



ANEXO DE LECTURAS

CURSO

“INTERPRETACION CONSTITUCIONAL”

UNIDAD II: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- **GARCÍA BELAUNDE, Domingo:** "La interpretación constitucional como problema", en *Pensamiento Constitucional*, Vol. I, Núm. 1, 1994, pp. 13-36.

*La interpretación constitucional como problema**

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

1. Alcances.
2. Qué término usar.
3. Surgimiento del problema.
4. Aparición del tema en América Latina.
5. La interpretación y su ubicación.
6. Lo que implica la interpretación.
7. La concepción clásica de la interpretación judicial como silogismo.
8. Características del proceso interpretativo.
9. El problema de los métodos.
10. Algunos problemas en la teoría de la interpretación.
11. Características de la norma constitucional.
12. Fines de la interpretación constitucional.
13. Criterios orientadores de la interpretación constitucional.
14. Pluralidad de intérpretes constitucionales.
15. El acto interpretativo constitucional.
16. Un discurso más allá del discurso.

*A Carlos Restrepo Piedrahita,
sin palabras*

1. Alcances

El debate sobre la interpretación jurídica, es hoy amplio y difundido, si bien el problema es relativamente nuevo. En realidad puede decirse que, aún con antecedentes, la interpretación surge con la codificación, en concreto, en la Francia del siglo XIX, en especial con la famosa Escuela de la Exégesis, que derrotada en forma fulminante por Gény en su clásica obra publicada en 1899¹ sigue influenciando en forma bastante extensa entre abogados prácticos, y también en personas del mundo académico. En la mis-

* Ponencia presentada al "Simposio Internacional sobre Derecho del Estado", organizado por la Universidad Externado de Colombia (Santa Fé de Bogotá, 4-7 de mayo de 1993), coincidiendo con la inauguración del "Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita" y con el patrocinio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM) y la Fundación Santillana para Iberoamérica.

¹ Cf. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2da. edición, 1919; reimpresión, L.G.D.J., 2 tomos, París, 1954.

ma Alemania, al compás de la lucha por la codificación, se plantearon enfoques de larga duración en la Escuela Histórica, en especial en la obra cimera de Savigny² que representó un paso notable en comparación con sus escarceos juveniles de 1803³. Pero esto estaba vinculado al derecho privado; el problema no se hizo cuestión en el derecho público, sino hasta fecha muy posterior.

Lo cierto es que la interpretación, como queda dicho, surge en fecha relativamente cercana, pero sobre ella —en su aspecto general— se ha escrito mucho. No pretendo aquí, por tanto, describir ni agotar esa temática, de por sí inabordable en el poco espacio de que dispongo. Mi objetivo, por el contrario, es centrarme en lo que podría llamarse los aspectos sustanciales de la interpretación (en relación con la Constitución), o si se quiere, sus pasos iniciales y previos, y no seguir los intrincados laberintos que se desprenden de ella, y que pueden ser tratados en otra oportunidad.

Es decir, un análisis de sus supuestos y del punto de partida. Por razones que más adelante se explicarán, este enfoque en materia constitucional es en mi opinión fundamental, porque en el Derecho Constitucional el estudio serio de la interpretación, a nivel teórico y orgánico es, aún cuando sorprenda, muy reciente y de no fácil aceptación (a tal extremo que los constitucionalistas clásicos la ignoran, y entre los actuales, son escasos los que le prestan la debida atención). De ahí la importancia —en materia constitucional— de hacer un enfoque tan sólo del punto de partida, por la gravedad del tema y por su novedad. De ahí también el carácter provisional de mi planteo, que espero poder perfeccionar y afinar en un próximo futuro.

2. Qué término usar

El sustantivo de más vieja raigambre es el de *hermenéutica*, más que el de *interpretación*. Esto se comprueba cuando se repara que el primero es de origen griego, y el segundo, latino. La voz hermenéutica proviene del sustantivo griego *hermeneia*, que a su vez viene del verbo *érmeneum*, que probablemente tenga alguna vinculación con el dios *Hermes*, que fue latinizado como *Mercurio*. Hermes, hijo de Júpiter y Maya, hija de Atlas, era el intérprete o el mensajero de los dioses. *Hermeneia* significó desde muy pronto proclamar, interpretar, explicar, traducir, mediar, etc., en fin, hacer algo comprensible o inteligible. Los pensadores griegos le darán carta de ciudadanía (Platón, *Symposion*, 202e; Jenofonte, *Memorabilia*, IV, 3, 12), y finalmente Aristóteles, es quien lo acuña como nombre propio de una disciplina, al titular *Perí Hermeneías* uno de los tratados que componen el *Organon*, más conocido por la posterioridad como *Lógica*. La suerte posterior de este trabajo aristotélico fue grande, y fue objeto de múltiples traducciones y utilizaciones. En el siglo VI, lo traduce Boecio con el siguiente título: *De interpretatione*. Con variantes y diferencias según las épocas, los dos términos han seguido usándose: hermenéutica e interpretación, entendiéndose que ambos vocablos, con orígenes lingüísticos distintos, apuntaban a lo mismo. Así se comprueba en el *Diccionario de la Lengua Española*, editado por la Real Academia Española (edición de 1984), en donde *hermenéutica* es el arte de interpretar textos para fijar su verdadero sentido, e *interpretar* es explicar o

² Cf. *Sistema de Derecho Romano actual*, 1840, Lib. I Cap. IV, p. 32 ss.

³ Cf. *Metodología jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

declarar el sentido de una cosa, y principalmente de textos. Este es, pues, el aspecto general, que se puede apreciar en el uso que generalmente le dan los juristas.

Sin embargo, en un libro clásico publicado originalmente en 1924, y que ha tenido varias ediciones y reimpressiones, Carlos Maximiliano hizo una distinción —seguida luego por Segundo V. Linares Quintana y otros juristas— entre ambos términos. Según Maximiliano, la *Hermenéutica* es la teoría científica del arte de interpretar; la interpretación no es más que la aplicación al caso concreto de los principios fijados por aquella. Así existirían dos niveles; la teoría general (*hermenéutica*) y su aplicación concreta (*interpretación*)⁴.

La postura de Maximiliano es interesante y tiene sin lugar a dudas un mar de fondo. Una es, efectivamente, la parte general, y otra, la aplicación de tales principios. Pero dar nombres distintos a operaciones íntimamente vinculadas entre sí, me parece artificioso, más aún cuando el significado de ambos términos es el mismo. Se trata, pues, de una clasificación convencional como cualquier otra, que no tenemos porqué seguirla. En mi criterio, pueden usarse cualesquiera de los dos vocablos, pero siempre que lo sea en todos los casos. Es decir, el uso de *hermenéutica* en lugar de *interpretación*, o a la inversa, equivale a una opción de gustos académicos y nada más, pero a la larga, significando ambos lo mismo, no veo porqué debe hacerse una distinción que oscurece antes que aclara. Por tanto, mi opinión es que siendo ambos equivalentes, pueden emplearse indistintamente, siempre y cuando se usen en todas las circunstancias. Anotemos que si bien los juristas utilizan el término «*hermenéutica*», la preferencia por el empleo de «*interpretación*», es cada vez más frecuente. A ella me atengo en estas líneas.

