

**Strang, Lee J., *Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2019, 310 pp.**

El libro que tengo el honor de reseñar es una obra realmente completa y explicativa sobre el tema del originalismo jurídico. Desde los países en los cuales rige el sistema de derecho continental o “*civil law*”, el originalismo jurídico podría parecer una extravagancia doctrinaria, fantasía de algunos teóricos<sup>1</sup>, pero al analizar la cuestión intentando ser objetivo puede que la realidad muestre otra cosa. Como dije anteriormente, este libro sirve para comprender de manera completa e inteligente un tema profundo y complejo, que hace a las raíces y al buen funcionamiento del sistema constitucional estadounidense.

Para comenzar esta reseña analizaré particularmente la estructura del libro, el cual gira alrededor de dos partes de dos capítulos cada una. Son cuatro capítulos en total: en el primero, hace una descripción del originalismo y da los argumentos principales que postula; en el segundo, se encarga de mostrar una de las aristas más importantes de esta teoría interpretativa sobre lo que el autor llama modelo originalista de comunicación constitucional; en el tercero, se expone que el originalismo es el modelo interpretativo que mejor explica la práctica judicial constitucional estadounidense; y finalmente, en el cuarto, finaliza postulando y, consecuentemente, demostrando que el originalismo es el mejor sistema en cuanto a que las personas puedan desarrollarse plenamente en una comunidad, como ciudadanos que siguen y respetan la ley. Se analizarán brevemente los puntos más importantes de este libro, para luego poder hacer unos comentarios en general.

1 En general, se caracteriza de forma errónea y simplista a este movimiento filosófico como extremadamente conservador y por eso impracticable debido a la importancia que asigna al significado original de las disposiciones. Esto, como se verá, está lejos de explicar de forma precisa el originalismo.

A lo largo de las primeras páginas, el autor manifiesta claramente cuáles son sus principales postulados. El argumento principal que da Strang es que el originalismo es el método correcto de interpretación constitucional. Este se define como la teoría de interpretación constitucional que identifica al significado original (de las disposiciones) con el significado obligatorio y, por lo tanto, al que se deben atener los tribunales a la hora de decidir sobre un caso, especialmente la Suprema Corte. Además, dentro de la concepción particular del autor, la adopción del originalismo tiene como causa y consecuencia asegurar el bien común y permitir el desarrollo pleno (entendido desde la idea de “búsqueda de la felicidad” de la declaración de la independencia estadounidense). Como nota de la sutileza y profundidad de su análisis, Strang trae a colación un tema mayormente olvidado en los debates: el concepto y el rol de las virtudes. Se refiere a las mismas en el marco de una comunidad, respecto tanto de los ciudadanos como de funcionarios públicos y magistrados, de manera que informen el comportamiento social de todos los que la integren. Volveré sobre este punto más adelante.

En el segundo capítulo, en el cual se describe extensamente de qué se trata el modelo originalista de comunicación constitucional, nos encontramos con una idea novedosa, que no había leído en ninguna bibliografía sobre el tema. Este modelo descrito como “[...] la manifestación de la constitución como un acto legislativo deliberado por los ‘framers’ y ‘ratifiers’ [...]”<sup>2</sup>. Lo que es importante en este capítulo, que además contiene un recorrido histórico sobre la Constitución, es entender que, respecto de la interpretación constitucional, el acto legislativo mismo (la constitución) funciona como la vía de comunicación de las razones jurídicas (y yo agregaría, políticas) que tuvieron los constituyentes en su época para guiar la conducta de los sujetos y formar una comunidad política que pueda sostenerse en el tiempo. Y esto es importantísimo. Viéndolo a largo plazo y de forma coherente con lo afirmado, se comprende que el significado original es el adecuado a la hora de la labor interpretativa en orden a respetar el juicio práctico de los “framers”, la autoridad de los “ratifiers” y la coordinación social de la comunidad política generada a lo largo de los años. Un aspecto de esta coordinación es la generación en los ciudadanos de expectativas razonables a través de la costumbre y precedentes judiciales respecto de la manera en la que podrían comportarse de acuerdo a la ley, es decir, previsibilidad. Entonces, a lo largo de todo ese recorrido en el plano cronológico e institucional es que transcurre la comunicación constitucional que, por supuesto, genera consecuencias a nivel social en miras al bien común y a la estabilidad institucional. Estas expectativas, es válido resaltarlos, al ser

