

ANTONIN SCALIA

UNA CUESTIÓN DE
INTERPRETACIÓN

LOS TRIBUNALES FEDERALES
Y EL DERECHO

UN ENSAYO DE ANTONIN SCALIA

CON COMENTARIOS DE:

Amy Gutmann
(Editora)

Gordon S. Wood
Laurence H. Tribe
Mary Ann Glendon
Ronald Dworkin

TRADUCCIÓN DE:
Gonzalo Villa Rosas

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2015

Palestra
Extramuros

CONSEJO EDITORIAL

Owen Fiss
Gustavo Zagrebelsky
Robert Alexy
Manuel Atienza
José Juan Moreso

COORDINADORES DE LA COLECCIÓN

Pedro P. Grández Castro
Óscar Súmar Albújar

UNA CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN

Los tribunales federales y el Derecho

ANTONIN SCALIA

Amy Guttman (Editora)

Primera edición de Palestra Editores SAC., julio de 2015

Traducción del original: A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law.

© 1998 by Princeton University Press.

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

- © Antonin Scalia
- © Princeton University Press
- © 2015 Palestra Editores S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 1 - Perú
Telf. (511) 637-8902 / 637-8903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com
- © De la traducción: Gonzalo Villa Rosas

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Multigrafik S.A.C.

Lima 36 - Perú

Julio de 2015

DIAGRAMACIÓN Y PORTADA:

Alan Omar Bejarano Nóbrega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-09298

ISBN: 978-612-4218-35-4

Proyecto Editorial N° 11501211500751

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR:	
El textualismo razonable: una tentación resistible.....	7
<i>Pierluigi Chiassoni</i>	
PREFACIO.....	55
<i>Amy Gutmann</i>	
Los tribunales del <i>Common Law</i> en un sistema de Derecho continental: El rol de los tribunales federales de los Estados Unidos en la interpretación de la Constitución y las leyes.....	63
<i>Antonin Scalia</i>	
Comentario de Gordon S. Wood.....	117
Comentario de Laurence H. Tribe.....	135
Comentario de Mary Ann Glendon	171
Comentario de Ronald Dworkin	195
Respuesta de Antonin Scalia	211
COLABORADORES.....	237
ÍNDICE DE MATERIAS.....	239

NOTA PRELIMINAR EL TEXTUALISMO RAZONABLE: UNA TENTACIÓN RESISTIBLE

*Pierluigi Chiassoni**

«Objective meaning is what we are after»

A. Scalia, B. A. Garner

1. PREMISA TERMINOLÓGICA

Los escritos sobre interpretación jurídica son productos peligrosos. El peligro consiste, para cualquier lector, en caer en confusión. La confusión puede ser limitada, aunque no del todo eliminada, por medio de definiciones. A continuación, voy a definir —cabe advertir, de una manera muy rápida— unas nociones que, según me parece, pueden resultar útiles en el análisis de los ensayos que componen: *Una cuestión de interpretación*¹.

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova (pierluigi.chiassoni@unige.it.).

¹ A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. With Commentary by A. Gutmann, editor, G. S. Wood, L. H. Tribe, M. A. Glandon, R. Dworkin, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1997, Edición en castellano de Palestra Editores a la que acompaña esta nota.

Interpretación: la actividad que consiste en traducir una oración determinada del discurso de las fuentes de un orden jurídico positivo (un “texto jurídico autoritativo”, una “disposición”: por ejemplo, una determinada oración constitucional o legislativa) en una o más normas explícitas, que el intérprete presenta, y a menudo defiende, como el significado jurídicamente correcto de la oración.

Integración: la actividad que consiste en identificar los (supuestos) componentes implícitos de un orden jurídico positivo; es decir, en un sentido amplio y genérico, las normas —principios, reglas de detalle, criterios para la resolución de antinomias, normas definitorias, etc.— que no pueden ser presentadas ni defendidas como significados de disposiciones determinadas.

Discrecionalidad interpretativa: la que se predica de cualquier juez, en relación a la interpretación de un conjunto de disposiciones determinado, la libertad de elegir entre dos o más alternativas razonables. El adjetivo “razonable” es oportuno, pues reflexiona sobre un rasgo relevante del juego de la interpretación en nuestra cultura jurídica: el hecho de que se trata de un juego argumentativo, que releva de la retórica². Que las alternativas sean “razonables” quiere decir, además, que a favor de cada una de ellas pueden proporcionarse razones, las cuales descansan, en última instancia, en un conjunto de principios ético-normativos (que atañen a la justicia, la democracia, la constitución, el imperio de la ley, la función institucional de los intérpretes, etc.) adoptado por cada intérprete como prioritario en fuerza de una decisión ética fundamental a su vez no justificable de una manera concluyente³. La exigencia de

² Desde el punto de vista de la interpretación y de la integración, el derecho puede en efecto ser considerado como un sistema normativo retórico: que consiste en la totalidad de las consecuencias retóricas de un conjunto de oraciones autoritativas (textos jurídicos, fuentes, disposiciones) en cada tiempo determinado. He desarrollado un poco más esta idea en P. CHIASSONI, *Interpretación jurídica sin verdad*, en AA.VV., *La racionalidad en el derecho*, Buenos Aires, 2014 (en vía de publicación).

³ Hace falta destacar la discrecionalidad interpretativa como *hecho*, de la cual me ocupo en el texto, y la discrecionalidad interpretativa como

razonabilidad de las alternativas caracteriza la discrecionalidad

poder atribuido expresamente o tácitamente por normas jurídicas. La discrecionalidad interpretativa como hecho es libertad de elección, habitualmente limitada, que, si rechazamos el cognitivismo integral, se presenta para los jueces en el ejercicio de su poder de dictar sentencias. La discrecionalidad interpretativa como poder es, en cambio, el poder de asumir decisiones interpretativas, finalizadas a la decisión de casos individuales, cuyo contenido depende del ejercicio de la discrecionalidad como hecho. En el análisis ejemplar desarrollado en un ensayo recién publicado, después de haber precisado que «discretion occupies an intermediate place between choices dictated by purely personal and momentary whim and those which are made to give effect to clear methods of reaching clear aims or to conform to rules whose application in the particular case is obvious», Herbert HART subraya cómo cada decisión discrecional siempre involucra un “salto”, es decir, una elección apoyada en razones nunca concluyentes: «phrases often used to describe the exercise of discretion, such as “intuition” [and] “recognition of an implicit guiding purpose,” may encourage the illusion that we never reach the point where we have to reconcile conflicting values or choose between them without some more ultimate principle to guide us. I think the suggestion that we never reach the “leap” is just as wrong as a description of discretion as a mere arbitrary choice would be. It seems to me clear that just because there is a point at which we can no longer be guided by principles and at the best can only ask for the confirmation of our judgment by persons who have submitted themselves to a similar discipline before deciding, that we have in discretion the sphere where arguments in favour of one decision or another may be rational without being conclusive». (H. L. A. HART, *Discretion*, 1956, en “Harvard Law Review”, 127, 2013, pp. 658, 665; véase también Id., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, Third Edition, 2012, “Postscript”, pp. 273-276). Sobre discrecionalidad en el derecho: I. LIFANTE VIDAL, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 25, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, 1989; J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 181-198; Marisa IGLESIAS VILA, *El Problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 207-208 («Cuando el derecho es indeterminado, sus enunciados derrotables, y sus casos difíciles, aparece ante nosotros el enigma de la discrecionalidad judicial»). Los dos últimos autores, cabe notar, utilizan aparentemente “discrecionalidad” y “discreción”, con arreglo al mundo del derecho, como términos intercambiables.

interpretativa como una libertad de elección, no ya absoluta, sino limitada por una carga de argumentación que involucra compromisos prácticos.

Según el tipo de alternativas entre las cuales cabe elegir, la noción de discrecionalidad interpretativa puede precisarse distingüendo, en particular, entre discrecionalidad selectiva y discrecionalidad aplicativa.

Discrecionalidad selectiva: la de cualquier juez, en relación a la interpretación de un conjunto de disposiciones determinado, la libertad de elegir entre dos o más códigos hermenéuticos alternativos. Se habla a menudo de “selección” o “elección” del “método interpretativo”, donde la locución “método interpretativo” se refiere aparentemente a un conjunto discreto de directivas (cánones, técnicas, métodos) de interpretación; lo que aquí, de una manera quizás un poco menos imprecisa, he denominado “código interpretativo” o “código hermenéutico”.

Discrecionalidad aplicativa: la de cualquier juez, en relación a la interpretación de un conjunto de disposiciones determinado, la libertad de elegir entre dos o más soluciones alternativas para problemas surgidos en la aplicación de las directivas de un código hermenéutico previamente elegido⁴.

Situación de discrecionalidad interpretativa: La de cualquier juez, en relación a la interpretación de un conjunto de disposiciones determinado, la posibilidad que se presenta de ejercer su discrecionalidad interpretativa, ya sea selectiva (situación

⁴ Piénsese, por ejemplo, a la aplicación de una directiva interpretativa tal como la siguiente: “Si el sentido literal original de la disposición es indeterminado, debe traducírsela en la norma socialmente más ventajosa”. Problemas de aplicación pueden sugerir cambios al nivel de las directivas del código: en tales casos, no hay lugar para la discrecionalidad aplicativa, sino para la discrecionalidad selectiva. Piénsese, por ejemplo, a la directiva: “Interpretar según el significado literal original de las palabras”. Si tal significado se revela indeterminado, el intérprete podría resolver el problema añadiendo al código una directiva de *de-fault*, como, por ejemplo, “Si el significado literal original de las palabras es indeterminado, debe elegirse la forma de determinación que sea más coherente con los principios supremos”. A su vez, por supuesto, esta directiva puede dar lugar a situaciones de discrecionalidad aplicativa.

de discrecionalidad selectiva), ya sea aplicativa (situación de discrecionalidad aplicativa).

Los filósofos del derecho suelen destacar tres concepciones acerca de la “naturaleza” de la interpretación judicial. El *cognitivismo* (“formalismo”, “noble sueño”) considera la interpretación judicial como una actividad de conocimiento del significado jurídicamente correcto de las disposiciones. El *no-cognitivismo* (“realismo”, “escepticismo”, “pesadilla”) considera, en cambio, la interpretación judicial como una actividad que siempre y necesariamente involucra decisiones acerca del significado jurídicamente correcto de las disposiciones. La *teoría mixta o intermedia* (“eclecticismo”, “vigilia”), en fin, considera la interpretación judicial como una actividad que, con arreglo al significado jurídicamente correcto de las disposiciones, algunas veces es conocimiento, otras veces es decisión⁵.

Las nociones de discrecionalidad interpretativa ahora definidas sugieren trazar un mapa algo diferente, quizás un poco más preciso. En este mapa podemos destacar tres concepciones: el cognitivismo integral, el cognitivismo parcial, el no-cognitivismo⁶.

Cognitivismo integral. Los jueces, en relación a la interpretación de un cualquier conjunto de disposiciones determinado,

⁵ Véase, por ejemplo, G. R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, parte II; H. L. A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, 1977, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144; E. DICIOTTI, *Lambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena, Università degli Studi di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Working Paper 45, 2003, p. 5 nota 2; R. GUASTINI, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Externado de Colombia, 2010, pp. 121 ss.; P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, cap. II.