3. *Surgimiento del problema*

He mencionado que el problema de la interpretación surge con la codificación en el siglo XIX, si bien no se puede negar la existencia de enfoques filosóficos y dogmáticos de más antigua data (que se remontan al Derecho Romano y luego a los glosadores y postglosadores). Pero en rigor, la interpretación jurídica, como algo orgánico y estructurado, aparece en el siglo XIX. Pero este esfuerzo se da alrededor del Derecho Privado, más propiamente, del Derecho Civil. Y esto por muchas razones: en primer lugar, es la rama más antigua del Derecho, que se remonta a los romanos, y además es la que más influencia tiene en la vida de la sociedad y de la que se han derivado todas las demás ramas jurídicas. Por otro lado, si bien en el siglo XIX aparecen las primeras constituciones, no es éste precisamente el siglo del constitucionalismo, sino por el contrario, de su negación, y más aún, de la lucha por implantarlo. Tampoco es el siglo de los grandes tratados en materia constitucional, los que se configuran recién al finalizar el siglo XIX, y más propiamente a principios del siglo actual. Por tanto, no había demasiado interés, ni político, ni práctico, ni académico en hacer interpretación que se usaba en el derecho privado, era la misma para todos los ámbitos del derecho, y por tanto, no se percibía la peculiaridad de la interpretación constitucional. Este era el panorama en el mundo europeo-continental, que se apreciaba también en la América Latina.

⁴ Cf. *Hermenéutica e aplicação do direito*, 10ma. edición, Editora Forense, Río de Janeiro, 1988, p. 1.

En lo que se refiere al mundo sajón, y más especialmente a los Estados Unidos de América, paradigmático por la creación jurisprudencial de sus jueces, la situación es similar. Por cierto, se acostumbra citar como excepcional al célebre Juez John Marshall, y en especial el conocido caso de 1803 (*Marbury vs. Madison*) que es un aporte extraordinario. Pero ha habido exageración al apreciar la labor de Marshall, que aquí no se trata de cuestionar. Pero la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de las dos cortes que llenaron prácticamente el siglo XIX, la presidida por Marshall (1801 - 1836) y luego por Tanney (1836 - 1857), fue muy cuidadosa en su accionar y en su labor de interpretación, que puede considerarse restrictiva y conservadora. En cierto sentido, fueron cautos para no tropezar con el poder público, si bien moldearon —sobre todo bajo Marshall— lo que sería el derecho público norteamericano del futuro. Pero Marshall, quién además era un hombre con fina sensibilidad política, después de declarar inconstitucional una ley en 1803, no volvió a inaplicar otra norma en los treinta y tres años restantes que permaneció en la Corte. Y cuando dijo, en frase célebre, que había que tener cuidado, pues lo que estaban haciendo era interpretar (o exponer) una Constitución (*we must never forget that is a Constitution we are expounding*; *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat 316, 1819) lo que hacía en realidad era llamar la atención sobre la fidelidad que había que guardar al texto constitucional y a los padres fundadores. No hay pues en la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX, algo resonante y orgánico que de cuenta, en forma ordenada y metódica, de lo que es la interpretación constitucional y sus problemas, sino tan sólo algunos pronunciamientos o desarrollos aislados. En el mismo sentido debe decirse de la literatura jurídica especializada, en especial de un clásico como Thomas Cooley, autor de un libro célebre *Constitutional Limitations* (1868). Ya en el siglo XX, a raíz de la gran depresión, aflorarán algunos nuevos criterios (sobre todo en 1937), con motivo del conflicto de la Corte Suprema con Roosevelt), y no volverán a replantearse sino hasta la Corte Warren (1953 - 1969), en donde ya se juegan conceptos teóricos de largo alcance (*activism vs. self-restraint*; *interpretativism vs. non-interpretativism*, etc.). Igualmente, surgen enfoques teóricos importantes, como es el caso de obras que han despertado polémicas como las de Ronald Dworkin y John H. Ely (esto, en la década de los setenta)⁵.

En Europa continental el panorama es parecido. Dejando de lado la obra de Rudolf Smend (en 1928) son muy pocos los casos de tratamiento del problema interpretativo. Por cierto que hay antecedentes. Uno de ellos es Santi Romano, en 1899, quien llama seriamente la atención sobre la peculiaridad del proceso interpretativo en el derecho público⁶.

Otro es Vincenzo Miceli, en 1913, según información que nos proporciona Pablo Lucas Verdú. Pero el problema se plantea en realidad, como ya se dijo, a partir de la segunda post-guerra, y desde entonces ha crecido en complejidad. Sin embargo, a la altura de los años 1970, Michel Tropper, en Francia, y Antonino Penzovecchio en Italia, llamaban la atención sobre el poco interés que despertaba el problema de la interpretación constitucional entre los juristas. Y tiempo

⁵ Cf. Bernard Schwartz *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989; Christopher Wolfe *La transformación de la interpretación constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1991.

⁶ Cf. *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* en «*Scritti minori*», vol. I, Edit. Giuffré, Milano, 1950.

después, en el mundo hispánico, Antonio E. Pérez-Luño escribía: «... no deja de suscitar cierta perplejidad comprobar la escasa atención que ha merecido en la teoría jurídica, el tema de la interpretación constitucional, en relación con el interés que ha promovido la actividad interpretativa en otros sectores del ordenamiento jurídico, particularmente en el ámbito del derecho privado, pese a la mayor trascendencia que, sin lugar a dudas, reviste la interpretación de la Constitución»⁷.

Quizá no sea ocioso advertir que este interés por la interpretación constitucional crece cuando hay contornos que la favorecen, y que curiosamente surgen tan sólo después de la Segunda Guerra Mundial: democratización política en diversos países, surgimiento de entes con características especiales como los tribunales constitucionales, auge de los derechos humanos, retorno a la democracia en muchos países de América Latina, procesos de integración regionales, todo lo cual tiende a aumentar desde que se inició el gran viraje que significó la caída del Muro de Berlín y luego de la URSS, en 1991⁸.

4. Aparición del tema en América Latina

La interpretación en la América Latina, referida a la norma constitucional, responde a los mismos criterios ya mencionados. Al parecer el primer libro que se publica sobre la materia, es el de Eloy G. Merino Brito, *La interpretación constitucional*, Edit. Jesús Montero, La Habana 1949, que no he podido revisar, pero que si bien destacó la peculiaridad de la interpretación constitucional, al parecer no fue muy lejos en sus indagaciones. Sin embargo, poco después, en la Argentina, hay que destacar el esfuerzo realizado por Segundo V. Linares Quintana, quien en la primera edición de su monumental *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*⁹, dedica un especial tratamiento al tema de la interpretación, lo cual es realmente inusual para la época, ya que aún ahora son pocos los manuales o tratados de derecho constitucional, que dedican un tratamiento especial a la interpretación (no sólo en la América Latina, sino también en Europa). Hay que destacar también el mérito de Linares Quintana, pues años más tarde introduce la voz *Interpretación constitucional*, en la «Enciclopedia Jurídica Omeba», Buenos Aires 1967 (tomo XVI), quizá la más completa de su género en el idioma castellano.