2 Strang, Lee J. Obra analizada, p. 43.

abruptamente cambiadas por una decisión judicial disruptiva frente al significado original y la previsibilidad a lo largo de los años, dañan esa forma de coordinación social.

La idea de comunicación constitucional se relaciona con la idea del respeto a los precedentes, que Strang explica al decir que “el precedente (originalista, tener en cuenta) es una herramienta crucial utilizada por la constitución para que sea efectiva en la realidad y asegurar el bien común”<sup>3</sup>.

En el tercer capítulo, se afirma que el originalismo es el modelo interpretativo que mejor explica la práctica judicial constitucional estadounidense. El postulado concretamente es que este modelo se ajusta mejor a los aspectos fundamentales del sistema constitucional, en particular: la constitución escrita (caracterizada por una expresión que realmente me gusta por su carga histórica, “*the supreme law of the land*”). A partir de ahí el autor realiza una fundamentación teórica explicando cómo actúa el originalismo en el marco de esta dinámica, una parte sumamente enriquecedora del libro. También menciona que el originalismo actuaría manteniendo un balance razonable entre estabilidad y cambio del precedente, desarticulando los cambios abruptos y a veces arbitrarios de interpretaciones no-originalistas, que tendrían los efectos señalados anteriormente.

Finalmente, en la cuarta parte, fundamenta teórica y moralmente que el originalismo es el mejor modelo para lograr el desarrollo pleno del sujeto en el sentido ya aclarado. Describe los fines del sujeto y la persona recurriendo a la filosofía aristotélica, partiendo del concepto de *eudaimonia*<sup>4</sup>. También hace consideraciones al respecto de la autoridad, las virtudes y el Derecho Natural y su ubicación en esta dinámica. Con relación a ello dice que el lugar de las virtudes es establecer un puente entre el Derecho Natural y las situaciones prácticas concretas. Explora el lugar también de conceptos muy importantes en la filosofía tomista, como puede ser el proceso de *determinatio* enmarcado en la legislación y la creatividad en la que se pueden manejar las autoridades para el establecimiento de sistemas y autoridades concretas. Concluye, luego también de un avance magistral, que el originalismo funciona como el mejor *background*<sup>5</sup> para el desarrollo del hombre como individuo y en relación a su comunidad jurídico-política.

3 Ibidem.

4 Palabra proveniente del griego εὐδαιμονία, cuya traducción generalmente es *felicidad*. Resulta más precisa de todas formas su traducción a “florecimiento humano”, siendo además la acepción que Strang utiliza, pp. 221 y otras.

5 Strang, Lee J. Obra analizada, palabra exactamente utilizada, pp. 298 y otras.

Habiendo terminado el análisis de la estructura del libro, pasamos al planteo de algunas temáticas tratadas más generales que encuentro muy importantes. Estos puntos son: el rol del contexto histórico en el originalismo, su conveniencia frente a los modelos no-originalistas, lo realista de la propuesta de Strang, comentarios sobre la politización de las decisiones judiciales, las virtudes y el Derecho.

