

Interpretación constitucional: Testeando el nuevo originalismo

Entrevista a Lawrence Solum

Lawrence B. Solum es un jurista internacionalmente reconocido, cuyo trabajo se centra en teoría constitucional, procedimiento y filosofía del derecho. El profesor Solum es abogado por la Universidad de Harvard (Estados Unidos) y, actualmente, se desempeña como profesor de la cátedra Carmack Waterhouse en la Universidad de Georgetown. Asimismo, el profesor Solum ha escrito múltiples libros y artículos sobre teoría jurídica, y es también editor del *Legal Theory Blog*, un influyente blog digital sobre desarrollos en teoría jurídica positiva y normativa contemporánea.

La entrevista estuvo centrada en temas relacionados a la interpretación constitucional. Especialmente, nos enfocamos en el originalismo jurídico, sus desafíos prácticos y teóricos, y algunas de sus implicancias en el marco del ordenamiento constitucional argentino.

Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés (RJUdeSA): —Todos los originalistas están de acuerdo con dos ideas centrales. En primer lugar, que el significado lingüístico de la Constitución de los Estados Unidos se fijó cuando se ratificó cada disposición. En segundo lugar, que el significado original del texto constitucional debe considerarse legalmente vinculante. Estas son las llamadas tesis de fijación (*fixation thesis*) y tesis de restricción textual (*textual constraint thesis*).

Sin embargo, los nuevos originalistas presentan otra tesis: la tesis del significado público (*the public meaning thesis*) ¿Podría explicarla para nuestra audiencia?

Lawrence Solum: —La idea de la tesis de significado público (*public meaning thesis*) refiere a que el significado original del texto constitucional se completa en su significado público. Entonces, el significado público del texto constitucional es el que habría sido entendido por la gente común en el momento de adaptación de cada disposición de la constitución. La Constitución de los Estados Unidos tiene 27 enmiendas, por lo que se adoptaron diferentes disposiciones en diferentes momentos, pero independientemente

del momento de la adopción, la pregunta es qué significaban esas enmiendas para el público en ese momento.

RJUdeSA: —¿Qué sucede cuando hay un nuevo descubrimiento histórico que cambia el entendimiento sobre el significado público una disposición? ¿Esto es posible?

Lawrence Solum: —Esto es posible, porque tenemos una constitución muy antigua y algunas disposiciones tienen un significado que ha sido olvidado o descuidado durante cierto tiempo. El originalísimo, a pesar de su importancia, es un enfoque teorizado de la interpretación relativamente reciente. Consecuentemente, hay muchas disposiciones constitucionales en las que no se ha realizado una investigación sustancial.

Permítanme dar un ejemplo de esto: la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe el castigo cruel e inusual. De este modo, la mayor parte de la discusión sobre esta disposición se ha centrado en la palabra "cruel", y se descuidó la palabra "inusual" ya que la mayoría de las personas concluyen que significa algo así como "raro" o "poco frecuente". Sin embargo, el profesor estadounidense John Stinneford, recientemente, ha realizado una extensa investigación histórica de la palabra inusual y descubrió que en ese momento tenía un significado bastante diferente. Stinneford llegó a la conclusión de que la palabra inusual significaba "contrario a una práctica prolongada", y estaba particularmente relacionada con la idea de la "ley común", en la cual las prácticas legales que han perdurado durante un período sustancial de tiempo gozan de una presunción de racionalidad. Por lo tanto, esto tiene implicancias muy significativas para la interpretación de la cláusula, porque significa que se centra especialmente en el castigo novedoso, el nuevo castigo. Este es un descubrimiento que se llevó a cabo en los últimos diez años.

RJUdeSA: —Una de las principales críticas que generalmente se le hace al originalismo es su apego a una Constitución que no se actualiza en términos de los cambios en la sociedad y los nuevos desarrollos. Por ejemplo, la creación de Internet como medio de

comunicación, que hoy podría estar contenido en el significado de "prensa", no existía en el momento de la redacción del texto constitucional. ¿Cómo podemos leer la constitución por su significado público sin dejar de lado estos nuevos desarrollos?

Lawrence Solum: —Sí, este es un problema importante, y es un problema no solo para el originalismo y la interpretación constitucional, sino para cualquier forma de textualismo, ya que muchas cláusulas son antiguas. Lo primero que hay que entender es que muchas de las disposiciones de la Constitución están escritas de tal manera que toman en cuenta automáticamente los cambios en la tecnología.

