

21-20

AÑO XXX

ENERO - JUNIO DE 1989

Nos. 1-2

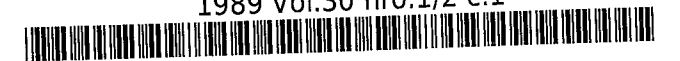
REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

DIRECCIÓN:

Dres. AMERICO PLA RODRIGUEZ, GRACIELA BELLO, ALBA
BETTOLAZA, JOSE ANIBAL CAGNONI, AGUSTIN CISA,
ORFILIA FERNANDEZ SBARBARO y CARLOS MATA PRATES,
Escs. ALICIA BONIFACINO y NORMA LOUREIRO RUSSO y
Brs. ANDREA CANABAL y ANA MARIA CARRERA

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales /

1989 Vol.30 nro.1/2 c.1



FD-UY/RFDCS301/21989C1



COPIA 11

MONTEVIDEO
REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
1989

ORIGINALISMO Y NO ORIGINALISMO EN LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION DE LOS EE.UU.

por ANTONIN SCALIA (*)

El problema al que me voy a referir hoy, es un problema común a cualquier sistema que se rige por una constitución y es el problema del conflicto de dos teorías de la interpretación de la constitución, que en Estados Unidos reciben el nombre, una de ellas, originalismo, y la otra, a falta de un mejor término, de no originalismo.

El problema que tratamos es básicamente un problema sencillo. En todo sistema que tiene una ley fundamental, como es la constitución, que tiene que durar durante mucho tiempo, la interrogante es la siguiente: ¿esta constiutción debe ser interpretada en la misma forma siempre, o puede ser alterado su sentido a lo largo de las décadas o de los siglos?

Este no se refiere a la aplicación del sentido de la constitución a fenómenos nuevos; por ejemplo, la Constitución americana habla de la administración de castigos, crueles e inhumanos y hubo que definir si la muerte por electrocución, por ejemplo, que no existía en el año 1789, puede ser encarada de esta forma. Se refiere no tanto a hechos nuevos, sino a los hechos viejos que ya existían en ese momento.

A lo que me refiero específicamente, es la de que se altere el sentido de la aplicación de la Constitución a fenómenos que ya existían en ese momento. Por ejemplo, dentro del tema del castigo cruel e inhumano o desusado, está el tema de la pena capital. Y la pena capital ya existía en el año 1789, y en ese momento no era considerado un castigo cruel y desusado.

Hay algunos juristas que sostienen actualmente, que aún cuando en aquel tiempo no lo era, no era un castigo cruel y desusado, la Suprema

(*) La Revista se complace en publicar la versión taquigráfica de la exposición que formulara en el seno de la Facultad el Juez de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos Dr. Antonio Scalia. Al gran interés del tema se une la especial jerarquía intelectual y funcional del disertante.

Corte hoy en día puede pronunciarse y puede decir que actualmente debido al cambio de la sociedad se ha vuelto un castigo cruel y desusado. Y de hecho, hace quince años la Suprema Corte casi aprobó que la pena capital era inconstitucional y de hecho se votó 5 a 4 en ese momento, y se declaró que no era inconstitucional.

Es indudable que en los últimos 200 años ha habido muchas decisiones no originalistas de la Suprema Corte; es decir, se han aplicado valores modernos a la Constitución. Pero hasta hace muy poco tiempo, los que lo hacían, tenían por lo menos la decencia de mentir al respecto.

En cambio hoy en día, el no originalismo se puede decir que salió del ropero, salió a la luz pública y de hecho hay muchos que legítimamente han construido sobre esta constitución en una forma nueva. Y permítanme leerles algunas citas de profesores de derecho muy conspicuos de los Estados Unidos que se refieren a este tema.

Por ejemplo el Profesor Lawrence Tribe de la Universidad de Harvard, no cree que la constitución debe ser leída sin interpretación y dice con palabras exactas: "...La constitución nos invita a nosotros y a nuestros jueces a expresar cada vez más las libertades que son nuestra verdadera herencia.

Nos invita en forma cooperativa a hacer un estudio conjunto del país entero y de la corte sobre el contenido moderno de los conceptos de libertad, fraternidad y justicia".

El Decano de la Universidad de Standford Paul Brusk, por ejemplo, dice: "Hemos abandonado la fidelidad y el consentimiento al texto, y en el momento de la toma de decisiones, la conclusión es que los tribunales deben tener en cuenta solamente los valores fundamentales modernos".

