

JACK M. BALKIN

ORIGINALISMO DE MARCO Y CONSTITUCIÓN VIVIENTE

*Pedro Lamus**

Ahora nos detendremos a analizar la teoría propuesta por Jack M. Balkin, doctrinante legal y profesor en la Universidad de Yale, de quien se puede afirmar que ha contribuido enormemente a las teorías sobre interpretación constitucional, enriqueciendo el debate y aportando ideas muy diferentes a las de otros doctrinantes de la interpretación constitucional, pues en vez de escoger una teoría de la dicotomía general entre originalismo e interpretación viviente, él las une.

Para entender a Balkin, es bueno tener conceptuadas las diferentes variaciones teóricas de la posición original en interpretación constitucional, en primer lugar, se puede hablar del nuevo originalismo en contraposición al viejo originalismo. Balkin nos muestra que si bien se tenía la dificultad de identificar a los autores de la constitución, y de identificar o construir una intención que todos compartiesen, con la crítica a la teoría de la intención original y el desarrollo de la teoría del significado original, en lo que se ha considerado una respuesta adversa a esta reformulación, la teoría de la intención original ha perdido fuerza en el debate:

“La teoría del originalismo está bien incursa en su segunda ola. El originalismo primero vino a ser importante en los setentas y ochentas, cuando conservadores críticos reaccionaron a las decisiones de la Corte de Warren, y la administración de Reagan adopta el originalismo como un contrapeso para el activismo judicial. Una segunda ola de originalismo ha emergido desde finales de los noventa, respondiendo a críticas anteriores y reconsiderando asunciones y conclusiones previas.”¹

La administración Reagan promovió el debate sobre la filosofía judicial y se enfocó principalmente en encontrar el significado original como la apro-

* Estudiante de la Escuela mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

¹ ORIGINALISM: A CRITICAL INTRODUCTION. Keith E. Whittington, *Fordham Law Review*. Volume 82.

ximación correcta a la construcción Constitucional. El debate era liderado por los jueces Antonin Scalia y Robert Borke.

Significado original e intención original

Según Balkin, los doctrinantes del nuevo originalismo, u originalismo moderno, enfatizan su teoría hacia el significado original más que hacia la intención original. La búsqueda del significado original ha sido llamada por Scalia como “Textualismo”, y lo que se entiende por esto, es la intención objetivada de la legislatura, o lo que una persona razonable podría extraer del texto de la ley, si se coloca al lado del remanente del cuerpo jurídico.² Si bien a veces se utilizaba el término de significado original para referirse a la intención de los padres fundadores, en concordancia con lo postulado por Scalia, en el sentido que era una combinación de texto constitucional e historia, así, objetivando la intención, también se ha utilizado para referirse a la intención subjetiva de un solo padre fundador.³

También se ha hablado de significado público original, que se refiere a como entendía el público el lenguaje al momento de desarrollar la constitución, la idea del intérprete era hallar evidencia que dejara ver el significado público que tenían esas palabras al momento de ser utilizadas en la redacción de una norma o estatuto. Se tiene un contraste implícito entre el significado público que se tiene hoy en día y el significado histórico o cualquier significado privado original que haya sido sostenido por los creadores de la constitución.⁴

El autor también nos muestra otro lado y es cuando se habla de la aplicación esperada, orientar el debate hacia el significado público en vez de hacia la intención original, implica observar la expectativa original sobre la aplicación legal, es decir, como se esperaba o se entendía se iba a aplicar la norma en el momento de su promulgación.

Balkin argumenta que las teorías más sonadas del originalismo y de la teoría de la constitución viviente son compatibles, y entender esta compatibilidad ayuda a entender como ocurre un cambio constitucional legítimo en el sistema constitucional americano.

Empieza por contrastar dos tipos distintos de originalismo que va a llamar originalismo de marco o “Framework Originalism” y originalismo de “rascacielos” o “Skyscraper Originalism”, “su diferencia radica en el grado de

² Antonin Scalia, A Matter Of Interpretation(1997)

³ ORIGINALISM: A CRITICAL INTRODUCTION. Keith E. Whittington, Fordham Law Review. Volume 82

⁴ ORIGINALISM: A CRITICAL INTRODUCTION. Keith E. Whittington, Fordham Law Review. Volume 82

implementación y construcción en el que puedan actuar las generaciones posteriores”. El originalismo de rascacielos ve a la Constitución como un producto más o menos terminado, que está sujeto a posibles modificaciones, pero que le permite al legislador hacer leyes para satisfacer las necesidades futuras de gobierno, pero no es un método constructivo.⁵ En el originalismo de marco, en cambio, se ve la constitución como un marco inicial de gobierno que pone las políticas del Estado en movimiento y debe ser llenado, a través de los años, por medio de la construcción constitucional,⁶ pero al hacerlo se debe permanecer fiel al marco original.