Por ejemplo, la cuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que es una “Prohibición de búsquedas y capturas irracionales” (*unreasonable search and seizure*). Por lo tanto, la idea de “una búsqueda” es bastante general, y el medio para buscar puede cambiar con la nueva tecnología. Entonces, podría haber una búsqueda por inspección visual, pero también podría haber búsquedas de alta tecnología o búsquedas que involucren tecnología de vigilancia o un pequeño robot, igualmente todas ellas serán “búsquedas”. Como resultado, una disposición como esa realmente es aplicable a pesar del cambio tecnológico.

A veces, la Constitución se enmarca de manera tal que se basa en tecnologías particulares y la libertad de prensa sería un ejemplo de esto. La disposición está bastante desactualizada porque el término “prensa” en 1791 no refería a la prensa institucional, sino a la imprenta y, por supuesto, la imprenta es una tecnología desactualizada. Por lo tanto, esa disposición de la Constitución por sí sola no proporciona protección para formas alternativas de producción de texto, incluidos el procesador de textos y la distribución de estos por Internet, y muchos otros nuevos fenómenos.

Esta conclusión tiene que ser calificada porque la Constitución también contiene la novena enmienda que establece que la enumeración de ciertos derechos no se debe interpretar como la denegación o la restricción de otros derechos que el pueblo se haya reservado para sí mismo. Entonces, si se aplica la enmienda al gobierno federal, se protegerían los derechos que no están específicamente enumerados.

Ahora, hay controversia sobre exactamente cómo determinamos cuáles son esos derechos, pero por lo menos, parece proteger los que son análogos a los derechos enumerados. Por lo tanto, se enumera el derecho a la “prensa libre”, pero existe un derecho no enumerado que se aplicaría en la producción y distribución de texto por otros medios. Entonces, incluso en el caso de la cláusula de la prensa libre, la Constitución proporciona un mecanismo por el cual nuestros derechos pueden protegerse en un nivel más abstracto.

Por supuesto, la libertad de expresión es un poco diferente, ahora, por ejemplo, estoy hablando por internet, pero también puedes hablar en persona, por internet, por un altavoz, etc. En 1791, cuando se ratifica la enmienda, la única forma de dirigirse era hablando en persona, pero un discurso como el que se puede desarrollar por el internet es discurso, y el discurso por un altavoz también lo es, por lo que estos cambios tecnológicos pueden acomodarse con un significado fijo del texto constitucional.

RJUdeSA: —Hay algunos conceptos en la Constitución que son indeterminados, ya sea porque son vagos o porque son ambiguos. Estos conceptos se enmarcan en lo que Herbert L. A. Hart solía llamar la "penumbra de la incertidumbre". En estos casos, es difícil reconstruir el significado público de la Constitución. Entonces, ¿cómo debe decidir un juez originalista en tales casos?

Lawrence Solum: —El problema de la indeterminación debe ser abordado por cualquier teoría constitucional porque incluso si usted es un constitucionalista viviente (*living constitutionalist*) y se enfoca en valores generales, como Ronald Dworkin, o en el constitucionalismo de derecho común (*common law constitutionalism*), como defiende el profesor David Strauss, se va a enfrentar con la indeterminación del texto. Por lo tanto, todas las teorías legales necesitan una explicación sobre qué hacer en la zona de indeterminación.

El originalismo contemporáneo aborda esto a través de una importante distinción conceptual: la distinción entre interpretación y construcción. Es una antigua distinción en la teoría legal estadounidense que se utiliza para describir las mismas ideas y que se

remonta al menos a 1839 al muy distinguido abogado estadounidense Fritz Liber, quien escribió el primer tratado sobre hermenéutica legal en los Estados Unidos. La interpretación es la determinación del significado de la disposición, es decir, la aproximación del significado lingüístico en contexto. En cambio, la construcción es la determinación del efecto legal, esto es, cuando el significado de una disposición es suficiente para responder la pregunta legal ante el tribunal, entonces el originalista simplemente sigue el significado, pero cuando está indeterminada, tenemos una zona de construcción, una zona de indeterminación.

