



Universidad de
SanAndrés

Universidad de San Andrés
Departamento de Derecho
Abogacía

Una defensa del originalismo

Autor: Yamila Awada
Legajo: 30015
Mentor de Tesis: Andrés Rosler
Buenos Aires, 31 de julio de 2023

***A mi abuela Josefa por siempre impulsarme a crecer,
a mis compañeras por el apoyo incondicional,
a mi mentor Andrés por acompañarme.***



Universidad de
San Andrés

Índice

<u>Introducción</u>	1
<u>Capítulo I: Historia de la Constitución Nacional y el originalismo</u>	3
Contexto en el que fue sancionada.....	3
Inspiración en la constitución estadounidense y <i>El Federalista</i>	4
Paralelismo entre la constitución estadounidense y la CN.....	5
Las <i>Bases de Alberdi</i>	8
Originalismo.....	10
¿Que es el originalismo?.....	11
Distintas corrientes dentro del originalismo.....	13
La metodología originalista.....	15
Tesis originalistas.....	17
<u>Capítulo II: El constitucionalismo viviente</u>	18
<i>Warren Court</i>	20
La posición de Dworkin respecto a la interpretación constitucional.....	21
Posible conexión entre el originalismo y el constitucionalismo viviente.....	23
El constitucionalismo viviente como medio para implementar políticas de estado.....	25
<u>Capítulo III: Comparación de las teorías constitucionales y conclusiones finales</u>	28
Conflictos del originalismo.....	28
Conflictos del constitucionalismo viviente.....	30

Beneficios del originalismo.....	32
Beneficios del constitucionalismo viviente.....	32
Conclusión.....	33
<u>Bibliografía</u>.....	36



Universidad de
San Andrés

Introducción

La Constitución Nacional es la norma con mayor jerarquía bajo nuestro sistema, que genera discrepancias a la hora de entenderla. Los jueces toman distintas posturas al momento de interpretarla y sus decisiones traen aparejadas una serie de consecuencias constitucionales. A continuación se va a tratar de demostrar que el originalismo a diferencia del constitucionalismo viviente, es una teoría de interpretación más apta ya que crea seguridad jurídica, previene arbitrariedades y protege la democracia.

A los efectos de mostrar la superioridad del originalismo se referirá asimismo a lo que puede ser entendido como su sombra, o *partenaire* usual, el constitucionalismo viviente. Esta corriente de interpretación constitucional tiene mucha aceptación dentro de los protagonistas del derecho constitucional, ganando discípulos en las últimas décadas. Propone la necesidad de adaptar la constitución al contexto actual, dejando a un lado en ciertas ocasiones lo que establece y realizando una construcción sobre esta que suele estar basado en factores sociales y políticos. El problema de esta teoría radica en que la posibilidad de modificar lo establecido en el texto trae aparejado discrecionalidad en los jueces y, además, no hay una clara de separación de poderes al interpretar la constitución a partir de cuestiones sociopolíticas, en violación del sistema democrático.

El originalismo es una teoría de interpretación constitucional que le pone fin a todos los conflictos que presenta su rival. Para encontrar el significado de cierta parte del texto que no resulta clara busca en cual fue la intención de los constituyentes o cual era el significado regular del término en la época fue sancionada. De este modo,

previene arbitrariedades, genera seguridad jurídica y protege la separación de poderes ya que nunca interpreta ante cierta discrepancia al texto con un método distinto a los previamente empleados. A pesar de que el originalismo tiene ciertos problemas que serán reflejados en este trabajo esta corriente es la más apta para emplear como guía de interpretación constitucional ya que los desafíos que presenta no resultan en un perjuicio jurídico a diferencia del constitucionalismo viviente.



Universidad de
San Andrés

Capítulo I: Historia de la Constitución Nacional y el originalismo

Contexto en el que fue sancionada

La Constitución Nacional, de ahora en adelante, "CN", fue sancionada en medio de un contexto político difícil para la Argentina que todavía no había logrado asentar sus bases. La nación estaba dividida como consecuencia del conflicto entre unitarios y federales. Existía una necesidad imperante de construir y unificar formalmente la república.

La confederación dividida por dos corrientes opuestas sobre cómo debía estar asignado el poder llega a su fin en la Batalla de Caseros, en la que Justo José de Urquiza, líder de los federales, supo vencer. La consecuencia que trajo aparejada esta victoria fue el Acuerdo de San Nicolás donde se establece la obligación de conformar una convención constituyente.

Este grupo tenía la asignatura de redactar el texto que le otorgara un marco jurídico a la nación bajo un sistema federal. Para eso, cada provincia envió delegados y, a su vez, grandes pensadores de la época fueron convocados para esta tarea.

Redactar la constitución no fue una tarea sencilla, llevo más de un año de discusiones sobre las formas que debía adoptar el gobierno, los derechos fundamentales que se les iban a conceder a los ciudadanos y como el poder estaría dividido. Otras cuestiones esenciales fueron como impulsar la economía y el desarrollo de una nación nueva, así como, la educación como eje central para el progreso.

La convención constituyente tomó ciertos textos y precedentes mundiales para redactar la CN. Se inspiraron en ciertos modelos porque eran ejemplos del tipo de nación que querían construir. Una que esté destinada al progreso, desarrollo económico y que por sobre todo sea libre.

Inspiración en la constitución estadounidense y *El Federalista*

La constitución estadounidense fue el precedente más relevante que Juan Bautista Alberdi tomó a la hora de configurar la CN. El objetivo era crear una república federal con una clara separación de poderes basada en el liberalismo. Por este motivo, se tomó la constitución estadounidense, que era la más liberal y pionera para la época.

Inspirándose en el texto extranjero y obras como *El Federalista*, Alberdi empleó como ejemplo para determinar qué tipo de nación quería que la Argentina sea. Tomó los puntos más relevantes de la constitución estadounidense.

El federalista fue el texto sobre el que se basó la constitución estadounidense, que determinó la necesidad de una república federalista para tener una nación próspera. A través de las ideas liberalistas discutidas a lo largo de estos ochenta y cinco ensayos se atacaba a la confederación vigente de ese momento. Expresando la necesidad del federalismo a través de una discusión filosófica sobre la división de poderes.

En el federalista se hace especial hincapié en la separación de poderes. Se plantea un sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) por el cual se balancea el poder en donde cada uno de ellos opera de manera independiente y limita al resto. De este modo, se evita que la conjunción de la suma de poderes recaiga en una sola cabeza.

But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving those who administer each department, the necessary constitutional means, and personal motives, to resist encroachments of the others.¹

Esta cita de Madison demuestra que una gran preocupación era la concentración del poder ya que genera que los derechos fundamentales estén en riesgo. El fin era evitar una tiranía que se caracteriza por una persona o por un grupo de personas que poseen la totalidad del poder que concluye en el menoscabo de derechos de ciertos grupos.

