, en la propia formulación lingüística de esa cláusula se hallaría inequívocamente comunicado aquello que los autores o ratificadores del texto constitucional pretendieron prescribir; a saber, que los senadores deben tener, como mínimo, treinta años de edad para ejercer tales cargos legislativos. En estos casos, de modo similar al aforismo romano que rezaba *in claris non fitinterpretatio* —en castellano, “no hace falta interpretar lo que está claro”— las intenciones originales podrían sencillamente ser conocidas por el intérprete constitucional y, por lo mismo, no presentarían dificultades interpretativas. Aún más, se podría sugerir que frente a tales disposiciones no cabe interpretación sino una aplicación de lo dispuesto a casos reales y concretos³⁷. En virtud de una estipulación que se propone en esta monografía, este nivel intencional será designado de ahora en más como “nivel de claridad”.

Un segundo nivel de referencia intencional, tal como lo sostiene Meese, se podría caracterizar por la ambigüedad. Este nivel se integraría por aquellas cuestiones en las que existía un consenso generalizado y compartido entre la comunidad lingüística de la época en que fue adoptada una determinada disposición constitucional y aquello que pretendieron realizar quienes redactaron y ratificaron el texto constitucional. Sin embargo, sobre todo a la luz de los usos lingüísticos contemporáneos, tal significado original podría resultar ambiguo a un intérprete actual; esto es, se podría asociar dos o más sentidos a tales enunciados³⁸. En estos casos, la función del intérprete consistiría fundamentalmente en despejar tales ambigüedades a través de la dilucidación del “significado original” de una determinada norma constitucional³⁹. Es en este plano, donde las directivas o criterios

³⁵ Cfr. Edwin Meese III, “*Construing the Constitution*”, op. cit., p. 24.

³⁶ Cfr. *Constitución de los Estados Unidos de América*, Artículo 1, tercera sección, clausula 3 [en adelante: *CEU*]. El texto constitucional argentino prescribe exactamente lo mismo, *Constitución de la Nación Argentina*, artículo 54 [en adelante: *CNA*].

³⁷ Cfr. Edwin Meese III, “*Construing the Constitution*”, op. cit, p. 26.

³⁸ Cfr. *idem*.

³⁹ Berger sostiene que “Resort to original intention is required if only because some words in the Constitution are susceptible of an enormous range of meaning”. Cfr. Raoul Berger, “*Originalist Theories of Constitutional Interpretation*”, op. cit., p. 351. Existe un debate profuso entre los

interpretativos originalistas tienen mayor eficacia; particularmente en el caso de una Constitución con más de doscientos años de historia. He decidido llamar a este segundo nivel de referencia intencional como “nivel de ambigüedad” del lenguaje constitucional.

Un ejemplo podría ilustrar mejor este nivel de ambigüedad. Asumamos por un momento, como lo hace la minoría de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso “Heller”, que a partir de los registros históricos de la época en que se redactó la Constitución se podría echar luz sobre lo que los constituyentes habían pretendido realizar al enunciar la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece lo siguiente: “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”⁴⁰.

Un usuario actual del lenguaje podría atribuirle un sentido distinto a la palabra “armas” —*Guns*, en idioma original— que aquel que pretendieron significar los autores de la Constitución. De hecho, el usuario estándar del lenguaje asociaría el término “arma” con cualquier clase de arma de fuego, sin hacer mayores distinciones al respecto. En cambio, como señala Willbanks, para el año 1791 —época en que fue adoptada la segunda enmienda de la Constitución estadounidense— la palabra “armas” solo podía referirse a mosquetes; esto es, “armas” que requerían ser cargadas con pólvora en cada disparo y, por ende, no podían sino ser utilizadas en un contexto militar⁴¹. De hecho, en el año 1818 fue patentado uno de los primeros revólveres a tambor por Elisha Collier. Sin embargo, tales armas no comenzaron a producirse masivamente sino hasta la legendaria patente del revólver de Samuel Colt de 1836⁴². Con otras palabras, el revólver a tambor fue inventado a principios del Siglo XIX por Collier, pero recién a partir de que Colt adquirió una escala industrial a mediados de los años treinta de ese mismo siglo.

En el caso “Heller”, la minoría de la Corte —comandada por el juez Stevens— asumió que el recurso a la evidencia historiográfica permitiría echar

originalistas sobre cómo disipar tales ambigüedades que suscitan los enunciados constitucionales para un intérprete contemporáneo. Por un lado, una variante del originalismo intencionalista propone servirse de toda la información que se pudiera extraer de la evidencia histórica que pudiera respaldar lo que los autores de la Constitución tales como, entre otros documentos oficiales, los debates de la convención de Filadelfia (1787) y, por el otro, existen quienes afirman que las intenciones originales deben discernirse a la luz de las intenciones de los ratificadores. Estas cuestiones serán examinadas en mayor detalle *infra*, epígrafe II, directiva interpretativa 3.1 y 3.2.

⁴⁰ Cfr. “District of Columbia v. Heller”, 128 US 2783 (2008). Este precedente suscitó un profuso debate doctrinario, entre otros, Lawrence B. Solum, “*District of Columbia v. Heller and Originalism*”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, n° 2, 2009, p. 952. Akhil Reed Amar, “*Heller, HLR, and Holistic Legal Reasoning*”, *Harvard Law Review*, vol. 122, 2008, pp. 145-190. Michael C. Dorf, “*Does Heller Protect a Right to Carry Guns Outside the Home?*”, *Syracuse Law Review*, vol. 59, 2008, pp. 225-234. Mark Tushnet, “*Heller and the New Originalism*”, *Ohio State Law Journal*, vol. 69, 2008, pp. 609-624. Jeffrey M. Shaman, “*The End of Originalism*”, *San Diego Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 83-108. Randy E. Barnett, “*The Gravitational Force of Originalism*”, *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 421-425.

⁴¹ Cfr. James H. Willbanks, *Machine Guns: an Illustrated History of Their Impact*, Santa Bárbara, ABC-CLIO, 2004, p. 10.

⁴² Cfr. Robert A. Howard, “*Interchangeable Parts Reexamined: The Private Sector of the American Arms Industry on the Eve of the Civil War*”, *Technology and Culture*, vol. 19, n° 4, 1978, p. 642.

luz sobre aquello que los constituyentes pretendieron establecer sobre el derecho a poseer y portar armas enunciado en la segunda enmienda. La respuesta que dio la minoría en tal caso es que existen elementos históricos que permitirían concluir que el derecho a portar armas fue instituido con la finalidad precisa de garantizar a las personas de cada uno de los estados que integran la Unión a mantener milicias bien organizadas —*well-regulated militia*—⁴³. En síntesis, en este segundo nivel, la evidencia histórica del tiempo en que se redactó la Constitución permitiría identificar cual de los varios sentidos o significados es el que los constituyentes pretendieron prescribir al momento de enunciar la segunda enmienda de la Constitución estadounidense.

Finalmente, Meese sostiene que el originalismo de intenciones supone un tercer nivel intencional, que se caracterizaría por un amplio margen de vaguedad respecto de lo que pretendieron significar los constituyentes al redactar una cláusula constitucional. En estos casos, la Constitución ha de ser interpretada y aplicada de una manera que, al menos, no contradiga al piso semántico sobre el que descansa el texto de la Constitución⁴⁴. Esto obedece a un argumento de tipo originalista. En concreto, como sugiere Meese, los *framers* deliberadamente no pretendieron anticiparse a todas y cada una de las controversias que se pudieran suscitar sino que tuvieron, siempre según Meese, una aspiración bastante más modesta: enunciar las reglas procedimentales que permitirían determinar *cómo* se ha de enfrentar los desafíos más acuciantes de cada época⁴⁵. Esto supone que los constituyentes no avizoraron una sociedad estática a la cual se habría de aplicar mecánicamente una Constitución que adoptó una forma escrita. Antes bien, los autores y/o ratificadores del texto constitucional proporcionaron las reglas básicas y los principios fundamentales de gobierno para posibilitar su adaptación a las circunstancias propias de cada época particular⁴⁶.

En definitiva, la segunda directiva del originalismo intencionalista prescribe la necesidad de reconocer en cuál de los tres niveles se ubican las intenciones originales de los enunciados constitucionales que se interpretan. El primer nivel denominado de claridad es aquel en el cual lo que pretendió significar el autor del texto constitucional se refleja directa e inmediatamente en la formulación lingüística por la cual se enuncian las disposiciones constitucionales —*v. gr.*, se requieren treinta años de edad para ser senador—. El segundo nivel, llamado de la ambigüedad, es el que tiene lugar cuando los conceptos que integran un enunciado constitucional podrían suscitar dudas acerca de cuál de los dos o más sentidos es el que le corresponde a las disposiciones que se están interpretando. En tales casos, pareciera que las dudas podrían ser disipadas a través del recurso a la evidencia histórica que permitía reconocer cuáles eran las intenciones semánticas de los autores del texto constitucional. Así, por ejemplo, el examen de los documentos históricos

⁴³ Cfr. “Heller”, p. 2823.

⁴⁴ Cfr. Meese III, “*Construing the Constitution*”, op. cit., p. 25.

⁴⁵ Cfr. Edwin Meese III, “*Our Constitution’s Design: the Implications for its Interpretation*”, *Marquette Law Review*, vol. 70, 1987, p. 383.

⁴⁶ Cfr. *ibid.*, p. 384.

posibilitaría discernir si el derecho a portar armas se encuentra condicionado —o no— a la necesidad de una grave situación de emergencia interna o externa. Por último, cabe mencionar el denominado nivel de la vaguedad. Aquí el intérprete puede desplegar una amplia dosis de creatividad que se ve limitada por dos extremos: a) las reglas procedimentales que se extraen del texto constitucional que acotan las posibilidades de interpretar las normas constitucionales vagas; y b) mantener los resultados interpretativos siempre dentro del límite semántico sobre el cual descansa la disposición constitucional que se interpreta.

2.3. Tercer criterio interpretativo: identificar las vías de acceso historiográfico al contenido de las intenciones originales

Una vez que se ha echado luz sobre el concepto de “intenciones” que presupone la aplicación del originalismo de intenciones, el paso inmediatamente posterior consiste en responder la siguiente pregunta: ¿de *quiénes* son las intenciones que han de guiar la práctica interpretativa que defiende la citada versión del originalismo contemporáneo? Parafraseando a Dworkin, no solo resultaría necesario brindar una respuesta a la pregunta *qué* son las “intenciones originales” —*original intent*— sino también *cuáles* o, si se quiere, *de quiénes* son aquellas intenciones sobre las que se ha de estructurar la práctica interpretativa constitucional que propone el originalismo de cuño intencionalista⁴⁷.

Ahora bien, la última cuestión, según Meese, no presentaría un particular relieve en el nivel de claridad intencional, dado que lo se pretendió significar se reflejaría directa e inmediatamente en el propio texto de la Constitución⁴⁸. No obstante, Kay se ocupa de precisar que si bien en el nivel de claridad se podría dilucidar cuáles eran las intenciones de los constituyentes a través de la mera lectura de los enunciados constitucionales, que resultaría inequívoca para los intérpretes —*v. gr.*, la duración de un mandato presidencial o la edad para ser senador—, esto no equivaldría a negar que el significado del texto constitucional remite a las intenciones originales de los constituyentes. De hecho, incluso en el nivel de claridad, persistiría una fidelidad a las intenciones semánticas de los autores del texto constitucional o, lo que es lo mismo, a

⁴⁷ Cfr. Ronald Dworkin, “*The Forum of Principle*”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, pp. 476-477. En un sentido similar, “It is, however, naïve or disingenuous to think that one can appeal to the “original intentions” of those who framed and those who ratified the Constitution without facing forth rightly the question of what those intentions actually were”. Harry V. Jaffa, “*What Were the ‘Original Intentions’ of the Framers of the Constitution of the United States?*”, *University of Puget Sound Law Review*, vol. 10, 1987, p. 355. De modo semejante, Kay se pregunta de quiénes —de qué grupos— son las intenciones que resultan relevantes para la interpretación constitucional. Kay, “*Adherence to Original Intentions...*”, 245-251. También Lofgren se plantea: “it is important to observe that asking about the interpretative status of original intent implicates another issue: *whose intent qualifies as the “original” intent?*”, Charles A. Lofgren, “*The Original Understanding of Original Intent*”, *Constitutional Commentary*, vol.5, 1988, p. 77. [El destacado no se encuentra en el texto original.]

⁴⁸ Cfr. Kay, “*Original Intentions, Standard Meaning...*”, *op. cit.*, pp. 41-42.

aquello a lo que estos pretendieron designar o significar al momento de redactar la Constitución⁴⁹.

En segundo lugar, cabría mencionar que el problema que supone identificar quién es el titular de la intención original tampoco revistaría peculiaridades en el nivel de la vaguedad. En este caso, como advierte Meese, la Constitución se habría limitado a establecer una serie de reglas procedimentales que prescribirían el modo en que se debería lidiar con disposiciones constitucionales vagas, según las necesidades y circunstancias de cada época particular⁵⁰. Con todo, es preciso mencionar que Meese aclara que esas reglas procedimentales conllevan el establecimiento de un límite o “piso mínimo” en el cual se ha de desplegar una práctica interpretativa. Más específicamente, las soluciones que se siguen del uso de tales reglas procedimentales no deben contradecir a las demás normas del propio texto constitucional; esto es, se trataría de interpretar tales normas de un modo sistemático⁵¹.

Un ejemplo jurisprudencial quizá sirva para ilustrar mejor esto último. La Constitución de los Estados Unidos de América en ninguna de sus disposiciones enuncia directa o expresamente si el Congreso Nacional cuenta o no con la atribución para establecer un banco nacional con sede en los distintos estados de la Unión. Frente a ello, el *chief justice* Marshall en “*McCulloch v. State of Maryland*” (1819) afirmó que el texto constitucional brinda a los poderes constituidos —particularmente al Congreso Nacional— de atribuciones suficientes para hacer frente a situaciones no previstas por la letra de la Constitución como, por caso, instituir un Banco de la Nación⁵². Esto sería así porque la Constitución simplemente ha enumerado solo a título enunciativo —y no taxativo— las atribuciones de cada uno de los poderes del Estado. Así, parafraseando a la Corte Suprema, se podría afirmar que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos de América que excluya la posibilidad de admitir atribuciones implícitas⁵³. Con todo, no cualquier poder del Estado podría instituir tal clase de bancos sino el Congreso Nacional⁵⁴. Por consiguiente, el texto constitucional se limitó a trazar los límites o cauces formales que se han de seguir para enfrentar determinadas situaciones que no pudieron haber sido previstas por los constituyentes como, por ejemplo, la apertura de un Banco Nacional con sucursales en todo el territorio del país.