En la zona de penumbra necesitamos distinguir entre diferentes fuentes de indeterminación, ustedes han mencionado la ambigüedad y la vaguedad. Entonces, déjenme discutir cada uno de ellos porque creo que plantean problemas separados y distintos. La ambigüedad ocurre cuando una palabra, frase o construcción gramatical admite más de un significado, como por ejemplo la palabra “banco”, que no está en la Constitución de los Estados Unidos, pero si muchos estatutos, tienen dos significados. Un significado hace referencia a instituciones financieras, como el “Banco de Estados Unidos”, pero también hace referencia a la orilla de un río. Sin embargo, en contexto la ambigüedad casi siempre se resuelve. Entonces, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos usa la palabra “senado”, contextualmente esto podría referirse al senado romano o al senado de la *University College London*, pero en contexto se refiere al senado de los Estados Unidos, que es uno de los organismos electorales del Congreso de los Estados Unidos. Esta resolución de la ambigüedad es tan clara y natural que ni siquiera nos damos cuenta de su aparición. Es decir, la Constitución de los Estados Unidos incluye muchas ambigüedades, pero muy pocas de ellas no se resuelven por contexto.

Algunas disposiciones pueden ser ambiguas incluso después de analizar el contexto y un ejemplo podrían ser las disposiciones que se redactaron de tal manera que se evite el uso de la palabra esclavitud. Entonces, la Constitución redactada en 1787 tenía disposiciones que se referían a "personas obligadas a servir", esa frase podría referirse a esclavos, pero también a otras clases de personas: a aprendices que estaban obligados a servir y a sirvientes vinculados al servicio. Esto se debe en parte a que estas frases pudieron haber

sido usadas para crear ambigüedad deliberada; de manera tal que los estados anti esclavistas en el norte puedan ratificar la constitución por no contemplar explícitamente la esclavitud, pero los estados sureños puedan ratificarla por una razón diferente, ya que “obligadas a servir” refiere a esclavitud. Entonces, esto sería ambigüedad deliberada y, en tales casos, necesitaríamos algún método de construcción para resolver esta irreducible ambigüedad no eliminada por el contexto.

Eso es diferente a la vaguedad. Técnicamente la vaguedad se refiere a un fenómeno muy particular, a la idea de casos límite, por lo que, por ejemplo, la palabra “fresco” es vaga ya que tiene múltiples sentidos y todos sus sentidos son vagos. Un sentido es el de la temperatura, por lo que no hay una línea clara entre una habitación que es “fresca” y una habitación que está a temperatura normal. En cambio, en el otro extremo del espectro, en algún momento, hay una transición gradual de "fresco" a "frío".

En tales casos, necesitamos algunas especificaciones que nos permitan trazar líneas. Los originalistas aún están desarrollando posiciones teóricas, pero probablemente la posición mejor pensada es la articulada por mi colega de la Universidad de Georgetown Randy Barnett y su coautor Evan Bernick. Ellos argumentan que en la zona de construcción necesitamos analizar el diseño original del texto constitucional para determinar el propósito o la función que cada disposición fue diseñada para cumplir, y que las precisiones que implementan reglas de construcciones constitucionales que resuelven la indeterminación deben apuntar a servir el propósito del texto constitucional. Esa posición contrasta con otra idea, que está asociada con los profesores Gary Lawson de la Universidad de Boston y Michael Paulson de la Universidad de St. Thomas, que argumentan que, cuando el texto constitucional no es claro, es decir, no se resuelve por contexto, debe existir una presunción de constitucionalidad. En otras palabras, sería una norma que por defecto requeriría que los tribunales difieran a las instituciones elegidas democráticamente, como el presidente, el Poder Ejecutivo y el Congreso, y funcionarios similares en el caso de las legislaturas estatales y los poderes ejecutivos estatales. Entonces, estos son dos de los enfoques que se pueden usar en la zona de indeterminación.

RJUdeSA: —Acaba de explicar cómo respondería un originalista al problema de la indeterminación. Permítanos ahora explorar lo que explicó en su ensayo "Originalism, a debate" sobre la posibilidad de que el constitucionalismo activo y el originalismo puedan ser compatibles. En ese caso, cómo se articulan estas dos teorías y cómo un juez tendría que resolver un caso de indeterminación.