Lo importante es que alrededor de la década del setenta, se incrementa el interés por la materia interpretativa. En 1972, Jorge Tapia Valdés publica un interesante libro *Hermenéutica constitucional*¹⁰ y poco después el «Primer Congreso Mexicano de Derecho Constitucional», celebrado en 1973 en Guadalajara, dedica una de sus secciones al mismo tema, participando destacados constitucionalistas mexicanos y extranjeros, como Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Rolando Tamayo y Salmerón, Agustín Pérez Carrillo, Miguel Limón Rojas, James Grant y Humberto Quiroga Lavié¹¹. Con posterioridad hay que mencionar algu-

⁷ Cf. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1984, p. 250.

⁸ Cf. Peter Häberle *Constitutional developments in Eastern Europe from the point of view of jurisprudence and constitutional theory* en «Law and State» Vol. 46, 1992.

⁹ Tomo II, Buenos Aires 1953; 2da. edición, tomo III, Buenos Aires, 1978.

¹⁰ Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1972.

¹¹ Cf. Las ponencias publicadas en el volumen colectivo *La interpretación constitucional*, UNAM, México, 1975.

nos trabajos valiosos, como el de José Alfredo de Oliveira Baracho (*Hermenéutica constitucional*, en «Revista de Faculdade de Direito» Minas Gerais, No.18, maio de 1977) y más recientemente a Luis Carlos Sáchica *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Edit. Témis, Bogotá 1980; Germán J. Bidart Campos (*La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Edit. Ediar, Buenos Aires 1987); Néstor P. Sagüés¹² y Gustavo Planchart Manrique *Reflexiones sobre el control de la constitucionalidad y la interpretación constitucional* en «Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales» No.119-120, Caracas 1990. Finalmente mencionemos algunos de los más importantes esfuerzos hechos en España en relación con nuestro tema; en primer lugar, los trabajos de Pablo Lucas Verdú, desde la década del sesenta¹³, el de Antonio E. Pérez Luño, ya citado, así como ensayos y monografías de Nicolás López Calera, Eduardo García de Enterría, Francisco Rubio Llorente, M. Rodríguez Molinero, Luis Prieto Sanchís, Manuel Aragón, Miguel Beltrán, Modesto Saavedra, Juan A. Santamaría Pastor, y dos importantes libros, el de Enrique Alonso García *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid 1984, y Raúl Canosa Usera *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid 1988.

En lo relacionado con el Perú, el tema es novísimo. Por cierto, al igual que en otras latitudes, ha sido monopolizado por los cultores del derecho civil y de la filosofía del derecho. En materia filosófica, cabe resaltar los trabajos de Mariano Ibérico¹⁴; Francisco Miró-Quesada C. *El formalismo y las ciencias normativas* en «Diánoia», No.2, 1956 y más recientemente Mario Alzamora Valdéz¹⁵. En el derecho privado, es importante el ensayo de José León Barandiarán¹⁶. Un último ensayo valioso en el mundo iusfilosófico es el de Carlos Thorne Boas¹⁷.

A nivel estrictamente constitucional, el primer texto que se publica sobre la materia, es el de Aníbal Quiroga León, *La interpretación constitucional*, en «Derecho», No. 39, Lima 1985, que es una inteligente glosa de Hesse, a quien contribuyó a difundir. Con posterioridad debe citarse el libro conjunto de Enrique Bernaldes y Marcial Rubio¹⁸ que dedica todo un capítulo al tema de la interpretación constitucional, aún cuando incurre en descuidos doctrinarios. De interés es el texto de Armando Calment Luna *La interpretación constitucional*, en «Dominici», No. 1 - 2, Marzo de 1988. Recientemente, dentro de un contexto mayor, se encuentra el libro de Víctor Julio Ortecho Villena¹⁹. Como podrá apreciarse, esto ocurre tan sólo a partir de 1985, y en forma por cierto limitada.

En fin, la conclusión que sacamos es que el tema de la interpretación constitucional, no tuvo ninguna importancia en el siglo XIX, y a lo más se entendía que era un problema para civilistas y filósofos del derecho, pues se pensaba que

12 Cf. *La interpretación constitucional mutativa* en «Revista de Ciencias Sociales» (Valparaíso) No.16, 1980 y *La interpretación de la Constitución (Poder Judicial versus Poder Constituyente)*, en «Lecturas sobre temas constitucionales», Comisión Andina de Juristas, Lima, No.7, 1991.

13 Cf. *Curso de Derecho Político*, Edit. Tecnos, Madrid 1974, tomo II; y *El sentimiento constitucional*, Edit. Reus, Madrid, 1985.

14 Cf. *Principios de lógica jurídica*, Lima 1944, reimpresión en *Ius et Praxis*, num.16, 1990).

15 Cf. *Filosofía del Derecho*, Lima, 1976.

16 Cf. *Interpretación de la ley*, en «Revista de Derecho y Ciencias Políticas», 1952.

17 Cf. *La interpretación de la ley*, Lima 1989.

18 Cf. *Constitución: fuentes e interpretación*, Lima, 1987.

19 Cf. *Criterios de aplicación de las leyes*, Trujillo, 1991.

las categorías elaboradas por estas disciplinas, eran más que suficientes. En términos generales, la misma situación se daba en Europa y en los Estados Unidos, y por cierto de manera más acusada en la América Latina. Cabe expresar adicionalmente, que el tema ha tenido un súbito despertar a partir de la segunda post-guerra, en donde empieza un desarrollo lento pero indetenible, que se incrementa en forma sustanciosa y por demás creadora, a partir de la década del setenta de este siglo. Hoy se es consciente de que la interpretación constitucional existe y es necesaria, pero no está del todo aceptado que sea realmente un problema.

5. *La interpretación y su ubicación*

Uno de los motivos por los cuales no ha habido conciencia de la necesidad y de la peculiaridad de la interpretación constitucional, es la creencia de que ella era la misma que la del derecho privado. Por cierto, aspecto importantísimo es la interpretación en el derecho penal, por la realidad social de todos los días, y que tuvo un gran realce, sobre todo desde la época de Beccaria. Pero lo penal era considerado como algo especial y aparte y no trascendió. Por lo demás, salvo ciertos principios básicos (*nullum crimen, nulla poena sine lege*, prohibición de la analogía) los penalistas, por lo menos los clásicos, se remitían a las normas interpretativas del derecho civil²⁰. En fin, lo cierto es que el interés básico era el derecho civil, y lo ha sido hasta hace poco tiempo. Pero adicionalmente, los teóricos o filósofos del derecho también trataron extensamente el problema de la interpretación, de manera tal que entre ambos coparon el campo durante mucho tiempo y aún parcialmente ahora.