Finalmente, el nivel de la ambigüedad es el que presenta mayores dificultades a la hora de determinar quién es el titular de la intención original que ha de considerarse como relevante o decisiva para llevar a cabo una práctica interpretativa originalista de tipo intencionalista. Lo último se

⁴⁹ Cfr. Kay, “*Adherence to the Original Intentions...*”, op. cit., pp. 230-231. Para un planteamiento similar, Maltz, “*Some New Thoughts...*”, op. cit., p. 833.

⁵⁰ Cfr. Meese, “*Our Constitution’s Design...*”, op. cit., p. 383.

⁵¹ Cfr. Meese, “*Construing the Constitution*”, op. cit., p. 26.

⁵² Cfr. “*McCulloch v. State of Maryland*”, 17 U. S. 316 (1819) 415 (voto del Juez Marshall)

⁵³ Cfr. *ibid.*, pp. 358-359.

⁵⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 355-356.

complejiza particularmente en el caso estadounidense porque existen múltiples y diversas fuentes históricas que permitirían dilucidar lo que se pretendió significar al momento en que se puso en vigencia cada una de las normas constitucionales originarias junto con sus respectivas enmiendas⁵⁵. En efecto, se han ensayado dos respuestas para resolver las cuestiones que suscita el nivel de la ambigüedad; por un lado, la referencia a las intenciones de los constituyentes o autores del texto constitucional y la remisión a las intenciones de los ratificadores, por el otro. A continuación se describirán las soluciones que pergeñó el originalismo de intenciones para enfrentar el nivel de ambigüedad.

2.3.1. Tercer criterio interpretativo (variante 1): la solución de ambigüedades a través de la referencia a las intenciones originales de los constituyentes

Una parte de los principales defensores del originalismo intencionalista — Bork⁵⁶, Meese⁵⁷, Berger⁵⁸, Maltz⁵⁹, Michaels⁶⁰ y Alexander⁶¹— sostiene que las intenciones originales se dilucidarían fundamentalmente a través de una remisión a lo que pretendieron realizar con palabras quienes se encargaron de redactar el texto constitucional. Las razones que justificarían una interpretación originalista que descansa en una remisión a las intenciones semánticas de los redactores de la Constitución, se apoyaría básicamente en argumentos relacionados a la cuestión de la autoridad del texto constitucional sobre los intérpretes actuales. De esta manera, Meese sostiene que los jueces que practican el control de constitucionalidad, en tanto “guardianes de la Constitución”, han de evitar la tentación política que supone apartarse del tenor literal de las normas constitucionales⁶². En concreto, el citado autor sostiene que la pretensión de darle efecto a la Constitución se ha de concretar

⁵⁵ Cfr. Maltz, “*Some New Thoughts...*”, *op. cit.*, p. 834.

⁵⁶ Cfr. Robert H. Bork, “*The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*”, *San Diego Law Review*, vol. 23, 1986, pp. 823 y 826. Del mismo autor, “*Styles in Constitutional Theory*”, *South Texas Law Journal*, vol. 26, 1985, p. 394.

⁵⁷ Cfr. Edwin Meese III, “*The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution*”, *South Texas Law Review*, vol. 27, n° 3, 1986, p. 456 [en adelante: SCOTUS]. Del mismo autor, “*Toward a Jurisprudence of the Original Intent*”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 11, 1988, p. 10.

⁵⁸ Cfr. Raoul Berger, “*Originalist Theories of Constitutional Interpretation*”, *op. cit.*, pp.350-351. Del mismo autor, “*New Theories of «Interpretation»: The Activist Flight from the Constitution*”, *Ohio State Law Journal*, vol. 47, 1986, p. 2; “*«Original Intention» in Historical Perspective*”, *The George Washington Law Review*, vol.54, 1986, p. 315.

⁵⁹ Cfr. Maltz, “*The Failure of Attacks...*”, *op. cit.*, p. 46. Del mismo autor, “*Foreword: The Appeal of Originalism*”, *Utah Law Review*, vol. 4, 1987, p. 789.

⁶⁰ Cfr. Walter Benn Michaels, “*A Defense of Old Originalism*”, *Western New England Law Review* 31 (2009) 21, 21.

⁶¹ Cfr. Larry Alexander, “*Originalism, The Why...*”, *op. cit.*, pp. 540 y 543. Del mismo autor, “*Simple-Minded Originalism*”, *op. cit.*, pp. 87-98.

⁶² Cfr. Meese, “*SCOTUS...*”, *op. cit.*, p. 456.

por medio de una práctica interpretativa centrada en una deferencia al propio texto de la ley fundamental y a las intenciones de quienes redactaron la Constitución⁶³.

Ahora bien, más allá del argumento de la autoridad, cabría preguntarse de qué modo se podría reconocer lo que los constituyentes pretendieron prescribir a través de cada uno de los enunciados constitucionales. Respecto de esta cuestión, como señala Kavanagh, los principales defensores del originalismo intencionalista que defienden la remisión a las intenciones de los autores de la Constitución —*v. gr.*, Meese, Bork, Michaels, Alexander— suelen guardar silencio y limitarse a fundamentar teóricamente un concepto de autoridad que justificaría tal remisión, pero no suelen brindar especificaciones metodológicas que pudieran guiar a los intérpretes actuales⁶⁴. Aún más, Greene —un defensor actual del originalismo intencionalista— ha reconocido explícitamente que la interpretación originalista de la Constitución de tipo intencionalista se centra, no en el significado de las disposiciones, sino en defender la autoridad del texto constitucional sobre sus respectivos intérpretes⁶⁵. Dicho de otra manera, para los autores originalistas de corte intencionalista el problema del esclarecimiento del significado de las disposiciones constitucionales se reduce a una cuestión en torno a la autoridad de la Constitución y, por lo mismo, dejan de lado las consideraciones en torno a la inteligibilidad de las intenciones originales.

Sin embargo, dentro del originalismo de intenciones no todos llegan al extremo de Greene. En contraste, particularmente en varios de los trabajos de Maltz, se puede apreciar un afán por reconstruir un principio o criterio interpretativo que permita disipar las ambigüedades constitucionales. En concreto, el citado autor mantiene que el modo de conocer las intenciones semánticas de los constituyentes supone una apelación a fuentes historiográficas como, por ejemplo, los diarios de debate de la Convención de Filadelfia que aprobó el texto constitucional originario⁶⁶.

Con todo, es preciso aclarar que la posición de Maltz no pretende brindar una respuesta universal capaz de ser aplicada a todas y cada una de las disposiciones constitucionales⁶⁷. En tal sentido, una metodología interpretativa originalista de tipo intencionalista aplicada a la dilucidación del significado de una disposición constitucional en particular presupone un paso previo elemental: la identificación de las fuentes históricas que proporcionarían la mejor evidencia documental de lo que se pretendió significar con cada una de las normas constitucionales. Así, Maltz sugiere que si bien las intenciones originales remiten a lo que los constituyentes pretendieron significar parecería que ello pudiera ceder en caso de que la remisión a los debates ratificadores permitiera echar más luz sobre el significado original de las normas

⁶³ Cfr. *idem.*

⁶⁴ Cfr. Kavanagh, “*Original Intention and Enacted Text...*”, *op. cit.*, p. 263.

⁶⁵ Cfr. Jamal Greene, “*The Case for Original Intent*”, *The Washington Law Review*, vol. 80, 2012, p. 1685.

⁶⁶ Cfr. Maltz, “*The Failure of Attacks...*”, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 49-50.

constitucionales. Dicho de otra manera, Maltz propone aclarar las ambigüedades del lenguaje constitucional por medio de una referencia a los diarios de debates que permita conocer las intenciones semánticas de los constituyentes y, en todo caso, recurrir a los debates de las convenciones ratificadoras para despejar las dudas remanentes.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, también Maltz sostiene que la prioridad de las intenciones originales de los constituyentes por sobre aquellas intenciones de los ratificadores se podría justificar con dos argumentos principales. Uno remite al problema de la autoridad de la Constitución y el otro al de su inteligibilidad. En relación al argumento de autoridad⁶⁸, si bien el texto constitucional originario podía ser rechazado por las instancias ratificadoras estatales, estas no contaban con ninguna atribución para modificar el contenido de las cláusulas originarias o sus respectivas enmiendas⁶⁹. Dicho de otro modo, la instancia ratificadora estatal solo es capaz de aprobar o desaprobado el texto originario o sus subsiguientes propuestas de enmienda.

Respecto del argumento de inteligibilidad, sería preciso hacer referencia a una consideración de tipo pragmaticista que realiza Maltz: la dilucidación de las intenciones originales de los ratificadores sería una tarea extremadamente complicada para la dinámica propia del trabajo judicial⁷⁰. De hecho, ya resultaría sumamente complejo para el operador jurídico promedio poder examinar la evidencia historiográfica de la posición correspondiente a cada uno de los representantes estatales en la Convención Constituyente. Si ello se sustituyera por un relevamiento de todas las intervenciones de los representantes que integraron cada uno de los estados que ratificaron la Constitución, pues entonces el originalismo intencionalista resultaría verdaderamente impracticable⁷¹.

Recapitulando, la solución de las ambigüedades que podría suscitar la interpretación originalista de cuño intencionalista consiste en remitir prioritariamente a lo que los *framers* pretendieron significar. Más específicamente, lo último se podría dilucidar de dos modos: 1) a la luz de los debates de las convenciones federales —originarias o reformadoras— que aprobaron el texto que después habría de ser ratificado por las respectivas instancias estatales; o bien 2) por medio de los debates que se dieron a nivel estatal para ratificar la Constitución. Las razones que se esgrimen para justificar esa distinción, en apretada síntesis, son las siguientes: i) *el argumento de autoridad*: la Constitución estadounidense prescribe que el texto constitucional originario o enmendado solo entrará en vigencia después de ser ratificado por dos tercios de los Estados que integran la Unión. Con todo, el proceso ratificatorio no tiene autoridad alguna para introducir cualquier tipo de modificación al texto constitucional originario o enmendado. De hecho, la instancia ratificadora simplemente es capaz de aprobar o rechazar las

⁶⁸ Cfr. Maltz, “*The Appeal of Originalism*”, op. cit., pp. 802-803.

⁶⁹ Cfr. *idem*.

⁷⁰ Cfr. *ibid.*, p. 803.

⁷¹ Cfr. *idem*.

enmiendas o el texto constitucional originario. ii) *el argumento de inteligibilidad*: el originalismo intencionalista resultaría materialmente impracticable si exigiera interpretar las normas constitucionales a través de una remisión a la profusa bibliografía en torno a lo que cada uno de los representantes de las convenciones ratificadoras estatales pretendieron realizar al aprobar la Constitución.

2.3.2. Tercer criterio interpretativo (variante 2): la solución de ambigüedades a través de la referencia a las intenciones de los ratificadores

Existen algunos otros defensores del originalismo intencionalista —*v. gr.*, Rotunda⁷², Lofgren⁷³ y Maggs⁷⁴— que sostienen que el método apropiado para resolver las ambigüedades constitucionales exige hacer referencia a las intenciones de los ratificadores del texto constitucional. Esta postura resulta valiente por dos motivos: a) el caso estadounidense supone una Constitución cuyo texto originario o enmienda ha de atravesar por un arduo proceso de ratificación; b) en hilo con lo anterior, los diarios de debate de la Convención de Filadelfia eran enteramente inaccesibles para las convenciones estatales encargadas de ratificar el texto constitucional. En efecto, como remarcan Lofgren y Rotunda, los procesos ratificatorios tuvieron lugar sin que fuera posible tener acceso a tales registros de debate de la convención constituyente, que aprobó el texto que luego fue sometido al proceso de ratificación⁷⁵. Esto se debe a que una de las primeras mociones que se aprobó en la Convención de Filadelfia establecía que los representantes se comprometían a guardar secreto sobre las discusiones y documentos que se iban a debatir .

Más aún, ese secreto no se limitó al tiempo en que tuvieron lugar las sesiones de esa Convención. De hecho, el mismo día en que se aprobó la flamante Constitución —el último día de las sesiones de la Convención de Filadelfia de 1787—, de acuerdo al relato de James Madison, se planteó la pregunta en torno a qué se debía hacer con los diarios de debates. Algunos constituyentes propusieron que tales documentos debían ser destruidos o encomendados a la custodia del Presidente⁷⁶. Otros, en cambio, afirmaron que en un primer momento habían considerado seriamente la destrucción de los diarios de debate pero luego alteraron ese parecer. El fundamento de ese cambio de opinión obedecería, según los escritos de Madison, a que los constituyentes estimaron que iba a resultar necesario contar con el apropiado

⁷² Cfr. Ronald D. Rotunda, “Original Intent, the View of the Framers, and the Role of Ratifiers”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 41, 1988, pp. 512 y ss.

⁷³ Cfr. Lofgren, “*The Original Understanding...*”, op. cit., pp. 79 y ss.

⁷⁴ Cfr. Gregory E. Maggs, “Which Original Meaning of the Constitution Matters to Justice Thomas?”, *New York University Journal of Law and Liberty*, vol. 4, 2009, pp. 497 y ss.

⁷⁵ Cfr. Rotunda, “*Original Intent, the View of the Framers...*”, op. cit., p. 509. Lofgren, “*The Original Understanding...*”, op. cit., p. 81.

⁷⁶ Esta habría sido la moción de Mr. King, cfr. James Madison, *The Writings of James Madison*, vol. 4, “The Journal of the Constitutional Convention”, Part II, (17/09/1787), 481. [Se cita por la edición de G. Hunt, New York, The Knickerbocker Press, 1903].

respaldo documental para refutar aseveraciones falaces en torno a lo que se discutió en Filadelfia⁷⁷.

La solución que finalmente se adoptó, por diez votos contra uno, fue la siguiente: los diarios de la Convención de Filadelfia fueron encomendados al cuidado de quien fue su presidente, el general George Washington⁷⁸. Este, luego de aceptar tamaño encargo, preguntó cómo habría de proceder si quienes fueron miembros de la convención peticionaran copias de los diarios del debate en el futuro⁷⁹. La respuesta que los constituyentes brindaron, por unanimidad, fue que el destino final de los registros históricos dependería de lo que resolviera el Congreso Nacional, si es que este pudiera formarse alguna vez bajo los términos de la flamante Constitución que habían aprobado en Filadelfia, pero que todavía debía ser ratificada por las respectivas convenciones estatales para que entrara en vigencia⁸⁰.