Lawrence Solum: —La cuestión de la relación conceptual del constitucionalismo activo y el originalismo es algo con lo que lucho. Mi posición al respecto ha evolucionado y cambiado con el tiempo, así que cuando escribí el ensayo al que se refiere, esto es hace muchos años, creía que teníamos que pensar en tres categorías de teorías constitucionales. Una categoría serían las teorías de constitucionalismo activo que no son originalistas. Estas serían versiones que rechazan la idea de que el texto constitucional tiene alguna fuerza restrictiva. Entonces, si usted fuera un constitucionalista activo que creyera que la constitución podría anular directamente el texto constitucional, entonces sería un constitucionalista activo no originalista.

También podríamos imaginar las otras formas extremas de originalismo que rechazarían cualquier idea de cambio constitucional, esta es una forma muy extrema de originalismo porque dice que toda la doctrina constitucional, todas las reglas de implementación, se fijan en el momento en que se adopta la Constitución y no se permite el cambio. Esa forma de originalismo obviamente tendría un serio problema con el cambio tecnológico porque no tendría un mecanismo para explicar las doctrinas que deben modificarse y ajustarse a las circunstancias cambiantes. Entonces, tenemos esos dos extremos.

En aquel entonces, mi posición era que podría haber formas de constitucionalismo activo que fueran compatibles con el originalismo. Esta sería una forma en la que se aceptara la restricción principal combinada con una forma de originalismo que aceptara el cambio constitucional en la zona de indeterminación, es decir, en los casos donde el texto constitucional era vago o de textura abierta, y por lo tanto dejaba espacio para el cambio de un constitucionalismo viviente dentro de esas zonas de construcción. Así que esa era mi posición hace varios años, pero en respuesta a lo que fue un "retroceso lingüístico". Muchas personas en ambos lados del debate, tanto el originalista como el constitucionalista activo dijeron que es una forma confusa de hablar, por lo tanto, toman

al originalismo y el constitucionalismo activo como opuestos, compiten entre sí, no son compatibles.

Entonces, en un artículo reciente titulado "Originalism versus living constitutionalism: the conceptual structure of the great of a debate", sugerí una imagen ligeramente diferente. Acepté la idea de que las posiciones centrales del originalismo y el constitucionalismo viviente deberían conceptualizarse como incompatibles, porque estas etiquetas trazan el debate y, para que el debate sea claro, necesitamos una división más aguda entre el originalismo y el constitucionalismo viviente.

Entonces, mi propuesta es que la aceptación del principio de restricción textual (*constraint principle*), la idea de que el significado original del texto constitucional es vinculante, proporciona una línea clara. Consecuentemente, una teoría constitucional que rechaza el principio de restricción textual se definirá como el constitucionalismo viviente, y una teoría constitucional que acepte este principio se definirá como originalismo. Puede haber algún caso híbrido porque aceptan y rechazan parcialmente el principio mencionado.

Entonces, esta imagen dice que el cambio constitucional dentro de los límites de la restricción debería llamarse originalismo. Esto toma más del territorio y lo coloca en el lado originalista de la división. Entonces, veremos qué sucede con esta idea. Esta es un área donde las personas pelean por la terminología, las personas luchan para excluir las ideas del originalismo y el constitucionalismo, se pelean por etiquetas que creen que tienen relevancia y apoyo político. Veremos si mi nueva propuesta hace un mejor trabajo al proporcionar claridad para el debate.

RJUdeSA: —En la Argentina, como señaló durante su visita en 2019, existe una cierta complejidad en el derecho constitucional debido a la incorporación de tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos. En cierto sentido, se podría argumentar que el texto constitucional argentino se ha convertido en un ejemplo de constitucionalismo viviente formal. De hecho, algunos autores afirman que está sujeto a cambios introducidos por organismos internacionales, como la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. ¿Crees que todavía hay espacio para el originalismo dentro de la interpretación constitucional en Argentina o, por el contrario, el texto está necesariamente abierto a la reinterpretación?

Lawrence Solum: —Esta pregunta se refiere no solo a la Argentina, sino a cualquier sistema constitucional que incorpora tratados que tienen el poder y la fuerza de sobrepasar el derecho interno y modificar el derecho constitucional. Quisiera hacer dos puntos sobre dicha relación, entre obligaciones que surgen de tratados y el originalismo, utilizando el caso de la Argentina como ejemplo. En primer lugar, las obligaciones que incorporan los tratados internacionales se centran en un área particular del derecho constitucional, se preocupan, casi en su totalidad, de los derechos individuales y, hasta cierto punto, se vinculan a componentes del derecho constitucional y, más que nada, tienen poco que decir sobre preguntas estructurales como la separación de poderes o el federalismo. La Constitución argentina es muy diferente de la Constitución Norteamericana en algunos de estos aspectos y similar en otros aspectos, pero el punto importante aquí es que no hay tratados internacionales que directamente refieran a este tipo de preguntas. Entonces, el segundo punto que quiero hacer refiere al dominio de los derechos individuales y de grupo, y la pregunta de si las obligaciones de los tratados internacionales son inconsistentes con el originalismo en este dominio.