A nivel filosófico-jurídico, y ya en este siglo, debemos destacar el interesante enfoque de Kelsen en 1934 (y que luego incorporará en las sucesivas ediciones de su *Teoría Pura del Derecho*). Antes tuvimos a la Escuela del Derecho Libre, encabezada por Kantorowicz; y en el mundo sajón, es realmente notable la contribución del juez Benjamín N. Cardozo, en 1921²¹. Téngase presente como en un medio judicialista como es el norteamericano, sólo con Cardozo surge una teoría integral y comprensiva del razonamiento e interpretación judiciales, y esto en 1921 (si bien es cierto que las aportaciones de Cardozo sólo se explican teniendo presente los planteos de Holmes y de Pound). Años después se publicarían las importantes obras de Edward Levi *An introduction to legal reasoning* (1949) y Jerome Frank *Courts on trial* (1950).

Es por esta época que surgen nuevas teorizaciones sobre la labor interpretativa. En América Latina es importante destacar el planteo inicial de Carlos Cossio en su ensayo *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*, Santa Fé 1940 (luego incorporado, con ligeras variantes, como capítulo III de su libro *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires 1945) y el posterior de Luis Recaséns Siches *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México 1956. Igualmente, las contribuciones de Eduardo García Maynez (enmarcadas dentro de su obra lógico-jurídica), Sebastián Soler, Genaro R. Carrió, Julio Cueto Rua, Alchourrón y Bulygin, Roberto Vernengo, Carlos S. Nino, Enrique P. Haba y Hermann Petzold Pernía. Por la misma época en Europa, surgen otros enfoques

²⁰ Cf. como muestra, Carlos Lozano y Lozano *Elementos de Derecho Penal*, Ediciones Lerner, Bogotá, 1953; para un enfoque más moderno, cf. José Hurtado Pozo *Manual de Derecho Penal*, Lima, 1978.

²¹ Cf. *Selected writings...*M.E. Hall edit. New York, 1947, que incluye *The nature of the judicial process*.

de gran importancia, con desarrollos en otros autores, como son la tónica de T. Wiehweg y la *retórica* de Ch. Perelman²².

Lo anterior confirma un dato inicial: toda interpretación tiene un punto de partida filosófico, aún cuando luego se desarrolla en diversas modalidades y aplicaciones. Desde este punto de vista, diremos lo siguiente: existe una teoría de la interpretación que es parte de la filosofía del derecho, y que se dedica especialmente a dar cuenta del tipo de argumentaciones que se hacen en el manejo diario del derecho. La filosofía del derecho considera la interpretación como uno de sus más importantes capítulos, pero a la larga, como la filosofía del derecho es fundamentalmente filosófica, la interpretación tiene que remitirse a la filosofía general. De esta suerte, la interpretación es en primer lugar un problema filosófico; en segundo lugar es un problema filosófico-jurídico, y finalmente, es un problema jurídico-dogmático (que a su vez se dispersa en las numerosas disciplinas jurídicas como civil, penal, procesal, etc.).

Como un comentario adicional de lo anterior, cabe la pena tener presente que uno de los enfoques interpretativos de mayor influencia en los últimos tiempos, es aquel que se desprende de la filosofía hermenéutica de Hans-Georg Gadamer²³ tributaria a su vez del pensamiento existencialista de Martín Heidegger, y que ha tenido una honda repercusión en el mundo de los juristas (en el campo estrictamente constitucional, notamos su presencia en Konrad Hesse, que es autor de uno de los más notables ensayos sobre el particular). Otra referencia que cabe hacer es a la monumental obra de Emilio Betti²⁴ que pretende precisamente dar cuenta de los fundamentos y de la totalidad del fenómeno interpretativo sobre bases filosóficas. Por esa misma época, Betti publicó un texto de amplia difusión: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975) que sigue siendo un importante punto de referencia, aún cuando no llega a la altura de un clásico como Gény. Betti sostiene en forma por demás clara, que la interpretación es fundamentalmente un problema de base filosófica, que se desarrolla por grados y así desciende al mundo de la dogmática. El mismo Betti señala que a nivel de la dogmática, la interpretación es una sola (pág. 93); es decir, la interpretación civil, la penal o la procesal es una sola, pero reconoce que cada una de ellas tiene sus peculiaridades, que sólo en fecha reciente se han advertido²⁵.

6. Lo que implica la interpretación

En fecha reciente, Miguel Reale ha dicho: «dime cómo entiendes la norma jurídica y te diré como interpretas»²⁶. Esto significa que la interpretación implica una concepción sobre el derecho, que no es positiva, sino filosófica. La interpretación en sentido amplio es buscar el sentido de la norma para poder aplicar-

22 Cf. Manuel Atienza *Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica)*, Madrid, 1991.

23 Cf. *Verdad y método*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1984.

24 Cf. *Teoria generale della interpretazione*, Edit. Giuffrè, Milano, 1955, 2 tomos, hay una última edición en un sólo volumen, Milano, 1990, pp. 1113.

25 Cf. por ejemplo el valioso ensayo de Eduardo J. Couture, *Interpretación de las leyes procesales*, publicado en sus «Estudios de Derecho Procesal Civil», Edit. Adiar, Buenos Aires, 1950, tomo III, en donde se adhiere a las clásicas tesis privatistas de Savigny.

26 Cf. *Para una hermenéutica estructural*, en «Estudios en honor del Dr. Luis Recaséns Siches», México, 1980, tomo I.

la. Por tanto, la interpretación supone un cierto tipo de razonamiento para alcanzar los fines que nos proponemos. Por eso es que clásicamente, se entendió que para interpretar había que tener un método que permitiese descubrir el sentido de la norma. Durante mucho tiempo se cifró grandes esperanzas en la lógica, y por este motivo, se sostuvo que la interpretación era fundamentalmente un problema lógico. Sin embargo, hoy se piensa que en el razonamiento del jurista (su manera de argumentar) hay mucho más que lógica; hay incluso elementos extralógicos, que son muy importantes y que sólo en fecha reciente han sido puestos en evidencia. Analicemos esta importante concepción, a través de su modelo, la interpretación judicial.

7. *La concepción clásica de la interpretación judicial como un silogismo*

Desde los tiempos de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, IV) se acostumbra comparar la sentencia judicial con un silogismo clásico, y esto es algo que ha circulado muy extensamente, por cuanto, sin lugar a dudas, la interpretación jurídica por antonomasia es la interpretación judicial que se plasma en una sentencia. Por cierto, no se trata de la única que existe, ni tampoco la de mayor efecto vinculante, pero es la que muestra más en lo vivo el proceso que lleva a la interpretación de la norma. Pues bien, la sentencia judicial, como fruto de un proceso interpretativo, se le ha equiparado con un silogismo, con lo cual la interpretación a la larga crea un producto típicamente lógico (asunto en el que no se han hecho mayores precisiones sobre un tema debatible, cual es la aplicación de la lógica a las normas). En fin, bajo este supuesto, una vieja anécdota que ha dado muchas vueltas, que recoge Gustav Radbruch y populariza entre nosotros Luis Recaséns Siches, dice más o menos lo siguiente: En una estación polaca de ferrocarril, a principios de siglo, había un letrero, basado en una disposición reglamentaria, que prohibía subir o entrar con perros al andén. Pero un día resulta que un cazador sube al andén con un oso, lo cual realmente no estaba prohibido en el cartel en cuestión. Frente a este caso, resulta imposible aplicar reglas de inferencia, ya que no se puede asimilar el concepto «oso» al concepto «perro». Para interpretar esta situación, se arguirá, hay que considerar que la idea del legislador fue fundamentalmente crear paz y orden en los andenes, a los cuales sólo debían subir las personas, y visto que era frecuente que algunos parroquianos fuesen con perros, es que se prohibió el ingreso de perros, sin pensar jamás que alguien fuese con un oso. Evidentemente, no con razones lógicas, sino extralógicas —lo que Recaséns llama «lógica de lo razonable»— se puede perfectamente prohibir el ingreso de osos al andén.