Estas mismas ideas lograron ser trasladadas a la constitución estadounidense sancionada que al día de hoy sigue vigente. Marcó un hito histórico al ser la constitución más liberal hasta ese entonces, estableciendo una división de poderes: ejecutivo, judicial y legislativo, que hasta ese momento nunca había sido desarrollada. Asimismo, consagra una amplia protección de derechos fundamentales que resulta completamente vanguardista para la época.

La Convención Constituyente en Argentina decidió tomar este precedente como muchos otros países del mundo para configurar la CN. Era claro que el texto constitucional estadounidense incentivaba el desarrollo económico de la nación y había logrado crear bases sólidas para un estado nuevo.

Paralelismo entre la constitución estadounidense y la CN

En primer lugar, el republicanismo fue elegido para ser el marco bajo el cual el estado iba a funcionar. Fue la decisión más importante al moldear la CN, al reflexionar que tipo de nación se aspiraba tener. La república sostiene la soberanía popular, la

¹ Cooke, Jacob Ernest. (1961) *Federalist*. Middletown, Conn, Wesleyan University Press. p. 349.

igualdad y la separación de poderes. Es tan relevante que fue determinado el primer artículo de la CN: “La nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.²

En segundo lugar, se tomó el federalismo de la constitución estadounidense. De modo que, el poder en gran parte se mantiene en el gobierno central y se le otorga cierta autonomía a las provincias como bien determina el artículo 1 de la CN. La división de poderes está claramente establecida en la CN en los artículos 121, 122 y 123. El ejemplo estadounidense es evidente, las provincias mantienen su autonomía siempre respetando a la CN y delegando ciertas atribuciones de forma completa a la nación.

En tercer lugar, la constitución estadounidense es empleada a modo de ejemplo para consagrar los derechos fundamentales. Estos son establecidos de forma robusta. El derecho a la libertad es la base de la república, determinado por el artículo 14, así como, el derecho a la igualdad establecido en el artículo 15. La relevancia que se les otorga a estos derechos demuestra el intento de los legisladores de replicar las ideas liberalistas estadounidenses en la CN.

En cuarto lugar, el artículo 30 es tajante en que existe solo un procedimiento para poder reformar la CN y el mismo texto lo establece. Por lo tanto, el texto es inmodificable excepto que se lleve a cabo el debido proceso establecido. No hay lugar para excepciones, no se puede modificar la CN de otra manera que no sea la establecida en esta.

Por último, la CN se establece como la ley suprema, en cuanto todo lo que sea sancionado bajo el territorio argentino deberá estar en concordancia con esta, sino

² Constitución Nacional, Artículo 1.

no tendrá validez alguna. Nuevamente se toma el ejemplo estadounidense para establecer la jerarquía constitucional, formando una pirámide que resulta esencial para entender que nada está sobre la CN.

Es innegable que la constitución estadounidense fue la que inspiró a la Convención Constituyente del 53. A pesar de que muchos autores sugieren que se tomaron como ejemplo modelos constitucionales europeos como Francia, esto no resulta cierto. La primera constitución federalista que se sancionó fue la estadounidense³. Era la única que planteaba una separación de poderes clara en la que uno controle al otro y ninguno tenga la posibilidad de tener más poder que otro. Probablemente el punto más relevante para remarcar esta similitud es la diferencia establecida en la CN de poderes constituyentes y poderes constituidos, como bien se establece en *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*.⁴ En cuanto la jerarquía es otorgada a la CN para que no exista duda de que los poderes constituidos por el poder legislativo deben estar en concordancia con la CN y están por debajo de ella.

Esta distinción tiene relación directa con el control de constitucionalidad que el poder judicial está facultado a realizar en la CN. Los sistemas europeos (como ser Francia) al momento de la sanción de la CN no contaban con este instrumento y al día de hoy no facultan al poder judicial para ello, sino que existen cortes constitucionales conformadas específicamente para esta labor. No existe tal diferencia como la que

³ García-Mansilla, Manuel José, y Ramírez Calvo, Ricardo. (2008) *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Virtudes Editoriales Universitarias. p. 10.

⁴ García-Mansilla, Manuel José, y Ramírez Calvo, Ricardo. (2008) *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Virtudes Editoriales Universitarias. pp. 12-13.

determina la CN de poderes constituyentes y poderes constituidos porque el control que se realiza sobre el segundo es político, no judicial.⁵

Las Bases de Alberdi

Previo a ser sancionada la CN, el mismo Alberdi creó *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*⁶, que como bien dice el nombre fueron las columnas sobre la que se construyó la Carta Magna. El legislador fue contundente en la configuración del texto al establecer los principios sobre los que se debía organizar políticamente el país.

Alberdi, creía fervientemente en que la república debía tener cimientos fuertes en un momento de la historia en la que la soberanía popular no era lo común y mucho menos el derecho a la igualdad, como bien sostiene en *Las Bases*.

El objetivo era simple, configurar una nación moderna destinada al desarrollo económico. Alberdi, sostenía que el progreso de la Argentina dependía de cómo sería configurada la CN. Se toma el modelo estadounidense ya que este había resultado exitoso. Esa es la razón detrás de la imposición del tajante derecho a la propiedad privada y el expreso fomento a la inmigración extranjera en la CN.

El constituyente eligió creer que el modelo estadounidense era el más apto para formar al país. Este todavía era vanguardista, sostenía un sistema totalmente disruptivo para el momento de la historia. A pesar de que las ideas liberalistas y republicanas estaban en auge eran muy pocos los estados que las materializaban.

⁵ García-Mansilla, Manuel José, y Ramírez Calvo, Ricardo. (2008) *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Virtudes Editoriales Universitarias. pp. 12-13.

⁶ Alberdi, Juan, B. (2003) *Bases Y Puntos De Partida Para La Organización Política de La República Argentina*. Estudio preliminar: Gustavo Varela. Terramar Ediciones.

Argentina supo ser uno de ellos, pionero sin lugar a duda en América Latina y en el mundo. No existían constituciones liberales en donde se determinaba semejante protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, en esa época.

Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina refleja el proyecto que tenían los constituyentes de apostar en la Argentina, de crear una república sólida y de ser un ejemplo para el mundo. El texto funcionó como una anticipación de lo que al año siguiente fue determinado en la CN.

El texto toma los puntos más relevantes del federalismo. Uno de ellos es el sistema de pesos y contrapesos estableciendo una clara separación de poderes para evitar la concentración de poder.

Al día de hoy, *Las Bases* que supieron ser las columnas sobre las que la CN se asentó siguen marcando la identidad del país, son los claros lineamientos de la CN, es un borrador de lo que luego se ejecutó como ley suprema.

La CN llegó para asentar una serie de principios esenciales que reflejan el espíritu de la nación argentina, tomando como precedente constitucional a los Estados Unidos.