Por lo tanto, creo que hay dos cuestiones separadas en relación con los tratados internacionales, el originalismo y los derechos individuales. Una cuestión se refiere al papel del originalismo en la interpretación de los tratados. Así, pues, la tesis de la fijación (*fixation thesis*) y el principio de restricción (*principal of constraint*) pueden aplicarse a los tratados internacionales de derechos humanos y puede argumentarse que la estructura básica de las leyes de los tratados no solo es coherente con el originalismo, sino que debería exigir originalismo con respecto a esos tratados. Esto es que el significado lingüístico de los tratados, en contexto, está fijo por la misma razón que está fijo el significado constitucional. El significado del idioma, el significado de la escritura se determina al momento de la redacción y el principio de restricción también se aplica porque las naciones que aceptan un régimen de tratado aceptan sus términos. No aceptan un tratado *vivo*; aceptan los términos que fueron objeto del propio tratado. Por lo tanto,

bien podría ser el caso de que los tratados internacionales de derechos humanos cambiaran la legislación argentina, pero que entendieran correctamente que la ley argentina, de una manera que debería ser coherente con el tratamiento del originalismo, incluso si algunos órganos internacionales que interpretan los tratados han ido más allá del significado original de los tratados, y están anulando y modificando sus disposiciones.

El segundo punto es que la relación entre los tratados internacionales y el derecho constitucional interno es en sí misma una cuestión de derecho constitucional interno. Pues, la capacidad de un tratado internacional para anular las disposiciones de la Constitución argentina es, en última instancia, una cuestión que corresponde a las instituciones constitucionales de la Argentina, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, y también otros actores constitucionales clave dentro de la Argentina, como el Congreso o el poder ejecutivo, también pueden desempeñar un papel en la determinación de la interpretación correcta de la Constitución. Entonces, sobre esa cuestión, la posición originalista es que es el significado original de la Constitución argentina el que debe regir la cuestión de la relación de la Constitución de la Argentina con los tratados internacionales de derechos humanos y, en particular, determinar si ese comercio/intercambio puede o no caber en el derecho constitucional de la Argentina. Por lo tanto, no soy un experto en la ley constitucional de Argentina, por lo que no estoy realmente calificado para abordar esas dos cuestiones, pero creo que esas son las cuestiones importantes desde una perspectiva originalista.

RJUdeSA: —Hay cláusulas constitucionales extremadamente vagas cuyo significado fue muy controvertido en el momento de su redacción. En algunos casos, esas cláusulas son el resultado de la imposibilidad de que los constituyentes lleguen a un acuerdo sobre conceptos más determinados ¿Cómo es posible encontrar un significado público cuando se trata de conceptos originalmente abstractos que tendrán que ser definidos caso por caso?

Lawrence Solum: —Pues, la Constitución de los Estados Unidos y la mayoría de las constituciones incluyen disposiciones generales y abstractas, pero es muy importante distinguir entre los desacuerdos sobre el significado de una cláusula abstracta y los desacuerdos sobre la aplicación adecuada de una cláusula abstracta y, en particular, los desacuerdos sobre la resolución de la indeterminación.

Por ejemplo, puede que haya disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos en las que ha habido un desacuerdo sustancial sobre el significado de las disposiciones, pero creo que esos desacuerdos son relativamente raros, porque casi todo el texto constitucional, incluso las disposiciones abstractas del texto constitucional tenían un contenido comunicativo que se acordaba. Este contenido comunicativo era abstracto y tenían una textura abierta, por lo que podía haber desacuerdos sobre cómo aplicar el significado acordado a circunstancias particulares.