⁶ Otro mapa no convencional es propuesto, por ejemplo, por E. DICIOTTI, *Lambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, cit., donde, desde una perspectiva diferente, se destaca entre “cognitivismo extremo”, “cognitivismo moderado”, “escepticismo extremo” y “escepticismo moderado”.

nunca pueden encontrarse en situaciones de discrecionalidad interpretativa: ni de discrecionalidad selectiva, ni de discrecionalidad aplicativa. Es decir, ellos nunca pueden tener la posibilidad de ejercer su libertad de elección razonada: ya sea al nivel de la elección de un código interpretativo, ya sea al nivel de su aplicación, una vez que se la haya elegido⁷.

Cognitivismo parcial. Los jueces, en relación a la interpretación de un conjunto de disposiciones determinado, nunca pueden encontrarse en situaciones de discrecionalidad selectiva, pero sí pueden encontrarse en situaciones de discrecionalidad aplicativa. Esto ocurre en los casos dudosos, en los cuales las directivas del código hermenéutico utilizado y los recursos interpretativos a disposición se revelan inidóneos a conducir a un resultado determinado. En estos casos, por lo tanto, cualquier forma de llegar a un resultado determinado depende necesariamente de la discrecionalidad del intérprete. La ausencia de situaciones de discrecionalidad selectiva, en cambio, sería consecuencia de un fenómeno que los cognitivistas —integrales o parciales— suelen percibir como un componente evidente de la realidad del derecho. Podemos llamar a este componente “naturalidad del método interpretativo”: los textos, según sus propiedades esenciales (según su “naturaleza”), dictan las reglas para su interpretación jurídicamente correcta. De forma que el problema del método interpretativo correcto es, básicamente, un problema de conocimiento.

No-cognitivismo. Los jueces, en relación a la interpretación de un conjunto de disposiciones determinado, necesariamente se encuentran en situaciones de discrecionalidad interpretativa selectiva, y, de acuerdo con el código que hayan elegido, pueden también encontrarse en situaciones de discrecionalidad aplicativa. La presencia de situaciones de discrecionalidad selectiva, en cuanto rasgo necesario de la interpretación, es

⁷ Uno de los representantes más destacados del cognitivismo integral parece ser F. Von Savigny. Véase, por ejemplo, P. CHIASSONI, *L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009, cap. IV, § 4.

consecuencia, en última instancia, del hecho que los textos no se auto-interpretan: de forma que cualquier relación interpretativa (la relación entre intérprete y texto a interpretar) siempre y necesariamente involucra decisiones metodológicas y sustanciales por los intérpretes, que no son justificables de una manera racionalmente concluyente. Por lo tanto, el “naturalismo metodológico” (la idea de la naturalidad del método interpretativo), sobre el cual se fundan —expresa o tácitamente— las teorías que abarcan el cognitivism integral o parcial, es ilusión. Por supuesto, puede pasar que, en una cultura jurídica, un cierto código interpretativo para un cierto tipo de textos jurídicos sea considerado y aceptado de forma (casi) unánime como el código “correcto” o “vigente”. Sin embargo, también en estos casos, los intérpretes se encuentran necesariamente en situaciones de discrecionalidad selectiva: en la forma de la posibilidad de ejercer una libertad de elección sobre cómo precisar, jerarquizar, e integrar las directivas del código hermenéutico vigente⁸. La discrecionalidad selectiva, en suma, puede tener alcances diferentes: según la cultura jurídica y, al interior de cada cultura jurídica, según el tipo de texto que se trate de interpretar.

2. UNA METHODENSTREIT EJEMPLAR

Una cuestión de interpretación proporciona un debate acerca de la interpretación de la Constitución Federal americana. En el

⁸ Por ejemplo, todos los juristas de la Escuela de la Exégesis compartían dos principios en la interpretación del *Code civil*: el principio del “respeto para el legislador” y el principio de la “primacía del texto”. Los dos principios formaban, pues, el núcleo del código hermenéutico vigente en la cultura jurídica francesa del siglo XIX. Sin embargo, los dos principios, gracias a su indeterminación, formaron la base de códigos algo diferentes. Sobre este punto, véase por ejemplo P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, cit., cap. IV, § 3. Consideraciones análogas valen para las culturas que comparten principios como “interpretación literal e intención del legislador”, “interpretación sistemática”, “interpretación constitucionalmente orientada”, “respeto para la Constitución”, etc.

ensayo principal, el juez Antonin Scalia defiende su variante de textualismo, que califica de textualismo “honesto” o “razonable” (“fair”)⁹. En sus comentarios, el constitucionalista Laurence H. Tribe y el filósofo del derecho Ronald Dworkin critican el textualismo, reivindicando la superioridad de una interpretación constitucional informada, o bien a un evolucionismo prudencial, conforme a las ideas de “candor”, “humildad”, y razonable sistematicidad o “integración” (Tribe)¹⁰, o bien a la idea de una “lectura moral” conforme al principio de “integridad” textual e histórica (Dworkin)¹¹. El historiador Gordon Wood, aunque queda programáticamente fuera del combate, contribuye con algunas consideraciones valiosas¹².

La discusión tiene, pues, un carácter no ya teórico, de filosofía analítica de la interpretación jurídica, sino doctrinal, de metodología prescriptiva de la interpretación¹³. Los partici-

⁹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, en Id., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, cit., pp. 3-46; véase también Id., *Response*, en Id., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, cit., pp. 129-149.

¹⁰ L. H. TRIBE, *Comment*, en A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, cit., pp. 65-94; véase también, por ejemplo, L. H. TRIBE, M. C. Dorf, *On Reading the Constitution*, Cambridge (Mass.) - London, Harvard University Press, 1991.

¹¹ R. DWORKIN, *Comment*, en A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, cit., pp. 115-127; véase también Id., *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) - London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, cap. 10; Id., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage Books, 1994, cap. V; Id., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.) - London, Harvard University Press, 1996; Id., *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.) - London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, cap. 5.

¹² G. WOOD, *Comment*, en A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, cit., pp. 49-63.

¹³ En palabras de la coordinadora A. Gutmann (A. SCALIA, *Una cuestión de interpretación*, cit., p. 55): «¿Cómo deben los jueces interpretar el derecho legislativo y constitucional, de forma tal que su imperio sea una realidad consistente con el ideal democrático constitucional?». Así formulado, el problema parecería ser, más bien, de naturaleza técnica. Sin

pantes no se ocupan, en particular, de la cuestión que domina habitualmente en las disputas entre teóricos del derecho: si, y en qué forma, la interpretación sea conocimiento (“descubrimiento”), o bien decisión (“volición”, “construcción”, “creación”), del significado correcto de los textos jurídicos. Sin embargo, sus posturas metodológicas reflejan una clara toma de posición al respecto. Los métodos que ellos proponen comparten el rechazo del cognitivismo integral. Sin embargo, lo hacen de una manera diferente. Por un lado, Scalia adopta aparentemente una postura de cognitivismo parcial —o, en cualquier caso, algo muy cerca de ello. De otro lado, Tribe y Dworkin adoptan aparentemente una postura de no-cognitivismo— o, en cualquier caso, algo más cerca de ello. Los tres concuerdan que la discrecionalidad interpretativa aplicativa sea un ingrediente constante en la adjudicación. No obstante, discrepan sobre el espacio que cada método (o, en mis términos, “código”) dejaría para ella. Scalia sostiene que su método, el método del “textualismo razonable”, dejaría un espacio mínimo para el ejercicio de discrecionalidad interpretativa por los jueces, conforme a los requerimientos de la democracia y del imperio de la ley; Tribe y Dworkin niegan que sea así.

Aunque no sea ya teórica, sino metodológica, la disputa entre Scalia, Tribe y Dworkin es teóricamente provechosa. Ofrece en efecto, como veremos, una ilustración ejemplar de la manera de construir, defender y criticar métodos interpretativos.

3. PALABRAS RESBALADIZAS

Dos términos comparecen a menudo en el debate: “*textualism*” (textualismo) y “*originalism*” (originalismo).

Scalia denomina su método interpretativo “textualismo”, calificándolo, como dije antes, de “honesto” o “razonable”.

embargo, lo que el ideal democrático constitucional requiere depende de qué concepción de democracia constitucional se adopte. Los participantes al debate defienden concepciones diferentes, que adoptan sobre la base de opciones valorativas últimas no racionalmente justificables.

Denomina, en cambio, los demás métodos como “no-textualistas” —a excepción del “literalismo” o “construccionismo estricto”, que, como veremos, considera de forma deteriorada de textualismo—. Ahora bien, hace falta poner de relieve, aunque pueda parecer una lisa y llana perogrullada, que el rótulo “textualismo” posee una clara carga emotiva y desempeña una evidente función ideológica. “Textualismo” evoca la imagen del respeto riguroso, circunfuso de veneración, para los textos jurídicos: en particular, para el texto de las leyes y, sobre todo, de la constitución. Los que se oponen al “textualismo”, los “no-textualistas”, se encuentran por lo tanto bajo la luz negativa de ser, en algún sentido, los que, en cambio, se ponen *en contra de* los textos jurídicos: los que no respetan los textos de la constitución y de las leyes, los que los pasan por alto, los descuidan, los menosprecian, los destruyen.

Otra denominación frecuente del método propuesto por Scalia es “originalismo”. El textualismo se traduce pues en la idea según la cual el respeto para el texto constitucional requiere identificar el significado jurídicamente correcto de las disposiciones constitucionales con su significado original, en el sentido que precisaré pronto (§ 4.1). El “originalismo” se opone al “no-originalismo”. También estas denominaciones son, con toda evidencia, emotivamente cargadas. Ellas sugieren en efecto la existencia de un contraste entre un método (*prima facie* apreciable y valioso) que busca el significado “auténtico” u “objetivo”, de las disposiciones constitucionales, por un lado, y los métodos (*prima facie* menos preciados) que, en cambio, proporcionan para ellas significados “no-auténticos”, “adulterados”, “espurios”, “subjetivos”, por el otro lado.

Además de ser emotivamente cargadas, las oposiciones “textualismo”-“no-textualismo” y “originalismo”-“no originalismo” proporcionan una imagen distorsionada de las posiciones en campo. Como resulta claro desde el debate, en efecto, también las metodologías de Tribe y de Dworkin son y pretenden ser, en algún sentido, textualistas y originalistas¹⁴. De forma que,

¹⁴ L. H. TRIBE, *Comment*, cit., p. 67: «We are all originalists now, Dworkin

desde el punto de vista de la meta-metodología descriptiva, sería oportuno descartar tales oposiciones tajantes y optar, en cambio, por un conjunto de rótulos más precisos y matizados.

Con estas advertencias, que sugieren manejar cuidadosamente aquellas denominaciones ideológicamente comprometidas, vamos a ver brevemente en qué consiste el “textualismo razonable” defendido por Scalia.