De acuerdo a Balkin esto implica que en el originalismo de rascacielos, las ramas políticas del gobierno no puedan construir sobre la constitución a menos que sea por medio de la quinta enmienda; en el de marco, la rama judicial juega un rol más importante, ya que trabaja con las ramas políticas para construir la constitución a lo largo del tiempo. Luego argumenta que la autoridad que tienen para construir la constitución, deriva de la respuesta conjunta que le dan a temas de opinión pública a lo largo de los años mientras operan dentro del marco básico, y que al hacerlo, reflejan y responden a las demandas sociales.

Otra diferencia importante entre los dos tipos de originalismo se encuentra en como restringen el comportamiento judicial, de manera que en el de rascacielos, los jueces están limitados cuando aplican la convención, o el acuerdo constitucional original, pero deben usar la metodología adecuada para determinar la misma. Cuando fallan en hacer esto, no tienen ninguna restricción y lo que hacen es imponer sus propias creencias. Lo que quiere decir que el límite a la discrecionalidad judicial en esta teoría radica en seguir la metodología interpretativa correcta.

En el originalismo de marco lo que sucede, es que si bien también deben aplicar el significado original de la constitución, se presume que esto no será suficiente para resolver o lidiar con una amplia gama de controversias, y por ende, los jueces tendrán que construir la constitución, así como implementar construcciones constitucionales previas. Balkin argumenta que esto permite evidenciar que la fidelidad al significado original no puede restringir el activismo judicial por sí mismo.

El método de texto y principio

De acuerdo a Balkin el originalismo y la constitución viviente no son extremos opuestos, sino que son caras de la misma moneda, el método de

⁵ Balkin, Jack M., “Framework Originalism and the Living Constitution” (2009). Faculty Scholarship Series. Paper 222.

⁶ Ver Opcit.

texto y principio, a grandes rasgos, consiste en que los intérpretes deben ser fieles al significado original del texto constitucional y a los principios que subyacen al texto.

Aquí hace una precisión muy importante y es que ser fiel al significado original de la norma es diferente a, o más bien, no requiere ser fiel a la expectativa de aplicación original de la norma, de hecho, dice que esta expectativa es evidencia de cómo aplicar el método de texto y principio, y argumenta, que cada generación tiene la obligación de implementar texto y principio en su propio tiempo. Esto se hace a través de la creación de instituciones políticas, la creación de nuevas leyes, o también, por medio del precedente, tanto judicial, como no judicial, y por ende, el método de texto y principio es una versión del originalismo de marco y deja ver el constitucionalismo viviente como un método de construcción constitucional permisible.⁷

Al diferenciar entonces Balkin el originalismo, entre *originalismo semántico*, refiriéndose al significado de las palabras, y *originalismo de expectativa original de aplicación*, nos encontramos con que el término “significado”, se puede usar en al menos cinco sentidos diferentes: 1) como contenido semántico o haciendo referencia a lo que significa la palabra en el lenguaje; 2) como la aplicación práctica o que significa en la práctica; 3) los propósitos o funciones (como refiriéndose al “significado” de la vida’; 4) intenciones específicas⁸; o 5) asociaciones (se refiere a asociaciones mentales (como “qué significa para mí América”).

Balkin nos pone un ejemplo y es al preguntar el “significado” de la cláusula de igual protección, ya que podríamos estar preguntando: “1) a que concepto señalan las palabras en la cláusula; 2) como aplicar la cláusula; 3) el propósito o función de la cláusula; 4) las intenciones específicas detrás de la cláusula; o, 5) a que asociamos la cláusula en nuestras mentes, o de una forma más general, en nuestra cultura.”