En la Universidad de Yale, el Profesor Fish dijo que cualquiera sea el significado de la Constitución, su aplicación concreta debe estar dirigida a los valores que le dan identidad y coherencia y moralidad a nuestra sociedad actual.

Podría dar otros muchos ejemplos, pero alcanza con decir que el no originalismo actualmente es una teoría absolutamente respetable en la interpretación de la Constitución.

Y ahora voy a tratar de explorar con ustedes cuáles son las ventajas de cada una de estas teorías.

El defecto más importante de la teoría del no originalismo es que es incompatible con lo que puede ser la llamada revisión judicial. Es decir, tratar de ver la constitucionalidad de las leyes.

Y la razón más importante, es que no hay nada en la Constitución que le confiera a los tribunales el poder de inquirir, de averiguar, en lugar de simplemente aceptar, la constitucionalidad de las leyes. Es decir que las cortes o los tribunales tienen el poder sólo porque la constitución es una ley, y la corte simplemente debe decidir si esa ley es verdadera y no hay conflicto. Es decir que la corte debe decidir cuál es la precedencia y esto sólo puede hacerlo si la constitución es una ley. Esta es la

base del argumento que presentó el Juez Marshall en el famoso caso de Marbury vs. Madison sobre este tema.

El tema central entonces, sería la percepción, la idea de que la constitución es una ley, es decir, es a lo que se dedican cuando trabajan tanto los abogados como los jueces. Es decir es de lo que se ocupan los tribunales. Los tribunales se ocupan de las leyes.

En cambio, si como dijo el Dr. Tribe, la constitución no es una ley de este tipo, sino que es simplemente una invitación a aplicar los valores modernos, entonces ¿por qué esta invitación está dirigida a los tribunales, porque no está dirigida a otro cuerpo, por ejemplo el Poder Legislativo acepta como moderna un cierto juicio, y entonces inmediatamente se vuelve constitucional, que es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del parlamento británico?

¿Por qué al final somos los jueces los que sabemos cuáles son esos valores modernos? Al fin y al cabo, los jueces tenemos todos más de 50 años, todos fuimos a la Universidad, todos fuimos a una Facultad de Derecho, proveniente de un estrato social muy específico, nos dedicamos toda la vida al mismo trabajo, ¿por qué vamos a tener más conocimientos nosotros sobre los valores modernos de los que tienen, por ejemplo, los miembros del Poder Legislativo?

Y este es el problema teórico más importante del no originalismo.

¿Cuál es el problema práctico más importante? Este problema práctico puede tal vez resumirse en un dicho muy común en los Estados Unidos, que es un dicho sobre la política electoral, y es que no se le puede ganar a alguien con nadie.

El dicho ese significa simplemente que no alcanza con decir que no hay que votar por un candidato, sino que hay que decir por quién se va a votar. No alcanza con decir, yo voto No Reagan, hay que decir a quién se vota en lugar de Reagan. En la misma forma, no alcanza con decir hay que ser no originalista. Porque si el sentido originalista no es el que va a guiar al juez. ¿entonces qué es lo que reemplaza a este sentido originalista?

Hay una gran dificultad práctica en que los no originalistas se pongan de acuerdo sobre cuál debe ser esta construcción constitucional. ¿Cuáles son esos valores fundamentales a los cuales hay que apelar: a Platón, a Locke, a Mills o a la última encuesta de la Gallup? Y como aparentemente es sugerido por el mismo nombre, no originalismo, quiere decir que hay un acuerdo simplemente sobre lo que no es. Sólo un acuerdo sobre lo que no sirve. Y al parecer esta es una dificultad muy importante que no se ha podido solucionar desde el punto de vista práctico.

Tal vez uno de los beneficios que es mencionado entre los beneficios del no originalismo, se considere que no es tal, que no es un beneficio. Si ustedes recuerdan el Dr. Tribe decía que la constitución nos invita a nosotros y a nuestros jueces a explorar sobre las libertades que

están inherentes a nuestra herencia. Es decir, habría un tema común sobre el cual se debe poder investigar.