4. LA DOCTRINA DEL TEXTUALISMO RAZONABLE

En aras de una reconstrucción esquemática, parece útil destacar entre la *pars construens* y la *pars destruens* de la metodología de la interpretación constitucional propuesta por Scalia. La primera contiene los presupuestos y principios del textualismo razonable. La segunda contiene la crítica de algunos métodos alternativos: el literalismo estricto, el intencionalismo y las diversas formas de “evolucionismo interpretativo” o doctrinas de la “Constitución viviente”¹⁵.

4.1. Presupuestos y principios

El textualismo razonable, en cuanto método de interpretación constitucional, se basa aparentemente en dos tesis. Podemos llamarlas, respectivamente, *tesis de la omnipresencia* y *tesis de la no-especificidad*¹⁶.

says — all of us [...] are searching for what the text originally meant». Sobre este punto, véase también R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., cap. V.

¹⁵ La literatura sobre interpretación constitucional es inmensa. Me limitaré a reenviar, para los escritos en lengua inglés, a la bibliografía publicada en A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, MN, Thompson/West, 2012, pp. 465-506. Véase además C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹⁶ En A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, los autores se proponen proporcionar una exposición tendencialmente comprensiva de los principios del textualismo razonable, en cuanto método de interpretación de los textos jurídicos, públicos o privados. En lo que concierne a la interpretación constitucional, sostienen

La tesis de la omnipresencia sostiene que toda aplicación presupone interpretación: no es posible aplicar un texto jurídico a un cualquier caso individual, sin interpretar antes el texto. La interpretación es, por lo tanto, una actividad necesaria en la aplicación del derecho escrito: no ya eventual, como sugieren los que la confinan a los casos de textos indeterminados y dudosos, conforme a la antigua, engañosa máxima *in claris non fit interpretatio*¹⁷.

La tesis de la no-especificidad sostiene, en cambio, que la interpretación de un texto constitucional no necesita de “principios especiales”, diferentes de los que hay que utilizarse en la interpretación de cualquier ley de un legislador democrático¹⁸. Sin embargo, el carácter “inusual” del documento constitucional sugiere aplicar los “principios usuales” teniendo en cuenta dos rasgos esenciales. Primero, una constitución, según su naturaleza, no contiene sólo reglas detalladas, sino que traza «las grandes líneas» y concierne a «los sujetos importantes» del gobierno de una sociedad. Por lo tanto, en línea de principio, hace falta «proporcionar a las palabras y expresiones [constitucionales] una interpretación expansiva más bien que una restrictiva (*narrow*)» (principio de interpretación tendencialmente expansiva de

que se le deban aplicar cinco “principios fundamentales” (principio de interpretación, principio de supremacía del texto, principio de interrelación de los cánones, presunción de eficacia, presunción de validez), once “cánones semánticos”, siete “cánones sintácticos”, y catorce “cánones contextuales”, todos presentados en detalle. La crítica de métodos alternativos es concentrada en la exposición de “trece falsedades”. En la reconstrucción que ofrezco en el texto, he intentando leer, e integrar, la posición defendida por Scalia en el ensayo *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, a la luz de esta contribución mas reciente y extensa.

¹⁷ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 53-55.

¹⁸ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 37: ««The problem [of constitutional interpretation, ndr] is distinctive, not because special principles of interpretation apply, but because the usual principles are being applied to an unusual text».

la constitución)¹⁹. Segundo, una constitución democrática, según su naturaleza, es un texto en función anti-mayoritaria: es decir, es un texto cuyo objetivo consiste en garantizar algunos derechos individuales contra las eventuales violaciones por las generaciones futuras y sus representantes políticos. Por lo tanto, en línea de principio, hace falta interpretarla de manera tal que logre preservar dicha función anti-mayoritaria²⁰.

Sobre la base de tales presupuestos, el método del textualismo razonable se resume aparentemente en las ideas siguientes: la interpretación constitucional debe ser (1) interpretación textualista, según los principios de supremacía del texto y de interpretación contextual-originalista, (2) teniendo prudencialmente en cuenta las reglas, presunciones y cánones interpretativos tradicionales (conforme al “principio de interconexión de los cánones”), y (3) dentro de los límites trazados por la historia y tradición de la interpretación constitucional, así como resultan de los precedentes de la Corte Suprema federal (principio del *stare decisis*). A estas ideas, en aras de una reconstrucción esclarecedora, se corresponden cinco principios. Vamos a verlos con un poco de detalle.

4.1.1. Principio de supremacía del texto constitucional

En la interpretación constitucional, el texto de la constitución debe ser considerado el recurso hermenéutico supremo, que todo intérprete debe respetar. El principio de supremacía del texto constitucional reflexiona una asunción fundamental del textualismo: la tesis del carácter textual de la constitución. Donde hay una constitución escrita, la constitución es el texto del documento constitucional. No hay, en línea de principio, constitución fuera del texto, así como no hay ley, ni derecho,

¹⁹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 37.

²⁰ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 40-41.

fuera de los textos de ley y de los otros textos jurídicos autorizados («*the text is the law*»)²¹.

4.1.2. Principio de interpretación contextual-originalista

«En la interpretación textual, el contexto es todo»²². Esta afirmación, cabe notar, en sí misma tiene la apariencia de la paradoja. Sin embargo, ella aporta una precisión oportuna a la tesis del carácter textual de la constitución: la constitución es el texto constitucional *en su interpretación contextual correcta*. En términos más precisos, con la excepción que diré pronto al tratar de la integración constitucional (punto 5.), la constitución coincide con el conjunto de las normas explícitas que representan los resultados de una lectura contextual correcta de las disposiciones constitucionales. Una lectura contextual correcta, a su vez, es una lectura informada a una directiva hermenéutica que podríamos llamar *principio de interpretación contextual-originalista*. Según Scalia, este correspondería:

«al principio de interpretación más antiguo y de más sentido común:

En su contexto total, las palabras significan lo que comunicaron a las personas razonables en el tiempo en que fueron escritas —con la precisión que los términos generales pueden abarcar las innovaciones tecnológicas sucesivas»²³.

²¹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 22: «The text is the law, and it is the text that must be observed»; A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. xi: «The words of a governing text are of paramount concern, and what they convey, in their context, is what the text means»; 15 ss., 56 ss.

²² A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 37: «In textual interpretation, context is everything»; A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 15 ss.

²³ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 15: «return to the oldest and most commonsensical interpretive principle: In their full context, words mean what they conveyed to reasonable people at the time they were written — with the understanding that general terms may embrace later technological innovations»; A.

El principio establece aparentemente un proceso hermenéutico donde se destacan dos momentos lógicamente distintos. El primer momento concierne a la identificación del “contexto total” de “las palabras” que se trate de interpretar. Nótese que, según Scalia, siempre la interpretación vuelve alrededor del significado de algunas palabras o expresiones clave al interior de las disposiciones jurídicas (“establishment of religion”, “free exercise thereof”, “freedom of speech, or of the press”, “the right [...] to be confronted with the witnesses against him”). El segundo momento concierne a la identificación del entendimiento original del texto: es decir, del significado que, en relación al contexto total, las palabras tuvieron para los intérpretes al tiempo de la emanación del texto. Aquí, cabe notar, el intérprete textualista debe asumir el punto de vista no ya de cualquier intérprete, sino de intérpretes plenamente competentes en el idioma, «inteligentes», «informados», y «razonables». La pesquisa involucra investigaciones de «lingüística histórica», sea a partir de los diccionarios, comunes y técnicos, del tiempo, sea de otros escritos potencialmente reveladores del entendimiento original. Hace falta leer, por ejemplo, también los ensayos y la correspondencia de personajes públicos como Hamilton, Jay, Jefferson y Madison si se quiere descubrir la manera original de entender las palabras y oraciones que comparecen en el texto de la Constitución Federal²⁴. También investigaciones sobre la cultura moral del tiempo pueden ser necesarias: esto ocurre, en particular, cuando se trate de interpretar cláusulas que expresan “principios abstractos” de carácter moral, como, por ejemplo, la cláusula de la VIII Enmienda que prohíbe las

SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 23: «A text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means».

²⁴ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 38; A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 33 ss.

“penas crueles e inusuales” (“cruel and unusual punishments”). En tales casos, el entendimiento original está proporcionado por «las percepciones morales del tiempo»²⁵.

La posición de Scalia acerca del “contexto total” no es del todo clara. En aras de una reconstrucción caritativa, la identificación del “contexto total” parece consistir en la identificación (utilizando términos que Scalia no usa) del co-texto y del inter-texto de las palabras constitucionales que se trate de interpretar. Más precisamente, palabras como, por ejemplo, «freedom of speech», deben ser interpretadas a la luz de un “contexto total” formado por lo menos por cuatro elementos: (1) la oración constitucional al interior de la cual las palabras comparecen; (2) el texto de la Constitución, comprensivo del Preámbulo, identificando en particular las partes estrictamente relevantes sobre la base de la presencia de palabras habitualmente “asociadas” a las que se trate de interpretar; (3) el texto de otros documentos contemporáneos relevantes (la Declaración de Independencia, las Constituciones de los Estados, la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, etc.); (4) la «ocasión» y «la finalidad evidente» («evident purpose») de la adopción del texto²⁶.

²⁵ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 145.

²⁶ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 38 ss., 144. En A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 33 ss., 167ss., los autores destacan aparentemente dos nociones de “contexto”: una noción estricta, donde el contexto coincide con el *co-texto*, es decir, con el conjunto de palabras y oraciones que pertenecen al mismo documento de las palabras que se trate de interpretar, y en relación al cual valen los cánones de la totalidad (“Whole-Text Canon”), de la constancia terminológica (“Presumption of Consistent Usage”), de la coherencia textual (“Harmonious-Reading Canon”), de la *lex specialis* (“General-Specific Canon”), de la “verdadera antinomia” (“Irreconcilability Canon”), *noscitur a sociis* (“Associated-Words Canon”), *Ejusdem Generis*, etc.; una noción amplia, que incluye el *inter-texto*, formado, en el caso de las leyes, de las otras leyes *in pari materia*, de la Constitución (“Constitutional-Doubt Canon”), de

En lo que concierne a este último elemento, la “finalidad evidente”, en un escrito sucesivo Scalia afirma que debe tratarse de la «finalidad textual» del texto; es decir, de una finalidad tal que: primero, debe ser identificada sólo a partir del texto mismo, excluyendo el empleo de cualquier otro recurso interpretativo (como, por ejemplo, la “historia legislativa”); segundo, debe ser claramente indicada por el texto; tercero, debe ser “descrita” (o mejor dicho: susceptible de descripción) en términos lo más que posible «concretos», excluyendo así descripciones abstractas cuales “promover la justicia”, “favorecer la felicidad social”, etc., que, en su generalidad, abren las puertas a las preferencias de los intérpretes, haciendo así que la constitución diga lo que, según los intérpretes, ella debe (ría) decir. La finalidad textual, además, sólo puede ser utilizada para solucionar casos de indeterminación del significado ordinario, “coloquial” u original del texto. Nunca puede servir, en cambio, para justificar operaciones de (en nuestra terminología de *civil law*) interpretación correctiva: pues esto comportaría derrocar al texto²⁷.