Lofgren afirma que la razón que justificaría esa resolución que adoptaron los autores de la Constitución estadounidense obedecería a la siguiente causa: los constituyentes habían considerado que los debates de Filadelfia podían obstaculizar las discusiones que se iban a llevar a cabo en cada una de las convenciones estatales ratificadoras⁸¹. En apoyo a esto, como señala Maggs, vale mencionar que los diarios de debate de Filadelfia recién fueron publicados en 1819⁸²; esto es, treinta y un años después de la obtención de la novena ratificación estatal —estado de New Hampshire— que finalmente dio cumplimiento a lo prescrito en la propia Constitución para que esta entrara en plena vigencia⁸³.

De lo anterior se desprende otra razón que, según Lofgren, justificaría la remisión a las intenciones de los ratificadores. Más en concreto, si los autores de la Constitución se encargaron meticulosamente de mantener en secreto sus debates para que no influyeran sobre las instancias ratificadoras, pues entonces los propios constituyentes fueron quienes le asignaron prioridad a las intenciones semánticas de los ratificadores por sobre lo que pretendieron

⁷⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 481-482.

⁷⁸ Respecto del único voto en contra, Madison explica lo siguiente: “This negative of Maryland was occasioned by the language of the instructions to the Deputies of that State, which required them to report to the State, the proceedings of the Convention”. Cfr. *ibid.*, p. 482.

⁷⁹ Cfr. *idem.*

⁸⁰ “The President having asked what the Convention meant should be done with the Journals and whether copies were to be allowed to the members if applied for. It was Resolved: “that he retain the Journal and other papers, subject to the order of Congress, if ever formed under the Constitution”. *Ibid.*, p. 482.

⁸¹ Cfr. Lofgren, “*The Original Understanding...*”, *op. cit.*, p. 81.

⁸² Cfr. Maggs, “*Guide to Records of the Constitutional Convention...*”, *op. cit.*, p. 1725. Del mismo autor, “*Which Original Meaning...*”, *op. cit.*, p. 497. Vasavan Kesavan & Michael Stokes Paulsen, “*The Interpretative Force of the Constitution’s Secret Drafting History*”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2003, p. 1115. Rotunda, “*Original Intent, the View of the Framers...*”, *op. cit.*, p. 510.

⁸³ El artículo VII de la *Constitución de los Estados Unidos de América* establece: “La ratificación por las convenciones de nueve Estados bastará para que esta Constitución entre en vigor por lo que respecta a los Estados que la ratifiquen”.

significar aquellos que intervinieron en la Convención de Filadelfia⁸⁴. Al fin y al cabo, los ratificadores terminaron contando con una amplia libertad para discutir en torno a lo que se pretendió significar al enunciar cada una de las normas constitucionales. De hecho, las discusiones de los ratificadores no podrían haberse visto condicionadas o influidas por las intenciones de los constituyentes porque era sencillamente imposible conocer lo que se discutió en la Convención de Filadelfia. Dicho de otro modo, los constituyentes estadounidenses al mantener en secreto sus diarios de sesiones habían delegado en los ratificadores la especificación de lo que se pretendió significar con cada una de las disposiciones que integran el texto constitucional.

Ahora bien, más allá de las razones que justificarían la referencia a las intenciones originales de los ratificadores, cabría preguntarse: ¿cuál sería la evidencia histórica a partir de la cual sería posible captar el contenido de las intenciones originales de los ratificadores? La respuesta que brindan los defensores del originalismo de intenciones de los ratificadores —*v. gr.*, Lofgren, Maggs y Rotunda— es la siguiente: el recurso historiográfico más relevante para poder determinar cuál es el contenido semántico de las “intenciones originales” de los ratificadores serían los debates de cada una de las convenciones estatales en las cuales se discutió la ratificación del texto constitucional que dictó la Convención de Filadelfia⁸⁵. En efecto, los registros de los debates de tales convenciones estatales, como señala Maggs, han de ser considerados como una fuente primaria para determinar el sentido de las intenciones originales de los ratificadores⁸⁶.

Siguiendo con el hilo de ideas de Maggs, los científicos y prácticos del derecho suelen consultar tres colecciones en las cuales se han registrado los debates del proceso de ratificación. En primer lugar, cabría mencionar los debates compilados y publicados por Jonathan Elliot que integran una colección compuesta por cuatro volúmenes (1827-1830)⁸⁷. Estos se encuentran disponibles en formato electrónico en el sitio web de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América. Maggs justifica la relevancia de los trabajos de Elliot en el hecho de que han sido citados durante mucho tiempo por jueces y abogados⁸⁸.

La segunda fuente de mayor relevancia para determinar las intenciones originales de los ratificadores, según Maggs, sería la obra compuesta de treinta y dos volúmenes, titulada: *Documentary History of the Ratification of the U.S.*

⁸⁴ Cfr. Lofgren, “*The Original Understanding...*”, op. cit., p. 81.

⁸⁵ Cfr. *ibid.*, p. 93. Maggs, “*Which Original Meaning...*”, op. cit., p. 497. Rotunda, “*Original Intent, the View of the Framers...*”, op. cit., pp. 510 y ss.

⁸⁶ Cfr. Gregory E. Maggs, “*A concise Guide to the Records of the State Ratifying Conventions as a Source of the Original Meaning of the U. S. Constitution*”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2, 2009, p. 463.

⁸⁷ Cfr. AA. VV., *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, J. Elliot (ed.), en línea: <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwed.html> [última visita: 28-IV-2016]

⁸⁸ Cfr. Maggs, “*A Concise Guide to the Records...*”, op. cit., p. 464.

*Constitution*⁸⁹. Tal colección de textos fue editada por John P. Kaminski, Gaspare J. Saladino, Richard Leffler, Charles H. Schoenleber y Margaret A. Hogan, y fue publicada por la *Madison State Historical Society of Wisconsin*. Esta obra, a diferencia de los debates de Elliot, fue compilada por historiadores profesionales. Se trata de una colección mucho más exhaustiva que la compilación de Elliot y en un futuro próximo contendrá todas las fuentes primarias conocidas. Asimismo, la *Documentary History of the Ratification of the U.S. Constitution* contiene ensayos introductorios que anteceden a los principales documentos que integran la compilación⁹⁰. Tales ensayos resultan especialmente informativos para los juristas no familiarizados con el manejo de las fuentes historiográficas del período en que se ratificó la Constitución de los Estados Unidos de América.

En tercer lugar, se podría mencionar la obra *The Founders' Constitution*, editada por Philip K. Kurland y Ralph Lerner. Esa colección contiene extractos significativos de diferentes fuentes históricas que brindan sustento historiográfico de las intenciones originales, tanto de los constituyentes como de los ratificadores. La principal nota encomiable de esta obra, en contraste con las mencionadas anteriormente, es que organiza los documentos históricos siguiendo el orden de cada una de las cláusulas de la Constitución y no con base a un estricto orden cronológico. Además, *The Founders' Constitution* tiene tres ventajas principales⁹¹. Primero, la colección es muy confiable porque ha sido realizada con rigurosidad histórica⁹². Segundo, de la ventaja de estructurar la obra siguiendo el orden de las cláusulas constitucionales se desprende que la colección podría resultar útil no solo para historiadores profesionales sino también para juristas; incluso para operadores jurídicos que no poseen una amplia experiencia en el manejo profesional de registros o fuentes historiográficas⁹³. Tercero, gracias a la contribución de la Universidad de Chicago, se trata de una colección disponible en forma completa y gratuita en Internet⁹⁴.

Respecto de las fuentes secundarias, Maggs recomienda tres obras que permitirían conocer en profundidad el proceso ratificatorio. En primer lugar, cita el segundo volumen de Newton Thorpe, *The Constitutional History of the United States*. De esta obra cabe destacar el minucioso relato histórico sobre cómo la Constitución fue ratificada en cada uno de los Estados⁹⁵. Por ello, se trata de una monografía que brinda un panorama que permite introducir al lector en las principales intervenciones de las convenciones ratificadoras.

⁸⁹ Cfr. AA. VV., *Documentary History of the Ratification of the U.S. Constitution*, John P. Kaminski, Gaspare J. Saladino, Richard Leffler, Charles H. Schoenleber and Margaret A. Hogan (eds), en línea: www.wisconsinhistory.org/ratification/ [última visita: 20-IV-2016]

⁹⁰ Cfr. Maggs, "A Concise Guide to the Records...", op. cit., p. 464.

⁹¹ Cfr. ibid., p. 465.

⁹² Cfr. ídem.

⁹³ Cfr. *The Founders' Constitution*, en línea: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/tocs/toc.html> [última visita: 20-IV-2016]

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Cfr. Maggs, "A Concise Guide to the Records...", op. cit., p. 466.

Otra fuente secundaria para echar luz sobre los debates ratificadores, de acuerdo a Maggs, es la siguiente obra: *The Constitution and the States: the Original Thirteen in the Framing and Adoption of the Constitution*. Se trata de un trabajo, publicado en 1988, que contiene trece ensayos escritos por destacados historiadores y editados por Patrick T. Conley y John P. Kaminsky. Cada uno de tales ensayos describe cómo fue el proceso de ratificación en cada uno de los estados y, además, contiene numerosas referencias a diversas fuentes históricas⁹⁶.

Por último, Maggs identifica una fuente secundaria que ya fue mencionada anteriormente entre las primarias. Me refiero a los *Documentary History of the Ratification of the US Constitution*. Sin embargo, la parte que interesa como bibliografía secundaria es aquella integrada por los ensayos que describen y explican la relevancia de cada uno de los registros históricos primarios. En efecto, según Maggs, tales ensayos suelen ser consultados por experimentados historiadores y, por lo mismo, también podrían ser de suma utilidad para guiar a los juristas —prácticos o teóricos— al momento de adentrarse en el manejo de los registros historiográficos de las distintas convenciones estatales ratificadoras⁹⁷.

En suma, el originalismo de intenciones de los ratificadores se asienta sobre dos cuestiones centrales: a) un *argumento de autoridad* que mantiene que los propios autores de la Constitución habrían delegado la especificación de lo que se pretendió significar en las convenciones ratificadoras del texto constitucional y; b) un *argumento de inteligibilidad* que afirma que se podría acceder a las intenciones originales de los ratificadores principalmente a través de una serie de fuentes primarias que se integran fundamentalmente por los diarios de debate de las diversas convenciones estatales. Esos registros históricos de los debates ratificadores pueden ser consultados por medio de colecciones tales como *The Documentary History of the Ratification of the U. S. Constitution* o *The Founder's Constitution*, ambas disponibles en línea. En segundo término, cabría mencionar una serie de fuentes secundarias que permitirían dilucidar las intenciones de los ratificadores como, por ejemplo, *The Constitution and the States: the Original Thirteen in the Framing of the Constitution*. La última fuente bibliográfica que vale citar son los ensayos históricos que integran la ya mencionada *Documentary History of the Ratification of the US Constitution*. Particularmente, cabe destacar la importancia de aquellos trabajos que explican el contexto histórico y la relevancia de cada uno de los debates estatales en torno a la ratificación de algunas de las disposiciones constitucionales más polémicas.

III. LOS PRESUPUESTOS SEMÁNTICOS

Después de haber sistematizado los principales criterios o principios interpretativos del originalismo de intenciones, en este epígrafe se reconstruirán las tesis semánticas sobre las cuales descansa la mencionada versión del originalismo contemporáneo. En tal sentido, quisiera dejar en claro que se analizarán centralmente aquellos trabajos de autores originalistas que

⁹⁶ Cfr. *idem*.

⁹⁷ Cfr. *idem*.

permitirán reconstruir los presupuestos semánticos sobre los cuales se apoya implícita o explícitamente la metodología interpretativa originalista de tipo intencionalista, tales como las obras ya citadas de Meese, Michaels, Maltz, Kay, entre otros. Esto resulta particularmente desafiante porque, como señala Leduc, las teorías originalistas no suelen prestar una cuidadosa atención a las cuestiones lingüísticas que desvelan a muchos filósofos y juristas contemporáneos⁹⁸.

Situados en este contexto de ideas, como sugiere De Lora Deltoro, las bases semánticas del originalismo intencionalista se enmarcan dentro de la corriente teórica que en la filosofía del lenguaje se ha dado en llamar “teoría de la acción comunicativa”⁹⁹. Esta aproximación teórica se remonta a los trabajos de John Austin y atraviesan buena parte de las obras de John Searle y Peter Frederick Strawson y encuentran su último hito en los trabajos de Paul Grice —tanto en sus contribuciones teóricas a la lingüística como a la filosofía del lenguaje—¹⁰⁰. Todos estos autores asumen que cualquier comunicación humana se despliega a través de tres niveles intencionales: 1) la *intención fonética* que supone la realización de sonidos o grafismos¹⁰¹; 2) la *intención locucionaria* consiste en la emisión de sonidos o formulación de grafismos de cara a que sean considerados como un signo que remite a lo que se pretende significar y referir¹⁰²; 3) la *intención ilocucionaria*; esto es, la intención por la cual el agente pretende realizar —*performs*— o, por usar la célebre expresión de Austin, “hacer cosas” al usar el lenguaje tales como prometer, persuadir, mandar, engañar, jurar, fundar un país, etc¹⁰³. Finalmente, Austin desglosa el nivel ilocucionario distinguiendo entre: 1) aquello que se hace al hablar —*subnivel performativo*— y b) aquello que se hace por, o como consecuencia de, haber emitido un determinado acto de habla —*subnivel perlocucionario*—¹⁰⁴.

Así, como sostiene Zambrano, el éxito de cualquier comunicación lingüística depende de cuánto se acerque el intérprete a la intención

⁹⁸ Cfr. Andre LeDuc, “The Relationship of Constitutional Law to Philosophy: Five Lessons from the Originalism Debate”, *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol.12, 2014, p. 146.

⁹⁹ Cfr. Pablo de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 106.

¹⁰⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 106-107. Entre quienes destacan que las contribuciones teóricas de Grice desbordan la filosofía del lenguaje e implican múltiples contribuciones a la lingüística y a la teoría de la comunicación, Siobhan Chapman, *Paul Grice: Philosopher and Linguist*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. vii.

¹⁰¹ Cfr. J. L. Austin, *How to do Things with Words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Oxford, Clarendon Press, 1962, p. 92.

¹⁰² Cfr. *ibid.*, pp. 98-99.

¹⁰³ Cfr. *ibid.*, p. 101.

¹⁰⁴ Es justo aclarar que Austin no utiliza la terminología de subniveles de las intenciones ilocucionarias. Sin embargo, el citado autor británico desarrolla las intenciones perlocucionarias como una precisión de los actos ilocucionarios de habla. Cfr. *idem*.

ilocucionaria del orador¹⁰⁵. Si los enunciados constitucionales se toman como un caso especial del “acto de habla”, el éxito de su interpretación dependerá de cuánto se acerque el intérprete, a través del enunciado jurídico, a la intención ilocucionaria de los autores del texto constitucional¹⁰⁶. En concreto, ¿la metodología interpretativa que propone el originalismo de intenciones se interesa solo por el subnivel performativo o también el perlocucionario? La respuesta a esta pregunta será el primer punto que se analizará de los presupuestos semánticos del originalismo.