“La fidelidad al significado original en la interpretación constitucional se refiere solo al primero de estos tipos de significado: “al contenido semántico de las palabras en la cláusula, seguimos el significado original de las palabras, con el propósito de preservar el significado legal de la constitución a través del tiempo, como es requerido por el imperio de la ley”. De otra forma, si la definición de palabras del diccionario cambiase a través del tiempo, su efecto legal también cambiaría, no por una acto consciente

⁷ Op cit

⁸ El autor usa el ejemplo ‘I didn’t mean to hurt you’, cuya traducción al español es “no fue mi intención lastimarte” pero se refiere al significado, con la traducción se pierde un poco la literalidad de la oración.

de elaboración legal (o si quiera de movilización política), sino meramente por cambios en el lenguaje. Entonces, por ejemplo, cuando el artículo IV dice que los Estados Unidos debe proteger los estados de la “violencia doméstica”, deberíamos utilizar el significado original, “motines” o “insurrecciones,” no el significado contemporáneo de agresión marital.”⁹

Balkin precisa que la lealtad o fidelidad al significado original no requiere, o implica fidelidad a los otros tipos de significado original así estos otros sean relevantes al momento de determinar el contenido semántico original. El autor precisa, que sí deben tenerse en cuenta si lo que se propone es construir la constitución.

“Un nuevo originalista puede rechazar el intencionalismo, pero todavía pensar que las expectativas concretas de la gente que usa una palabra, son parte del significado de esa palabra”¹⁰

De acuerdo al autor para serle fiel al significado original necesitamos saber a qué conceptos se referían las palabras de la cláusula al momento de su redacción, pero no se refiere únicamente a las definiciones semánticas, se trata también de investigar si las palabras en la época de la promulgación de la norma eran entendidas de forma no literal, es decir, como una metáfora o una sinécdoque, y si la palabra se refiere a términos usados en el estado del arte. Balkin dice que si el texto establece una regla o un principio determinado se debe aplicar en el contexto, o circunstancias, de hoy en día. El autor argumenta que esta aproximación se deriva de ponerle atención al lenguaje que utilizaron los “diseñadores constitucionales”, es decir, si hablaron en reglas, estándares, o principios, que pueden ser “vagas, o abstractas, o amplias”, y los podemos implementar por medio de “la práctica, la construcción estatal, o a través de precedentes”, los diseñadores constitucionales también, de forma deliberada, a veces omiten legislar una materia determinada, y de acuerdo a Balkin, somos nosotros los que debemos llenar los detalles donde se han dejado los espacios en blanco.

El argumento principal de Balkin es que el uso de reglas, principios, estándares, o la no regulación de una materia determinada, no es accidental, parte de la voluntad del legislador, y lo vemos de la siguiente manera: 1) con el uso de reglas, buscan limitar la discrecionalidad; 2) con el uso de estándares y principios, quieren canalizar las políticas y delegar los detalles a las próximas generaciones.¹¹

⁹ Balkin, Jack M., “Framework Originalism and the Living Constitution” (2009). Faculty Scholarship Series. Paper 222.

¹⁰ THE UNDEAD CONSTITUTION, Michael C. Dorf. Harvard Law Review Vol. 25.

¹¹ Balkin, Jack M. Original Meaning and Constitutional Redemption. (2007) Faculty Scholarship Series. Paper 227.

Teniendo ya la diferencia entre el Originalismo semántico y el de expectativa de aplicación, es claro que no se debe tener en cuenta el de expectativa de aplicación. Por ejemplo, si se toma la cláusula de igual protección al momento de su redacción, la gente esperaba que se aplicara de determinada forma al momento de su promulgación, no de la forma que se aplica hoy en día.

De acuerdo a Balkin, Antonin Scalia defendía la expectativa original de aplicación, si bien argumenta que la fidelidad constitucional implica fidelidad al significado original de las palabras y al significado que tenían en el momento de su adopción, también cree que el significado original del texto debería leerse a la luz de sus principios subyacentes, pero insiste en que esas palabras deben ser aplicadas de la misma manera que serían aplicadas cuando se adoptaron.¹² De acuerdo al autor hay un uso erróneo del significado original, porque se confunde en la práctica con la expectativa de aplicación original.