La adopción del principio contextual-originalista, centrado como es en el entendimiento original, favorece el resultado de la constancia temporal del significado constitucional. Se trata, cabe notar, de la constancia del significado intencional (o bien, al nivel de la connotación, sentido, o intensión) de las palabras de las cláusulas constitucionales; lo que no impide el cambio en su significado extensional, el cual puede ocurrir en consecuencia del producirse de nuevos objetos y nuevos fenómenos en relación al progreso tecnológico²⁸.

las sentencias de tribunales supremos, precedentes a la emanación de la ley, que contengan definiciones de los términos relevantes (“Prior-Construction Canon”), etc.

²⁷ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 33 ss., 56-58.

²⁸ Este punto, como veremos al § 4, es contestado por DWORKIN, según el cual el principio del entendimiento original se combinaría con la idea de la constancia del significado extensional al tiempo de la producción de la disposición, así como determinado por la “*expectations intention*” de los *Framers*.

Según Scalia, el principio (aquí denominado) de interpretación contextual-originalista representa el sólo principio que un intérprete fiel a la constitución pueda razonablemente aceptar, pues se trata del sólo principio verdaderamente conforme a los principios de la democracia constitucional.

A favor de esta conclusión, Scalia aduce aparentemente dos argumentos.

Primero: el principio de inmutabilidad de las leyes es principio válido para cualquier ley democrática. Sólo el legislador democrático puede cambiar las leyes. Sin embargo, un cambio en la interpretación judicial de una ley equivale a cambiar la ley. Por lo tanto, la interpretación judicial de las leyes debe ser tal, de modo que no cambie el significado de la ley; debe ser, en otros términos, respetuosa del sólo significado objetivo que cada ley posee: su significado original, cual puede ser identificado mediante el principio de interpretación contextual, según el entendimiento original. Ahora bien, si el principio de inmutabilidad vale para las leyes democráticas, con mayor razón debe valer para la *constitución* democrática, que es más importante que las leyes (argumento *a fortiori*, en la variante *a minori ad maius*).

Segundo: en una democracia constitucional, la constitución tiene la función anti-mayoritaria de garantizar algunos derechos individuales, protegiéndolos en contra de cambios repentinos por mayorías políticas representativas de futuras generaciones menos respetuosas y, quizás, más brutales. Ahora bien: tal función de garantía requiere una interpretación no-evolutiva de la constitución. Una interpretación evolutiva tendría pues dos efectos perversos. Por un lado, el efecto de aniquilar la garantía de los derechos individuales, pudiendo estos cambiar con el cambiar de la interpretación. Por el otro, el efecto, absurdo, de hacer posible el cambio constitucional virtualmente ilimitado por funcionarios democráticamente irresponsables cuales son los jueces, mientras que el cambio constitucional por el legislador democráticamente elegido está fuertemente limitado por las reglas sobre revisión constitucio-

nal²⁹. Sobre este punto crucial de la argumentación de Scalia volveré brevemente al final (§ 6).

4.1.3. Principio de utilización prudente de los cánones y reglas de interpretación

En la identificación del significado contextual-original de las disposiciones constitucionales, el intérprete que opere aquí y ahora debe también tener en cuenta los cánones de interpretación y las otras reglas y presunciones interpretativas que estaban “vigentes” al tiempo de la producción del texto constitucional que se trate de interpretar —es decir, los que fueron considerados relevantes por cada intérprete razonable e informado del tiempo—. Ahora bien, estas reglas y cánones, según Scalia, incluyen directivas como, por ejemplo, *noscitur a sociis*, *inclusio unius est exclusio alterius*, y *ejusdem generis*. Se trata sin embargo de reglas que —como Scalia precisa— nunca valen de una manera absoluta, sino que siempre deben ser consideradas derrotables frente a conjuntos de razones contrarias más fuertes³⁰.

4.1.4. Principio del *stare decisis*

La interpretación constitucional según los principios del textualismo razonable padece de los vínculos que pueden derivar de los precedentes judiciales³¹. El respeto para el principio

²⁹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 38-41; A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 78 ss.

³⁰ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 25-29, donde se trata también de algunas reglas y presunciones especiales, no tradicionales, como, por ejemplo, la presunción de interpretación más favorable a los Indios; A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 59-63.

³¹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 138-139: «Originalism, like any other theory of interpretation put

del *stare decisis*, cabe notar, juega según Scalia no ya el papel de componente *optimo iure* del método del textualismo razonable, sino, más bien, el de «excepción pragmática»³². Se trata, además, de un respeto que Scalia presenta como disciplinado por algunas “reglas”. Dichas reglas son el resultado de la interpretación que el mismo Scalia adopta acerca de la doctrina americana del *stare decisis* y valen, aparentemente, “en línea de principio”: es decir, sobre la base de reflexiones, ponderaciones y matizaciones siempre necesarias por parte de los intérpretes que las aplican. En una reconstrucción razonable, las reglas que Scalia formula para una correcta utilización de los precedentes —y, en particular, de los precedentes erróneos desde el punto de vista de una interpretación e integración correcta de la constitución— son las siguientes:

Clara equivocación: el vínculo del *stare decisis* sólo subsiste frente a precedentes que no sean claramente equivocados, es decir, claramente contrarios a la razón. Un precedente claramente erróneo, en cambio, puede y debe ser anulado³³.

Todo-o-nada: el vínculo del *stare decisis* subsiste frente a la totalidad de una doctrina precedente; los jueces no pueden elegir conservar algunas partes (“la deliberación central”) y descartar otras³⁴.

into practice in an ongoing system of law, must accommodate for the doctrine of *stare decisis*. It cannot remake the world anew».

³² A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 140; A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., p. 414.

³³ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., p. 412.

³⁴ En su disensión parcial a la decisión *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), Scalia precisa que: «The Court’s reliance upon *stare decisis* can be described as contrived. It insists upon the necessity of adhering not to all of Roe, but only to what it calls the “central holding”. It seems to me that *stare decisis* ought to be applied even to the doctrine of *stare decisis*, and I confess never to have heard of this new, keep-what-you-want-and-throw-away-the-rest version» (en K. R. Ring (ed.), *Scalia Dissents. Writings of the Supreme Court’s Wittiest, Most*

Erosión: al valorar la fuerza de un precedente erróneo, hace falta considerar si, y en qué medida, sus «fundamentos se encuentren “erosionados” por decisiones sucesivas»³⁵.

Protección de las expectativas justificadas: al valorar la fuerza de un precedente erróneo, hace falta considerar los daños que la decisión de anularlo produciría sobre los que han justificadamente confiado en él —tratándose, por ejemplo, de una doctrina generalmente aceptada en la sociedad—.

Aceptación social: al valorar la fuerza de un precedente erróneo, hace falta considerar cuál es el nivel de su aceptación por parte de la sociedad; de tal forma que un precedente altamente controvertido goza de una protección débil, mientras que un precedente sujeto a una «crítica substantiva y continua» invita a su eliminación³⁶.

Invasión de la esfera reservada a la política: al valorar la fuerza de un precedente erróneo, hace falta considerar también si la doctrina de que se trata atribuye a los jueces el poder de tomar decisiones políticas que son en cambio «apropiadas para magistrados elegidos» —por ejemplo, mediante criterios de aplicación formulados en términos de vagas cláusulas generales (“undue burden”, “congruence and proportionality”, etc.)—³⁷.

4.1.5. Principio de austeridad

En línea de principio, la constitución coincide, como hemos visto, con las normas explícitas en que sus disposiciones pueden ser traducidas mediante el método del textualismo razonable. No hay, como sostienen los “no-textualistas”, tal cosa como una

Outspoken Justice, Washington, D.C., Regnery Publishing Inc., 2004, p. 126).

³⁵ *Lawrence v. Texas* (2003), en K. R. Ring (ed.), *Scalia Dissents. Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*, cit., p. 285.

³⁶ *Lawrence v. Texas* (2003), cit., p. 285; A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., p. 412.

³⁷ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., p. 412.

constitución implícita, “no escrita”, detrás y por encima de la constitución explícita. En consecuencia, los casos no incluidos expresamente (*casus omissus*) por las normas constitucionales son casos del todos considerados *no incluidos*: es decir, ellos no gozan de protección constitucional, sino que su disciplina pertenece enteramente a la esfera de la política democrática³⁸. Este principio de austeridad, o principio de no-integración constitucional, como podríamos llamarlo, padece, sin embargo, de las matizaciones siguientes: Primero, las expresiones constitucionales requieren una interpretación expansiva, toda vez que el texto, en su contexto integral, revele que ellas tengan valor de sinécdoque³⁹. Segundo, como hemos visto antes, la extensión de las palabras de la constitución puede ampliarse hasta abarcar nuevos fenómenos, si estos son capturados por su intensión⁴⁰. Tercero, el texto constitucional contiene también todas las prescripciones que son conceptualmente implícitas en las normas explícitas⁴¹. Cuarto, la “tradicción” y la “historia” —es decir una línea continua, socialmente difundida, de protección de ciertos derechos individuales— pueden justificar integraciones constitucionales más allá de los límites textuales: bajo la condición, empero, de que el texto no diga nada en contra⁴². Fuera de los casos mencionados ahora, toda

³⁸ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 93 ss.

³⁹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 37-38.

⁴⁰ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 140-141.

⁴¹ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 96-97.

⁴² K. R. RING (ed.), *Scalia Dissents. Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*, cit., p. 104; R. DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., p. 144, donde se cita la opinión formulada por Scalia en el caso *Casey*. La última excepción al principio de austeridad quizás es idónea para contestar a la crítica de Cass Sunstein, según la cual: (i) es difícil destacar

integración debe considerarse constitucionalmente ilegítima: una manifestación de “nihilismo jurídico”, que destruye los textos convirtiéndolos en vehículos de significados que ellos no pueden razonablemente llevar⁴³.

4.2. Textualismo über alles

La *pars destruens* de la metodología del textualismo razonable contiene una crítica de tres métodos alternativos también influyentes en la cultura constitucional norte-americana: el literalismo o construccionismo estricto, el intencionalismo y el evolucionismo de los defensores de la “Constitución viviente”.

4.2.1. Crítica del construccionismo estricto

Scalia considera que el literalismo o construccionismo estricto es, como dije, una forma deteriorada de textualismo. El deterioro consistiría en favorecer una interpretación de los textos caracterizada por la ignorancia programática del contexto de las palabras, apelando únicamente a su significado literal, el que resulta de los diccionarios. Aparentemente, Scalia lamenta dos vicios del literalismo: la impracticabilidad y la absurdidad. El literalismo estricto es, antes que todo, un método interpretativo no genuinamente practicable. Esto sería así pues presupone una

los casos de simple “aplicación de viejos principios” consagrados en precedentes erróneos desde el punto de vista del textualismo razonable y creación de “nuevos derechos constitucionales”; (ii) esto fácilmente lleva al juez originalista a traicionar su ideal; (iii) si, frente a casos nuevos, el juez originalista se niega desarrollar los viejos principios, para evitar crear ulteriores nuevos derechos constitucionales, tal negación resulta en una violación de la igualdad, y crea incoherencias en el sistema (C. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass., London, England, Harvard University Press, 1999, pp. 235-237).