Esta anécdota, que puede ser decididamente cierta y que pudo ocurrir en cualquier momento, demuestra sin lugar a dudas, *los límites de la lógica*, ya que ninguna deducción puede ir más lejos de lo que aportan sus premisas.

Si por otro lado, utilizamos el raciocinio en la fórmula *modus ponens*, tendríamos lo siguiente:

$$(p > q) . p : > q$$

Que se lee así:

a) Si p, entonces q

- b) p,
- c) luego q.

Si lo trasladamos a un ejemplo penal, podríamos tener lo siguiente:

- a) Si X es culpable del delito Z, entonces debe ser condenado a prisión no menor de 10 años;
- b) X es culpable del delito Z;
- c) X debe ser condenado a prisión no menor de 10 años.

Aquí hay varios puntos²⁷. En primer lugar, tenemos que precisar cual es el significado de la norma penal, y a continuación ver cual es la realidad de los hechos para ver si éstos realmente pueden subsumirse dentro de los supuestos de la norma.

Pero lo más importante es la situación *fáctica* o sea, la prueba que efectivamente debemos tener en el sentido de que X es el verdadero culpable de ese delito y no otro, y que además no tiene atenuantes ni eximentes (identificar al autor del hecho y precisar las circunstancias que lo rodearon), y en segundo lugar, ver si el concepto de delito se compadece con los hechos, con lo cual estamos ante la tarea de deslindar *hechos* y asignar significados a la *norma* , y sea posible efectuar la subsunción de los hechos en la norma. En la tarea de asignar significados, debe tenerse presente que el derecho usa lo que se llama el *lenguaje ordinario o natural* , o sea, el cuerpo básico de la argumentación jurídica se da en el lenguaje ordinario, que es el que se usa todos los días, y que como todo lenguaje se presta a confusiones, tiene zonas de penumbra, muchas veces es vago o circular, o requiere precisiones para aclarar su significado²⁸. Por tanto, si bien el proceso silogístico se cumple en su lineamiento general, aplicar la premisa a un hecho concreto (es decir, enlazar una persona con la comisión de un delito) es algo que ya no es tan fácil.

Recapitulando podemos decir que en el proceso interpretativo (el judicial que es el que aquí estamos viendo) tenemos los siguientes momentos:

- a) Establecer el sentido de la norma (momento semántico) en el cual se utilizan diversos tipos de razonamientos, incluyendo una opción valorativa.
- b) momento fáctico, o sea, la probanza de los hechos, de acuerdo a una especial teoría de la prueba.
- c) subsumir los hechos dentro del supuesto de la norma (momento de subsunción).
- d) momento lógico, para deducir las consecuencias de todo lo anterior.

Ahora bien, es necesario hacer la aclaración siguiente: en cuanto a los hechos y al significado de la norma, estos se fijan por argumentos que no son lógicos ; la probanza de hechos utiliza argumentos que poco tienen que ver con la lógica; e igual lo es para fijar el sentido de una norma, ya que las palabras encierran siempre varias posibilidades de interpretación en los cuales una adhesión valorativa es la finalmente determinante. Por tanto, el problema interpretativo

²⁷ Cf. Juan Ramón de Páramo, *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional* en «Revista española de Derecho constitucional», num. 22, enero-abril de 1988.

²⁸ Cf. Genaro R. Carrió *Notas sobre derecho y lenguaje*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.

resulta, de lo visto, un acto complejo, en el cual existe un ingrediente personal en la parte de la probanza y de adhesión valorativa para asignar significados a la norma los que a su vez necesitan ser enlazados entre sí.

Es claro, pues, que la lógica no es todo. Al respecto hay que recordar que en su libro fundacional de la disciplina, Ulrich Klug²⁹, decía que para el razonamiento jurídico, la lógica es un elemento necesario, pero no suficiente, reconociendo que en la argumentación hay mucho espacio libre para la intuición.

Esto nos conduce inevitablemente a tener humildad al enfocar el problema interpretativo, y a aceptar sus limitaciones. No hay ni habrá, en el proceso interpretativo, una solución única y excluyente para cada caso. Lo cual no significa que la interpretación esté librada a la más absoluta arbitrariedad. Por el contrario ella debe ser razonable, coherente (consigo misma) y consistente (con el resto del ordenamiento jurídico), y para eso precisamente se han ido hilvanando principios, recogidos y desarrollados por las diversas ramas del Derecho, que ayudan a un mejor funcionamiento del sistema jurídico.

8. Características del proceso interpretativo

Lo primero que hay que señalar es que todo proceso interpretativo supone la existencia de un *texto*, con lo cual el jurista tiene la ineludible obligación de partir del lenguaje escrito para saber a que atenerse. O sea, adentrarse en el lenguaje para ir más allá de él y cubrir la realidad que se le presenta.

En segundo lugar, el lenguaje que tiene el jurista al frente, es un lenguaje natural, es decir, es un lenguaje que usan los hombres en su vida cotidiana, aun cuando existe algunos términos que pueden llamarse técnicos y que generalmente son más fáciles de entender. Pero a diferencia del mundo científico-natural, en donde nos expresamos con palabras más ceñidas, en el mundo de la normatividad (sea, moral, religiosa, jurídica, etc.), nos encontramos con un lenguaje natural, que se presta muchas veces a confusiones. Recordemos lo que decía Hart en el sentido de que mientras existen libros y ensayos que buscan definir lo que es Derecho, no existen libros para definir la física o la química³⁰. Por tanto, hay que admitir que el lenguaje natural (como se sabe desde las investigaciones de la filosofía analítica) es impreciso, y presenta vaguedad y núcleos de incertidumbre. Por tanto, la imprecisión de las lenguas naturales, en las cuales se mueve el derecho, sesga grandemente el análisis que sobre ellas se haga³¹.

En tercer lugar, el proceso interpretativo, si bien puede darse en abstracto, lo que se denomina la interpretación doctrinaria (que normalmente es hecha por juristas), está siempre vinculado con un caso práctico; de ahí que la interpretación sea una suerte de razonamiento práctico, al revés de los razonamientos teóricos que se dan en otras ciencias. Sin embargo, aun cuando el proceso interpretativo se haga en abstracto, siempre está vinculado con un aspecto práctico. Por eso la generalidad de los juristas han colocado como modelo de la interpretación a la sentencia judicial, porque en ella se da el proceso interpretativo en toda su plenitud y mostrando todas sus aristas, sin que ello desmerezca el valor de otro tipo de interpretaciones.

²⁹ Cf. *Lógica jurídica*, Edit. Témis, Bogotá 1990; el original en alemán es de 1951.

³⁰ Cf. *The concept of law*, Oxford, 1961, p.1.