El rol del contexto histórico en el originalismo es muy importante, esencial podría decirse, pero también prudente. Strang se encarga de justificar muy precisamente las distintas corrientes de este modelo de interpretación, algunos que se inclinan por el “*original meaning*”<sup>6</sup>; otros, por el “*original intend*”<sup>7</sup>, por ejemplo. La cuestión es que, a diferencia de lo que muchos creen, no se toma de manera irracional un concepto de la época de la creación constitucional para aplicarlo de forma anacrónica, ciega y fundamentalista. Lo que se hace es un trabajo prudencial y minucioso que involucra muchas fuentes históricas no por su gran valor en sí (que por supuesto lo tienen), sino en orden a poder descifrar el significado público y original de las palabras para poder tomar una decisión judicial fidedigna a los fines y propósitos con los que la constitución fue creada. Esto implica respetar lo buscado por los constituyentes (“*framers*” y “*ratifiers*”) y, por lo tanto, conforme al pacto político originario que dio nacimiento a los Estados Unidos. Así también, dentro de lo que mencioné respecto de la comunicación constitucional, el autor enfatiza el hecho de incluir a los autores de la constitución y a quienes institucionalmente la ratificaron como agentes de un proceso en tanto se busque mantener su significado para aplicarlo a un caso concreto. De más está decir que se desarrolla también en el libro el tema de la apropiada indeterminación de las cláusulas constitucionales, como manera de lograr darle concreción en base a las fuentes históricas y para facilitar las decisiones judiciales actuales.

En cuanto a sus conveniencias no voy a decir mucho, pues usando un neologismo no quiero “*spoilear*” algunos temas tratados en el libro. Lo que sí puedo decir es que, frente a interpretaciones no-originalistas, el modelo del autor se encarga de explicar el daño que ese tipo de hermenéutica judicial puede realizar a las coordinaciones sociales provenientes de muchos años de comportamientos continuos y decisiones judiciales. Agrega, además, las razones por las que no sería la forma más adecuada por los desajustes que produce en las expectativas razonables. Uno de los aspectos que más resalto

6 Strang, Lee J. Obra analizada, expresión extraída en inglés para reflejar mejor su significado.

7 *Ibidem*.

en este punto es la búsqueda de la coherencia lógica de todo un sistema que hay en el pensamiento del autor.

Luego, respecto de lo realista del modelo de Strang, me refiero a que la opción que él plantea con el modelo de comunicación constitucional no es para nada alejada de la realidad sino practicable. Pero ¿en qué aspecto podemos decir esto? Pienso que la fuerza de esta afirmación se halla en la resolución prudencial que hace con el problema de lo que pasaría si se adoptare por la generalidad de los jueces la interpretación originalista, y qué ocurriría con algunos precedentes no-originalistas que indudablemente fueron un avance y llegaron a resultados justos. Al respecto, es potente la explicación que da utilizando el ejemplo del caso "*Brown v. Board of Education*". Para profundizar recomiendo enfáticamente leer la obra.

Con relación a la cuestión de las notas de politización de la práctica judicial es evidente que fluye muchísimo más en donde prevalecen los modelos interpretativos no-originalistas. Puesto que los magistrados están más dispuestos a alejarse del significado original de los textos y es más probable que les den su propio enfoque a los términos para aplicar una solución favorable a sus propios intereses ideológicos, más aún ante temas controversiales, como aborto, pena de muerte, control de armas, entre otras. Por supuesto que en base a soluciones no-originalistas se puede llegar a resultado justos en algunas oportunidades, pero la realidad es que nunca va a ser bueno permitir a los jueces que se excedan en sus atribuciones a la hora de decidir en un caso, porque ya hay un órgano para sancionar leyes y usar la prudencia política, el congreso. Es entonces que en pos de ganar estabilidad jurídica y una lenta pero segura evolución jurisprudencial el originalismo se vuelve el modelo más apto para lograrlo, de forma que no altere la coordinación social.