⁴³ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 24-25, 138-140.

teoría equivocada del significado de las palabras. Las palabras siempre derivan su significado de algún contexto. Por lo tanto, también los construccionistas estrictos son, y no pueden no ser, contextualistas. Sin embargo, a diferencia del textualismo razonable, que identifica el contexto de una manera explícita y abierta a la crítica pública, el literalismo lo hace de una manera implícita y oculta. Además de impracticable, el construccionismo estricto es también susceptible de llevar a resultados absurdos, que chocan con la normal razonabilidad que debería inspirar cualquier interpretación de un texto jurídico. Por ejemplo, si aplicado de manera coherente a la interpretación de la “Free Speech Clause” de la Constitución americana («Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press»), el método literalista llevaría a considerar afuera de la protección constitucional, por ejemplo, formas de expresión como las cartas privadas, que podrían por lo tanto ser libremente objeto de censura⁴⁴.

4.2.2. Crítica del intencionalismo

El intencionalismo es la doctrina según la cual el significado correcto del texto constitucional coincide con el significado conforme a la intención de los constituyentes.

La “intención de los constituyentes”, sin embargo, puede ser entendida de maneras muy diferentes. En primer lugar, ella puede entenderse como intención “subjetiva”. En este caso, el significado correcto de las cláusulas constitucionales es el significado conforme a los deseos, las creencias, las expectativas de los constituyentes. La identificación de la intención subjetiva se hace mediante recursos extra-textuales, como la “historia legislativa”, y puede conducir a significados diferentes del significado textual-original. En segundo lugar, la “intención de los constituyentes” puede entenderse como intención “objetiva”:

⁴⁴ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 23-24, 37-38.

es decir, como la intención objetivada en el texto constitucional, de forma que éste representa el sólo índice autorizado en vista de la determinación del significado intencional de sus cláusulas. La intención objetivada en el texto puede, a su vez, ser entendida de dos maneras diferentes, como hemos visto antes: o bien como intención intencional (“abstracta”), o bien como intención extensional (“concreta”).

Ahora bien, el blanco de Scalia, cuando critica el intencionalismo, es el intencionalismo de la intención subjetiva. Este intencionalismo tiene que ser rechazado, según le parece, porque conlleva una doble amenaza a los principios del constitucionalismo democrático («a la teoría democrática»): una amenaza «teórica» y una amenaza «práctica».

La amenaza teórica consiste en esto: la interpretación según la intención subjetiva de los constituyentes lleva a identificar una *constitución implícita*, que puede ser otra cosa de la *constitución explícita*, manifiesta, coincidente con el texto. Ahora bien: sólo la constitución explícita fue aprobada por los constituyentes y, en el caso de la Constitución Federal americana, ratificada por los Estados. Sólo la constitución explícita, por lo tanto, tiene propiamente valor jurídico de constitución. En cambio, la constitución implícita es una constitución que nadie ha discutido, que nadie ha votado, que nadie ha ratificado: se trata, pues, de una constitución oculta y constitucionalmente ilegítima.

La amenaza teórica supone que, detrás del texto constitucional, haya en efecto una constitución tácita, conforme a los deseos, las creencias, las expectativas de los constituyentes. Sin embargo, cabe dudar de que tal cosa exista. Una intención genuinamente compartida por todos los constituyentes es ilusión. Además, aun si existiera, sería difícilmente susceptible de identificación mediante métodos objetivos. De forma que la idea de una constitución implícita, conforme a la elusiva intención subjetiva de los constituyentes, favorece —aquí está la amenaza práctica— que la constitución se vuelva en la constitución según los deseos, las creencias, las expectativas de los

intérpretes: y, antes que todos, según los deseos, las creencias y las expectativas de los jueces constitucionales⁴⁵.

4.2.3. Crítica del evolucionismo

La doctrina de la “Constitución viviente” sostiene que el texto constitucional, por su naturaleza, requiere una interpretación evolutiva, que lo adecue a las exigencias producidas por el progreso cultural y moral de la sociedad. La constitución debe, por ende, ser interpretada —así es la reconstrucción de Scalia— como cualquier texto de *common-law*, abierto al mismo tipo de evoluciones e innovaciones que, durante siglos, han caracterizado la jurisprudencia de las cortes inglesas y americanas. El *common-law approach*, por supuesto, puede llevar a reconocer derechos fundamentales no textualmente contemplados: como, por ejemplo, los derechos a la *privacy*, de aborto, de “final-de-vida”.

Ahora bien, según Scalia, todas las diferentes formas de “no-textualismo” evolucionista deben ser rechazadas. A favor de esta conclusión brinda, si no me equivoco, no menos de nueve argumentos⁴⁶. En aras de favorecer, quizás, una mejor comprensión, voy a formularlos a continuación en un lenguaje no estrictamente filológico.

⁴⁵ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 16-23; véase también A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 391-398; en este ensayo, otro blanco de los autores es la interpretación teleológica («purposivism»), sobre la base de finalidades abstractas identificadas libremente por los intérpretes fuera de los límites de los textos (pp. 15 ss., 343-346).

⁴⁶ En A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 23-25, se encuentran dos argumentos más: el argumento que niega que la “creación judicial de derecho” sea parte de la teoría constitucional vigente, afirmando que la sola doctrina vigente pretende la subordinación del juez a la ley y a la constitución; y el argumento que reivindica la existencia de un significado textual, en contra del escepticismo radical de corte deconstruccionista.

Subjetivismo exasperado: una vez que sea abandonada la idea de que el significado jurídicamente correcto de las disposiciones constitucionales debe coincidir con el significado objetivo, cual puede ser identificado mediante el principio de interpretación contextual-originalista, la constitución deja de ser un conjunto de parámetros objetivos. Se vuelve, en cambio, en un documento que, en cada momento, *es así como debe ser, prescribe* (prohíbe, permite, impone) lo que *debe prescribir*, según la opinión (deseos, expectativas, preferencias, doctrinas morales, etc.) de sus intérpretes autorizados⁴⁷.

Violación del principio del imperio de la ley: el subjetivismo exasperado que caracteriza a las teorías evolucionistas de la interpretación constitucional viola el principio fundamental del imperio de la ley (“a government of laws, not of men”), pues vuelve la democracia constitucional en un gobierno de los jueces⁴⁸.

Contrariedad a la naturaleza anti-evolutiva de la constitución: la constitución, como se ha visto, requiere una interpretación contextual-originalista, pues su función es garantizar algunos derechos individuales contra los cambios repentinos por las generaciones futuras (véase § 4.1.). Por lo tanto, el cambio diacrónico continuo de los significados de la constitución favorecido por los evolucionistas representa una conducta constitucionalmente ilegítima, aunque sea justificado en nombre de «“los estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de una sociedad en permanente maduración”»⁴⁹.

El mito de la flexibilidad: a favor de su método, los evolucionistas aducen un «argumento pragmático», sosteniendo que

⁴⁷ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 38-40.

⁴⁸ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 40-41.

⁴⁹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 39-40, 46.

favorecería la “flexibilidad” que una sociedad en evolución requiere. Sin embargo —sostiene Scalia— si observamos a los acontecimientos de la interpretación constitucional evolutiva, particularmente en los últimos treinta-cinco años, aparece, paradójicamente, que sus efectos fueron no ya de aumentar la flexibilidad, sino la rigidez, del derecho. En particular, el método evolucionista ha favorecido formas de rigidez constitucional que se han revelado dañinas para la democracia. Como ejemplos de la tendencia perniciosa de la doctrina evolutiva a aumentar las restricciones al «gobierno democrático» Scalia menciona, en particular:

«(...) algunas cosas que antes podían ser, o no ser, hechas, según lo que la sociedad deseaba, y que ahora no se pueden hacer: admitir en un proceso penal estatal pruebas de culpabilidad obtenidas mediante un registro ilegítimo; permitir la invocación de Dios en las ceremonias de entrega de diplomas de las escuelas públicas [...] condicionar el ejercicio del derecho de voto a la titularidad de propiedad [...] prohibir la pornografía»⁵⁰.

Incompatibilidad con la democracia: el método evolucionista de interpretación constitucional es incompatible con la democracia: sea en teoría, sea para sus efectos prácticos. En línea teórica, el método evolucionista favorece el cambio constitucional mediante la (re)interpretación e integración del texto de la constitución, lo que equivale a su re-escritura por los jueces-intérpretes. De tal forma, sin embargo, el método viola el principio de inmutabilidad de la constitución, que reserva cualquier cambio constitucional al legislador federal y a los legisladores estatales, según el procedimiento regulado por el artículo V de la Constitución. En lo que concierne a los efectos prácticos, además, el método evolucionista ha favorecido la restricción de la esfera de lo que puede ser decidido por

⁵⁰ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 41-42.

los órganos legislativos con método democrático, limitando los derechos políticos de los ciudadanos⁵¹.

El mito de la promoción de la libertad personal: a favor de su método, los evolucionistas aducen que favorecería la expansión de la esfera de las libertades y derechos individuales («will always be in the direction of greater personal liberty»). A la luz de la experiencia de los últimos treinta-cinco años, sin embargo, tal pretensión —sostiene Scalia— es falsa. El evolucionismo ha favorecido también la limitación de derechos y libertades individuales: por ejemplo, del derecho de propiedad privada y hasta del derecho de defensa de los imputados en procesos criminales⁵².

Un método incierto y difícil: el textualismo razonable, con su atención para el significado objetivo y original de las disposiciones constitucionales, proporciona un método que favorece la certeza del derecho —antes que todo, en cuanto relativa estabilidad y previsibilidad de las decisiones judiciales; además, se revela un método de aplicación relativamente fácil. En cambio, el método evolucionista no proporciona algún “principio guía” para la evolución del derecho, sino que apunta a objetivos vagos e genéricos como la “justicia”, la “libertad”, la “dignidad humana”, etc.; en consecuencia, el método evolucionista favorece una fuerte y difundida incertidumbre y se revela siempre difícil en su aplicación⁵³.

⁵¹ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 39-41.

⁵² A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 42-44.

⁵³ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 45-46: «the difficulties and uncertainties of determining original meaning and applying it to modern circumstances are negligible compared with the difficulties and uncertainties of the philosophy which says that the Constitution *changes*; that the very act which it once prohibited it now permits, and which it once permitted it now forbids; and that the key to that change is unknown and unknowable. The originalist, if he does not have all the answers, has many of them. The Confrontation Clause, for example, requires confrontation. For the evolutionist, on the other hand, every question is an open question, every day a new day».

Favor para la tiranía de la mayoría: los evolucionistas afirman que su método tendría una función anti-mayoritaria, pues produciría el fortalecimiento de la garantía de los derechos y libertades individuales (véase “El mito de la promoción de la libertad personal”). Sin embargo, según Scalia esto puede ser un objetivo contingente, pero no ya estructural, de tal enfoque. Su destino es, en efecto, el de favorecer, paradójicamente, la tiranía de la mayoría y la destrucción del *Bill of Rights*. Por la siguiente razón: el método evolucionista es un método no ya estrictamente jurídico, de profesionales del derecho, sino político, la política siendo satisfacción de las exigencias sociales momentáneas. Ahora bien: una vez que el pueblo adopte de una forma consecuente la idea de la constitución viviente y tenga conciencia del papel político de los jueces constitucionales, hará así que sean nombrados a la Corte Suprema los que, en cada momento, van a cambiar la constitución en la manera que el pueblo mismo aprueba. Los derechos fundamentales que los jueces derivarán de la constitución serán, así, no ya derechos *contra* la mayoría política, sino, precisamente, los derechos que la mayoría política del momento desea que sean leídos en la carta constitucional⁵⁴.