Al argumentar la compatibilidad del originalismo y la teoría de la constitución viviente, Balkin argumenta que si bien los doctrinantes a favor de la constitución viviente critican la “mano muerta” de la constitución, lo hacen haciendo referencia a los términos vagos y confusos como “*igual protección*”¹³, no a las reglas establecidas que han limitado el poder de las mayorías por los últimos doscientos años, como la elección presidencial, el periodo del presidente, que hayan dos senadores por estado; son reglas relativamente precisas, esto quiere decir, de acuerdo a Balkin, que las críticas de las personas a favor de la constitución viviente son dirigidas a la expectativa de aplicación original de las cláusulas vagas, no al significado original.¹⁴

Al referirse a la preocupación de los nuevos originalistas de que el método de texto y principio no es suficiente para justificar las innovaciones gubernamentales como el “estado administrativo” o el Banco de Reserva Federal, dice que el texto constitucional da un marco relativamente abierto de gobierno “en el que las posteriores generaciones deben construir, creando nuevas instituciones y prácticas para implementar los valores constitucionales y llevar a cabo las funciones gubernamentales.” La creación de nuevas instituciones y prácticas que se mantienen a lo largo del tiempo como ya lo habíamos mencionado es una forma de construcción constitucional,

¹² Balkin, Jack M., “Abortion and Original Meaning” (2007). Faculty Scholarship Series. Paper 228.

¹³ “Equal Protection”.

¹⁴ Original Meaning and Constitutional Redemption.

Balkin argumenta que la constitución no la prohíbe, sino que presume que va a ocurrir:

“...y le pone solamente límites generales justos en su diseño e implementación. La acumulación de estas construcciones en el tiempo, mientras que una innovación construye sobre otra, produce un tipo de evolución institucional; tiene una dependencia al camino que dirige al desarrollo constitucional hacia delante de formas que nadie hubiese previsto en 1787. Esa evolución es parte de lo que queremos decir por una Constitución viviente. Pero, una vez más, el camino a la evolución institucional, no se vuelve inconstitucional solamente porque es contrario a las expectativas concretas de los padres fundadores.”¹⁵

Un ejemplo de la compatibilidad del originalismo y la constitución viviente también se evidencia en el derecho a abortar, Balkin al hablar de las críticas que se han hecho a la sentencia *Roe v. Wade*, dice que normalmente se fundamentan en el mismo terreno, que el derecho a la privacidad sexual no está específicamente mencionado en la constitución y que no hay evidencia que los que redactaron y adoptaron la constitución el 1787, ni ninguna de las enmiendas posteriores hayan querido que la mujer tuviese el derecho de abortar, los críticos argumentan que se ha creado, sin ningún sustento real, más que la construcción institucional por medio de la interpretación, el derecho a la privacidad sexual de la mujer.

Lo que Balkin argumenta es que sí se puede derivar este derecho del texto de la enmienda XIV y de los principios que la subyacen, lo que no se puede es decir que los que redactaron la enmienda hayan esperado que esa fuera su aplicación.

Vistos a grandes rasgos los elementos de la teoría de Balkin, entendemos porque se ha hablado de una Balkinización de la interpretación constitucional, puesto que de una forma u otra ha reconciliado las dos corrientes interpretativas con más fuerza en el debate; queda claro, que si bien la sola remisión al significado original puede ser problemática, es necesaria para aplicar el texto y sus principios a las circunstancias del presente, haciendo uso de las tradiciones y los precedentes constitucionales “que han buscado vindicar e implementar la constitución,” lo que en la práctica, deriva en que se estimen constitucionales temas o situaciones para las que no fueron previstas las cláusulas, pero que son producto del debate social y de la construcción constitucional, a través de la creación y mantenimiento de instituciones gubernamentales y también del precedente, en este caso, haciendo énfasis también en el no-originalista, y así, justificando la interpretación extensiva de las cláusulas constitucionales, amparándose en la aplicación del método de texto y principio.

¹⁵ Balkin, Jack M. *Constitutional Redemption and Original Meaning*.

Bibliografía.

Balkin, Jack M. Constitutional Redemption and Original Meaning

Balkin, Jack M. Original Meaning and Constitutional Redemption. (2007) Faculty Scholarship Series. Paper 227

Balkin, Jack M., “Abortion and Original Meaning” (2007). Faculty Scholarship Series. Paper 228.

“Equal Protection”

Original Meaning and Constitutional Redemption

THE UNDEAD CONSTITUTION, Michael C. Dorf. Harvard Law Review Vol. 25

Antonin Scalia, A Matter Of Interpretation(1997)

ORIGINALISM: A CRITICAL INTRODUCTION. Keith E. Whittington, Fordham Law Review. Volume 82

Balkin, Jack M., “Framework Originalism and the Living Constitution” (2009). Faculty Scholarship Series. Paper 222

La Constitución Viviente