Como bien entienden García Mansilla y Ramírez Calvo en su libro *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana* existe gran reticencia a la idea de que nos basamos en el sistema estadounidense constitucional para configurar la CN. Resulta difícil entender el porqué. Comprender nuestras raíces no significa adherirnos cultural o políticamente a ese país.:

Pareciera que muchos autores creen que aceptar el hecho de que la Constitución de Filadelfia fue el modelo de la nuestra, implica necesariamente profesar

admiración ciega por los Estados Unidos o adherir a sus costumbres o a sus políticas.⁷

Bajo ninguna circunstancia el ejemplo que tomaron los legisladores hace casi dos siglos, en materia constitucional, nos convierte hoy en un país idéntico o similar a este. Tener registro de cómo se originó nuestra CN nos ayuda a entender cuáles fueron las intenciones e ideas de la convención constituyente. Poder hallar respuestas en los recursos que fueron tomados es valioso, negarlo simplemente genera una distancia que cada día incrementa con los principios que la convención constituyente quiso establecer.

Resulta necesario desarrollar el contexto en el que fue sancionada la CN para poder reflejar los objetivos que este texto persigue. A la hora de analizar teorías de interpretación constitucional es interesante evaluar si aspiran a seguir los objetivos propuestos históricamente por la CN o no.

A continuación, se explicarán en profundidad las dos corrientes de interpretación constitucional con mayor predominancia y, así, destacar las bases de cada una de ellas y su relación con la CN.

Originalismo

If the earth be the gift of nature to the living, their title can extend to the earth in its natural state only. The improvements made by the dead form a debt against the living, who take benefit of them. This debt cannot be otherwise

⁷ García-Mansilla, Manuel José, y Ramírez Calvo, Ricardo. (2008) *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Virtudes Editoriales Universitarias. p. 19.

discharged than by a proportionate obedience to the will of the Authors of the improvement. (Letter from James Madison)⁸

Madison fue una de las figuras más importantes en la historia del derecho constitucional del mundo. Uno de los redactores de *El federalista* y uno de los constituyentes de la constitución estadounidense. Sus ideas fueron la inspiración de muchas constituciones alrededor del mundo y al día de hoy son de las más relevantes en materia constitucional.

Madison, sin saberlo fue el primer originalista. Fue un defensor de la integridad de la constitución a lo largo del tiempo. Asimismo, estableció que esta debe ser interpretada tomando el espíritu que tuvieron los constituyentes al momento de redactarla.

La cita mencionada previamente demuestra lo que intentó transmitir Madison, que los vivos tienen una deuda con los muertos que fueron quienes nos dejaron esta tierra, quienes construyeron todo o gran parte de lo que existe hoy. Los vivos sacamos provecho de todo lo que dejaron atrás en este mundo los muertos, es decir, aquellos que configuraron la constitución. Esta deuda consiste en que aquellos que sancionaron la constitución cumplieron un rol esencial en la organización de la nación, creando un texto único. Por esa razón debe prevalecer el pasado por sobre el futuro.

La única forma de saldar esta deuda es honrar la voluntad de los constituyentes que nos dejaron todo lo que construyeron, de modo que, se debe obedecer con lo que estos quisieron transmitir en lo que redactaron.

Por lo tanto, la base del originalismo está plasmada en la cita previamente mencionada. Refleja exactamente la razón detrás la cual se debe interpretar la

⁸ Wurman, Ilan. (2017) *A Debt Against the Living: An Introduction to Originalism*. Cambridge University Press.p. 3.

constitución a través de su significado original, que es que se le debe respeto a quienes sancionaron la constitución. Por lo tanto, hay que tener en cuenta cuales eran las intenciones de los constituyentes al realizarlo.

¿Que es el originalismo?

“Those who framed the Constitution chose their words carefully; they debated at great length the minutest points. The language they chose meant something.” (Attorney General Edwin Meese - 1985)⁹

El fiscal americano Edwin Meese, fiel originalista, hizo esta declaración en el año 1985 en respuesta a los dichos del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William J. Brennan Jr. quien sostenía que para interpretar correctamente la Constitución había que adaptarla al momento en el que se juzgaba un caso.

No existe una fecha exacta en la que se pueda determinar que nació el originalismo. Históricamente no existía una forma de interpretar las normas que no sea textualmente porque es la forma más natural que surge. De todos modos, se podría sostener que la fundación de la *Federalist Society* en Estados Unidos en 1982 puso el foco en el originalismo por medio de una serie de académicos exponiendo argumentos sólidos.¹⁰

El originalismo surgió como corriente de interpretación constitucional en Estados Unidos. Se caracteriza por sostener que la constitución es el límite que tienen los tres poderes de un estado federal. La constitución está por sobre todo y tiene un

⁹ Wurman, Ilan. (2017) *A Debt Against the Living: An Introduction to Originalism*. Cambridge University Press. p.21.

¹⁰ Scalia, Justice Antonin, and Calabresi, Steven G. (2007) *Originalism: A Quarter-Century of Debate*. Regnery Publishing, Inc. pp.1-2.

significado limitado, fijo. Este no evoluciona ni se modifica dependiendo de la época o cambios sociales.

Esta corriente propone que interpretar la ley entendiendo su significado a través de la intención del constituyente logra uniformidad en la aplicación de la normativa. Si existe solo una manera de interpretar una norma no hay lugar para la arbitrariedad.

La referencia al pasado asegura que no haya arbitrariedad ya que existe una asimetría entre el presente y el pasado que no existe entre el presente y el futuro, ya que podemos saber qué ocurrió pero no lo que ocurrirá, o nunca tan bien lo que ocurría como lo que ocurrió.

Distintas corrientes dentro del originalismo

La primera que se estableció fue el llamado originalismo de intenciones. Este se caracteriza por analizar cuál fue la intención del constituyente al momento de sancionar la CN. Es la búsqueda de la intención de los constituyentes. Lo mismo que Madison sostiene, que los vivos deben respetar la intención del constituyente (de los muertos).

Aquellos que sostienen que esta es la mejor forma de interpretación constitucional basan su argumento en que la voluntad del constituyente es lo más relevante para entender la norma. Es decir, que es necesario comprender que es lo que este quiso al momento que decidió implementar esta norma y en el que se sancionó la constitución.

En cierto sentido, cada vez que queremos entender una acción lo que nos preguntamos es la intención de quien realizó una acción. Con la comunicación en general pasa lo mismo, nos preguntamos qué nos quisieron decir, y si el derecho es

una forma de comunicación, entonces nos preguntamos qué es lo que se quiso decir en el texto constitucional. Esto claramente es lo que ocurre en el tiempo presente y es natural extenderlo hacia el pasado. El originalísimo plantea que lo que se debe hacer es extender al pasado para comprender en el presente.