Destrucción de la constitución: la paradoja de la tiranía de la mayoría apenas considerada pone de relieve un último efecto perverso, aunque probablemente no intencional, del método evolucionista. Yendo más allá de la cuestión democracia-derechos y garantías anti-mayoritarias, el método evolucionista destruye la constitución en cuanto institución jurídica:

«En el intento de hacer así que la Constitución haga todo lo que se necesita que sea hecho de una época a otra, haremos así que ella no haga nada de nada»⁵⁵.

⁵⁴ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 46-47.

⁵⁵ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., p. 47

4.3. Notas de viaje

Las críticas del literalismo estricto y del intencionalismo pueden considerarse acertadas. También los nueve argumentos ahora considerados parecen proporcionar, en su conjunto, un ataque poderoso a la doctrina de la Constitución viviente. Sin embargo, una mirada poco menos que superficial sugiere que tal impresión de éxito tiene que ser rechazada. Antes de argumentar por qué, es menester considerar brevemente las críticas llevadas en contra del textualismo razonable por Wood, Tribe y Dworkin.

5. EL TEXTUALISMO RAZONABLE EN TELA DE JUICIO

En sus comentarios, Wood, Tribe y Dworkin ponen en tela de juicio el edificio aparentemente sólido del textualismo razonable⁵⁶. Si no me equivoco, las críticas apuntan a dos vicios principales: falsedad e incoherencia, sea al nivel de la construcción y justificación del método textualista, sea a nivel de su aplicación en concretas operaciones de interpretación constitucional.

Las críticas de incoherencia no parecen dar acertadamente en el blanco⁵⁷. En cambio, las críticas de falsedad se revelan, según creo, eficaces. A continuación, voy a exponerlas —y complementarlas— aunque muy rápidamente.

Al nivel de la construcción y justificación del método textualista, los críticos apuntan dos tesis que serían claramente falsas: la primera atañe a la concepción de la democracia, la segunda a la pretensión de (mayor) objetividad metodológica y menor espacio para la discrecionalidad judicial.

⁵⁶ Un análisis crítico de la posición de Scalia, denominada «democratic formalism», y una defensa de un enfoque minimalista, de *common-law*, a la interpretación constitucional, se encuentra en C. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, cit., cap. 9, en particular pp. 234 y ss.

⁵⁷ Considérese, por ejemplo, el comentario de DWORKIN (R. DWORKIN, *Comment*, pp. 115-127) y la réplica de Scalia (A. SCALIA, *Response*, pp. 144-149).

5.1. Textualismo razonable y democracia constitucional

Scalia construye y defiende el textualismo razonable sobre la base de una concepción legislativa-mayoritaria de la democracia constitucional, que encuentra sus padres nobles en Jefferson y Madison. Esta concepción identifica en el legislador federal el centro del sistema constitucional, en cuanto órgano genuinamente democrático. Scalia presenta esta concepción como, de manera evidente, la única a disposición de quienes se ocupen de la metodología de la interpretación constitucional, pues coincidiría sin más con la genuina “teoría democrática”. Defiende, por lo tanto, el textualismo razonable presentándolo como el único método conforme, y adecuado, con tal concepción.

Sin embargo, desde un punto de vista histórico, la concepción mayoritaria de la democracia constitucional es sólo una de las dos teorías que están presentes, e influyeron, en la cultura constitucional americana. La otra, defendida por Hamilton y Marshall, es una concepción “de los contra-poderes”, según las palabras de Bernard Manin. Lejos de atribuir al legislador una posición de primacía constitucional, esta concepción configura al legislador y a los jueces como dos “agentes” distintos del pueblo soberano —podríamos hablar, en propósito, de una *Two-servants doctrine*—, asignando a los jueces el papel de “cuerpo intermedio” entre ciudadanos y legisladores, cuya función consistiría en asegurar que las asambleas parlamentarias no violen la constitución⁵⁸.

Se puede discutir, por supuesto, acerca de la adecuación histórica y filológica de esta contraposición⁵⁹. Pero la crítica

⁵⁸ G. WOOD, *Comment*, pp. 49 ss. En esta línea de pensamiento, Dworkin defiende la idea de una “constitución de principio” y de una forma de gobierno que no es ni el gobierno “de los hombres y de las mujeres”, ni el imperio de la ley, sino “el gobierno bajo principio” (véase por ejemplo R. DWORKIN, Id., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., 123-124).

⁵⁹ Por ejemplo, Alexander Hamilton, en el *Federalist* No. 78, afirma que los jueces deben evaluar las leyes a la luz del “tenor manifiesto de la

destaca un punto importante. Lo que Scalia presenta como un recorrido necesario por las circunstancias —es decir, la adopción del método textualista en relación a la única y verdadera “teoría de la democracia”— se revela depender de una elección ético-normativa fundamental: más bien, se revela depender de *su* elección ético-normativa fundamental, acerca de la concepción de la democracia constitucional que la Constitución federal americana expresaría. En efecto, una vez que queda claro que no hay tal cosa como la única y verdadera teoría de la democracia, una vez que sea claro que hay, en cambio, diferentes teorías en competición, la adopción del textualismo razonable no puede justificarse en cuanto “dictada” por el texto constitucional mismo: por su intrínseca naturaleza y por la “doctrina natural” de la democracia detrás de ello, según una manera de pensar propia del naturalismo metodológico (§ 1) que Scalia utiliza. Por el contrario, la adopción del textualismo razonable no puede sino formar parte de una estrategia interpretativa comprensiva, cuya justificación reside en una opción última a favor de un modelo mayoritario de democracia constitucional. Tal estrategia persigue el fin de extender en la mayor medida posible, la esfera de lo que puede ser decidido por las mayorías políticas momentáneas, y de restringir consecuentemente, lo más que sea posible, la esfera de los asuntos sobre el que dichas mayorías no pueden decidir.

5.2. Una objetividad metodológica dudosa

En su crítica de los métodos “no-textualistas” como el intencionalismo y el evolucionismo interpretativo, Scalia sostiene,

Constitución”, y John Marshall, en diferentes ocasiones, favorece una interpretación aparentemente “textualista” de las cláusulas constitucionales. Estos datos, sin embargo, son del todo irrelevantes en relación a la conclusión, de que la adopción de un método interpretativo, si no es puramente casual, siempre depende de una toma de posición ético-normativa fundamental acerca del “valor” o “sentido” del texto constitucional. De forma que no hay, en ello, nada de estrictamente necesitado.

como hemos visto, que el textualismo razonable sería un método caracterizado por mayor objetividad y menor discrecionalidad judicial. Según los críticos, sin embargo, una tal pretensión sería falsa. El textualismo, escribe por ejemplo Wood,

«(...) aparece tan permisivo y abierto a la discrecionalidad judicial y a la expansión arbitraria como el uso de la intención del legislador o de otros métodos interpretativos, si el juez textualista tiene una tal propensión»⁶⁰.

La sospecha de los críticos parece acertada. Según creo, un ejemplo tajante del margen de discrecionalidad que el textualismo deja a los intérpretes es proporcionado por el mismo Scalia, en su *Réplica* a los comentarios de Tribe⁶¹.

Tribe afirma que la *Free Speech Clause* de la I Enmienda («Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech») es una disposición “expresiva de una aspiración” (por brevedad, en adelante: “disposición aspiracional”), sostenida por los *Framers*, y concerniente a los derechos que ellos y su posteridad deberían llegar a gozar en contra del gobierno en materia de expresión⁶².

Scalia, sin embargo, niega que ello sea así. Sobre la base, aparentemente, de cuatro argumentos.

El primer argumento, de tipo topográfico, sostiene que la *Free Speech Clause* no es una disposición aspiracional, porque no pertenece a un texto compuesto por disposiciones aspiracionales, como son la Declaración de Independencia, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, o bien el mismo Preámbulo de la Constitución americana, sino que pertenece a un texto, el texto de la Constitución Federal, que es, en cambio, «una carta de gobierno práctica y pragmática»⁶³.

⁶⁰ G. WOOD, *Comment*, p. 63: «Textualism, as Justice Scalia defines it, appears to me to be as permissive and as open to arbitrary judicial discretion and expansion as the use of legislative intent or other interpretative methods, if the text-minded judge is so inclined».

⁶¹ A. SCALIA, *Response*, cit., pp. 133-143.

⁶² L. H. TRIBE, *Comment*, pp. 67 ss.

⁶³ A. SCALIA, *Response*, cit., p. 134.

El segundo argumento sostiene que la *Free Speech Clause* no es una disposición aspiracional, porque así indica el «contexto», que es el «factor principal de determinación del significado» (véase § 4.1). El *Bill of Rights* contiene muchas disposiciones que, en fuerza del detalle que las caracteriza, son claramente disposiciones no aptas para expresar aspiraciones (disposiciones no-aspiracionales). Ahora bien, sería extraño —comenta Scalia— que disposiciones genuinamente aspiracionales fuesen entre-mezcladas con disposiciones tan claramente no-aspiracionales. De forma que,

«Es más razonable pensar que las disposiciones [constitucionales] sean todas de un mismo tipo»⁶⁴,

es decir, todas no-aspiracionales. Naturalmente, algunas pueden ser más abstractas y generales de otras. Pero,

«el contexto sugiere que los términos abstractos y generales, a la par de los concretos y particulares, son entendidos a fijar derechos corrientes y actuales, antes que a aspirar a derechos futuros —representan referencias abstractas y generales a derechos y libertades *existentes*, poseídos según el régimen corriente»⁶⁵.

El tercer argumento sostiene que a la misma conclusión lleva también «la finalidad evidente de las disposiciones» constitucionales:

«Garantizar que la libertad de palabra será no menor que hoy [1791, ndr] es garantizar algo de permanente; garantizar que ella no será menor de las aspiraciones futuras es no garantizar nada en particular»⁶⁶.

El cuarto argumento sostiene que, si el *Bill of Rights* fuese verdaderamente compuesto por disposiciones aspiracionales, entonces, contrariamente a lo que Marshall afirmó en *Marbury v. Madison*, los jueces no serían agentes adecuados para la tarea, que tendría en cambio que ser confiada a legisladores y plebisci-

⁶⁴ A. SCALIA, *Response*, cit., p. 135.

⁶⁵ A. SCALIA, *Response*, cit., p. 135.

⁶⁶ A. SCALIA, *Response*, cit., p. 135-136.

tos. Los jueces pueden «decir qué es el derecho»; pero, sostiene Scalia, no pueden acertadamente «exponer las aspiraciones de una época particular»⁶⁷.

Los argumentos parecen confirmar la diagnosis de los críticos: el método textualista, con su referencia al contexto y a la finalidad evidente de los textos, deja un amplísimo margen a la discrecionalidad interpretativa. Todos los argumentos, nótese, funcionan en fuerza de presupuestos, o, si se prefiere, de pre-comprensiones y pre-juicios, que Scalia considera evidentes. Sin embargo dichos presupuestos, pre-comprensiones y pre-juicios, lejos de ser en algún sentido necesarios, son en cambio el fruto de libres opciones fundamentales de carácter ético-normativo y metodológico.