³¹ Cf. Alf Ross *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963.

En cuarto lugar, el mundo jurídico se materializa en normas, que en sentido amplio son disposiciones encauzatorias de conductas o como quería la doctrina clásica, imperativos. En todo caso, el mundo jurídico, como se acostumbra a decir desde Kelsen, envuelve un deber ser que se concreta en lo siguiente: Dado A, debe ser B. Pero la norma, como ha sido puesto en evidencia, no sólo ordena, sino que faculta, autoriza, permite, o simplemente dispone qué debemos hacer para que nuestros actos sean válidos. Así, por ejemplo, si una norma dice que para hacer un testamento debo ir ante un escribano o notario, extenderlo por escrito y tener dos testigos, la norma está poniendo condiciones para la validez de un acto, pero no me obliga a hacer un testamento (como dice Hart, de quien tomamos el ejemplo). En efecto, nadie me obliga a hacer un testamento, puedo incluso no hacerlo, pero si lo hago, debo hacerlo de determinada manera, pues de lo contrario no tendrá validez lo que haga. Esto nos demuestra que cierto sentido el mundo jurídico es artificial, o sea, es puesto por los hombres, para regular las conductas en un conglomerado social. Por tanto, las normas jurídicas nada tienen que ver con la realidad ni con la verdad. Nada con la realidad, pues las normas se imponen a un conjunto social sin importar cómo es ese conjunto y si le obedece o no (por cierto, aquí viene el problema de la vigencia, vinculado con una adecuada política jurídica, pero en principio no tiene relación directa con la realidad, si bien ésta alimenta e influye en aquellas); y nada con la verdad, pues las normas no consagran verdades sino deseos, acciones o decisiones (así, por ejemplo, la orden «cierra la puerta» no expresa una verdad, sino un deseo de que algo se haga). Dicho en palabras más técnicas, las normas no son proposiciones (de ahí la dificultad de aplicarles la lógica formal) sino que expresan órdenes, deseos o decisiones.

En quinto lugar, las normas son portadoras de valores en sentido amplio. Todo conjunto normativo, sea en el ámbito civil, penal, procesal, etc., refleja determinados valores (y también lo constitucional, como lo desarrollaremos más adelante). Cada área del Derecho en sus grandes tramos o en sus grandes líneas maestras, si bien con tecnicismos, envuelve una o varias opciones valorativas que han sido adoptadas por el legislador, por el juez o por la comunidad, o por todos ellos a consuno (de manera implícita o explícita). Así, en el derecho civil, el problema de los hijos legítimos, de los gananciales, de la voluntad, etc, reflejan una opción clara. En el mismo sentido podemos decir del derecho penal (el tema del aborto, del sistema penitenciario, de la pena de muerte) en el derecho procesal (el rol del juez en el proceso, el número de instancias, la calidad de las pruebas y sus alcances, etc.) A diferencia del mundo científico natural que expresa hechos desnudos (por ejemplo, hubo un huracán en la Florida, el Sida se adquiere por contagio a través de la sangre, etc.) y realidades que no se cuestionan (si bien a partir de ellas se pueden hacer reflexiones de diverso orden), el papel valorativo es muy grande en el Derecho y no puede dejar de tomarse en cuenta (e incluso puede ser objeto de manipulación, como sucedió con el movimiento llamado «uso alternativo del derecho», de tanto auge en la década del setenta).

En sexto lugar, las normas son temporales; son dadas en un determinado momento. Y las apreciaciones sobre ellas varían conforme se alejan de la fecha en la cual se sancionaron. Si un Código Civil fue aprobado en 1942 (como en el caso de Italia), su apreciación y la posibilidad de interpretarlo en 1982, es probablemente distinta a la que existía en 1952. La norma, en cuanto proyecto de vida social, comunitaria, quiere poner reglas de juego, pero la vida tiene más riqueza que las normas, y se presta a enfoques distintos a los que fueron válidos en su momento.

En séptimo lugar, la interpretación supone, como ya se ha adelantado, un razonamiento, el cual tiene que ver no sólo con aspectos lógicos, sino con aspectos extra-lógicos y fácticos. Ninguno de esos factores es determinante y el razonamiento jurídico envuelve una gran variedad de elementos que se toman en cuenta para alcanzar los resultados deseados.

En octavo lugar, en toda interpretación se dan dos aspectos: la *explicación* y la *justificación*, que son contextos de la interpretación. La *explicación* nos dice cómo se llega a algo, esto es, cómo se interpreta y cuales son los pasos que se han dado para llegar a lo que se llega. Así, en el caso de la sentencia judicial, la conclusión que ella tiene puede explicarse teniendo presente, por ejemplo, la extracción social del juez, o el sistema político de designaciones judiciales, o la peculiar situación del demandante favorecido por la sentencia, o incluso, los cambios de ánimo del juez, como quería Jerome Frank. Pero al lado de la explicación existe la *justificación*, que es el intérprete (en este caso, el juez) ha sustentado su decisión; o sea, qué argumentos ha utilizado para tomar la decisión que tomó.

Todo esto, por cierto afecta a todo tipo de normas; la norma constitucional tiene, adicionalmente, otras características, que hacen que ella comparta con el resto de las interpretaciones un conjunto común de principios, y se diferencie por las peculiares notas del orden constitucional.

9. El problema de los métodos

La palabra *método* significa camino; por tanto, todo método es un conjunto de disposiciones que pretenden llevar hacia algo; el método jurídico en este supuesto es uno sólo, aun cuando se acostumbra, por comodidad, hablar de métodos, y entre ellos los más conocidos, los de Savigny, como son el gramatical, el histórico, el sistemático y el lógico, que hasta ahora se siguen usando, y si bien no puede decirse que han sido superados, son decididamente insuficientes para lograr un adecuado proceso interpretativo (Savigny, como se sabe, no los calificó de métodos, sino de elementos que se utilizan conjuntamente). Con todo, conviene tenerlos en cuenta, porque se usan y citan de continuo en la literatura jurídica especializada, y aun más, algunos los han reclamado como válidos aun en el área del derecho público³².

Al lado de esta venerable tradición, existe otra con gran arraigo, como es el caso del exegético, que en parte coincide con el llamado método histórico pregonado por Savigny, pero obedece a un distinto planteo filosófico. En efecto, los métodos, o mejor, criterios de Savigny, están vinculados con la Escuela Histórica, en el sentido que ellos buscan la voluntad original del legislador, en tanto ha recogido un transfondo vinculado con el espíritu del pueblo, y las instituciones que crea; mientras que la Escuela de la Exégesis lo que busca es respetar la voluntad del legislador en cuanto depositario de la voluntad popular, que el juez no puede modificar, porque traicionaría de esta suerte el esquema democrático. Pero no obstante la distancia que nos separa del método exegético, sigue siendo muy utilizado en su versión amplia, esto es, buscar lo que quiso decir el legislador, real o presunto³³.