Cualquiera sea la extensión de las intenciones ilocucionarias que recoge el originalismo intencionalista, la teoría de la acción comunicativa asume que estas se dilucidan necesariamente a la luz de su contexto. Este se caracteriza por tres dimensiones: a) se adoptan por medio de órganos colegiados; b) se ubican en un marco institucional; c) adoptan una forma escrita. Cada una de estas características impacta en la metodología interpretativa que propone el originalismo intencionalista y, por lo mismo, en la inteligibilidad de los enunciados constitucionales. Sobre este punto versará el segundo subepígrafe.

Además, el originalismo intencionalista se apoya en dos presupuestos semánticos que permitirían reconocer o revelar el sentido y contenido de las intenciones originales: 1) la distinción entre “significado del hablante” y “significado de la oración”. El primero asocia el concepto de significado a lo que el emisor del mensaje pretendió significar. El “significado de la oración”, en cambio, se caracteriza por el hecho de que no descansa centralmente en las intenciones de quien emite el mensaje sino en la idea de que las palabras y las oraciones designan un significado que remite a prácticas lingüísticas convencionales¹⁰⁷. Finalmente, 2) un *conocimiento compartido* entre los constituyentes/ratificadores y la audiencia destinataria de la Constitución. Cada una de tales cuestiones serán examinadas con un mayor nivel de detalle en las páginas que siguen.

3.1. La centralidad del subnivel performativo en el originalismo intencionalista

Según Grice, a quien Kay sigue abiertamente en este punto¹⁰⁸, las intenciones ilocucionarias se podrían explicar cómo la respuesta a una típica pregunta que suele suscitar casi cualquier práctica comunicativa: “¿qué quiso decir el emisor *U* al afirmar *Z*?”¹⁰⁹. Más precisamente, lo que el emisor *U* significó al formular el enunciado *Z* resultaría equivalente a lo que tal emisor pretendió comunicar a la audiencia por medio del reconocimiento de la

¹⁰⁵ Cfr. Pilar Zambrano, “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, año 23, vol.18, 2009, p. 116.

¹⁰⁶ Cfr. *ibid.*, p. 117.

¹⁰⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 117-137.

¹⁰⁸ Cfr. Kay, “*Original Intentions, Standard Meaning...*”, *op. cit.*, pp. 39-50. Del mismo autor, “*Adherence to the Original Intentions...*”, *op. cit.*, pp. 226-292.

¹⁰⁹ Cfr. Grice, *Studies in the Ways of Words*, *op. cit.*, p. 220. Chapman, *Paul Grice: Philosopher and Linguist*, *op. cit.*, pp. 1-2.

intención comunicativa del primero. Sin embargo, tal como remarca Stephen Neale, es preciso advertir que la intención comunicativa del emisor requiere poder ser reconocida efectivamente por la audiencia y, por lo mismo, no supone una intención autorreferencial¹¹⁰.

El lugar que el originalismo de intenciones asigna a la dimensión perlocucionaria de los actos de habla constitucionales es limitado. Esto se debe a que al desarrollo de una práctica originalista de corte intencionalista no le interesa dilucidar los “motivos” de los constituyentes o ratificadores y, por ende, tampoco pretende conocer las causas internas que movieron a los autores o ratificadores a redactar determinada disposición constitucional, ni cuáles eran las consecuencias últimas que pretendieron alcanzar al formular una disposición constitucional¹¹¹. En contraste, lo que sí resultaría de central importancia para el originalismo intencionalista radica en captar el *subnivel performativo*; esto es, lo que los autores o ratificadores del texto pretendieron realizar con palabras al enunciar cada una de las disposiciones constitucionales¹¹².

3.2. El contexto de habla de los enunciados constitucionales

Ahora bien, ¿de qué modo el originalismo de intenciones considera que es posible aprehender el sentido y contenido de este subnivel performativo de los actos de habla? La respuesta que brindan los originalistas intencionalistas es que el subnivel performativo de las intenciones originales se revela a través de un contexto de habla que se caracteriza por ser a) colegiado, b) institucional y c) escrito, como se verá a continuación.

3.2.1. El problema de la colegialidad de los actos de habla en el constitucionalismo estadounidense

Dentro de las coordenadas teóricas del originalismo intencionalista, Kay advierte que la redacción del texto constitucional estadounidense se caracterizó por estar a cargo de un cuerpo colegiado. En tal orden de ideas, el citado autor reconoce que la teoría originalista se ha de enfrentar con el desafío que supone discernir una única intención semántica a partir de múltiples autores¹¹³. Frente a ello, Kay afirma que sería perfectamente posible atribuir una intención comunicativa a un grupo de personas¹¹⁴. De hecho, Kay brinda un ejemplo de la vida ordinaria para arrojar luz sobre su explicación. Supóngase que un matrimonio está preparando las invitaciones para una cena formal.

¹¹⁰ Cfr. Stephen Neale, “*Paul Grice and the Philosophy of Language*”, *Linguistics and Philosophy*, vol. 15, 1992, p. 544.

¹¹¹ Es justo aclarar que Austin no utiliza la terminología de subniveles para referirse a las distinciones que cabe realizar dentro de las intenciones ilocucionarias. Sin embargo, el citado autor británico sí desarrolla explícitamente a las intenciones perlocucionarias como una precisión de los actos ilocucionarios de habla. Cfr. Austin, *How to do things with Words...*, op. cit., p. 101.

¹¹² Cfr. idem.

¹¹³ Cfr. Kay, “*Adherence to the Original Intentions...*”, op. cit., p. 245.

¹¹⁴ Cfr. idem.

Sería perfectamente apropiado inferir una sola intención sobre quiénes serán los invitados al banquete a partir de las intenciones particulares de cada uno de los cónyuges¹¹⁵. Esto se debe a que cada uno de los cónyuges es capaz de articular y comunicar sus respectivas intenciones para terminar conformando una intención colectiva en torno a la lista de invitados a la cena¹¹⁶.

Kay reconoce que el asunto se torna bastante más complejo en lo que respecta a los enunciados constitucionales¹¹⁷. No obstante, según el mencionado jurista, el ejemplo de la cena del matrimonio permitiría iluminar en qué sentido podría atribuirse una sola intención a un grupo de personas amplio y heterogéneo como, por caso, una asamblea constituyente. En tal orden de ideas, Kay afirma que es preciso comenzar por determinar cuál fue el grupo de personas que resultaron decisivas para la conformación de la intención original de cada una de las normas constitucionales¹¹⁸. En segundo lugar, una vez determinado el grupo particular al que cabría atribuir tal intención original, habría que especificar cuáles fueron las intenciones individuales que resultaron esenciales para la configuración de una intención ilocucionaria colectiva.

Lo último remite a lo expuesto en epígrafes anteriores de este mismo trabajo. En relación a los grupos o comunidades lingüísticas que han conformado la intención original, cabe reiterar que los defensores del originalismo han sostenido dos respuestas: 1) la asamblea constituyente de 1787 —o el Congreso Nacional cuando propone una enmienda—; y/o; 2) las asambleas ratificadoras estatales, por el otro. Los argumentos que suelen emplear los autores originalistas para atribuir la intención a una u otra comunidad lingüística, tal como sugiere Kavanagh, suelen centrarse en las razones que justificarían la autoridad del texto constitucional y no con base en consideraciones provenientes de la filosofía del lenguaje.

Así, se puede advertir que existe una serie de autores que se presentan como partidarios de atribuir las intenciones originales a los redactores del texto constitucional —*v. gr.*, Bork¹¹⁹, Meese¹²⁰, Maltz¹²¹, Alexander¹²², Michaels¹²³ y Berger¹²⁴—, otorgándole preeminencia al grupo de personas que redactaron ese texto¹²⁵. Otros autores, como Lofgren, Kay y Maggs sostienen que la atribución

¹¹⁵ Cfr. *idem*.

¹¹⁶ Cfr. *idem*.

¹¹⁷ Cfr. *ibid.*, p. 246. Maltz, “*Some New Thoughts...*”, *op. cit.*, p. 834.

¹¹⁸ Cfr. Kay, “*Adherence to the Original Intentions...*”, *op. cit.*, p. 246.

¹¹⁹ Cfr. Bork, “*The Constitution...*”, *op. cit.*, pp. 823-826.

¹²⁰ Cfr. Meese, “*SCOTUS...*”, *op. cit.*, p. 456.

¹²¹ Cfr. Maltz, “*The Failure of Attacks...*”, *op. cit.*, p. 46.

¹²² Cfr. Alexander, “*Originalism, The Why...*”, *op. cit.*, pp. 540 y 543.

¹²³ Cfr. Michaels, “*A Defense of Old Originalism*”, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁴ Cfr. Berger, “*Originalist Theories...*”, *op. cit.*, pp. 350-351.

¹²⁵ Cfr. *Supra*, epígrafe II, tercer criterio interpretativo (variante)

de las intenciones originales remite al grupo de personas encargadas de ratificar el texto constitucional. Estos autores enfatizan que el significado que los ratificadores le atribuyeron al texto constitucional es el que finalmente resultó decisivo para que la Constitución pudiera entrar en vigencia¹²⁶.

Ahora bien, después de haber determinado a qué comunidad cabría atribuirle la titularidad de la “intención original”, resulta menester preguntarse cuáles son las intenciones individuales que resultaron decisivas para la conformación de la intención semántica correspondiente a cada norma constitucional. Maltz ilustra esta cuestión mostrando el modo en que debería interpretarse la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. En tal sentido, después de atribuir la intención original a los constituyentes, resultaría preciso determinar a qué intenciones particulares habría que remitirse para dilucidar el significado de esa norma constitucional. Según Maltz, en el caso de la decimocuarta enmienda sería preciso referirse al comité que sugirió la mencionada enmienda; esto es, al *Joint Committee on Reconstruction*. Más específicamente, a las intenciones performativas de John Bingham, representante del Estado de Ohio, quien comandó la redacción de la enmienda tal como fue aprobada y ratificada en las correspondientes instancias estatales¹²⁷.

Resumiendo, Kay se ha destacado por defender la posibilidad de atribución de una única intención performativa a un órgano colegiado. Particularmente, la forma colegiada por la cual se suelen redactar los textos constitucionales exige dar respuesta a dos cuestiones fundamentales: i) ¿qué comunidad fue la que conformó la intención original?; y ii) ¿a qué personas correspondían las intenciones individuales que resultaron decisivas para la conformación de la intención atribuible a ese grupo específico¹²⁸?

3.2.2. El problema de la institucionalidad de los actos de habla

El acto del habla constitucional radica en la resolución de las instancias ratificadoras o constituyentes por la que se sanciona o se aprueba una constitución. El hecho de ser éste un acto “institucional”, implica que la finalidad performativa y/o perlocucionaria del acto del habla que se interpreta es, en cierto sentido, independiente de las motivaciones particulares de quien emite el acto. En efecto, quienes emiten actos de habla institucionales, se insertan en una práctica que en cierta medida construyen ellos y en otra medida reciben ya construida¹²⁹. Por ello, interpretar las intenciones ilocucionarias de actos de naturaleza institucionales supone participar en la interpretación del objetivo o finalidad de la Constitución.

¹²⁶ Cfr. *Supra*, epígrafe II, criterio interpretativo 3.2.

¹²⁷ Cfr. Maltz, “*Some New Thoughts...*”, op. cit., p. 835.

¹²⁸ Cfr. *idem*.

¹²⁹ Cfr. Zambrano, “*El derecho como práctica...*”, op. cit., pp. 118 y ss.

3.2.3. El problema de la forma escrita de los “actos de habla”

Como remarca Zambrano, el discurso jurídico se expresa por medio de enunciados que son el resultado de “actos de habla” que se comunican a través de una forma escrita. Ahora bien, en cada uno de los distintos niveles intencionales que integran un “acto de habla” escrito, se pueden apreciar distintos grados de similitud con la forma oral. Primero, el nivel locucionario supone que los sonidos o grafismos producidos se consideran como un signo que remite a lo que se pretende significar y referir, según lo que dice Austin¹³⁰. En este plano, tal como advierte Ricoeur, las ventajas de la forma escrita se ponen de relieve en tanto permiten que una oración pueda ser siempre identificada como exactamente la misma oración que fue exteriorizada en el acto de habla que adoptó una forma oral¹³¹. Dicho de otra manera, en el nivel locucionario resultaría equivalente la oración que se pronunció oralmente de aquella que fue enunciada por medio de la escritura.

La forma escrita también permite que, en alguna medida, se revele la dimensión ilocucionaria; esto es, la intención de lo que el agente pretende realizar con palabras —*performs*— tales como prometer, persuadir, mandar, engañar, jurar, etc¹³². Finalmente, cabe mencionar que Austin desglosa el nivel ilocucionario y distingue entre a) aquello que se hace al hablar —subnivel performativo— y b) aquello que se hace por o como consecuencia de haber emitido un determinado acto de habla —subnivel perlocucionario—¹³³.

Con todo, la dificultad de aprehender o captar los distintos niveles intencionales se acrecienta cuando el discurso se aleja de las oraciones que se exteriorizaron —nivel locucionario—, se aproxima a lo que se hizo con palabras —nivel ilocucionario, subnivel performativo—, para finalmente adentrarse en los resultados que se pretendieron alcanzar con la formulación de los respectivos actos de habla en su subnivel perlocucionario. Esto sería así porque a medida que el discurso se sumerge en la dilucidación de las intenciones perlocucionarias, se va apreciando la falta de los matices y tonalidades que introducen los elementos gestuales o no verbales propios del discurso oral¹³⁴. Por ello es que Ricoeur sostiene que el discurso que adopta una forma escrita permite exteriorizar tanto la dimensión o nivel locucionario como el ilocucionario y, en menor medida, el perlocucionario.

En definitiva, el éxito de una práctica comunicativa lingüística depende de que los tres niveles básicos de las intenciones semánticas del autor se revelen al interlocutor a través de las intenciones locucionarias e ilocucionarias¹³⁵.

¹³⁰ Cfr. Austin, *How to do Things with Words...*, op. cit., pp. 98-99.

¹³¹ Cfr. Paul Ricoeur, “*The Model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text*”, *Social Research*, vol. 38, n° 3, 1971, p. 533.

¹³² Cfr. Austin, *How to do Things with Words...*, op. cit., p. 101.

¹³³ Es justo aclarar que Austin no utiliza la terminología de “subnivel performativo” y “subnivel perlocucionario”. Sin embargo, el citado autor británico desarrolla las intenciones perlocucionarias como una precisión de los actos ilocucionarios de habla. Cfr. ídem.