Otro punto relevante es que, para determinar el grado de indeterminación constitucional, el grado de textura abierta o vaguedad no es suficiente para especular basándose en la intuición lingüística contemporánea. Una disposición que parece ser general y abstracta, hoy en día, pudo haber tenido un significado mucho más determinado en el momento en que fue adoptada. Ahora bien, en el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América muchas disposiciones que nos parecen altamente indeterminadas, más de 200 años después de su adopción, pueden haber sido mucho más determinadas, particulares y concretas en el momento en que fueron adoptadas.

Quiero trabajar este punto a partir de la garantía de la séptima enmienda de un juicio por jurados, que ilustra la forma en que una disposición puede ser altamente determinada, aunque la redacción es muy abstracta y luego pasaré de ese ejemplo a otro sobre la libertad de expresión. Así, pues, la séptima enmienda de la constitución de los Estados Unidos tiene dos cláusulas, la primera de ellas se denomina "la cláusula de preservación", esta cláusula especifica que se preservará el derecho a un juicio por jurados en los casos en que la cantidad en controversia supere los \$20. Por lo tanto, eso es muy abstracto, existe una abstracción en "preservar", otra en "derecho a juicio por jurado", y luego tenemos una disposición muy concreta de \$20. Entonces, dejando los \$20 a un lado por un momento, ¿esta disposición es indeterminada? No, porque se

refiere al derecho consuetudinario en el momento de su adopción en 1791 y exige que se preserve el derecho a un juicio por jurado. Por lo tanto, eso significa que las palabras muy abstractas tienen un significado altamente determinado porque el derecho a un juicio por jurado en el derecho común era altamente determinado. Ahora bien, es una estructura muy compleja, que no voy a tratar de explicar, remotamente estas ideas se basan en la distinción de la equidad de la ley. Así, frente a las acciones de daños, que se remiten a una ley de accidentes, y a las acciones de mandato (*injuction actions*), estas son una acción en equidad (*action in equity*); se obtiene un juicio por jurado en las acciones de daños, pero no en las acciones de mandato. Esto sucede en muchas reglas particulares del derecho común de 1791. Entonces, esta disposición, aunque está redactada de manera general y abstracta, tiene un significado muy determinado, en parte porque se basa en las normas jurídicas existentes en 1791.

Ahora, permítanme discutir la libertad de expresión en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La gente hoy en día mira frecuentemente esas palabras y dice que la primera enmienda creó un nuevo derecho, el derecho a la libertad de expresión y esto es muy abstracto. De hecho, se vuelven aun más abstractos que la libertad de expresión y dicen que, en realidad, es el derecho a la libre expresión de todo tipo, no se limita a la palabra, pero ese enfoque de la interpretación de la frase "la libertad de expresión" es ahistórico. En aquel momento, disposiciones como la libertad de expresión de la primera enmienda se entendían como referidas a los derechos existentes en el derecho consuetudinario. Por lo tanto, no es que la primera enmienda diga, "mediante esta enmienda creamos un nuevo derecho, el derecho a la libertad de expresión", sino que mediante esta enmienda privamos al Congreso de la facultad de anular un derecho preexistente, el derecho preexistente del derecho común (*common law*) a la libre expresión. Por lo tanto, el contenido de ese derecho está determinado por los límites legales de la libertad de expresión en 1791. Eso no significa que sea fácil responder a las preguntas sobre la libertad de expresión y, ciertamente, no tan fácil en el caso de la séptima enmienda, y hay ideas contrapuestas sobre la forma exacta de ese derecho de 1791, pero la resolución de esos debates implica una investigación histórica y no una teorización moral; y algunos principios se recuperan fácilmente, aunque

muchos otros principios pueden ser más difíciles de determinar. Así, por ejemplo, muchos historiadores creen que un aspecto de la libertad de expresión en 1791 era un principio jurídico que prohibía la restricción previa para que las personas pudieran ser objeto de un castigo por expresiones perjudiciales como la difamación, el libelo o la calumnia, pero no estaban sujetos a un mandato judicial que les prohibiera hablar en primer lugar.

Por lo tanto, suponiendo que la historia es correcta, tenemos ahora una regla de la ley de libertad de expresión que es bastante determinante y que puede ser determinada a través de la investigación histórica, en lugar de un principio vago, general y abstracto de la filosofía política sobre la libertad de expresión.