Para poder encontrar la intención de quienes redactaron y sancionaron la constitución hay que realizar un trabajo exhaustivo. Se debe buscar en los documentos históricos que era lo que discutían los constituyentes, sea porque estos documentos fueron producidos por estos actores o porque esos documentos pueden ayudar a entender que querían lograr cuando lo redactaron. Estos documentos pueden ser correspondencia o transcripciones de las sesiones de la convención constituyente.

No siempre es fácil encontrar estos escritos o que en ellos exista una respuesta clara del propósito de este grupo. Asimismo, tampoco existe certeza de que lo que se vea reflejado en uno de estos textos represente la voluntad de toda la convención constituyente. Por lo tanto, siempre es necesario hacer una importante investigación de todos los documentos que existen de la época y así reunir toda la información disponible.

La otra corriente dentro del originalismo es la más moderna, sería como un intencionalismo de segundo orden. Va más allá de las intenciones del constituyente, ya que esta surge a partir de la interpretación de lo que hacía el significado usual o estándar en su época, es decir, el significado popular que tenían los términos empleados en la constitución al momento de su sanción y ratificación.

Esta corriente basa su argumento en que la constitución fue escrita de cierta forma para que toda la población la pueda comprender. Que en su gran mayoría está

conformada de un modo simple, no técnico. El objetivo siempre fue que la ciudadanía comprenda qué derechos tiene, que la constitución sea un texto al que pueda acudir cualquier persona. Dado que es un texto dirigido al público en general no es necesario tener un conocimiento técnico para poder comprender lo que establece.

Esta teoría reformula tomar la intención de los constituyentes de forma estricta como plantea la primer corriente, y se enfoca en el significado de las palabras en esa época determinada.

La metodología originalista

Según Lawrence Solum hay una serie de pasos a seguir para la construcción de la interpretación original del texto.¹¹ Estos son los siguientes:

Para empezar, hay una forma de encontrar el significado, que para ello se tienen que distinguir los distintos sentidos posibles. Dentro del discurso legal existen tres tipos de sentidos en el significado. Estos serían el de aplicación, el teleológico y el comunicativo. El primero, sería las implicancias de un texto legal que genera sobre casos legales particulares. El segundo, sería el propósito con el que se sancionó una norma. El tercero, es el significado lingüístico de un texto.¹²

A pesar de que dentro de la teoría originalista el sentido de aplicación y teleológico cumplen roles importantes, el significado original u originalista de un concepto está en el sentido comunicativo que tiene la norma.¹³ Por lo tanto, resulta esencial tomar

¹¹ Solum, Lawrence B. (Winter 2017) *Originalist Methodology*. The University of Chicago Law Review 84, no. 1. (pp. 269-272).

¹² Solum, Lawrence B. (Winter 2017) *Originalist Methodology*. The University of Chicago Law Review 84, no. 1. pp. 270-271.

¹³ Solum, Lawrence B. (Winter 2017) *Originalist Methodology*. The University of Chicago Law Review 84, no. 1. p.271.

el tipo de significado correcto en pos de llegar al resultado original, que sería el comunicativo.

El siguiente paso es el de analizar qué tipo de contenido tiene la norma. El primero es el contenido comunicativo que refiere a lo que intentó transmitir el constituyente a la ciudadanía. El segundo es el contenido legal, es decir, es la construcción jurídica que realizan autoridades relevantes al texto, por ejemplo, los precedentes de la Corte Suprema.

A veces el contenido legal y comunicativo pueden ser idénticos, pero en otras ocasiones no lo son. Suele suceder que en ciertas normas hay mucho más contenido legal por la doctrina jurídica que la interpretó que contenido comunicativo. De todos modos, es importante tener a ambos en consideración.¹⁴

El siguiente paso es la (*Interpretation and Construction*), es mejor tomar la definición en inglés ya que en español ambos recaen bajo el concepto interpretación y resulta complejo hacer una diferenciación.

Constitutional interpretation se refiere a los textos que toman el contenido comunicativo de la constitución. En cambio, *constitutional construction* es el análisis de la doctrina jurídica que estudia la constitución y del efecto que generan las normas constitucionales.¹⁵ En la lectura constitucional excepcionalmente se debe recurrir a la *constitutional construction* cuando resulta imposible imposible hacer una *interpretation*, esa es la única situación en donde en el originalismo se permite realizar una *constitutional construction*, sujeta a la estructura de análisis originalista.

¹⁴ Solum, Lawrence B. (Winter 2017) *Originalist Methodology*. The University of Chicago Law Review 84, no. 1. pp. 271-272.

¹⁵ Solum, Lawrence B. (Winter 2017) *Originalist Methodology*. The University of Chicago Law Review 84, no. 1. p. 272.

Tesis originalistas

Existen 4 tesis desarrolladas que propone el originalismo que Lawrence B. Solum las refleja de esta manera: *the fixation thesis*, *the public meaning thesis*, *the textual constraint thesis* y *the interpretation-construction distinction*.¹⁶

La primera sostiene el significado lingüístico que fue establecido en la constitución al momento que sancionó y ratificó está fijado. La segunda se refiere a que refiere al significado de público conocimiento toma cómo se entienden ciertas palabras o conceptos en la época en la que la constitución fue sancionada, no las intenciones del constituyente. La tercera, la tesis textualista establece que el texto escrito es la ley, no simplemente un símbolo y que hay que interpretarlo tomando el significado original. La última, es la diferencia entre *interpretation* y *construction* tal como fue desarrollado previamente.

Todos los originalistas no piensan igual ni sostienen las mismas ideas. De todos modos, la gran mayoría de ellos sostiene la tesis de la fijación ya que es uno de los argumentos más importantes que este grupo presenta es que la constitución es un texto fijo. Asimismo, la tesis textualista es ampliamente apoyada ya que el originalismo y el textualismo tienen una relación muy estrecha. Para ser originalista no es necesario sostener exclusivamente una de estas tesis, sino que varias de ellas pueden ser defendidas simultáneamente. De todos modos, es necesario defender la tesis de la fijación del texto y la tesis formalista para ser originalista ya que son las bases más relevantes dentro de esta teoría de interpretación constitucional.

¹⁶ Bennett, Robert W., and Solum, Lawrence B. *Constitutional Originalism: A Debate*. Cornell University Press, 2011. p. 4.

Capítulo II: El constitucionalismo viviente

El constitucionalismo viviente es una corriente de interpretación constitucional opuesta en varios aspectos al originalismo, ya que, en vez de poner el foco en el significado original al momento de la sanción del texto, se centra en que lo determinado en la constitución evoluciona y debe ser adaptado a la actualidad. Si bien es una teoría amplia que resulta complejo definir de forma específica, sus lineamientos centrales son los siguientes.¹⁷

Determina que los principios y derechos fundamentales establecidos deben interpretarse de una forma amplia ya que por el pasar del tiempo estos se vieron modificados. Por lo tanto, el derecho constitucional evoluciona con el paso del tiempo para adaptarse a las circunstancias y valores que se vieron modificados. De manera que, se busca el significado lingüístico actual y no centrarse en el original ya que no se adapta al contexto actual.