¹³⁴ Cfr. Ricoeur, “*The Model of The Text...*”, op. cit., p. 533.

¹³⁵ Cfr. Kay, “*Adherence to the Original Intentions...*”, op. cit., p. 231. Lora Deltoro, *La interpretación originalista...*, op. cit., p. 110-112. Grice, *Studies in the Way of Words*, op. cit., p. 219.

Ahora bien, particularmente en lo que respecta al nivel ilocucionario aplicado al lenguaje por el cual se expresa la Constitución, se plantean dos interrogantes fundamentales: a) ¿es una condición necesaria y suficiente para el éxito de una práctica comunicativa que la audiencia del momento en que se redactó y ratificó la Constitución haya podido acceder a las intenciones perlocucionarias de los autores/ratificadores de una norma constitucional?; b) ¿puede el intérprete actual acceder al conocimiento de tales intenciones? Un intento por dar respuesta a estos interrogantes llevó a autores como Grice y Searle a distinguir entre “significado del hablante” y “significado de la oración”, como se verá a continuación.

3.3. La distinción entre significado del hablante y significado de la oración

La diferenciación entre “significado del hablante” y el “significado de la oración” surge como un intento por superar el desafío que implica dilucidar las intenciones performativas de los constituyentes/ratificadores. El primero asocia el concepto de “significado” a lo que el emisor del mensaje pretendió significar. Sin embargo, como ha dicho Grice, las únicas referencias intencionales que componen el significado del hablante son aquellas que pueden ser comprendidas por la audiencia destinataria¹³⁶.

En cambio, el “significado de la oración” se caracteriza por el hecho de que no descansa centralmente en las intenciones de quien emite el mensaje, sino en la idea de que las palabras y las oraciones designan un significado que remite a prácticas lingüísticas convencionales¹³⁷. No obstante, cabe dejar en claro que el “significado de la oración” y “significado del hablante” no se presentan como conceptos enteramente separados en la teoría de la acción comunicativa, tanto en las versiones de Grice como de Searle. Antes bien, Grice sostiene que el “significado de la oración” podría ser analizado en términos de regularidades de las intenciones a través de las cuales los emisores transmiten sus respectivos mensajes¹³⁸. Con otras palabras, el “significado de la oración” no sería más que la generalización del “significado del hablante”.

Por su parte, Searle afirma que el hablante emite un acto de habla intencional a través de la producción de una oración cuyo significado no depende completamente de una intención particular del hablante¹³⁹. Aún más, siguiendo al citado autor, la comunicación humana sería posible solo en la medida en que las oraciones posean un significado que precede a la realización de un “acto de habla” particular¹⁴⁰. De esta manera, Searle también sostiene que el significado de la oración sería una suerte de generalización de las intenciones semánticas de los emisores, tal como lo hace Grice.

¹³⁶ Cfr. Grice, *Studies in the Ways of Words*, p. 221.

¹³⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 117-137.

¹³⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 118-137.

¹³⁹ Cfr. John R. Searle, “*Structure and Intention in Language: a Reply to Knapp and Michaels*”, *New Literary History*, vol. 25, n° 3, 1994, p. 677.

¹⁴⁰ Cfr. *ibid.*, p. 678.

Situados en este contexto de ideas, la propuesta griceana llevaría a preguntarse qué sentido tendría distinguir conceptualmente entre significado del hablante y significado de la oración. Una posible respuesta que brinda Neale, uno de los principales intérpretes de Grice, es que lo que el emisor *X* pretendió significar al formular el enunciado *Y* se encuentra exclusivamente determinado por las intenciones comunicativas de *X*. Sin embargo, esto no implica afirmar que la formación de las intenciones comunicativas del emisor *X* no se encuentra de ningún modo condicionada por las expectativas del mencionado emisor. Por ello, no cabría sostener que el emisor pretendió comunicar el mensaje *Z* sabiendo que el enunciado *Y* jamás podría causar el resultado intentado en el receptor.

Por ejemplo, si los autores de la Constitución se sirvieron de las siguientes palabras: “Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años (...)”¹⁴¹, no cabría afirmar que los constituyentes pretendieron prescribir que los senadores deben tener una edad mínima que no se correspondiera de ningún modo con lo que el uso lingüístico convencional designa con la expresión “treinta años de edad”. Por ello, causaría perplejidad si resultara que los constituyentes establecieron el requisito de treinta años de edad para ser Senador con la pretensión de que tales años, en realidad, habrían de ser computados según el calendario lunar.

En síntesis, si bien el originalismo de intenciones se basa en un concepto de significado centrado en el “significado del hablante”, este comportaría una conexión necesaria con “el significado de la oración”. En efecto, lo que pretendió significar el emisor de un mensaje —el constituyente— depende, al menos en alguna medida, de haberse servido del uso convencional del lenguaje para transmitir un determinado “acto de habla”. Así, lo que se pretendió significar al formular un determinado enunciado constitucional remite a las intenciones originales de los constituyentes pero estas, a su vez, se apoyan en la posibilidad de ser reconocidas por los receptores del mensaje constitucional a través de un lenguaje convencional. Por consiguiente, la diferenciación entre “significado del hablante” y “significado de la oración” resulta poco esclarecedora y, por lo mismo, de escasa relevancia teórica ya que el originalismo intencionalista remite final y necesariamente a este último. En otras palabras, el “significado del hablante” se revela ineludiblemente a través de un conocimiento que comparten emisores y receptores de las proposiciones del lenguaje constitucional. Sobre la caracterización de tal conocimiento compartido versará el siguiente subepígrafe.

3.4. El conocimiento compartido

Como se ha visto, el originalismo intencionalista focaliza su interés en las intenciones performativas de los constituyentes/ratificadores que podrían ser conocidas por la audiencia destinataria. En tal sentido, la inteligibilidad de las intenciones performativas presuponen un “conocimiento compartido” — *Common Knowledge*— entre los autores del texto constitucional y la audiencia destinataria.

¹⁴¹ CEU, Artículo 1, tercera sección, clausula tercera.

Ahora bien, antes de seguir avanzando convendría precisar mejor el significado del concepto “conocimiento compartido” que presupondría el originalismo de intenciones. Siguiendo en este punto a David Lewis, quien ha desarrollado exhaustivamente tal concepto en el contexto de la filosofía del lenguaje y la epistemología, una proposición *P* configura un conocimiento compartido en el grupo *G* si el estado de cosas *C* es tal que:

Todos en *G* tienen razón al afirmar *C*;

C indica a todos en *G* que todos los miembros de *G* tienen razón en afirmar *C*.

C indica a todos en *G* que *P*¹⁴².

Esta noción de “conocimiento compartido” ha planteado una interesante cuestión que ha sido objeto de profusos debates en el ámbito de la filosofía del lenguaje contemporánea en los que han intervenido autores tales como Knapp y Michaels —con varios escritos en coautoría—¹⁴³, Searle¹⁴⁴, Goldsworthy y el citado Lewis¹⁴⁵, entre otros. De esta manera, cabría preguntarse lo siguiente, ¿la noción de “acto de habla” presupone necesariamente un conocimiento compartido entre el hablante y la audiencia destinataria? El intento de dar una respuesta a tal interrogante ha fatigado a los filósofos del lenguaje, tal como señalan Knapp y Michaels¹⁴⁶. Sin pretensiones de dar una solución definitiva a semejante cuestión filosófica, la presente sección de la monografía limitará su foco de interés a examinar aquellas contribuciones teóricas que permitan echar luz sobre la noción de “conocimiento compartido” que presupone la metodología interpretativa originalista de cuño intencionalista.

3.4.1. El intencionalismo fuerte de Knapp y Michael: el “significado de la oración” como vía de acceso al “significado del hablante”

Una primera respuesta a la cuestión del “conocimiento compartido” que exigiría una interpretación basada en una remisión a las intenciones del autor de un texto, a mi modo de ver, se podría hallar en textos coescritos por Knapp y Michaels, cuyos trabajos se caracterizan por marcar una serie de continuidades entre la teoría de la interpretación literaria y la interpretación jurídica o constitucional¹⁴⁷. La peculiaridad de la posición de Michaels y Knapp

¹⁴² Cfr. Lewis, *Convention...*, op. cit., pp.52-53.

¹⁴³ Cfr. Steven Knapp & Walter Benn Michaels, “*Against Theory 2: Hermeneutics and Deconstruction*”, *Critical Inquiry*, vol. 14, n° 1, 1987, pp. 49-68. De los mismos autores, “*A Reply to Richard Rorty: What is Pragmatism?*”, *Critical Inquiry*, vol. 11, n° 3, 1985, pp. 466-473.

¹⁴⁴ Para un trabajo focalizado en la discusión en torno a la relación que existe entre “significado del hablante” y “significado de la oración”, cfr. John R. Searle, “*Literary Theory and its Discontents*”, *New Literary History*, 1994, pp. 677-681.

¹⁴⁵ Cfr. Lewis, *Convention...*, passim.

¹⁴⁶ Para una monografía que focaliza su interés teórico en el estudio de la relación entre las intenciones semánticas del autor de un texto y la noción de convenciones en el contexto de los “actos de habla”, cfr. P. F. Strawson, “*Intention and Convention in Speech Acts*”, *Philosophical Review*, vol. 73, n° 4, 1964, pp. 439-460.

¹⁴⁷ Cfr., por ejemplo, Steven Knapp & Walter Benn Michaels, “*Not a Matter of Interpretation*”, *San Diego Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 655-656.

es que afirman que la teoría originalista de cuño intencionalista descansa en un concepto de “significado” que permitiría dilucidar el contenido las intenciones originales sin tener que servirse necesariamente de una remisión a convenciones semánticas de la época en que el texto constitucional fue aprobado o ratificado¹⁴⁸.

Siguiendo tal orden de ideas, Knapp y Michaels niegan que las convenciones lingüísticas representen una condición esencial o necesaria del lenguaje —en general— o del lenguaje por el cual se enuncian las normas constitucionales —en particular—. Aún más, en un planteo que pareciera tener pretensiones mucho más radicales, Knapp y Michaels afirman que el concepto de significado sobre el que basan su teoría de la interpretación literaria —que trasladan, sin muchos matices, al campo de la interpretación constitucional— supone necesariamente la negación de las convenciones semánticas como aspecto estructural del concepto de lenguaje¹⁴⁹. Por lo tanto, las convenciones semánticas, siempre en el entendimiento de Knapp y Michaels, no constituyen el significado de los enunciados constitucionales sino que simplemente posibilitan su comprensión. Ahora bien, esto requiere precisar en qué sentido Michaels y Knapp rechazan la conexión entre convenciones lingüísticas y significado pero, a la vez, mantienen que tales convenciones posibilitarían acceder al contenido del “conocimiento compartido” entre la audiencia y los autores o ratificadores del texto constitucional.

Michaels y Knapp afirman que el originalismo de intenciones podría aceptar que la asamblea constituyente se ha servido del significado convencional de las oraciones —*sentence meaning*— al momento de redactar los enunciados constitucionales. Pero lo anterior, en último término, se encuentra completamente subordinado al significado del hablante. Aún más, el “significado de las oraciones”, según Michaels y Knapp, nada agregaría, sustraería o modificaría al contenido semántico de un enunciado constitucional. En otras palabras, el significado convencional de las oraciones no sería más que una heurística o recurso epistemológico que permitiría conocer o entender el significado del hablante.

En suma, el significado convencional de las oraciones podría simplemente echar luz sobre lo que la asamblea constituyente pretendió prescribir¹⁵⁰. Esto

¹⁴⁸ “All our arguments, then, have been anti-conventionalist which is to say, intentionalist. For any consistent argument against the notion that conventions are essential to meaning turns out to be an argument that what is essential to meaning is intention”. Cfr. Knapp & Michaels, “*Against Theory 2...*”, op. cit., p. 67. Vale aclarar que si bien el trabajo citado se realiza desde una perspectiva de la teoría literaria, tales autores en diversas oportunidades han extrapolado su propuesta teórica al campo de la interpretación jurídica o constitucional, por ejemplo, en Knapp & Michaels, “*Not a Matter of Interpretation*”, op. cit., p. 667. En solitario, Michaels ha aplicado directamente esa aproximación literaria para defender una interpretación constitucional de corte originalista. Walter Benn Michaels, “*Response to Perry and Simon*”, *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, pp. 673-681. Del mismo autor, “*A Defense of Old Originalism*”, op. cit., pp. 21-37.

¹⁴⁹ Cfr. Knapp & Michaels, “*A Reply to Richard Rorty...*”, ob.cit., p. 472, nota 1. En un sentido similar, Stanley Fish, “*Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*”, *Cardozo Law Review*, vol. 29, n° 3, 2008, p. 1110.

¹⁵⁰ Cfr. Knapp & Michaels, “*Against Theory...*”, op. cit., p. 736. De los mismos autores, “*Against Theory 2...*”, op. cit., p. 66; “*Not a Matter of Interpretation*”, op. cit., p. 667.

se debe a que las convenciones semánticas podrían funcionar tan solo como un medio heurístico que revelaría el contenido del conocimiento compartido entre los autores/ratificadores del texto constitucional y su audiencia destinataria¹⁵¹. Dicho de otro modo, las convenciones semánticas no configurarían el significado de los enunciados constitucionales sino que posibilitarían acceder al contenido del conocimiento compartido sobre el que descansa la inteligibilidad de las intenciones semánticas de los autores/ratificadores del texto constitucional.

3.4.2. El intencionalismo moderado de Searle y Goldsworthy: el “significado de la oración” como condición necesaria de inteligibilidad

Situados en este contexto de ideas, cabría analizar una posición alternativa a la que sostienen Michaels y Knapp. Uno de los autores que ha discutido intensamente las tesis de los citados autores es John Searle, quien ha planteado una sugestiva objeción a la primacía del significado del hablante por sobre el significado de la oración que podría resultar iluminadora para comprender las bases semánticas del originalismo de tipo intencionalista¹⁵². Cabe precisar que el citado filósofo no ha extendido sus análisis explícitamente al plano de la interpretación jurídica y, por lo mismo, menos aún al caso de la interpretación constitucional. Quien sí ha extendido la propuesta de Searle al plano de la interpretación jurídica —en general— y la interpretación constitucional —en particular— ha sido Jeffrey Goldsworthy quien, además, defiende una metodología interpretativa originalista de cuño intencionalista¹⁵³. En pocas palabras, la teoría de la interpretación jurídica de Goldsworthy descansa fundamentalmente sobre los pilares teóricos de la filosofía del lenguaje de Searle.