RJUdeSA: —Muchas gracias. Volviendo a la constitución argentina, en 1994, la Argentina reformó su Constitución Nacional. Aunque se hicieron cambios significativos en la Ley Suprema, varios artículos se mantuvieron en su redacción anterior. A pesar de permanecer iguales, podemos decir que su significado público cambió. En este caso, ¿podría haber un cambio en la interpretación de estos artículos también? En otras palabras, ¿debemos limitarnos al sentido público de la primera constitución o al sentido público de la época de la reforma?

Lawrence Solum: —Sí, es una pregunta muy interesante y es una interrogante porque no conozco los hechos que creo que son críticos. Estoy seguro de que muchos abogados constitucionalistas argentinos podrían dar cuenta de esos hechos. Cuando la Constitución fue enmendada, hay dos posibles situaciones que podríamos haber tenido. Una situación es que toda la constitución se readoptó y que la situación de la interpretación constitucional es tal que se entiende que la readopción es una adopción del contenido comunicado por esas disposiciones a los agentes pertinentes. En los Estados Unidos esos serían el pueblo, en la Argentina no me queda tan claro a quién se le comunicó la constitución en la década de 1990. Pero quienquiera que sea, o bien este es el significado de estas disposiciones para ustedes ahora o son disposiciones antiguas y lo que estamos

haciendo es llevar ese significado original al presente. Por lo tanto, es una cuestión importante y creo que está sujeta a la investigación histórica.

Ahora, por supuesto es posible, teóricamente, que este aspecto fundamental de la situación comunicativa fuera en sí mismo ambiguo, de modo que algunas personas pensaron, "no estamos cambiando estas disposiciones, estamos llevando adelante el significado original fijo". Otras personas pensaron que esta es una nueva constitución, y esta es una nueva comunicación activa; las palabras son las mismas y algunos de los significados pueden ser los mismos. La cuestión relevante es lo que estas palabras comunican a los actores constitucionales relevantes hoy en día y en qué podría ser diferente respecto a su significado original. Si está dividida por igual, si ambos entendimientos estuvieran presentes y esto no se resolviese en el curso del debate o la enmienda de la constitución, entonces, tendríamos una enorme ambigüedad irreducible; y, como toda ambigüedad irreducible, requeriría una construcción constitucional. Por lo tanto, ese es un hermoso problema teórico. Desde la perspectiva teórica sería maravilloso si existiera un tipo especial de ambigüedad porque requeriría el desarrollo de una teoría muy interesante para manejar este problema. Sin embargo, en la práctica sería terrible que existiera esta ambigüedad fundamental, porque introduciría un tipo especial de incertidumbre sobre el significado de cada disposición que se ha llevado a cabo en el proceso de enmienda y la incertidumbre constitucional no suele ser algo bueno porque socava el estado de derecho al introducir la imprevisibilidad, la incertidumbre y la posibilidad de manipulación, todas estas cuestiones que tratamos de evitar mediante el proceso de arreglo constitucional.

RJUdeSA: —Usted abogó a lo largo de toda la entrevista sobre la importancia de la investigación histórica que deberíamos hacer al leer la constitución ¿Cree que las universidades deberían enseñar a los futuros abogados estas herramientas de investigación histórica para leer la constitución siguiendo la teoría originalista?

Lawrence Solum: —Sí, creo que la constitución correctamente interpretada tiene su significado original y si se tiene una constitución más antigua, entonces se requieren

métodos de investigación histórica para recuperar ese significado y esto debería ser parte del curso básico del derecho constitucional. Podría darse el caso de que solo se cubriera lo esencial en el curso básico de derecho constitucional y que se ofreciera un curso avanzado a los estudiantes que quisieran especializarse en derecho constitucional o convertirse en jueces, y por tanto dedicarse a los temas constitucionales con mayor frecuencia. También, quiero decir que la importancia práctica de esta formación depende de la cultura constitucional de un nacional determinado en un momento de la historia. Por lo tanto, enseñar estos métodos históricos a los estudiantes ordinarios de derecho en los Estados Unidos, digamos en 1969, en el apogeo del constitucionalismo viviente, sin restricciones, no habría sido una buena justificación práctica para hacerlo porque no había jueces originalistas en ese momento, excepto, tal vez, el juez Hugo Black, que todavía estaba en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El resultado, en términos prácticos, de la controversia constitucional dependía casi enteramente de las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Sin embargo, en 2020, mientras se está grabando esta entrevista, hay muchos jueces y magistrados originalistas en los tribunales estadounidenses, por lo que el originalismo tiene una importancia práctica mucho mayor y lo vemos en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En el periodo pasado, el significado original ha sido una parte importante de muchos de los casos decididos por el Tribunal Supremo o que están a punto de decidirse, ya que el periodo no ha terminado del todo. En los Tribunales de Apelación de los Estados Unidos se está convirtiendo en un fenómeno habitual y, en cuestiones constitucionales sin importancia, hay jueces originalistas que participan en las decisiones; y, por lo tanto, los abogados necesitan poder satisfacer a esos jueces en cuanto a la coherencia de su posición con el significado original del texto constitucional.