Asimismo, es definida como una teoría política que en ciertas circunstancias tiene como fin justificar un estado burocrático de bienestar, por ejemplo, lo que fue el *New Deal* en Estados Unidos, claramente diferente al Estado de los inicios de la Constitución. Por ende, intenta a través de sus interpretaciones responsabilizar al estado de que garantice el acceso a derechos como ser la salud y la educación. Se hace hincapié en los derechos sociales y en la necesidad de que un estado tome un rol activo respecto a los derechos de los ciudadanos.

¹⁷ Bennett, Robert W., and Solum, Lawrence B. (2011) *Constitutional Originalism: A Debate*. Cornell University Press. p. 66.

Por lo tanto, propone una mutación de la interpretación constitucional con el tiempo. Estas no deben ser rígidas, es necesario que estén abiertas para poder ser modificadas dada la constante evolución. De esta manera, es posible para los jueces poder ir modificando construcciones constitucionales realizadas en el pasado y adecuarlas a la actualidad.

Los académicos que sostienen esta postura determinan que si la constitución no evoluciona entonces se crearía un problema social importante ya que esta no estaría adaptada a la sociedad actual. Por lo tanto, el enfoque no está puesto en el texto en sí, sino que en cuales son los efectos que genera socialmente.¹⁸

La Corte Suprema entonces tiene el deber de analizar no solo la lingüística de las normas y la intención de los constituyentes, sino también cómo fue mutando la sociedad del momento que fue sancionado el texto a hoy. Por lo tanto, los jueces tienen un rol activo ya que están encargados de realizar una construcción sobre lo determinado en el texto y no solamente encontrar el significado original. Deben realizar una construcción constitucional más que solo una interpretación.

Es esencial resaltar cuánto difiere el rol que tiene la Corte Suprema según el constitucionalismo viviente a diferencia del originalismo. Mientras el primero propone un rol activo por parte de los jueces en donde es necesario que realicen construcciones constitucionales a partir de lo establecido en la Constitución, el segundo sostiene que los magistrados realicen una interpretación.

De todos modos, el constitucionalismo viviente propone ciertos límites a la hora de adaptar la constitución. La forma en la que se lo interpreta debe guardar relación con

¹⁸ Strauss, David A. (2010) *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press. p.2.

los principios constitucionales y debe ser justificado de forma razonable. Por lo tanto, no cualquier circunstancia puede afectar la construcción constitucional, sino que tiene que existir cierto grado de razonabilidad.

Warren Court

El constitucionalismo viviente o la constitución viviente, términos que surgen del inglés, haciendo alusión a *living constitutionalism* o *living constitution*, es una rama de interpretación constitucional que se constituyó en los Estados Unidos.

Gran parte del apoyo que tiene esta teoría de interpretación constitucional surgió a base del apoyo que tuvo la *Warren Court*, que marcó un momento histórico en cuanto a la protección de derechos. Esta impulso al constitucionalismo viviente en los años 50 y 60, el período en el que se desarrolló la *Warren Court*. Se la denominó de esta forma a la Corte Suprema de los Estados Unidos en ese lapso de tiempo específico ya que fue liderada por el Juez Earl Warren y, a su vez, tiene gran reconocimiento histórico por haber dictado fallos que tuvieron un gran impacto social.

Esta corte se caracterizó por poner a un lado las intenciones de los constituyentes, que creían que no eran necesarias para interpretar la constitución.

David A. Strauss, determinó de forma clara la razones por las cuales el constitucionalismo viviente debe ser tomado como teoría de interpretación constitucional en la siguiente cita:

Why do we care about the Framers of the Constitution? After all, they lived long ago, in a world that was different in countless ways from ours. Why does it matter what their views were, for any reasons other than purely historical ones? And if we don't care about the Framers, why do we care about their handiwork, the Constitution itself? It was the product of the Framers' times and the Framers' sensibilities. What

possible reason can we have for allowing its provision to rule us today? ¹⁹

La posición de Dworkin respecto a la interpretación constitucional

Ronald Dworkin, uno de los filósofos del derecho más importantes del último siglo trata la interpretación constitucional en el *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. ²⁰

En este libro desarrolla con profundidad su propia teoría, que surge en base al constitucionalismo viviente. Plantea que la constitución es política y que la forma correcta de encontrar su significado es a través de una interpretación moral. Es necesario realizar esta interpretación ya que las constituciones modernas establecen los derechos fundamentales de manera amplia y abstracta. Por lo tanto, para poder establecer los límites de estos y su correcta aplicación, se debe llevar a cabo el método que propone.

El autor plantea que, para comprender los derechos fundamentales en una constitución, ya sea un juez, abogado o ciudadano, es necesario tomar los principios morales a los que se refiere la norma. Es decir, que existe un principio moral en el derecho, que cada persona entiende puede que, de forma distinta, y éste será el que delimita ante un conflicto constitucional.

Dworkin establece que la interpretación moral inserta en el centro de la discusión constitucional a la moralidad política. En los sistemas en los que existe un control de

¹⁹ Strauss, David A. (2003) *Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle*. The Yale Law Journal 112, no. 7. p.1717. <https://doi.org/10.2307/3657499>.

²⁰ Dworkin, Ronald. (1996) *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press. pp.2-4.

constitucionalidad realizado por una corte suprema, parte del poder judicial establecido, la autoridad de entender y decidir cuál es la moralidad política recae sobre los jueces. Por esa razón, es que se suele argumentar que una interpretación moral lleva a que los jueces tomen su propia moralidad a la hora de juzgar, disfrazada de la moralidad política.

De todos modos, según Dworkin la moralidad de cada juez al juzgar es la moralidad política que se encuentra en la constitución. Por lo tanto, resulta claro encontrar la ideología política de un juez por cómo juzga, porque la moralidad política que interpretó esta autoridad del texto es su entendimiento de los valores centrales integrados en la constitución.

Según Dworkin, la interpretación moral no tiene ideología política, sino que es moldeada por quien intenta analizar una norma constitucional. Los jueces y abogados de forma sistemática cuando analizan la constitución lo hacen analizando los requisitos morales de la normas y a partir de eso juzgan. Sostiene que es imposible llevar a cabo esta tarea sin dejar interferir la interpretación moral.

Por lo tanto, Dworkin plantea que es imposible que al realizar una interpretación no sea moral y que esta funciona a través del método que él desarrolla como *moral reading*. Que en la práctica constitucional lo que se realiza es la interpretación moral que implica una lectura por parte de los jueces de la moralidad integrada en la constitución.