No obstante, antes de presentar el planteo de Goldsworthy, primero cabría analizar las intervenciones de Searle en la discusión en torno a la relación entre significado del hablante y significado de la oración. La posición de Searle en torno a este asunto se condensa sintéticamente en el siguiente pasaje:

“(...) if you want to understand the speech act performed in the utterance, you can’t *choose between* interpreting the marks as a token of a sentence type and as the product of an intentional speech act, because the way the speaker produces an intentional speech act —literal, metaphorical or, otherwise, is by producing a sentence that has a literal meaning quite independent of any speaker’s particular intentions”¹⁵⁴.

Searle afirma en el citado trabajo que el lenguaje es convencional o, mejor dicho, está gobernado por reglas convencionales¹⁵⁵. El mencionado filósofo

¹⁵¹ Cfr. Knapp & Michaels, “*Against Theory 2...*”, op. cit., pp. 66-67.

¹⁵² Cfr. Searle, “*Literary Theory...*”, op. cit., pp. 637-656.

¹⁵³ Cfr. Jeffrey Goldsworthy, “*Moderate versus Strong Intentionalism: Knapp and Michaels Revisited*”, San Diego Law Review, vol. 42, 2005, p. 670.

¹⁵⁴ Searle, “*Structure and Intention...*”, op. cit., p. 677. [El destacado se encuentra en el original.]

¹⁵⁵ Cfr. *ibid.*, p. 678.

aclara que no se trata solamente de que las convenciones semánticas permiten reconocer lo que el autor de un texto pretendió significar. Más aún, el significado de la oración es el que posibilita la expresión del significado del hablante. Por lo tanto, aquello que el autor pretendió significar solo podría ser comunicado a través de oraciones que tienen un significado convencional o compartido¹⁵⁶. Por ello, Searle afirma que solo el conocimiento de convenciones lingüísticas posibilita que los emisores y receptores del mensaje sean capaces de entender el significado de las oraciones¹⁵⁷.

Como se ha anticipado, en lo que respecta más directamente al originalismo de intenciones, el planteamiento de Searle fue recogido y amplificado en la teoría del derecho por Jeffrey Goldsworthy. Este autor, en un artículo en que también discute directamente con las tesis de Knapp y Michaels, mantiene que la remisión a las intenciones del autor del texto es una condición necesaria pero no suficiente para el esclarecimiento del significado de un texto jurídico¹⁵⁸. Más en concreto, Goldsworthy afirma que un texto significa lo que su autor ha pretendido solo en la medida en que su audiencia destinataria sea capaz de dilucidar el significado intentado. Esto sería posible a partir de la concurrencia de dos extremos. Por un lado, la inteligibilidad del significado intentado por los autores del texto depende de convenciones lingüísticas que han de ser compartidas tanto por los emisores como por los receptores del mensaje y, por otro, cualquier evidencia que le permitiría a la audiencia destinataria poder entender o comprender aquello que el autor de la norma pretendió significar¹⁵⁹.

En hilo con el planteamiento de Goldsworthy, cabría preguntarse: ¿cuál es la evidencia histórica que se podría considerar como relevante para captar el significado de las intenciones semánticas del autor de un texto normativo? Pues, según Goldsworthy, toda aquella evidencia que estuviera a disposición de la audiencia destinataria¹⁶⁰. Un ejemplo podría ilustrar este último punto. El mencionado profesor australiano sugiere suponer que los miembros de la audiencia destinataria asumen que el texto constitucional pretendió significar X. Luego, resulta que un grupo de historiadores descubre los diarios privados y la correspondencia epistolar de varios constituyentes que permitirían concluir que, en realidad, estos quisieron significar Z con el texto constitucional que redactaron; entonces, ¿el significado del texto sería X o Z? La respuesta de Goldsworthy es que el texto constitucional seguiría significando X. Esto sería así porque la interpretación del significado de ese texto consiste en determinar qué fue lo que dijo el orador y a qué audiencia dirigió tal mensaje. En efecto, resultaría completamente irrelevante cualquier tipo de evidencia que no

¹⁵⁶ Cfr. Searle, *“Literary Theory...”*, op. cit., p. 647.

¹⁵⁷ Cfr. idem.

¹⁵⁸ Cfr. Goldsworthy, *“Moderate versus Strong...”*, op. cit., p. 670.

¹⁵⁹ [la evidencia del significado del hablante es] “(...) partly by the conventional meaning of the text and partly by other clues of the author’s intention, such as the context in which it was written”. Ídem.

¹⁶⁰ Cfr. ibid., p. 671.

podría haber estado disponible para la audiencia a la cual estaba dirigido el texto normativo, como tampoco interesarían los motivos internos del orador.

Así, se puede apreciar que la propuesta de Goldsworthy consiste en un “intencionalismo moderado”, como el mismo la llama. Vale aclarar que el citado autor distingue entre intencionalismo fuerte y uno moderado¹⁶¹. El primero se lo atribuye a Knapp y Michaels y supone la reducción total del significado de los enunciados normativos a lo que el autor pretendió significar¹⁶². Lo último, según lo que advierte Goldsworthy, podría hacer colapsar la distinción entre intenciones y motivos¹⁶³. En efecto, si el concepto de significado se limitara exclusivamente a lo que el autor del mensaje pretendió significar, entonces no habría forma alguna de diferenciar entre intenciones y estados mentales o motivaciones imposibles de captar o inteligir por parte de la audiencia destinataria¹⁶⁴.

En contraste, el intencionalismo moderado de Goldsworthy se propone mantener a flote la distinción entre motivos e intenciones, porque ello permitiría diferenciar entre una serie de intenciones —“motivos” usando la terminología de Michaels o Maltz— que no interesarían a una práctica interpretativa porque resultarían ininteligibles y otras intenciones que sí interesan porque podrían ser efectivamente captadas o comprendidas por la audiencia destinataria del texto constitucional; esto es, aquello que según los citados autores originalistas podríamos llamar como intenciones propiamente dichas—¹⁶⁵. Con otras palabras, lo que Goldsworthy pone de relieve es que los motivos son irrelevantes para una práctica interpretativa porque resultarían sencillamente ininteligibles. En cambio, las intenciones semánticas de los enunciados jurídicos sí podrían resultar cognoscibles a través de evidencia histórica que se encontraba disponible para la audiencia destinataria.

En definitiva, el intencionalismo moderado permitiría compatibilizar el significado del hablante con la posibilidad de que este pueda ser comprendido por la audiencia destinataria y, por lo mismo, permite reconciliar el significado del hablante con el significado de la oración. Así, el significado del hablante, como sugiere Searle, requiere ser explicitado por medio del significado de las oraciones pero el primero no se puede reducir al segundo. Con todo, lo que el autor del mensaje constitucional pretendió significar prevalecería por sobre el significado convencional de las oraciones; siempre y cuando se cumpla la siguiente condición: la audiencia destinataria debe poder disponer de algún dato o evidencia que le permita inferir que el autor del mensaje se apartó del significado convencional o compartido.

¹⁶¹ Cfr. *ibid.*, pp. 672-678.

¹⁶² Cfr. *ibid.*, pp. 669-670.

¹⁶³ Cfr. *ibid.*, p. 677.

¹⁶⁴ Cfr. *idem.*

¹⁶⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 679-680.

3.5. Balance: las condiciones de inteligibilidad de las intenciones originales

Las bases semánticas del originalismo intencionalista se enmarcan dentro de la corriente teórica que en filosofía del lenguaje se ha dado en llamar “teoría de la acción comunicativa”¹⁶⁶. Esta aproximación teórica asume que en toda comunicación humana se despliegan tres niveles de intenciones: 1) la *intención fonética* que supone la realización de sonidos o grafismos¹⁶⁷; 2) la *intención locucionaria* que consiste en los sonidos o grafismos producidos para que sean considerados como un signo que remite a lo que se pretende significar y referir¹⁶⁸; 3) la *intención ilocucionaria*”; esto es, la intención por la cual el agente pretende realizar —performs— o, por usar la célebre expresión de Austin, “hacer cosas” al usar el lenguaje tales como prometer, persuadir, mandar, engañar, jurar, fundar un país, etc¹⁶⁹. Finalmente, Austin desglosa el nivel ilocucionario distinguiendo entre: 1) aquello que se hace al hablar —*subnivel performativo*— y b) aquello que se hace por, o como consecuencia de, haber emitido un determinado acto de habla —*subnivel perlocucionario*—¹⁷⁰.

El éxito de cualquier comunicación lingüística depende de cuánto se acerque el intérprete a la intención ilocucionaria del orador¹⁷¹. Si los enunciados constitucionales se toman como un caso especial de “acto de habla”, el éxito de su interpretación dependerá de cuánto se acerque el intérprete, a través del enunciado jurídico, a la intención ilocucionaria de los autores del texto constitucional¹⁷². Con todo, la metodología interpretativa que propone el originalismo de intenciones se interesa principalmente por el subnivel performativo.

Las intenciones ilocucionarias que recoge el originalismo intencionalista se dilucidan necesariamente a la luz de su contexto. Este se caracteriza por tres dimensiones: a) colegialidad; b) institucionalidad; c) textualidad.

Finalmente, el originalismo intencionalista se apoya en dos presupuestos semánticos que permitirían reconocer o revelar el sentido y contenido de las intenciones originales: la distinción entre “significado del hablante” y “significado de la oración”. El primero asocia el concepto de significado a lo que el emisor del mensaje pretendió significar. El “significado de la oración”, en cambio, se caracteriza por el hecho de que no descansa centralmente en las intenciones de quien emite el mensaje sino en la idea de que las palabras y las oraciones designan un significado que remite a prácticas lingüísticas

¹⁶⁶ Cfr. Lora Deltoro, *La interpretación originalista...*, op. cit., p. 106.

¹⁶⁷ Cfr. Austin, *How to do Things with Words...*, op. cit., p. 92.

¹⁶⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 98-99.

¹⁶⁹ Cfr. *ibid.*, p. 101.

¹⁷⁰ Cfr. *idem.*

¹⁷¹ Cfr. Zambrano, “*El derecho como práctica...*”, op. cit., p. 116.

¹⁷² Cfr. *ibid.*, p. 117.

convencionales¹⁷³. Finalmente, se advierte un *conocimiento compartido* entre los constituyentes/ratificadores y la audiencia destinataria de la Constitución.

IV. APUNTES CRÍTICOS

Después de haber presentado los criterios interpretativos y los presupuestos semánticos sobre los cuales descansa el originalismo de intenciones, cabe realizar una evaluación crítica de la mencionada versión del originalismo contemporáneo¹⁷⁴. El hilo argumental del primer punto de esta sección se dirigirá a determinar si la práctica interpretativa que propone el originalismo puede escapar de un “regreso al infinito” de interpretaciones; esto es, se examinará si el originalismo intencionalista es capaz de acotar las prácticas interpretativas sin incurrir en una cadena infinita de remisiones a otras prácticas lingüísticas. El segundo punto consistirá en determinar si es posible distinguir la arbitrariedad de la discrecionalidad judicial en el originalismo intencionalista.

4.1. Una cadena infinita de remisiones

Inspirándome en la propuesta teórica del profesor londinense Oliver Black, un filósofo que aplicó el argumento del regreso al infinito a temas de filosofía del lenguaje y epistemología, cabría distinguir conceptualmente entre dos cuestiones bajo las que se podría presentar el argumento del regreso al infinito en una discusión teórica o filosófica en temas de interpretación jurídica. Primero, se podría identificar un modo de aplicar el citado argumento para refutar enunciados imposibles de ser cuantificados¹⁷⁵. Más en concreto, una práctica interpretativa podría incurrir en un regreso al infinito, en la medida en que no fuera posible cuantificar las convenciones semánticas a las que remite el significado de los enunciados normativos. En segundo lugar, también podría caerse en un regreso al infinito ya no porque fuera imposible detener la cuantificación de los elementos que integran una práctica interpretativa, sino porque serían infinitos los modos posibles de interpretar tales elementos¹⁷⁶. Dicho de otra manera, habría una cantidad delimitable de elementos pero también infinitas maneras de interpretarlos.

4.1.1. Dos dimensiones del regreso al infinito de interpretaciones

Los distintos aspectos o dimensiones del argumento del regreso al infinito podrían ilustrarse con un análisis de una conocida sentencia de la Corte

¹⁷³ Cfr. *ibid.*, pp. 117-137.

¹⁷⁴ Las dificultades o limitaciones que se desarrollarán en el presente artículo se inspiran en el siguiente trabajo de Pilar Zambrano, “*Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción*”, *Dikaion*, vol. 23, 2014, pp. 434-439.

¹⁷⁵ Cfr. Oliver Black, “*Infinite Regresses of Justification*”, *International Philosophical Quarterly*, vol. 28, n° 4, 1988, p. 421. Del mismo autor, “*Infinite Regress Arguments and Infinite Regresses*”, *Acta Analytica*, vol. 16-17, 1996, pp. 95-124.

¹⁷⁶ Para un desarrollo parcialmente similar, cfr. Black, “*Infinite Regresses of Justification*”, *op. cit.*, p. 428.

Suprema de Justicia de los Estados Unidos: “Dred Scott, Plaintiff In Error v .John F. A. Sandford” (1857)¹⁷⁷. En el mencionado caso se discutía si un esclavo —Dred Scott— que había sido trasladado por su dueño al Estado de Illinois y automáticamente emancipado por las leyes de ese territorio, podía ser o no considerado ciudadano de los Estados Unidos a los efectos de reclamar su derecho a la libertad ante los tribunales. La respuesta negativa que brindó la Corte estadounidense ha llegado a ser calificada como uno de los fallos más vergonzosos de la historia del derecho constitucional¹⁷⁸. Sin embargo, no es el objetivo principal de esta monografía realizar una valoración histórica sobre lo que resolvió la corte estadounidense en “Dred Scott”. Lo que pretendo señalar es la inevitabilidad de incurrir en un *regressio ad infinitum* al momento de delimitar el significado del concepto de “ciudadano” que se seguiría de la aplicación de una metodología interpretativa de cuño intencionalista.

Tal como la Corte estadounidense señaló, el núcleo de la decisión que se tomó en “Dred Scott” dependía de cómo se delimita el significado del concepto “ciudadano”, bajo los términos de la Constitución de los Estados Unidos de América en la época en que fue adoptada¹⁷⁹. La respuesta que brindó el citado tribunal fue que los constituyentes no pretendieron incluir a las personas de raza negra bajo el rango de aplicación del concepto “ciudadano” que enuncia el texto constitucional estadounidense y, por ende, a tales seres humanos no les había sido reconocido ninguno de los derechos y privilegios que le corresponde a los ciudadanos de los Estados Unidos¹⁸⁰. En las propias palabras de la Corte:

“On the contrary, they [las personas de raza negra] were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them”¹⁸¹.