El Derecho Natural y las virtudes por supuesto aparecen también en esta obra. Una de las motivaciones que me llevó a leerla y ciertamente estudiar este tema es la relación con el Derecho Natural que podría tener el originalismo. En este punto me quiero detener porque el trabajo que hace Strang en relacionarlos es de una precisión que me convenció afirmativamente. En un principio era medio desconfiado de que pudiera haber una relación y compatibilidad directa, pero descubrí que no sería tan así. La relación puedo decir que se da en distintos órdenes, no solo el legal, lo atraviesa, pero se eleva un poco más en el nivel de abstracción. Para esto es necesario traer a la mesa al concepto de virtudes.

Como se dijo, esta relación se da entre varios órdenes; en un principio tenemos, en un hipotético caso, al originalismo como modelo preponderante de interpretación judicial y, en otro, y en un nivel mucho más elevado, al Derecho Natural. Strang postula, en una teoría por demás interesante, que el originalismo es el sistema que más se ajusta a que cada ciudadano (en base

a la razonable previsibilidad del ordenamiento jurídico) pueda perseguir su felicidad o desarrollo pleno en uso de la libertad, pero para que finalmente se pueda dar cumplimiento a ese fin, debe haber un *background* en la sociedad y sus comportamientos informados por las virtudes éticas, que funcionan como puente para poder aplicar el Derecho Natural (y la solución justa) a casos concretos que se presenten. Además de darle un contenido a la sociedad, las virtudes eventualmente son fundamentales en los jueces para poder arribar a soluciones conformes con la justicia y en armonía con el significado original de la constitución. Apelo a que para profundizar en esta cuestión se pueda leer el libro, en el cual está perfectamente desarrollada la explicación.

Al inicio de la obra se cita la definición de ley de Santo Tomas de Aquino: “[R]ationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata”<sup>8</sup>; ésta, en nuestro idioma, significa una “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”, y creo que sin forzar una compatibilización en estas líneas hay mucho que une a esta definición con el modelo propuesto en la obra que se reseña. El concepto de “razón”, porque claramente los seres humanos somos seres racionales, nos distingue de los animales y nos da dignidad y responsabilidad, así que la creación de una ley que oriente a los ciudadanos a comportarse de forma racional eleva plenamente estas dos características, y de eso se trata el originalismo también. Leyes como actos de razón pensados para sostener comportamientos informados por las virtudes, en el marco de una sociedad política a lo largo de los tiempos, formando de a poco ese *background* que permite el florecimiento humano. “Ordenada al bien común” porque también se tiene en cuenta que se deben mantener las expectativas razonables en miras a la coordinación social. Pero también se permiten soluciones que a veces se alejen un poco del significado original, si su resultado fue auténticamente justo. “Promulgada por el que tiene a su cuidado la comunidad”, en este punto recomiendo el excelente apartado sobre el contenido de virtud de la función judicial, ya que es su primaria responsabilidad (así como de las autoridades en general) velar por el mantenimiento y el respeto del significado original de la constitución y la autoridad de quienes la crearon y ratificaron, en orden a asegurar que los ciudadanos puedan tener un campo de acción que les permita perseguir su desarrollo.

Creo que tanto la precisión con la que se describe al originalismo como su vinculación con otras materias de interés lo hacen un trabajo muy rico y realmente informativo. La búsqueda de la coherencia en general, al ser

8 Strang, Lee J. Obra analizada, páginas previas.

motivada por el buen espíritu, trae buenos resultados. Creo que la labor intelectual de Strang tiene mucho de eso. Personalmente, debo destacar al autor por su excelente trabajo. Desde antes de ingresar a la carrera de Abogacía me vi interpelado por ese extraño fenómeno del originalismo, creo que por primera vez pude alcanzar alguna comprensión real del mismo. Ciertamente, era una inquietud intelectual que tenía desde que, sentado en un café durante mi último año del secundario, leí por primera vez sobre este método en un artículo sobre la muerte del juez Antonin Scalia. Por lo que haber tratado esta obra fue realmente muy gratificante desde el punto de vista intelectual y moral.

ALEJANDRO E. PONTEL<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: alejandroepontel@gmail.com.