De todos modos, no es correcto que es imposible separar la moralidad a la hora de interpretar la constitución. El originalísimo al plantear un análisis de esta basado en la intención de los constituyentes o el significado ordinario de los conceptos empleados en el momento que fue redactada deja a un lado la moralidad. Los jueces

adoptando la teoría originalista son capaces de realizar una interpretación meramente teórica, sin emplear razones morales ya sea de forma consciente o inconsciente.

El problema que Dworkin determina surge a partir de una falta de uniformidad en cómo se debe interpretar el texto que muchas veces lleva a que los jueces intenten encontrar el significado sin un método teórico estricto.

El originalismo simplemente no les otorga la posibilidad a los jueces a realizar un razonamiento moral porque se toma un análisis teórico en donde la moralidad no aparece.

Posible conexión entre el originalismo y el constitucionalismo viviente

Según Balkin, existen dos situaciones en donde se necesita construir sobre la constitución. La primera, es cuando el texto es escueto en cierto tema y para poder definirlo de forma concreta es necesario desarrollar doctrinas o decretar leyes. La segunda, es cuando es necesario crear leyes o incluso instituciones estatales para cumplir con el propósito constitucional.

En el texto, *Framework Originalism and the Living Constitution*, Balkin²¹ propone la siguiente tesis acerca de la posible conexión entre el originalismo y el constitucionalismo viviente, sosteniendo que es viable unificarlas y así crear una teoría de interpretación constitucional.

Según Balkin, el originalismo busca el significado original y da lugar a las siguientes generaciones a que construyan sobre ese espacio vacío. Los constitucionalistas vivientes vienen a tomar ese espacio ya que estos realizan una construcción

²¹ Balkin, Jack, M. (Spring 2009) "Framework Originalism and the Living Constitution." *Northeastern University Law Review* 103, no.2. pp.560-561.

constitucional. Por lo tanto, sobre la base que los primeros interpretan, los segundos construyen. No están en conflicto, sino que se conectan, uno hace al otro. La lógica entonces sería que una corriente construye sobre la base que generó la otra, pero en la práctica no funciona así. El problema surge cuando no es suficiente crear una doctrina sino que se debe reformar una parte del texto ya que la construcción constitucional se da en el mismo espacio y tiempo que las modificaciones. Lo que puede suceder sería que uno de los procesos sustituya al otro, que no sería correcto al ser dos tareas diferentes.

Balkin entiende que hay casos en los que la Constitución no es muy específica entonces cualquiera de los dos procesos podría llevarse a cabo, es decir, es posible realizar una construcción constitucional o una reforma constitucional, que podrían concluir en un mismo resultado. Pero, al ser procesos distintos la práctica de ellos no necesariamente siempre logra lo mismo.

Por lo tanto, el autor desarrolla que en ciertas discusiones constitucionales importantes una construcción puede no ser suficiente, sino que hay que recurrir a una reforma constitucional. Una construcción suele tener una menor duración que una modificación que tiene un carácter permanente en principio. Así como, una modificación constitucional en muchos casos puede ser una tarea de la que se puede prescindir por las implicancias que conlleva. Generalmente, es más simple crear una doctrina que genere una precedente jurisprudencial que sea replicada en los casos que presenten un conflicto de la misma naturaleza en el futuro.

El constitucionalismo viviente como medio para implementar políticas de estado

En Estados Unidos durante la segunda parte del s.XX hubo una gran predominancia de jueces en la Corte Suprema que entendían que la constitución debe ser analizada a partir de las bases que propone el constitucionalismo viviente. El momento de auge fue con la *Warren Court*, liderada por el juez Earl Warren y en la que también participaba el juez William J. Brennan. Jr. Estos dos jueces fueron vitales en la conformación de un tribunal superior con una determinada interpretación constitucional.

La *Warren Court* fue un momento relevante en la historia estadounidense porque la Corte Suprema aceptó y convalidó en una serie de fallos la construcción política constitucional. Es decir, el tribunal supremo estaba de acuerdo con las políticas encabezadas por el poder ejecutivo y creía que era su deber el de convalidar constitucionalmente estas y así darles más predominancia.

Decisiones como el *New Deal* permitieron que el gobierno estadounidense genere una estructura administrativa que apoye las nuevas políticas de estado, que cabe aclarar que fue previo a la *Warren Court*, pero que fue posible gracias a interpretaciones basadas en el constitucionalismo viviente. Asimismo, la convalidación constitucional significó que estas perduren en el tiempo.²²

²² Balkin, Jack, M. (Spring 2009) *Framework Originalism and the Living Constitution*, Northwestern University Law Review 103, no. 2. p. 562.

El objetivo del constitucionalismo viviente es en ciertas ocasiones ser funcional al poder ejecutivo y legislativo, crear una serie de políticas en conjunto, de manera tal que uno soporte al otro.

This is the central insight of living constitutionalism: state-building by the political branches and judicial constructions are, generally speaking, mutually productive and mutually supportive. To use the metaphor of the living constitution, they grow up together. That is why the New Deal precedents are durable. We have not built upon them because we think they are correct; we think they are correct because we have built so much upon them.²³

Esta cita de Balkin expone claramente el objetivo que es emplear la constitución como medio para convalidar políticas de estado establecidas por otros poderes, que sin el aval constitucional no podrían hacerse efectivas o durar en el tiempo. Se genera un soporte mutuo entre la política y las construcciones judiciales. De esta manera el constitucionalismo viviente históricamente ha sido funcional a otros órganos del estado para poder implementar políticas de estado. Donde más allá de lo que declara la constitución, lo que importa es qué interpretación hay que darle a lo que establece para que sea útil para el aparato político. Va más allá de si es correcta o no la construcción constitucional sino que todo lo que es posible implementar o mejorar a nivel político por medio de ella.

Hay una serie de ejemplos de esta actividad desarrollados en *Framework Originalism and the Living Constitution*²⁴ de Jack M. Balkin. Como los reflejados a continuación.

²³ Balkin, Jack, M. (Spring 2009) *Framework Originalism and the Living Constitution*, *Northwestern University Law Review* 103, no. 2 p. 562.

²⁴ Balkin, Jack, M. (Spring 2009) *Framework Originalism and the Living Constitution*, *Northwestern University Law Review* 103, no. 2 p. 562.

El mejor ejemplo fue el *New Deal*, un proyecto político implementado por el presidente Roosevelt en donde una serie de precedentes judiciales fueron esenciales para legitimarlo. Las construcciones constitucionales permitieron llevar a cabo el establecimiento de un estado de bienestar. Esto no hubiese sido posible si el jefe de estado no hubiera elegido ciertos jueces para la corte suprema que creían en esta corriente constitucional.

Por lo tanto, el efecto que tuvo el *New Deal* en los Estados Unidos fue que permitió que el estado tenga una mayor interferencia en la economía y la creación de una serie de agencias estatales.