Ahora bien, si el significado del hablante se revela necesariamente a través del significado de la oración, entonces el conocimiento del significado del concepto de “ciudadano” dependería de las convenciones de la época en que la Constitución fue adoptada. Sin embargo, esto inevitablemente remitiría a otra

¹⁷⁷ “Dred Scott, Plaintiff in Error v. John F. A. Sandford”, 60 U.S. 393 (1857) [en adelante: “Dred Scott”].

¹⁷⁸ Para un comentario al citado fallo que no duda en llamarlo “la peor sentencia”, cfr. Miguel Carbonell, “La peor sentencia: a 150 años de Dred Scott versus Sanford”, Revista Derecho del Estado, vol. 20, 2007, pp. 145-153. Para un comentario de un autor originalista de cuño intencionalista sobre el caso “Dred Scott” pero que no explicita claramente una valoración sobre el núcleo decisorio, Earl M. Maltz, “Roe v. Wade and Dred Scott”, Widener Law Journal, vol. 17, 2008, pp. 55-71. La principal razón que justificaría la elección de tal fallo es que se trata de un precedente que suele ser calificado como el ejemplo paradigmático de una aplicación de una metodología interpretativa originalista de cuño intencionalista. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista...*, op. cit., p. 29. Además, la propia Corte manifiesta en el texto del citado fallo que su deber es interpretar la Constitución, “according to its true intent and meaning when it was adopted”. “Dred Scott”, p. 405.

¹⁷⁹ Cfr. “Dred Scott”, p. 407.

¹⁸⁰ Cfr. *ibid.*, p. 404.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 404-405.

convención, y así sucesivamente hasta el infinito. Esto ocurre particularmente con conceptos constitucionales que no se ubican en un “nivel de claridad”¹⁸² y que, por lo mismo, exigen un esfuerzo interpretativo para determinar la extensión de su significado. Así, por ejemplo, resulta preciso apelar a registros históricos que permitan dilucidar qué fue lo que los constituyentes o ratificadores pretendieron significar al incorporar el concepto de “ciudadano”, “debido proceso legal” o “penas crueles y desusadas”, por caso. A su vez, el significado de los conceptos que mencionan esos registros —*v. gr.*, diarios de debate de las convenciones constituyentes o de las convenciones ratificadoras— se dilucida a la luz de otros documentos. Estos también harían referencia a otros conceptos que se deben interpretar a la luz de otros documentos, y así hasta el infinito¹⁸³.

Asimismo, pareciera que la solución de la Corte en “Dred Scott” presupone una respuesta a las dimensiones o aspectos del problema del regreso al infinito y, por lo mismo, parece afirmar que no resulta problemático a) delimitar tanto *qué* materiales históricos se habrán de interpretar para especificar lo que los constituyentes o ratificadores pretendieron prescribir con la mencionada disposición constitucional; como b) si acaso existe un solo modo posible de interpretar esos materiales históricos. Estos presupuestos merecen ser examinados en mayor detalle.

Respecto de a), en “Dred Scott” la Corte Suprema rechazó considerar a los esclavos afro-americanos como “ciudadanos”, bajo el argumento de que la intención de los constituyentes fue excluirlos dentro de la extensión de tal concepto constitucional. No obstante, la Corte omite referencias o citas bibliográficas a materiales históricos que podrían justificar tal interpretación¹⁸⁴. Lamentablemente, esta deficiencia parece confirmar que los defensores de las teorías originalistas no suelen explicitar cuáles son las fuentes que han de utilizarse para dilucidar concretamente el significado lingüístico original, tal como señala Cross¹⁸⁵. Si bien esto podría merecer algunos matices, lo cierto es que “Dred Scott” no configura una excepción a tal observación.

En relación a la cuestión b), supongamos hipotéticamente por un momento que existe un documento histórico de los debates de la Convención de Filadelfia que respaldaría el resultado interpretativo al que arribó la Corte. Conjeturemos que ese documento no fue citado; o bien por un descuido involuntario, o bien porque no era parte de las costumbres judiciales de la época. En cualquier caso, ¿cómo puede justificarse que ese documento explicaría definitiva y concluyentemente lo que los constituyentes pretendieron

¹⁸² Cfr. *Supra*, epígrafe III. a.

¹⁸³ “(...) if the understanding of an utterance or sign were a matter of advancing an interpretation (which is just another utterance or sign) then the interpretation itself would require its own interpretation, and so on, infinitely”, Dennis Patterson, “*Normativity and Objectivity in Law*”, *William and Mary Law Review*, vol. 43, 2001, p. 339. Del mismo autor, “*The Poverty of Interpretive Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory*”, *Texas Law Review*, vol.72, 1993, p. 21.

¹⁸⁴ Cfr. “Dred Scott”, p. 404.

¹⁸⁵ Cfr. Frank B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford, Stanford University Press, 2013, pp. 47-48.

significar con la palabra “ciudadano”? ¿Por qué razón no habría que examinar otras fuentes historiográficas para comprender lo que los constituyentes pretendieron realizar al enunciar el mentado concepto de “ciudadano”? Más específicamente, ¿en qué momento sería posible arribar a una conclusión definitiva sobre aquello que los constituyentes pretendieron prescribir al incluir al concepto de “ciudadanos” en la referida norma constitucional?

Desde una semántica convencionalista pareciera que una interpretación originalista del significado de la Constitución podría llegar a limitar las fuentes históricas a consultar para la dilucidación de las intenciones originales. De hecho, podría afirmarse que para entender lo que los constituyentes pretendieron prescribir bastaría con acudir a los debates de la Convención de Filadelfia, por caso. Sin embargo, en la medida en que el originalismo descansa en presupuestos semánticos convencionalistas, esa delimitación de la cantidad de fuentes o materiales a interpretar es tan solo aparente. Porque incluso si se concediera que el originalismo podría acotar la cantidad de convenciones lingüísticas a interpretar, de esto no se sigue necesariamente un único modo de interpretar tales convenciones¹⁸⁶. En efecto, si no es posible acotar los modos de interpretar esa cantidad supuestamente limitada de fuentes, de poco y nada sirve limitar la cantidad de materiales históricos a interpretar para determinar aquello a lo que las intenciones originales refieren. En otras palabras, la mera acotación de la cantidad de los materiales a interpretar, incluso si fuera realmente posible, resulta fútil para evitar incurrir en un regreso al infinito de interpretaciones.

Estas dificultades se agravan todavía más en el caso del originalismo de intenciones de los ratificadores. Porque si se revelara un documento histórico de la instancia ratificadora del estado de Georgia, supongamos, que negase la condición de persona a los individuos humanos de raza negra, se plantearía la inevitable pregunta, ¿por qué razón cabría atenerse a la conceptualización de ciudadano de ese documento y no al de otro u otros miembros de la misma instancia ratificatoria estadual? O, más aún, ¿por qué habría de prevalecer el concepto de ciudadano de la convención ratificadora del estado de Georgia por sobre la de New York? Así, se multiplicarían significativamente las fuentes históricas a interpretar y, por lo mismo, se pone más de manifiesto la imposibilidad de evitar un regreso al infinito de interpretaciones a través de una remisión a las instancias ratificadoras estaduales para esclarecer el contenido y sentido de las intenciones originales.

En cualquier caso, desde una visión del lenguaje que identifica el concepto de “significado” con la noción de “convenciones lingüísticas”, sería imposible brindar razones que justifiquen detener tal encadenamiento de convenciones lingüísticas en algún eslabón definitivo. De hecho, la semántica convencionalista sobre la cual descansa la inteligibilidad del originalismo intencionalista, supone un modo de concebir al lenguaje que bloquearía todo acceso a una realidad que no esté integrada por prácticas lingüísticas

¹⁸⁶ Esta afirmación se inspira en el siguiente trabajo: Troy L. Booher, “*Putting Meaning in its Place: Originalism and Philosophy of Language*”, *Law and Philosophy*, vol.25, 2006, pp. 399-400. Con todo, vale aclarar que Booher se está refiriendo exclusivamente a la peculiar teoría del “originalismo del significado público y original” que defiende Antonin Scalia.

convencionales¹⁸⁷. Por consiguiente, el método interpretativo que propugna el originalismo de intenciones implicaría una concepción del lenguaje que, como diría Llano, resulta estrictamente autorreferencial; esto es, un lenguaje que no hace más que discurrir sobre sí mismo, sin alcanzar algún aspecto de la realidad fuera de sí¹⁸⁸.

4.1.2. Balance crítico: un regreso al infinito de modos de interpretar las intenciones originales

El originalismo de intenciones tan solo pareciera ser 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. Esto se debe a que una semántica convencionalista no es capaz de brindar criterios para definir el significado de los conceptos constitucionales que no dependan, en última instancia, de prácticas lingüísticas convencionales.

Esto pone de relieve la necesidad de efectuar un corte o interrupción en la cadena infinita de interpretaciones en la que deriva una semántica convencionalista. No obstante, es preciso analizar si ese corte puede realizarse de un modo justificado o si no es más que una decisión judicial voluntarista o arbitraria. En otras palabras, una práctica interpretativa que pretende evitar un regreso al infinito, que descansa en presupuestos lingüísticos convencionalistas, conlleva el siguiente interrogante: ¿es posible mantener la distinción entre la discrecionalidad y la mera arbitrariedad judicial?

4.2. El ocaso de la distinción entre la discrecionalidad y la arbitrariedad judicial

El surgimiento contemporáneo del originalismo intencionalista, tal como señala Whittington, comenzó a ganar terreno en las discusiones teóricas estadounidenses de los años ochenta como un antídoto frente a la discrecionalidad judicial en el campo de la interpretación constitucional¹⁸⁹. Más en concreto, el originalismo intencionalista aspiraba a dejar de lado al activismo judicial de la Corte Warren. De esta manera, el originalismo de intenciones pretendía evitar que los jueces terminasen creando derecho y, por lo mismo, ejerciendo atribuciones específicas de los poderes del Estado elegidos a través del voto de la ciudadanía¹⁹⁰; es decir, el poder legislativo y el poder ejecutivo¹⁹¹.

¹⁸⁷ Para un estudio sobre el regreso al infinito en el ámbito de la interpretación jurídica de los derechos fundamentales, cfr. Zambrano, “*Principios fundamentales...*”, op. cit., pp. 434-438.

¹⁸⁸ Cfr. Alejandro Llano, *Metafísica y lenguaje*, Pamplona, EUNSA, 1983, p. 73.

¹⁸⁹ Cfr. Keith E. Whittington, “*The New Originalism*”, *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 2, 2004, p. 602. Para quien la pretensión de restringir el activismo de los jueces sería la *raison d’être* del originalismo como movimiento teórico, Thomas B. Colby, “*The Sacrifice of the New Originalism*”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 99, 2011, p. 714.

¹⁹⁰ Cfr. Whittington, “*The New Originalism*”, op. cit., p. 602. En un sentido similar, Hoffmaster sostiene que “Four arguments are commonly advanced against judicial discretion. Three of them

El originalismo intencionalista circunscribía la actividad de los jueces a conocer y aplicar el significado original que los constituyentes —o ratificadores— pretendieron prescribir a través de cada una de las disposiciones constitucionales. Siguiendo tal hilo argumental, Maltz sostenía que si los jueces se limitaran a aplicar el significado lingüístico original; entonces, no habría lugar para que los intérpretes constitucionales pudiesen terminar imponiendo sus propias opciones políticas o morales¹⁹². Aún más, Berger —otro referente paradigmático del originalismo intencionalista— llegó al punto de argüir que el tópico central de la teoría constitucional radica en evitar que los jueces actúen como legisladores¹⁹³. Dicho de otro modo, el desarrollo teórico del originalismo de intenciones se vio impulsado por el objetivo de evitar que los jueces fueran capaces de imponer sus propias preferencias políticas o morales por encima de las normas dictadas por los poderes del Estado, cuyos representantes fueron elegidos mediante el sufragio democrático.

Así, frente al peligro de que el texto constitucional se diluyera en las preferencias morales o políticas de los jueces, el originalismo de tipo intencionalista propone hacer confluír el significado de las cláusulas constitucionales con las intenciones originales de los constituyentes o ratificadores¹⁹⁴. Sin embargo, cabría preguntarse, ¿los presupuestos semánticos del originalismo intencionalista son compatibles con la pretensión de evitar la discrecionalidad? Lo que es más importante aún, ¿puede el originalismo de intenciones alcanzar un nivel de objetividad que permita evitar que la discrecionalidad se confunda con la arbitrariedad judicial? Sin embargo, antes de dar respuesta a tales interrogantes resulta deseable plantear una distinción de fundamental importancia en la teoría de la interpretación jurídica: la diferenciación entre interpretación abstracta e interpretación concreta. En ese orden de ideas, se verá que en el campo de la interpretación de los derechos fundamentales, la discrecionalidad judicial enfrenta diversas dificultades o desafíos tanto en el nivel abstracto como en el concreto de la interpretación jurídica¹⁹⁵.

equate the exercise of judicial discretion with 'legislating' or 'making law' and then object to judges acting as 'legislators.'" Barry Hoffmaster, "*Understanding Judicial Discretion*", *Law and Philosophy*, vol. 1, 1982, p. 24.

¹⁹¹ Cfr. Bork, "*The Constitution and the Original Intent...*", op. cit., p. 825.

¹⁹² Cfr. Maltz, "*The Appeal of Originalism*", op. cit., p. 789.

¹⁹³ Cfr. ídem. Más aún, Berger llegó a sostener que "Unless limited by the original intention, those words serve a crystal ball from which a judge, like a soothsayer, can draw for that anything he wants. *That flies in the face of the founder's distrust of judicial discretion*". Berger, "*Originalist Theories...*", op. cit., p. 351. [El destacado me pertenece]. En contra, se ha mantenido que el originalismo de intenciones originales es un remedio impracticable y, por ende, no sería capaz de resolver el problema del activismo judicial. Louis Fisher, "*Methods of Constitutional Interpretation: The Limits of Original Intent*", *Cumberland Law Review*, vol. 18, 1987, p. 44.

¹⁹⁴ Cfr. Whittington, "*The New Originalism*", op. cit., p. 602. Maltz, "*The Appeal of Originalism*", op. cit., p. 789.

¹⁹⁵ Este punto se inspira en un trabajo inédito de Pilar Zambrano, quien recoge la distinción entre interpretación abstracta y concreta y, además, desarrolla los desafíos específicos que diferenciaría a cada uno de tales niveles de la interpretación jurídica, cfr. "*Interpretar es conocer: una defensa de la teoría referencialista de la interpretación*", en Juan Cianciardo et alii (coord.),

A continuación analizaremos de qué modo se enfrenta el originalismo con la discrecionalidad judicial en cada uno de esos niveles o dimensiones de la interpretación del Derecho —en general— y de la Constitución —en particular—.