Así que mi respuesta a la pregunta, en los Estados Unidos, hoy es sí. No sé si hubiera dicho lo mismo en 1969. Entonces habría dicho que esto es algo importante desde el punto de vista académico y que los profesores de derecho constitucional necesitan aprender estas habilidades, pero no necesariamente algo que todo abogado en ejercicio necesita saber.

RJUdeSA: —En algunos de sus ensayos, usted afirma que la fuerza vinculante del significado original de la constitución puede ser anulada por algunas razones especiales o extraordinarias. En estos días casi todo el mundo está sufriendo por las consecuencias causadas por el Covid-19 y han surgido algunos debates constitucionales en relación con los poderes gubernamentales ¿Estamos ante una de esas razones que permitiría dejar de lado el significado público de la constitución?

Lawrence Solum: —Idealmente creo que es esencial para una teoría plausible del originalismo, es decir, si el principio de restricción requiriera resultados en circunstancias verdaderamente extraordinarias que resultaran en la desaparición de la propia Constitución, habría una especie de contradicción interna con el originalismo. El originalismo correctamente entendido no debería ser una teoría que lleve a la desaparición de la propia Constitución. Cuando digo extraordinario, quiero decir extraordinario, aquí hay un caso claro: la Constitución de los Estados Unidos limita la presidencia a personas de treinta y cinco años o más. Si hubiera una pandemia mundial que provocara la muerte de todas las personas mayores de treinta y cinco años, me parece que esa disposición tendría que considerarse suspendida, se habría cumplido la condición de factibilidad, al menos hasta que se tuviera la oportunidad de enmendar la constitución.

¿Qué pasa con la actual pandemia mundial? Bueno, creo que las cosas no están claras en los Estados Unidos, por lo que depende de cuál sea el significado original de varias disposiciones constitucionales. En mi opinión, la constitucionalidad de las disposiciones de cuarentena, por tomar un ejemplo, las órdenes de confinamiento en el hogar, no es en vistas de lo propuesto por el significado original de las disposiciones constitucionales pertinentes. En parte, eso se debe a que la comprensión de los derechos constitucionales en 1791 no era de derechos como triunfos (*rights as trumps*), para usar una frase de Dworkin; no era que los derechos constitucionales fueran absolutos. En cambio, lo que se entendía era que los derechos tienen una fuerza importante y que las restricciones pertinentes a un derecho requieren una justificación, pero si hay una fuerte justificación para la restricción, entonces no hay violación del derecho.

Así, por ejemplo, una orden de permanencia en el domicilio podría ser inconstitucional en circunstancias ordinarias, es decir, son inconstitucionales estas medidas si se instituyen con el fin de prevenir manifestaciones políticas; pero la misma orden podría ser constitucional si se trata de una respuesta a una emergencia de salud pública como la emergencia causada por COVID-19. Ahora bien, el papel que desempeñan los jueces, la carga de la prueba y la persuasión, el nivel de deferencia apropiado, son cuestiones de construcción constitucional que creo que deben resolverse utilizando un método de construcción constitucional que sea coherente con el propósito y el diseño del texto constitucional, pero el texto no responde directamente a esas cuestiones y podría haber una serie de posiciones razonables, por ejemplo, sobre la cuestión de cuánta deferencia debe darse a las determinaciones de los funcionarios ejecutivos de que es necesario una orden de permanencia en el hogar y en qué medida esa cuestión debe resolverse sobre la base de las pruebas presentadas.

Por supuesto, las ideas que estoy tomando, en otras tradiciones jurídicas, son englobadas por algunos enfoques de la idea de proporcionalidad. En los Estados Unidos podemos discutir menos la proporcionalidad y más el equilibrio, o la deferencia, pero algunas de las ideas centrales son exactamente las mismas.