¿Por qué sería así, entonces? Si el sentido original ya es dejado de lado, o si abandonamos el sentido original, y lo reemplazamos por los valores de los jueces, ¿por qué tenemos que pensar que los jueces deben ampliar sobre las libertades? ¿Por qué no pensar por ejemplo que las deben restringir, o que las deben estrechar? Por ejemplo, en su último período la Corte decidió sobre un caso en el cual se acusaba a un hombre de haberse tomado libertades indecentes con respecto de unas niñas, unas jóvenes. Y estas jóvenes atestiguaron en la Corte contra este hombre separadas de él por un biombo de tal manera que ellas no lo podían ver mientras que él sí las podía ver a ellas.

Hay un artículo de la Constitución que asegura al acusado el derecho de confrontarse con los testigos que lo acusan y la palabra confrontar quiere decir frente a frente, cara a cara, igual que en latín.

De hecho vamos a suponer que la sociedad moderna se ofende más por el efecto de un trauma psicológico, de un trauma emocional, por ejemplo, la fragilidad emocional de los niños o la sensibilidad de una mujer joven frente a un ataque sexual, pero si esto es así, si pensamos que se debe alterar la Constitución porque hoy en día los valores de la sociedad moderna no son los que había en 1781, entonces también tenemos que pensar que el acusado pierde el derecho de ver cara a cara a quien lo acusa. Independientemente de si esto es bueno o malo, de hecho estamos apoyando o defendiendo una contracción de las libertades y no un aumento de las libertades y esto hay que tenerlo en cuenta y hay que pensarlo así.

En conclusión, entonces, el no originalismo sería una vía de doble mano, es decir que va hacia y desde el aumento de las libertades individuales.

Y ahora me voy a referir al originalismo.

De hecho la dificultad mayor, el problema mayor del originalismo, es la dificultad de su aplicación correcta, es decir, de decidir lo que quiso decir el lenguaje hace 200 años. No estoy de acuerdo con lo que mucha crítica académica ha dicho y es que las palabras no tienen un significado propio; porque si esto fuera así, esos mismos académicos no utilizarían el lenguaje hablado para expresarse, sino que de repente utilizarían la música.

Es cierto que es muy difícil para un juez moderno poder precisar el significado de un texto, porque tiene que procesar una enorme cantidad de material. Por ejemplo, si pensamos en las enmiendas a la Constitución, para poder estudiarlas hay que estudiar los registros de todos los debates en los cuales se ratificó esa enmienda en cada uno de los estados y hay que estar seguros de que ese material es confiable. Por ejemplo, se sabe que los informes de algunos de esos debates de hace muchos años, en realidad no son en absoluto confiables sobre lo que realmente ocurrió.

El juez debe sumergirse en otra época, en otra política, en otro ambiente intelectual, borrando prácticamente nuestro conocimiento actual y adoptando filosofías, actitudes, prejuicios, creencias y lealtades que no son las actuales. En suma, parece más el trabajo de un historiador que el trabajo de un abogado.

Tengo aquí una larga descripción de una jurisprudencia del Juez Taft, cual es un buen ejemplo de cómo una decisión que él tomó, que le tomó tres frases solamente, si él hubiera hecho una encuesta estricta y muy exhaustiva sobre el significado le hubiera llevado tres volúmenes. Y no la voy a leer por el tiempo que lleva la traducción.

El segundo problema del originalismo es un problema que, además de lo difícil que es hacerlo bien como ya fue explicado, refiere a lo difícil que es el originalismo en su forma pura, en su forma no diluida. En esta forma pura es una medicina realmente difícil de tragar y de hecho, lo que hacen los originalistas, es diluir este medicamento, este remedio, con la teoría del "*stare decisis*". ¿Qué quiere decir? Que si hoy viniera una persona con un papel, con un documento antiguo que demostrara que una decisión anterior, muy antigua, fue incorrecta, fue mal interpretada la Constitución en ese momento, los jueces hoy dirían "no podemos hacer nada, váyanse" y esgrimirían el *stare decisis* actualmente. "*Stare decisis*" parece que quiere decir "cosa juzgada".

Otro problema del originalismo que realmente hace que podamos decir que sea un remedio muy amargo para tomar, por ejemplo, sería el caso que hablábamos hoy del castigo cruel y desusado. Supongamos que hoy en día un Estado aprueba una ley por la que por el delito de robo se marca a fuego la mano del ladrón con una letra "I" de ladrón. Y las investigaciones pueden demostrar que en 1791 esto no era un castigo cruel y desusado, porque de hecho en la época de las Colonias bien podía ser que este fuera un castigo habitual.