4.2.1. Una distinción liminar: interpretación abstracta e interpretación concreta

Guastini sostiene que la acción de interpretar remitiría a dos cuestiones que cabría diferenciar. La primera de ellas sería la interpretación abstracta que supone identificar el contenido normativo —la norma o normas— expresado y/o lógicamente implícito en un texto normativo¹⁹⁶. En cambio, la interpretación concreta radica en la subsunción de un hecho concreto en el campo de aplicación de una norma cuyo significado fue determinado previamente “en abstracto”¹⁹⁷. En consecuencia, como Zambrano pone de relieve, si bien la interpretación constitucional —en su nivel concreto— arrastra las conclusiones a las que se arribó en el nivel abstracto, la primera se caracteriza por ciertos desafíos cognoscitivos específicos o propios. Dicho de otro modo, parafraseando a Guastini, si bien la interpretación en concreto presupone lógicamente la interpretación en abstracto, se trata de dos actividades intelectuales diferentes¹⁹⁸.

En las páginas que siguen se examinará cómo el originalismo intencionalista enfrenta el problema de la discrecionalidad judicial en el nivel abstracto y en el concreto de la interpretación constitucional.

4.2.2. Consecuencias de la negación de la dimensión abstracta de la interpretación constitucional

Kay y Maltz, defensores del originalismo de cuño intencionalista, afirman que el originalismo de intenciones no podría ser viable en el nivel abstracto de la interpretación jurídica pero sí en el concreto¹⁹⁹. En este sentido, Kay sostiene que el originalismo intencionalista no aspira a brindar una respuesta definitiva en torno a cuestiones interpretativas abstractas como, por ejemplo, ¿qué pretendieron significar los autores de la Constitución estadounidense con la frase “debido proceso legal” que recoge su decimocuarta enmienda?

Frente a tales cuestiones abstractas, afirma Kay, el originalismo intencionalista simplemente brindaría una serie de criterios interpretativos que

Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas, Méjico DF, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 60-62.

¹⁹⁶ Cfr. Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 15. Del mismo autor, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Méjico D. F., UNAM, 2008, p. 30.

¹⁹⁷ Cfr. Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación...*, op. cit., p. 30.

¹⁹⁸ Cfr. *idem*.

¹⁹⁹ Cfr. Maltz, “*The Appeal of Originalism*”, op. cit., p. 775. Kay, “*Adherence to Original Intentions...*”, op. cit., p. 243.

aspiran a brindar una guía a los jueces para que estos sean capaces de resolver, en un caso particular, si un hecho concreto priva o no a alguien de su debido proceso legal²⁰⁰. Por lo tanto, Kay considera que sería posible determinar si un caso específico se subsume o no dentro del concepto constitucional de “debido proceso legal” sin haber delimitado previamente *in abstracto* el significado de tal concepto²⁰¹. Dicho de otro modo, Kay afirma que el originalismo intencionalista no sería capaz de interpretar en abstracto las disposiciones de la Constitución pero, en un caso concreto, sería posible determinar si el significado que se le atribuye a una norma constitucional es consistente o no con las intenciones originales.

A mi juicio, parece difícil que el intérprete pueda usar el concepto de “debido proceso legal” para resolver un caso sin que antes hubiera realizado algún tipo de abstracción sobre lo que tal concepto significa genéricamente. De hecho, llama la atención que los citados autores originalistas defiendan la posibilidad de evitar la discrecionalidad judicial y, a la vez, planteen un fuerte rechazo a la interpretación abstracta. En efecto, resulta bastante claro que la aplicación o uso de un concepto depende de la posibilidad de abstraer o inteligir su significado de un modo objetivo y no meramente arbitrario.

En cualquier caso, lo cierto es que la dimensión abstracta de toda práctica interpretativa es tan inevitable como negada abiertamente por algunos originalistas intencionalistas como Kay y Maltz. Por ello, parafraseando a Spaemann, si los conceptos fueron determinados *in abstracto* de un modo arbitrario también serán arbitrarias sus aplicaciones, subsunciones o encajes a hechos particulares²⁰². Esto implica que las consecuencias de la interpretación abstracta también se proyectan sobre el nivel concreto de la interpretación constitucional. En efecto, sería inevitable confundir a la discrecionalidad con la arbitrariedad si, por ejemplo, el juez no es capaz de brindar criterios objetivos que permitan comparar un caso particular con el concepto de “penas crueles y desusadas”, que recoge la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Dicho de otro modo, la subsunción de hechos concretos y particulares en conceptos cuyo significado no fue delimitado en abstracto no puede configurar más que un “salto al vacío” y, en la misma medida, se trata de una concreción de la arbitrariedad judicial.

4.2.3. Balance crítico: una identificación de la arbitrariedad con la discrecionalidad judicial

Como señala Echeverry, 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

²⁰⁰ Cfr. Kay, “*Adherence to Original Intentions...*”, op. cit., p. 243.

²⁰¹ Cfr. *idem*.

²⁰² Cfr. Robert Spaemann, *Límites: acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 54.

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 otras²⁰³.

Llamativamente, el originalismo de intenciones pretende garantizar una objetividad en las prácticas interpretativas pero autores como Maltz y Kay rechazan un presupuesto fundamental sobre el que descansa toda práctica interpretativa de índole jurídica. No obstante, parafraseando a Spaemann, si los conceptos fueron determinados *in abstracto* de un modo arbitrario también serán arbitrarias sus aplicaciones a hechos particulares²⁰⁴. Esto sería así porque si el juez se limita a subsumir hechos particulares en conceptos cuyo significado abstracto no ha sido determinado de un modo objetivo; entonces el juez subsume los casos particulares a sus propias visiones subjetivas de lo que para él configura una “pena cruel y desusada”, “debido proceso legal”, etc. Así, al rechazar la dimensión abstracta de toda práctica interpretativa se está negando la posibilidad de dar cuenta de las razones por las que se subsume un caso particular en alguno de los conceptos o expresiones que recogen las normas constitucionales. Dicho con otras palabras, en la misma medida en que se rechaza la dimensión abstracta, se está negando la posibilidad de justificar por qué un caso concreto se subsume en una norma y, por ende, resulta inevitable confundir a la discrecionalidad con la arbitrariedad judicial.

V. CONCLUSIONES

El primer objetivo de este artículo ha sido reconstruir las criterios interpretativos del originalismo de intenciones. A partir de los desarrollos expuestos en el cuerpo de esta investigación, se podría concluir que el originalismo intencionalista prescribe una metodología interpretativa compuesta por los siguientes pasos:

1. *Distinguir entre motivos e intenciones.* Esto supone diferenciar entre las intenciones semánticas de los autores o ratificadores del texto constitucional y los meros motivos. Las intenciones semánticas hacen referencia a las intenciones performativas; esto es, aquello que los constituyentes pretendieron realizar con palabras al enunciar cada una de las disposiciones constitucionales. Los motivos, en cambio, remiten a las causas internas que impulsaron a los redactores a adoptar una determinada formulación lingüística para cada una de las disposiciones constitucionales. Solo las intenciones integran una práctica interpretativa originalista de corte intencionalista.

2. *Especificar el nivel de referencia intencional en que se ubican los enunciados constitucionales a interpretar.* Una práctica interpretativa originalista de tipo intencionalista exige determinar a qué tipo o nivel de intenciones semánticas refieren los enunciados constitucionales. Concretamente, se advirtieron tres niveles de intenciones que fueron denominados del siguiente modo: a) nivel de claridad; b) nivel de ambigüedad; y c) nivel de vaguedad.

²⁰³ Cfr. Juan B. Etcheverry, “Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites”, Teoría y Derecho, vol. 15, 2014, p. 154.

²⁰⁴ Cfr. Spaemann, *Límites...*, op. cit., p. 54.

a) *Nivel de claridad*: aquello que los constituyentes pretendieron realizar se refleja unívocamente en la formulación lingüística por la cual se expresan las disposiciones constitucionales —*v. gr.*, la disposición constitucional estadounidense y argentina que establece que se requieren treinta años de edad para ser senador—.

b) *Nivel de ambigüedad*: tiene lugar cuando las palabras que integran un enunciado constitucional podrían suscitar dudas respecto a la extensión de su significado; especialmente para un usuario actual del lenguaje. En esos casos, se propone que las dudas podrían ser disipadas a través del recurso de la evidencia histórica de las intenciones semánticas de los autores del texto constitucional. Por ejemplo, si el derecho a portar armas se encuentra condicionado o no a la necesidad de una grave situación de emergencia interna o externa.

c) *Nivel de vaguedad*: en este nivel el intérprete puede desplegar una amplia dosis de creatividad. Con todo, esa creatividad se encuentra limitada por dos extremos: 1) las reglas procedimentales enunciadas en el texto constitucional que permiten acotar los resultados interpretativos que se pueden deducir de las normas constitucionales vagas; y 2) mantener los resultados interpretativos siempre dentro del piso o límite semántico sobre el cual descansa la norma constitucional que se interpreta.

3. *Identificar las vías de acceso epistémico a las intenciones originales*. Este paso metodológico se orienta principalmente a disipar las ambigüedades que podría suscitar el lenguaje constitucional. Esto sería así porque si un enunciado constitucional pudiera tener dos o más sentidos, el recurso a la evidencia histórica de las intenciones semánticas de los autores del texto constitucional permitiría especificar cuál de tales sentidos se corresponde mejor con aquello que se pretendió significar. No obstante, en el caso estadounidense, esta referencia a las intenciones originales suscita un debate en torno a quiénes son los titulares de esas intenciones. Por un lado, algunos autores —*v. gr.*, Rotunda, Lofgren y Maggs— afirman que las intenciones originales remiten a lo que los ratificadores —*ratifiers*— pretendieron hacer con palabras al ratificar la Constitución en las instancias estatales. Por el otro, un grupo de teóricos —*v. gr.*, Bork, Meese, Berger, Maltz, Michaels y Alexander—, refiere a lo que los constituyentes —*framers*— pretendieron realizar al momento de redactar el texto constitucional. Los argumentos que se utilizan para atribuir las intenciones originales a uno u otro grupo se apoyan en dos cuestiones centrales: a) el *argumento de autoridad* que mantiene que los propios autores de la Constitución habrían delegado la especificación de lo que las convenciones ratificadoras del texto constitucional pretendieron significar. b) El *argumento de inteligibilidad* que afirma que se podría acceder a las intenciones originales de los ratificadores principalmente por medio de una serie de fuentes primarias que se componen principalmente por los diarios de debate de las diversas convenciones estatales.

En relación a los presupuestos semánticos sobre los que descansa el originalismo de intenciones, cabe concluir lo siguiente:

El éxito de una práctica comunicativa lingüística supone que los tres niveles básicos de las intenciones semánticas del autor se revelen al interlocutor a través de las intenciones locucionarias e ilocucionarias. Ahora

bien, particularmente en lo que respecta al nivel ilocucionario aplicado al lenguaje por el cual se expresa la Constitución, esto plantea dos interrogantes fundamentales: a) ¿es una condición necesaria y suficiente para el éxito de una práctica comunicativa que la audiencia del momento en que se redactó y ratificó la Constitución haya podido acceder a las intenciones perlocucionarias de los autores/ratificadores de una norma constitucional?; b) ¿puede el intérprete actual acceder al conocimiento de tales intenciones? Un intento por dar respuesta a estos interrogantes llevó a autores como Grice y Searle a distinguir entre “significado del hablante” y “significado de la oración”.

La inteligibilidad de aquello a lo que refieren las intenciones originales puede iluminarse a la luz de un concepto de significado que descansa en una distinción formulada por Grice entre “significado del hablante” y “significado de la oración”. Si bien los defensores del originalismo suelen recoger tal distinción; lo cierto es que el “significado del hablante” comporta una conexión conceptual necesaria con “el significado de la oración”. De hecho, lo que el emisor de un mensaje constitucional —los constituyentes o ratificadores— pretende realizar con palabras depende del uso convencional del lenguaje para transmitir un determinado “acto de habla”. Así, lo que se buscó realizar al formular un determinado enunciado constitucional —significado del hablante— remitiría a las intenciones performativas de los constituyentes o ratificadores, siendo estas reveladas a la audiencia destinataria de las disposiciones constitucionales por medio de un lenguaje convencional. Por lo tanto, esta distinción resulta fútil porque el “significado del hablante” se revela indefectiblemente a través del “significado de las oraciones”.

La posibilidad de comprender aquello a lo que refiere “el significado de las oraciones”, supone entender el contenido de las intenciones semánticas de los constituyentes o ratificadores en virtud de un “conocimiento compartido” entre los emisores del texto constitucional —ya sean estos los constituyentes o los ratificadores— y la audiencia destinataria de esa Constitución.

Después de haber sistematizado los criterios interpretativos y los presupuestos semánticos sobre los cuales descansa el originalismo intencionalista, se realizó una evaluación crítica de la citada versión de originalismo. Los resultados que arrojó la sección valorativa-crítica del presente trabajo se concentraron en dos cuestiones que afectan a una teoría de la interpretación jurídica que se asienta sobre presupuestos lingüísticos de corte convencionalista: a) un regreso al infinito de interpretaciones, b) la inevitable confusión entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial.

El originalismo de intenciones pareciera ser únicamente 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. Esto se debe a que una semántica convencionalista no es capaz de brindar criterios para definir el significado de los conceptos constitucionales que no dependan, en última instancia, de prácticas lingüísticas convencionales. Esto pone de relieve la necesidad de efectuar un corte o interrupción en la cadena infinita de interpretaciones en la que deriva una semántica convencionalista.

Así, el originalismo intencionalista pretende evitar incurrir en un regreso al infinito por medio de un acto discrecional que interrumpe la cadena infinita de usos lingüísticos que supone una semántica convencionalista. Sin embargo, esa decisión judicial discrecional no puede distinguirse de la arbitrariedad porque ignora las dificultades de la dimensión abstracta de la interpretación constitucional y, por lo mismo, la posibilidad de delimitar *in abstracto* el significado de los enunciados constitucionales. Esto se proyecta necesariamente sobre la dimensión concreta y, a su vez, ambas, sobre la imperativa. Por tanto, no sería posible que un juez despliegue una elección racional, entre varias alternativas posibles mutuamente excluyentes, al momento de determinar el significado de los conceptos que recoge el lenguaje constitucional. Aún más, una práctica interpretativa originalista de cuño intencionalista que ignora las dificultades de la dimensión abstracta y solo reconoce las propias de la dimensión concreta, no puede proporcionar ninguna clase de razones para subsumir casos o hechos particulares en el significado de las disposiciones constitucionales. En breve, los presupuestos lingüísticos del originalismo de intenciones no son coherentes con su pretensión de erradicar la arbitrariedad judicial de la práctica interpretativa judicial.

Enviado el (Submission Date): 23/11/2016

Aceptado el (Acceptance Date): 29/12/2016