El primer argumento simplemente reflexiona la decisión, en sí no argumentada, de que el texto de la Constitución sea, *en la totalidad de sus oraciones*, una «carta práctica y pragmática»; mientras que los otros textos citados serían catálogos de «aspiraciones». Aunque podemos aceptar esta segunda tesis, la primera parece en cambio disputable⁶⁸. Reflexiona, además, una toma de posición acerca del «valor» del texto constitucional, que no puede apoyarse en el texto en sí considerado, sino que depende de la adopción de una doctrina determinada de la constitución, sostenida, por ejemplo, por Joseph Story⁶⁹.

⁶⁷ A. SCALIA, *Response*, cit., p. 136.

⁶⁸ Considérese, por ejemplo, el argumento siguiente. Puesto que el Preámbulo de la Constitución contiene declaraciones que, desde el punto de vista de SCALIA, son claramente aspiracionales («We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility [...], promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity ...»), este dato puede ser entendido, razonablemente, a sugerir una conclusión *opuesta* a la a qué SCALIA llega: es decir, que la presencia de disposiciones aspiracionales no es algo extraño en el documento constitucional, de forma que disposiciones aspiracionales bien pueden encontrarse sea en los artículos de la Constitución, sea entre las Enmiendas.

⁶⁹ A. SCALIA, B. R. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., p. 69.

El segundo argumento muestra cuál sea, por decirlo así, la verdadera “fuerza vinculante” del “contexto”. Puede ser útil no olvidar que hay aquí, un único dato acertado para cualquier lector competente en el idioma inglés. El dato es este: el texto “Bill of Rights” de la Constitución de los Estados Unidos de América contiene oraciones diferentes desde el punto de vista del léxico. Algunas contienen términos numéricos (“twenty”, “thirty-five”), otras términos relativamente concretos y definidos (“dollars”, “militia”, “arms”, “houses”, “papers”), otras términos abstractos e indefinidos (“establishment of religion”, “freedom of speech”, “due process of law”, “just compensation”, “equal protection of the laws”). Ahora bien, este dato textual puede apoyar sea una interpretación como la favorecida por Scalia, pero puede brindar apoyo también a la interpretación opuesta: pues la diferencia de léxico puede leerse también como índice de la presencia de disposiciones de tipos diferentes, algunas no-aspiracionales, otras aspiracionales. Esto sugiere, a su vez, una conclusión valiosa: el “contexto” de cada expresión constitucional, lejos de ser un dato objetivo, que se trate de descubrir, no es sino una construcción del intérprete, fatalmente al servicio de los resultados prácticos que él entienda conseguir. Scalia presenta como evidentemente “razonable” concluir, a la luz del “contexto”, que *todas* las disposiciones del *Bill of Rights* sean de un mismo tipo: que todas sean disposiciones no-aspiracionales, que ninguna tenga valor de disposición de principio. Pero su conclusión no es evidente para nada. En efecto, ella es “evidente” o bien “razonable” si, y sólo si, se asume, como asume Scalia, que el texto constitucional sea, en cada su parte, una «carta práctica y pragmática» en el sentido de Scalia⁷⁰. Lo que empero es, como se ha visto, debatible.

⁷⁰ En su réplica a los comentarios de DWORKIN, SCALIA pretende fortalecer este argumento “a partir del contexto” apelando al canon *noscitur ex sociis*: la naturaleza de disposiciones no-aspiracionales, y no de principio, de cláusulas como la *Free Speech Clause* sería sugerida por la presencia de “socios” representados por disposiciones de detalle (A. SCALIA, *Response*, cit., p. 147). Se trata, cabe notar, de un uso atípico del *noscitur*

El tercer argumento permite apreciar, a su vez, la verdadera “fuerza vinculante” de la “finalidad evidente” de un texto. Nuevamente, Scalia proyecta sobre el texto constitucional una finalidad, declarándola como “evidente”, que no lo es para nada. Depende en efecto, como en el caso del “contexto”, de la decisión, disputable, de entender la constitución de la manera práctica y pragmática que hemos visto. Además, tampoco parece acertado que la finalidad de garantizar de una manera efectiva algunos derechos individuales —por ejemplo, el derecho a la libertad de palabra— requiera una interpretación estrictamente originalista y anti-evolutiva (§ 4.1.). Bien visto, dicha finalidad parece requerir precisamente lo contrario: es decir, una interpretación que sea en manera programática expansiva del núcleo de derechos fundamentales original e históricamente gozados por los individuos —bajo los vínculos de argumentación e institucionales considerados, por ejemplo, por Tribe y Dworkin—. Conectar la libertad de palabra a las aspiraciones de las generaciones futuras no quiere necesariamente decir, como Scalia en cambio sugiere, entregarla totalmente a las preferencias, que podrían también ser liberticidas, de ellas.

El cuarto argumento, en fin, no deriva estrictamente del método textualista. Sin embargo, como los argumentos anteriores, funciona si, y sólo si, se acepta un presupuesto que Scalia considera evidente, pero que está lejos de serlo: “declarar el derecho” es cosa necesariamente diferente de tener en cuenta “aspiraciones sociales” (y/o principios morales). Pero, nuevamente, qué sea “declarar el derecho” depende de qué

ex sociis, puesto que dicho canon sirve habitualmente para establecer el significado de palabras, no ya para determinar el valor o sentido institucional de las disposiciones. Dicho esto, en la misma línea de SCALIA podría extraerse del “contexto” la conclusión opuesta, apelando a otro canon también considerado valioso por SCALIA: el canon *expressio unius est exclusio alterius*. Aplicado a nuestro problema, el canon sugiere que si ciertas disposiciones tienen una formulación no detallada y abstracta, excluyendo así expresiones detalladas y concretas, entonces no pueden ser del mismo tipo de disposiciones que sean formuladas, en cambio, en términos detallados y concretos.

concepción del derecho y de la función jurisdiccional, se adopte previamente.

Para poner en tela de juicio la tesis de la pretendida (mayor) objetividad del método textualista, los críticos apuntan también a su fracaso práctico, o bien en sede de aplicación⁷¹. La Constitución contiene muchas expresiones que el mismo Scalia, como se ha visto, califica de abstractas y tales que hacen referencia a principios morales. Ahora bien, el textualismo prescribe que ellas deben ser interpretadas a la luz de las “percepciones morales del tiempo” (§ 4.1.). Scalia asume —por ejemplo, en relación a la *Free Speech Clause* y a la *Cruel and Unusual Punishment Clause*— que con frecuencia es posible encontrar un significado claro, correspondiente a la percepción moral del tiempo. Se trata, sin embargo, de una asunción históricamente dudosa. Esto sugiere que el intérprete textualista procede, en muchos casos, sobre la base de una falsa pretensión de uniformidad moral, y, pasando por alto el pluralismo moral, oculta detrás de ella su preferencia para una de las diferentes “percepciones morales” en competición.

La falsedad de la pretensión de mayor objetividad y menor discrecionalidad interpretativa puede sugerirse, dicho sea de paso, también si se considera un aspecto crucial, pero habitualmente pasado por alto, de la metodología de Scalia. El principio de interpretación contextual-originalista, centrado en la idea de entendimiento original, como se ha visto identifica el significado correcto de una disposición con el significado en que tal disposición fue entendida al tiempo de la emanación. Sin embargo, el intérprete textualista, aquí y ahora, debe descubrir el significado original poniéndose en la piel no ya de cualquier lector del aquél tiempo, sino de un lector competente, inteligente, informado, y razonable (§ 4.1). El lector de quien se sirve el intérprete textualista es, por ende, un lector idealizado. Scalia, como se ha visto, rechaza el intencionalismo, en su variante subjetiva, porque la intención del constituyente viene

⁷¹ Véase R. DWORKIN, *Comment*, cit., pp. 124-125; C. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, cit., p. 235.

fatalmente a coincidir con la intención del intérprete. De igual forma, hay una probabilidad muy elevada que, en el textualismo razonable, el entendimiento original del lector idealizado venga a coincidir con el entendimiento que más le gusta al intérprete textualista, aquí y ahora⁷².

6. UNA TENTACIÓN RESISTIBLE

El textualismo razonable lleva consigo una carga emocional positiva poderosa. Pretende disciplinar la interpretación constitucional en beneficio de valores, circunvalados de seducción, como la “democracia” e “imperio de la ley”. Pretende restaurar la “soberanía popular” contra la usurpación del “activismo judicial”. Pretende defender la constitución contra la “tiranía de la mayoría”. Pretende proteger los derechos individuales asegurándolos para la eternidad también contra “generaciones futuras” que podrían ser depravadas y “brutales”.

Sin embargo, la tentación del textualismo razonable se ha revelado resistible. En lo que atañe a la metodología, un análisis aunque superficial es suficiente para poner en luz el carácter ilusorio de la pretendida objetividad. En lo que atañe a la teoría de la democracia constitucional, un poco de teoría política es bastante para poner en luz la trampa de presentar la democracia mayoritaria como la única y verdadera forma de democracia.

Toda seducción desaparece si nos paramos a considerar, aunque muy rápidamente, la fuerza de los argumentos que Scalia emplea en su crítica a las doctrinas de la constitución viviente.

⁷² La sospecha resulta valorada por el siguiente episodio. Scalia afirma que la *Free Speech Clause*, según el pacífico entendimiento original, no expresa algún abstracto principio moral y abarca únicamente las libertades de expresión de que gozaban los “Englishmen” al final del siglo XVIII. DWORKIN, sin embargo, contesta este dato, afirmando: (a) que Federalistas y Republicanos concordaban que la *Free Speech Clause* expresara «an abstract principle and that fresh judgment would be needed to interpret it»; (b) que, sin embargo, ellos discrepaban sobre su alcance correcto, de forma que «there was no settled understanding to codify» (R. DWORKIN, *Comment*, cit., pp. 124-125; A. SCALIA, *Response*, cit., pp. 147-148).

En efecto, un hipotético defensor de un método evolucionista podría replicar punto sobre punto de la siguiente manera.

El argumento del subjetivismo exasperado sostiene que o bien se adopta el textualismo razonable, logrando así el máximo nivel posible de objetividad en la interpretación constitucional, o bien se cae en el subjetivismo ilimitado de las doctrinas intencionalistas y evolutivas. Ahora bien, ya se ha visto que la pretensión de objetividad del método textualista es, en gran parte, ilusoria. Las palabras tienen, por supuesto, un significado convencional objetivo; pero el significado que releva para el textualismo razonable no es, sin más, el significado convencional, sino que es el significado que, en el “contexto total” de la expresión, sería entendido por un intérprete inteligente, informado y razonable. Esta forma de entender el significado original deja al intérprete textualista un margen de discrecionalidad suficiente para empujar la pesquisa donde él quiera que llegue. Por lo tanto, el primer cuerno del dilema de Scalia queda, para decir así, cortado. También el segundo cuerno, sin embargo, aparece despuntado. En efecto, hace falta no olvidar que todas las doctrinas de la interpretación constitucional que Scalia arroja en la caldera infausta de la “Constitución viviente” son doctrinas racionalistas: adoptan una visión de la interpretación que requiere proporcionar razones —las mejores razones posibles— para cualquier decisión interpretativa que se tome. Además, tales doctrinas identifican un conjunto de principios y valores últimos (por ejemplo, el valor de la integridad constitucional cual igual consideración y respeto), que proporciona la base sustancial de la argumentación constitucional. Lo que impide que ellas favorezcan la transformación de la interpretación constitucional en puros juegos retóricos⁷³.