Asimismo, la *Warren Court* convalidó una serie de leyes federales en Estados Unidos que prohibían la discriminación local y logró homogeneizar los derechos en el sur de este país con los del resto de la nación, en miras más liberales.

A diferencia del originalismo, el constitucionalismo viviente generalmente se enfoca en crear fines positivos sociales a través de las interpretaciones constitucionales. La constitución funciona como un medio para lograr ciertos objetivos. No se le otorga predominancia a lo que establece el texto, cuando en realidad si es que se desea hacer una modificación constitucional existe un instrumento para realizarlo.

Una reforma constitucional es posible ya que es una de las vías que otorga el texto en caso de que lo establecido no sea acorde con el estado. Los jueces de la corte suprema podrían prescindir de emplear sus facultades para reformar la constitución ya que existe un instrumento específico determinado para hacerlo.

Capítulo III: Comparación de las teorías constitucionales y conclusiones finales

A lo largo de este trabajo de investigación se analizó lo que es la CN, en que fue contexto fue sancionada, en qué fue inspirada y cómo según distintas corrientes es interpretada.

Al evaluar el originalismo con el constitucionalismo viviente se pueden llegar a una serie de conclusiones sobre los problemas que cada una de estas corrientes presentan y así reflejar cual es la más adecuada para tomar como teoría de interpretación constitucional.

Conflictos del originalismo

El originalismo presenta una serie de desafíos como teoría de interpretación constitucional que más allá de que puedan ser neutralizados resulta necesario tenerlos en consideración a la hora de defender esta postura.

En primer lugar, el originalismo presenta un conflicto a la hora de encontrar las intenciones de los constituyentes. No es una tarea fácil encontrar documentos que reflejen la postura de estos ya que han pasado muchos años. Estos documentos pueden haber sido perdidos o destruidos. En caso de ser encontrados es difícil que justo se trate lo que los jueces intentan dilucidar, y si es que lo trata puede que no la intención del constituyente no esté claramente definida escrita o pueda ser interpretada por lo determinado.

Por lo tanto, tomar al originalismo como teoría de interpretación constitucional implica realizar un trabajo complejo de búsqueda histórica que no siempre va a tener resultado o por lo menos un resultado esperado.

En segundo lugar, el originalismo no es flexible, es una corriente que se destaca por su rigidez, por mantener los conceptos de la CN casi inalterados desde el momento que se sancionó. Esta teoría nunca se basa en si es que la interpretación a la que concluye va a generar un fin social positivo o no, ya que se basa exclusivamente en lo establecido en el texto. Aquellos que se consideran originalistas realizan una clara separación del resto de los poderes del estado, respetando a rajatabla lo establecido por la CN en tanto que el poder judicial es independiente a ellos. No se toman decisiones influenciadas por otros órganos sino que totalmente tomadas por lo que surge del texto.

Por lo tanto, si lo determinado por la CN no se adecua a las circunstancias actuales la interpretación puede llegar a ser negativa respecto a objetivos sociales o puede no adaptarse a políticas de estado adoptadas.

En la actualidad la crítica más frecuente que se le realiza a esta teoría es que impone limitaciones a los derechos individuales tal como establece la CN. En una era en donde los derechos sociales están en auge, el originalismo impide realizar interpretaciones amplias de estos derechos en donde se obliga al estado a un acceso garantizado de ciertos derechos que no fueron previstos en la CN.

Esto es un problema para muchos, para otros es la mayor virtud del originalismo ya que no decide en base a criterios externos a la CN.

De todos modos, es importante resaltar que las dificultades que existen dentro del originalismo no influyen en la superioridad de esta corriente ya que todos los puntos problemáticos no son jurídicos. Por lo tanto, estas cuestiones carecen de relevancia dentro de la discusión constitucional, a pesar de que para muchos juristas si la tengan.

Conflictos del constitucionalismo viviente

Esta teoría de interpretación constitucional al entender que la constitución es un texto vivo que evoluciona genera ciertos conflictos a la hora de aplicarla. Como esta corriente está sujeta a tantas posibles construcciones resulta difícil delimitarla.

Esta teoría desvía el significado original, generando un importante problema ya que es la fuente necesaria para realizar una interpretación. Además, es muy complejo imponer un límite en la evolución del texto para los constitucionalistas vivientes porque no se puede establecer hasta qué punto la adaptación del texto es válida. A la hora de analizar los cambios en el tiempo para adaptarlos a lo establecido en el texto es muy relativo entender que tan profundo fue el cambio y hasta qué punto debe impactar sobre el significado original.

Al tener la necesidad de adaptar la CN a la actualidad la tarea que realiza esta teoría es la de una construcción constitucional frecuentemente cuando surge discrepancias en el significado de la constitución, cuando lo necesario suele ser una interpretación constitucional. Impone que los jueces modifiquen sobre lo establecido en el texto a la actualidad, no simplemente que lo apliquen. Lo que no está determinado por los constitucionalistas vivientes es cuánto puede diferir la construcción realizada del significado original de la CN. Por lo tanto, los jueces que toman esta corriente constitucional no tienen un límite claro en cuanto a la construcción que pueden crear.

Esto lleva a una falta de previsibilidad en cómo van a entender los jueces a la CN, generando incertidumbre jurídica en la ciudadanía. No poder garantizar estabilidad en la interpretación de la CN es un gran problema ya que al ser el texto con mayor jerarquía debería otorgar seguridad jurídica por sobre todo.

No solo existe incertidumbre porque los límites son difusos dentro del constitucionalismo viviente, sino que también la Corte Suprema puede ser arbitraria en sus interpretaciones. Hay lugar para la discrecionalidad en una teoría en la que no existe una obligación a tomar el significado original de la CN, sino que se puede construir sobre ella en base a lo que crea el magistrado que ha cambiado. Es relativa la evolución de la sociedad, no puede ser cuantificada y no hay ni tampoco va a haber un consenso común de en que y cuanto se vio modificada la CN a hoy.

Asimismo, presenta un riesgo para la democracia tal como está planteada en la CN ya que el constitucionalismo viviente sostiene la posibilidad de ser una herramienta para asistir al aparato estatal en cuanto a políticas de gobierno o de estado, siendo funcional al poder ejecutivo y el poder legislativo.

Esta corriente apoya el activismo judicial, donde el poder judicial toma en consideración cuestiones políticas a la hora de juzgar. Este es un gran conflicto ya que los límites son difusos dentro del activismo judicial y, además, al seguir con esta filosofía un sinfín de justificaciones pueden ser válidas para las interpretaciones constitucionales realizadas, violando la separación de los poderes.

En realidad el poder judicial debe ser independiente al resto y cumplir con lo establecido en la CN. Inspirado en el sistema de *check and balances* de *El Federalista*, donde los poderes son autónomos y se controlan entre sí para evitar la concentración de poder.