32 Cf. Ernst Forstthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Edit. Giuffrè, Milano, 1973.

33 Cf. Julien Bonnetcase, *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, Ed. Cajica, Puebla, 1944.

Por cierto, existe otras filosofías de la interpretación³⁴, las cuales desembocan en diferentes métodos o enfoques acordes con sus presupuestos teóricos. Pero de todos ellos podemos decir lo mismo: que muchas veces extrapolan la utilidad de un enfoque o de una apreciación y lo convierten en único. En el fondo lo que hay que tener presente fundamentalmente es que el intérprete, más que buscar una verdad o voluntad en el legislador (que cada vez es más problemática) debe buscar *asignar un sentido* a la norma, para lo cual deberá hacer una búsqueda en forma escalonada; en primer lugar, tratar de entender la norma tal y como se desprende de su lectura; luego conectar el sentido de esa norma con el resto del cuerpo leyes o sistema normativo, para evitar caer en unilateralismos o en interpretaciones que incurran en contradicción. Con los objetivos así alcanzados, deberá cotejarlos con lo que podría denominarse el legislador histórico, y ver que es lo que pensó en su momento y como puede enlazarse con lo anterior, entendiendo que la voluntad del legislador histórico no es determinante, sino tan sólo uno de los medios para llegar a nuestro objetivo. Finalmente, buscar los fines que persigue la norma, el instituto o el ordenamiento jurídico, lo que indudablemente implica una decisión valorativa, que debe calzar con el resto del ordenamiento. En otras palabras, debe aplicarse al resultado las más elementales reglas de la lógica, para ver si es coherente consigo mismo. Todo esto, *grosso modo* es un sólo proceso, en el cual el método es uno solo, aun cuando las estaciones por las cuales atraviesa ese método, son varias. Se trata de un método integral, que puede calificarse, provisionalmente, como *dialéctico-comprensivo*; entendiendo esto como una contrastación de diversos enfoques que surgen desde diversas perspectivas, y que son resueltas finalmente por una comprensión, que debe arribar a conclusiones *lógicas*.

Esto no significa que debamos llegar necesariamente a una conclusión acertada, única y perfecta, pues la fijación de un significado depende de elementos muy diversos. Hoy se admite que no existe una única y exclusiva interpretación³⁵. Como bien fue señalado por Kelsen, por vez primera en 1934 (ahora como último capítulo de su *Teoría Pura del Derecho*, versión de la 2da edición en alemán, UNAM, México 1979) la norma siempre representa un marco abierto a varias posibilidades, con lo cual quiere decir que cada norma no tiene por qué dar pie a una sola interpretación; generalmente puede desprenderse de una norma más de una interpretación; quizá dos, tres o más. Pero lo que importa no es esto, sino que las consecuencias del proceso interpretativo, sean el resultado de una argumentación jurídica que pueda justificarse por sí misma, esto es, que no sea arbitraria, con lo cual queda claro que el proceso interpretativo no es caótico, sino racional, pero no es único ni tampoco absoluto. De ahí la importancia de los métodos que escojamos, o mejor dicho, de los instrumentos que empleemos para llegar a un resultado.

10. Algunos problemas en la teoría de la interpretación

En la teoría interpretativa se han barajado demasiados problemas y muchos

³⁴ Cf. Karl Larenz *Metodología de la Ciencia del Derecho* Edit. Ariel, Barcelona, 1980; Mário Franzen de Lima, *Da interpretação Jurídica* 2da. edición, Ed. Revista Forence, Rio de Janeiro, 1955, Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho* 3 tomos, Madrid, 1971, E. Bodenheimer, *Jurisprudence*, Harvard Univ. Press, USA, 1962.

³⁵ Cf. Jerzy Wróblezky, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

de ellos en forma de dupla o binomio de opuestos, que han creado serios rompecabezas entre los juristas. Mencionemos algunos de ellos:

- i) Un primer problema planteado es si la interpretación descubre o crea; es decir, si tiene que indagar por lo que existe escondido detrás de la norma, o si por el contrario crea (en el mejor sentido del juez creador del derecho en el mundo sajón). Hoy es claro que el papel del juez no se concibe como repetitivo, mecánico, sin iniciativas, y se reconoce que la función judicial es creadora, si bien queda por discutir de qué clase de creación estamos hablando. Pero es indudable que la interpretación, sobre todo la judicial, tiene siempre algo de creadora, y no descubridora de algo pre-existente. Hoy se piensa que la tarea del intérprete es *asignar un significado* a la norma; esto es, admitiendo que la norma no es muy precisa, el intérprete debe darle un significado, lo cual lo hará como consecuencia de un proceso interpretativo, y con las limitaciones que éste conlleva.
- ii) Otro tópico importante es referente a la *voluntad* que hay que tener presente en el proceso interpretativo. Sin embargo, la tesis de la voluntad conlleva varios acompañamientos; en primer lugar si se trata de la voluntad del legislador o de la voluntad de la ley. En efecto, hoy se admite que el legislador histórico tiene muy poca importancia, y a la larga tal vez ninguna, sobre todo cuando se extiende el tiempo entre la dación de la norma y el momento en que se interpreta (los intérpretes actuales del Código de Napoleón tendrán muy poco en cuenta lo que pensaron los redactores originales del Código). Sin embargo, conviene advertir que hoy en día, en grandes sectores del pensamiento jurídico norteamericano, se acoge la idea del *originalismo*, o sea, la idea de que para interpretar la Constitución de los Estados Unidos hay que estar a lo que establecieron los padres fundadores en 1787, lo cual evidentemente es un exceso, pues la distancia es tan grande, que siempre habrá una mediación entre aquella época y nosotros. Por otro, muchos hablan de la voluntad de la ley, como si la norma tuviera un pensamiento oculto o vida propia. A su vez, en lo relacionado con la voluntad del legislador, cabe hacer dos distintos: por un lado lo que realmente dijo el legislador en su momento (legislador histórico) y por otro, lo que nosotros pensamos que hubiera dicho en las actuales circunstancias (legislador presunto) con lo cual estamos en el fondo haciendo una hipóstasis, que esconde una verdadera creación.
- iii) Importante igualmente es lo que se denomina interpretación auténtica. Es sabido que en la literatura jurídica especializada, se habla de continuo de que, dependiendo del intérprete, se distingue la interpretación en doctrinaria, judicial y auténtica. Según esta tendencia, la auténtica es la que realiza el legislador quien, ante la duda en torno a una norma, lo que hace es dar una ley que aclara o precisa el sentido de la anterior. Sin embargo, como bien ha dicho Kelsen, existe impropiedad en llamar interpretación auténtica a la legislativa, ya que lo que sucede es que ella se vuelve obligatoria, que es algo distinto. Por tanto, según Kelsen, debe llamarse interpretación auténtica sólo a la que obliga con efecto vinculante al sujeto de la interpretación. En tal sentido, tan auténtica es una interpretación aprobada por un parlamento, como la dada por un Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, al sentar jurisprudencia obligatoria.