El argumento de la violación del principio del imperio de la ley sostiene que las doctrinas evolutivas de la interpretación

⁷³ Contra el falso dilema de Scalia que he ahora considerado, C. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, cit., p. 238, recuerda, por ejemplo, que «Minimalists have their own devices for limiting judicial discretion».

constitucional promueven la destrucción del gobierno de la ley en favor del gobierno de los hombres. En particular, ellas favorecerían la transformación de la democracia constitucional en un gobierno de los jueces. Cabe notar que este argumento es una clara muestra de dos tesis centrales en la ideología de la nueva derecha populista. Primero, las leyes producidas por las asambleas democráticas son, en cuanto tales, herramientas del gobierno de las leyes. Segundo, el tribunal constitucional que persiga una política expansiva al nivel de los derechos constitucionales individuales realiza una forma ilegítima de gobierno de los hombres. Las dos tesis, sin embargo, son tramposas. Por un lado, en un estado constitucional, las leyes producidas por las asambleas democráticas no son necesariamente herramientas del gobierno de las leyes. No lo son, en particular, cuando violen la constitución. El Estado Constitucional adopta en efecto, como sabemos, una concepción también sustancial, y no meramente formal, del ideal del gobierno de las leyes. Y requiere una jurisdicción constitucional como garantía contra los abusos de las asambleas democráticas. Por el otro lado, la expansión de los derechos constitucionales por parte del tribunal constitucional solo impropriadamente puede ser considerada actividad de gobierno de los hombres, y, más precisamente, de los jueces. El gobierno de los hombres funciona mediante decisiones *ad hoc*, desprovistas de motivación. Las decisiones constitucionales, en cambio, son decisiones (que deben ser) razonadas, tomadas en relación dialéctica con las partes, sujetas a vínculos institucionales y a la crítica de la opinión pública. Cabe también notar que la fuerza de este argumento parece enflaquecida si consideramos otro argumento de Scalia: el del favor para la tiranía de la mayoría. Sin embargo, una lectura caritativa sugiere que, según Scalia, el método evolucionista favorecería, a mediano plazo, el gobierno de los jueces y, a largo plazo, el gobierno (tiránico) de las mayorías.

Según el argumento de la contrariedad a la naturaleza anti-evolutiva de la constitución, como se ha visto, las doctrinas de la constitución viviente favorecen cambios en la interpretación de las cláusulas constitucionales los cuales, aunque animados por

las mejores intenciones (dar voz a «los estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de una sociedad en maduración»)), son incompatibles con la función de garantizar algunos derechos individuales cristalizándolos contra las generaciones futuras. Ahora bien, el argumento asume, cabe notar, que las doctrinas de la constitución viviente favorezcan *cualquier cambio* conforme a las preferencias y creencias de las generaciones futuras. Si fuera así, él daría en el blanco. Sin embargo, las doctrinas evolutivas de Tribe o Dworkin parecen reconocer también la naturaleza anti-evolutiva de la constitución: en el sentido que sólo los cambios que comportan una expansión de los derechos individuales y de su garantías son, en línea de principio, admitidos; mientras que sería ilegítimo todo cambio que, en nombre de la evolución cultural, tuviese como efecto la reducción o aniquilación de derechos constitucionales adquiridos en el pasado.

Con el argumento del mito de la flexibilidad, Scalia sostiene, como se ha visto, que las doctrinas de la constitución viviente han favorecido, paradójicamente, no ya una mayor libertad de decisión por los órganos democráticos, sino una menor libertad; no ya una mayor flexibilidad, sino una mayor rigidez. Lamenta, en particular, las cosas « que antes podían ser, o no ser, hechas, según lo que la sociedad deseaba», y que «ahora no se pueden hacer», como, por ejemplo:

«(...) admitir en un proceso penal estatal pruebas de culpabilidad obtenidas mediante un registro ilegítimo; permitir la invocación de Dios en las ceremonias de entrega de diplomas de las escuelas públicas [...] condicionar el ejercicio del derecho de voto a la titularidad de propiedad [...] prohibir la pornografía»⁷⁴.

Ahora bien, cabe observar que, desde el punto de vista de las doctrinas de la constitución viviente, todos los ejemplos mencionados por Scalia conciernen a situaciones donde no existe “flexibilidad”. Se trata pues de situaciones donde, preci-

⁷⁴ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 41-42.

samente, es menester garantizar los derechos de los individuos contra decisiones mayoritarias que podrían violarlos: sea el derecho de defensa contra los abusos policiales, o bien el derecho a la libertad en materia de religión, o bien el igual derecho de voto, o bien el derecho a la libertad de expresión. No hay por lo tanto, en estos casos, alguna paradoja. La flexibilidad —si asumimos un punto de vista “evolucionista”— siempre debe ser subordinada a la exigencia superior de la garantía de los derechos individuales.

El argumento de la incompatibilidad con la democracia sostiene, como se ha visto, que en una democracia constitucional la constitución solo puede ser cambiada mediante el procedimiento de revisión regulado por la constitución misma, y no ya en vía interpretativa, por los jueces constitucionales. Las doctrinas de la constitución viviente, sin embargo, favorecen cambios constitucionales mediante (re)interpretación e integración. Ellas favorecen, por lo tanto, actos constitucionalmente ilegítimos, que violan sea la competencia exclusiva de los órganos legislativos en materia de enmienda constitucional, sea los derechos políticos de los ciudadanos. Ahora bien, cabe notar que el presente argumento toma toda su fuerza de la adopción de una concepción mayoritaria de la democracia, en base a la asunción tácita de que se trate, evidentemente, de la única, verdadera forma de democracia. Sin embargo, si adoptamos una concepción diferente de la democracia, informada por ejemplo a la soberanía popular cual soberanía de cada individuo y a la *Two-servants doctrine* antes mencionada (§ 5.1), el cambio constitucional mediante interpretación e integración judicial, lejos de ser ilegítimo, se presenta como un componente normal del paisaje institucional.

El argumento del mito de la promoción de la libertad personal sostiene, como se recordará, que paradójicamente las doctrinas de la constitución viviente no han favorecido de manera unívoca interpretaciones «en la dirección de una libertad personal más amplia», sino también interpretaciones que han limitado los derechos individuales. Por ejemplo, en materia de propiedad y de defensa en los procesos criminales.

Ahora bien, el argumento tiene que ser rechazado. Los casos que Scalia menciona son, pues, casos en los cuales algunos derechos individuales fueron limitados en aras de garantizar otros derechos individuales. Los derechos individuales garantizados por la constitución pueden estar en conflicto; la resolución del conflicto requiere que un cierto derecho, en relación a ciertas clases de circunstancias, sea sacrificado, en la menor medida posible, para favorecer otro.

El argumento de la incertidumbre y dificultad de aplicación sostiene, como se ha visto, la superioridad del método del textualismo razonable sobre el método evolucionista. El primero favorecería la certeza del derecho —en cuanto relativa previsibilidad de las decisiones judiciales— y sería de aplicación relativamente fácil. El segundo, en cambio, no proporcionando algún “principio guía” para la evolución del derecho, sino solo objetivos vagos y genéricos (como la “justicia”, la “libertad”, la “dignidad humana”, etc.), favorecería una fuerte y difundida incertidumbre y sería siempre de difícil aplicación. Ahora bien, *For argument’s sake*, se puede quizás convenir que el método textualista sea, en efecto, de más fácil aplicación y favorezca una mayor certeza del derecho. La fuerza del argumento, sin embargo, depende claramente de la aceptación de una premisa tácita; la premisa según la cual, en la evaluación de un método interpretativo, facilidad de aplicación y favor para la certeza del derecho son valores prioritarios. Tal premisa, sin embargo, lejos de ser evidente, es disputable. Un método fácil y promotor de certeza tendría, no obstante, que ser rechazado si, en hipótesis, los resultados a los cuales conduce son contrarios a la concepción de la justicia que se haya adoptado, o bien no adecuados al modelo de constitución que se quiera implementar, o bien insuficientes a proteger de manera eficaz los derechos individuales que se piensa merezcan de ser protegidos.

El argumento a favor de la tiranía de la mayoría sostiene que, paradójicamente, las doctrinas de la constitución viviente favorecen la tiranía de la mayoría y la destrucción del *Bill of Rights*. El método evolucionista no sería pues, propiamente, un método “jurídico”, que necesita de ser administrado por juristas,

sino un método “político”, puesto que atañe a la satisfacción de las exigencias momentáneas de la sociedad. Por lo tanto, una vez que el pueblo adopte la idea de constitución viviente y tenga conciencia del papel político de la jurisdicción constitucional, hará así que sean nombrados jueces constitucionales los que, en cada momento, van a cambiar la constitución en la manera que el pueblo mismo aprueba. Los derechos fundamentales que los jueces derivarán de la constitución serán, así, no ya derechos *contra* la mayoría política, sino, precisamente, los derechos que la mayoría política del momento desea que sean leídos en la carta constitucional. Ahora bien, este argumento, no obstante su aparente solidez, es engañoso. En primer lugar, las doctrinas evolucionistas no adoptan, para decir así, un evolucionismo puro, sino un evolucionismo conservador. Ellas no favorecen el cambio total en los derechos individuales, si y cuando la sociedad lo quiera; sino favorecen que, en cada momento, según el desarrollo moral de la sociedad, sea posible reconocer “nuevos” derechos individuales y garantizar de una manera mejor los “viejos” derechos ya reconocidos. En segundo lugar, es menester no olvidar que el llamado método evolucionista, según como lo dibujan autores como Tribe y Dworkin, es también un método propiamente “jurídico”: respetuoso de principios y precedentes, y tal que sólo puede ser administrado por juristas conocedores de las fuentes del derecho y expertos en las técnicas del razonamiento jurídico.

Finalmente, según el argumento de la destrucción de la constitución, como se recordará, la adopción del método evolucionista favorecido por las doctrinas de la constitución viviente tendría el efecto perverso de destruir la constitución en cuanto institución jurídica: «En el intento de hacer así que la Constitución haga todo lo que se necesita que sea hecho de una época a otra —escribe Scalia—, haremos así que ella no haga nada de nada»⁷⁵. Ahora bien, al igual que el precedente,

⁷⁵ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, cit., pp. 41-42.

también el presente argumento es engañoso. Si el evolucionismo de las doctrinas de la constitución viviente no es puro, sino conservador; si el método evolucionista es, como aparece claro, un método “jurídico”, y no “político”, la previsión nihilista de Scalia se revela sin fundamento: no ya el resultado de una evaluación racional del método antagonista, sino *un coup de théâtre* retórico.