Beneficios del originalismo

El originalismo al ser una teoría de interpretación constitucional que se focaliza en el significado original de la CN, presenta una serie de beneficios. Como el texto es fijo y rígido según esta corriente, las interpretaciones también lo son. Por lo que es predecible cómo se interpretará la CN hoy o dentro del futuro. Esto genera seguridad jurídica ya que la ciudadanía goza de predictibilidad a largo plazo.

Asimismo, los jueces no dan lugar a la discrecionalidad a la hora de juzgar, ya que la interpretación tiene límites claros. De este modo, evita que los magistrados tomen decisiones basadas en criterios externos a la CN, estableciendo un claro límite al poder judicial.

Esta corriente también refuerza la separación de poderes establecida en la CN, ya que toma solamente lo determinado en el texto y no lo que responde a los otros poderes del estado. De modo que se cumple con los principios democráticos inspirados en la constitución estadounidense respecto a la separación de poderes.

Beneficios del constitucionalismo viviente

Esta teoría de interpretación constitucional tiene una serie de beneficios respecto a lo social, pero no en cuanto a lo constitucional, ya que su enfoque primario se encuentra en los efectos sociales que van a surgir a partir de la interpretación y, el enfoque secundario en el significado original de la CN.

El constitucionalismo viviente logra a través de sus construcciones constitucionales muchas veces ser coherente con políticas de estado o ser funcional a otros órganos del estado. Esto logra que muchos proyectos políticos se puedan llevar a cabo ya que existe un aval constitucional.

Por lo tanto, esta teoría genera un fin social positivo ya que logra adaptarse a cambios sociales a costas de lo que realmente sostiene la CN, que la interpretación debe basarse en lo establecido en el texto, ya que se construye, no se interpreta.

Conclusión

Este trabajo de investigación desarrolló en profundidad las bases del originalismo y del constitucionalismo viviente, realizando una comparación de que es y que implica tomar cada una de estas teorías como método de interpretación constitucional.

Resulta esencial tener en consideración lo desarrollado en el primer capítulo de este trabajo respecto a los orígenes de la CN para poder comprenderla mejor. Es innegable la inspiración estadounidense en la CN y es importante tenerlo presente, y así afirmar que nuestro sistema está basado en el ejemplo norteamericano y, no en el de otros estados europeos, como Francia.

No solo las similitudes entre la CN y la constitución estadounidense lo demuestran, sino que también los objetivos de la Convención Constituyente y *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. A partir de esta fuerte relación, la CN debe ser tratada como una liberal, en donde los derechos fundamentales son robustos y casi inalterables.

Al desarrollar el originalismo y el constitucionalismo viviente se analizó claramente los fines que persigue cada una de estas teorías, nuevamente tomando ejemplo estadounidense como guías por las similitudes en su derecho constitucional con el argentino.

A partir de la comparación de métodos de interpretación constitucionales se concluyó que el constitucionalismo viviente no es una teoría de interpretación, sino más bien

una teoría de construcción constitucional. Es una corriente que a la hora de intentar dilucidar el significado de lo establecido en la CN toma aspectos externos a lo constitucional que simplemente le generan un menoscabo a la CN. Esto no es correcto ya que lo determinado constitucionalmente no debe ser modificado en busca de fines sociales o proyectos políticos. Esto no significa que el originalismo no presente problemas como teoría de interpretación constitucional sino que a pesar de los desafíos que conlleva sigue siendo la corriente más apta para aplicar.

La CN debe ser preservada y solo criterios constitucionales deben ser considerados a la hora de interpretarla. No es necesario construir sobre la CN, simplemente se debe interpretarla porque el lenguaje empleado por la Convención Constituyente es claro y si no lo es, existen mecanismos originalistas para dilucidarlo. No es válido modificar la CN a la hora de interpretarla ya que para eso existe el instrumento de la reforma, creado con ese fin específico, en el Artículo 30 de la CN. Por lo tanto, no resulta apropiado que al momento de interpretarla se la modifique de manera periódica, ya que si es necesario hacer un cambio en lo que determina se debería reformarla de la forma prevista, con la convalidación de dos tercios del Congreso y la creación de una convención constituyente formada con ese fin.

A pesar de que haya habido una serie de cambios profundos del momento de sanción de la CN a hoy, es necesario mantener su significado original, eso es lo que esperaban los que la sancionaron. Además, de hacerlo no solo se preserva la estabilidad jurídica que es lo más importante que nos otorga la CN, sino que también se previene el abuso de poder por parte del poder judicial.

Por último, el constitucionalismo viviente permite arbitrariedades en sus construcciones constitucionales al tener límites abstractos y permite que los tres

poderes del estado se unifiquen en busca de objetivos comunes, en vez de operar de forma autónoma controlándose entre sí como lo establece la CN y así prevenir un menoscabo en la democracia.



Universidad de
San Andrés

Bibliografía

- Ackerman, B. (2007). *The Living Constitution*. Harvard Law Review, 120(7). pp. 1737–1812. <http://www.jstor.org/stable/40042636>
- Alberdi, Juan, B. (2003) *Bases Y Puntos De Partida Para La Organización Política de La República Argentina*. Estudio preliminar: Gustavo Varela. Terramar Ediciones.
- Balkin, Jack, M. (Spring 2009) *Framework Originalism and the Living Constitution*, Northwestern University Law Review 103, no. 2.
- Bennett, Robert W., and Solum, Lawrence B. (2011) *Constitutional Originalism: A Debate*. Cornell University Press.
- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Constitution of the United States of America.
- Cooke, Jacob Ernest. (1961) *Federalist*. Middletown, Conn, Wesleyan University Press.
- Drakeman, Donald, L. (2020) *The Hollow Core of Constitutional Theory: Why We Need the Framers*. Cambridge University Press.
- Dworkin, Ronald. (1996) *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press.
- García-Mansilla, Manuel José, y Ramírez Calvo, Ricardo. (2008) *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Virtudes Editoriales Universitarias.
- Laise, Luciano, D. (mayo-agosto 2019) *El constitucionalismo viviente: Método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades*. UNED, Revista de Derecho Político N. 105. pp. 225-250.
- O'Neill, Jonathan. (2007) *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*. The John Hopkins University Press.
- Scalia, Justice Antonin, and Calabresi, Steven G. (2007) *Originalism: A Quarter-Century of Debate*. Regnery Publishing, Inc.

- Strang, Lee, J. (2019) *Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*. Cambridge University Press.
- Strauss, David A. (2010) *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Solum, Lawrence B. (Winter 2017) *Originalist Methodology*. The University of Chicago Law Review 84, no. 1. pp-269-295.
- Tobin, A. (2022). *The Warren Court and Living Constitutionalism*. Indiana Journal of Law and Social Equality, 10(1). pp. 221-256.
- Wurman, Ilan. (2017) *A Debt Against the Living: An Introduction to Originalism*. Cambridge University Press.



Universidad de
San Andrés