Por supuesto que es inconcebible que ningún juez estadual fuera a aprobar esta ley, es decir, a pesar de ese concepto. Eso significa que en la práctica el originalismo como práctica de exégesis constitucional de todas maneras debe tener en cuenta la realidad.

Habiendo analizado en forma bastante breve estas dos teorías, originalismo y no originalismo, llegó el momento de señalar cuál de estos dos males considero que es el menor. Y pienso que es el originalismo.

En primer lugar apoyo el originalismo, porque creo firmemente en la necesidad de que exista una legitimidad teórica. Asumiendo que la Constitución fue destinada en su origen a ser cambiada de década a década, no encuentra ninguna base para creer que ese cambio deba ser hecho por los jueces y no por ejemplo por el poder legislativo. Y otro concepto aun más teórico a favor del originalismo, es que el originalismo es más compatible con la naturaleza y con el objeto de una constitución en un sistema democrático. Porque en una democracia, la Constitución no necesita reflejar estos valores modernos; estos valores cambiantes pueden perfectamente ser reflejados o expresados por el poder legislativo.

También está el defecto práctico del no originalismo, que lo considero realmente insuperable y es el no lograr un acuerdo sobre qué debe reemplazar al originalismo. Platón, Locke o lo que fuera. En cambio, los defectos prácticos del originalismo si bien son importantes parecen ser menos severos.

Además si bien la investigación histórica del originalismo es difícil, no siempre lo es, sino que hay algunos casos que son realmente muy claros. Por ejemplo el caso de la pena capital, que está en la Constitución y por lo tanto es permisible, es una respuesta fácil para un originalista. Pero no es una respuesta fácil para un no originalista, para quien todo se vuelve una interrogante.

En cuanto a que la medicina del originalismo es una medicina dura de tragar, y que no se espera que el juez la aplique en forma absoluta y rígida y categórica, se puede responder a esa crítica con un comentario famoso de Chesterton, que dice que algo que merece la pena ser hecho, merece la pena ser hecho mal.

Desde el punto de vista del defecto práctico del originalismo, considero que los defectos del originalismo son más apropiados para la tarea que tenemos que realizar; son menos capaces de agravar aún más la debilidad del sistema de revisión judicial y es más aceptable en general para la sociedad. Poniendo un ejemplo: si hay que contratar un bibliotecario que debe trabajar en la sala de lectura de la biblioteca y hay dos candidatos con iguales méritos, uno de ellos habla muy fuerte y el otro tiende a tener un tono muy bajo para hablar. Resulta muy claro cuál de estas dos imperfecciones, el hablar muy fuerte o muy bajo, resulta más aceptable para ese trabajo que debe realizar.

El peligro fundamental en la interpretación judicial, es el peligro de que un juez se equivoque y confunda sus preferencias personales y la ley. Es decir, que un juez tiene que poder separar la ley de sus predilecciones personales. Esto es muy difícil de hacer y prácticamente nunca se puede hacer en su totalidad, pero un no originalista tiene que discernir entre lo que se llamen valores fundamentales y sus propios valores, y esto es enormemente difícil de hacer. Es decir, que el originalismo está haciendo que sea más difícil todavía discernir entre los valores personales y los valores fundamentales. Pienso que yo no lo puedo hacer realmente. Y si este es el criterio con el cual debe trabajar el juez, se agrava entonces la debilidad del sistema y lo que se logra es una personalización de la ley.

En cambio el originalismo no tiene ese problema, se refiere a algo muy objetivo, que es el sentido de un texto que fue escrito, y el defecto que tiene —que es el de la dificultad de hacer una investigación histórica— ese defecto, a diferencia del originalismo, tiene como consecuencia, un resultado más moderado, menos extremo, en lo que decidan los jueces. La tendencia de que los jueces piensen que la ley es lo que ellos quieren que sea, provoca errores judiciales muy importantes. En cambio el originalismo hace que se llegue a un compromiso entre los valores de

1789 y los valores actuales, es decir, que el originalismo con la mejor buena fé, realmente llega a ser un compromiso, lo cual no es una mala característica para una teoría constitucionalista.

Les agradezco mucho por la atención prestada.

Decana Interina: Ponemos en conocimiento de los asistentes que el Juez Scalia está dispuesto a aceptar preguntas sobre el sistema constitucional de los Estados Unidos. Si alguno de ustedes tiene interés en efectuarlas está el micrófono a disposición.

P. —*Dr. Alejandro Abal Oliú*: ¿Si no ha existido ningún caso en la historia judicial de los Estados Unidos en que se haya declarado la inconstitucionalidad de la pena de muerte?

R. —No.

P. —*Dr. Alejandro Abal Oliú*: ¿Porqué está expresamente autorizada?

R. —De hecho una de las garantías principales que están en la constitución es la del proceso debido, el proceso debido de la ley. La constitución dice que nadie va a ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad sin un proceso debido. Evidentemente sí puede ser privada de estas cosas con un proceso debido.

P. —*Dr. Alejandro Abal Oliú*: ¿Y algunos tipos de aplicación de la pena de muerte?

R. —No conozco ningún caso. De hecho puede existir un caso, me puedo imaginar una forma de pena de muerte que puede ser declarada como desusadamente cruel; esto podría ocurrir en algún Estado, pero de hecho no conozco ningún caso en que esto haya ocurrido. Tres quintos de los estados tienen la pena de muerte por diferentes medios; antes era por ahorcamiento, por fusilamiento, por la cámara de gas, o por electrocución, ahora existe la inyección letal y la tendencia es a que los medios sean cada vez menos dolorosos, pero no conozco ningún caso en que exista lo que usted ha planteado, o sea, que se haya declarado inconstitucional.

P. —*Participante inidentificado*: Quiero saber si en la integración actual de la Suprema Corte de Justicia hay criterio unánime respecto a la teoría a aplicar en la exégesis de la constitución, es decir, si adhieren en su totalidad al criterio de la originalidad o no.

R. —Es una buena pregunta. De hecho solamente dos de los actuales miembros de la Suprema Corte se han expresado a favor de alguna teoría, porque la tendencia general es que los jueces, los tribunales, son menos teóricos que los civiles en general y tienden más bien a actuar y no a hacer teorías. De hecho la idea es que han ido dando traspies, han ido tropezando durante 200 años y el resultado no ha sido demasiado malo sin adoptar ninguna teoría. Yo estoy comprometido con el originalismo;

hay otro miembro de la Suprema Corte que está comprometido con el no originalismo y básicamente los otros miembros no han hablado sobre el tema, no han expresado una posición y su actuación en la práctica es la de un originalismo diluido o un originalismo blando.

P. —*Dr. Angel Landoni*: ¿Si existe en el derecho positivo americano alguna disposición que permita ejercer derecho de iniciativa a la Suprema Corte de Justicia y en qué ámbito y con qué alcance? ¿En especial respecto a la reforma de la Constitución?

R. —No, de ninguna manera. Solo el Poder Legislativo puede proponer una enmienda de la Constitución.

P. —*Dr. Enrique Vescovi*: Evidentemente la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos ha tenido una gran evolución a pesar de que debe traducirse como jurisprudencia obligatoria. ¿Usted no cree que esta evolución, que en cierto modo representa una demostración del no originalismo, no está contradiciendo su posición, inclusive cuando usted dice que el originalismo para aceptar las innovaciones ha tenido que disfrazarlas o darlas como otra solución?

R. —Mis comentarios fueron realmente normativos y no descriptivos. Yo considero que si han habido decisiones previas de este tipo o que no han sido originalistas, esas decisiones eran equivocadas, es decir, que esos jueces estaban equivocados. Otra posibilidad es que yo esté equivocado.

P. —*Dr. Dante Barrios De Angelis*: El concepto del proceso debido de la ley ha ido cambiando con el tiempo. ¿Según Ud. esa corriente de cambio se atribuye al originalismo o al no originalismo?

R. —Cada vez que la Suprema Corte encuentra un nuevo elemento del proceso se puede considerar que esto es un elemento de no originalismo.

P. —*Dr. Angel Landoni*: Yo quería preguntarle lo siguiente: ¿si han habido fallos recientes de la Corte Suprema de los Estados Unidos vinculados con la prueba ilícita, es decir, aquella prueba obtenida mediante la violación de los derechos humanos, por ejemplo violación del derecho a la intimidad?

R. —De hecho la Corte sostiene que la información obtenida en cualquier forma ilegal debe ser descartada; por supuesto que la obtenida por tortura o cualquier forma de coerción nunca fue admitida y en los tiempos más modernos la información que proviene de una violación técnica, por ejemplo, una entrada sin una orden en un domicilio privado, es siempre excluida, dejada de lado. Esta es la posición legal, siempre ha sido y es la de la Suprema Corte actualmente.