11. Características de la norma constitucional

Hemos mencionado que en el fondo la interpretación es una sola; que ésta pertenece la Teoría o Filosofía del Derecho, y en cuanto tal tiene una parte general y una parte especial. La interpretación constitucional es precisamente una parte especial de la interpretación, en el sentido de que participando de los grandes problemas de la interpretación, tiene sin embargo aspectos concretos, específicos, propios de ella (como lo tiene, por ejemplo, la interpretación penal). Ahora bien, la interpretación tiene que partir de un texto, en este caso de la norma constitucional, que decididamente no es la misma que la norma civil, y por tanto, hay que precisarla, pues *el tipo de norma condiciona la interpretación*, y la norma constitucional, es sin lugar a dudas, un lenguaje especial, distinto a los otros lenguajes o expresiones jurídicas. Sin ánimo de ser exhaustivos, revisemos sus principales características:

- a) Norma suprema del Estado; este es un principio harto sabido, pero sobre el cual sólo se ha reparado en los últimos tiempos, si bien es principio pacífico en el ámbito del derecho constitucional norteamericano desde el siglo XIX. Siendo la norma suprema y no existiendo ninguna que esté por encima de ella, se desprende que ni en jerarquía ni en alcances tiene igualdad con el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico de un determinado Estado. Por tanto, su tratamiento necesariamente debe ser distinto, pues es una norma o conjunto normativo que es tan norma como las demás pero con superior jerarquía.
- b) Es una norma cuyo procedimiento de elaboración es distinto a todas las demás y obedece a una lógica propia. Las normas, sean civiles o penales, son hechas por un legislador, que a su vez las ha recibido, en proyecto, de comisiones o asesorías técnicas. Este legislador normalmente es un legislativo elegido a plazo determinado y que tiene otras funciones que le son propias. La Constitución, por el contrario, es hecha en un acto constituyente, normalmente mediante o a través de un órgano constituyente que tiene esas expresas funciones. Esto es, en su elaboración existe un procedimiento distinto y generalmente no tiene más soporte que un contexto táctico. Por cierto, que hay situaciones excepcionales, como es el caso del Reino Unido, que no tiene una constitución y que escapa a la regla general, pero que en el fondo, y dentro de su peculiar sistema, confirma lo expuesto.
- c) La constitución se denomina como *política* pues es una norma que tiene un primordial fin político, ya que se dirige a disciplinar, ordenar y regular el ejercicio del poder en un determinado contorno social (originalmente la *polis*, y de ahí derivó el nombre clásico de la disciplina: *derecho político*). A su vez, trata de fijar los límites que tienen los destinatarios del poder y en consecuencia poner barreras que los ciudadanos o gobernados pueden oponer a los gobernantes. Sobre una realidad mando-obediencia, se construye el binomio gobernantes-gobernados, que a su vez remite a la estructura clásica — y todavía vigente— de la constitución: parte orgánica y parte dogmática. Esta politicidad inminente a la Constitución, es lo que la caracteriza.
- d) El sesgo político de toda Constitución, como ya se ha visto, envuelve en su seno determinadas opciones valorativas o axiológicas: esto es, preferencias que las personas o los conjuntos humanos adoptan, en relación a la manera de ordenarse y alcanzar sus fines. Así, detrás de toda opción política existen

opciones valorativas que alimentan dicha opción y que a su vez se proyectan sobre el entramado social, que en cuanto portador de determinados valores o concepciones del mundo, tratan de influir en el aparato político operándose una suerte de retroalimentación entre unos y otros. Esta presencia valorativa a su vez, determinará la presencia de valores derivados en el resto del ordenamiento jurídico.

- e) La Constitución es un conjunto articulador; es decir, una especie de eje central que ordena o pretende ordenar el resto del ordenamiento jurídico, al cual se concibe como una unidad. A diferencia del Derecho civil y del Derecho penal que son conjuntos normativos específicos cerrados en si mismos con poca o ninguna relación con el resto de áreas del Derecho (aún cuando sea general su ámbito de aplicación), la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico, siendo así exacto lo que en el siglo pasado afirmó Pellegrino Rossi, de que la Constitución es tan sólo el encabezamiento (*têtes de Chapitre*) de todo el ordenamiento jurídico (en este sentido, la totalidad del ordenamiento puede ser comparado con un libro y cada capítulo como una determinada rama del Derecho; pues bien, la Constitución debería ser o es el título que tiene cada capítulo de la obra; el que señala los grandes contenidos, pero no los describe ni los explica en detalle).
- f) Las normas constitucionales son normas incompletas que en principio son desiguales entre si. Así, mientras algunas son precisas, otras son flexibles y otras son vagas o indeterminadas. A su vez, y desde el punto de vista de su eficacia, las normas pueden ser consideradas como *programáticas* y *operativas*, distinción que esbozó el siglo pasado Cooley y que hoy tiene amplia aceptación, si bien es cierto que el alcance de cada una de ellas ha sido replanteado y en cierto sentido matizado, al reconocerse carácter vinculante a todas ellas. Sin embargo, es claro que en los textos constitucionales, existe gran cantidad de disposiciones que quedan sujetas a una reglamentación posterior, que muchas veces no se da, por inercia legislativa. Y es aquí donde surgen los problemas. Por tanto, el carácter incompleto, esquemático, impreciso, de la norma constitucional, así como su no implicidad inmediata, origina gran parte de los problemas que afronta la Constitución en su desarrollo, a diferencia de otros sectores del ordenamiento jurídico, que son más exigibles, si bien es cierto que los problemas de interpretación se dan en todas las áreas (ya que es falso el clásico brocardo *in claris non fit interpretatio*)³⁶.

12. Fines de la interpretación constitucional

El primer objetivo que tiene toda Constitución es durar en el tiempo. Una Constitución, que es la más alta norma del Estado, que articula el resto del conjunto normativo, y que fija las grandes pautas para la legislación y la vida de una comunidad, no puede cambiarse todos los días ni durar lo que dura un

³⁶ Cf. Vezio Crisafulli *Le norme programatiche della Costituzione* en «La Costituzione e le sue disposizioni di principio» Edit. Giuffré, Milano, 1952; Germán J. Bidart Campos, *La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, en «El Derecho», Buenos Aires, t. 78, 1978, y Alejandro Nieto *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional* en «Revista de Administración Pública», 1983, N° 100-102.

calendario. Por tanto, si la Constitución tiende a durar, y así lo consagra la tradición del constitucionalismo europeo y la experiencia comparada —ya que las excepciones no se postulan como algo digno de ejemplo— es claro que la interpretación tiene como objetivo fundamental que la Constitución dure, y por añadidura, que sea respetada. De aquí se desprenderán otras ideas conectadas con ella.

En segundo lugar, la Constitución debe ser interpretada de la manera que más la favorezca para su conformidad con ella misma y la realización de sus fines, lo que conlleva la necesidad de una interpretación acorde con la Constitución.

Y esto debe también aplicarse a la interpretación que surja del control constitucional de las leyes, en el sentido de que las leyes deben mirarse, en principio, como acordes o de conformidad con la Constitución, por ese mismo principio de conservación que tiene toda Carta fundamental.

En tercer lugar —y sin que esta enumeración sea exhaustiva— la interpretación, en la búsqueda de su supervivencia, debe adaptarse a los nuevos tiempos, de manera tal que ella sirva a la comunidad a la que está destinada, por todo el tiempo que sea posible, sin llegar a la *desnaturalización* o *quebrantamiento* de la Constitución vía interpretación, pero permitiendo —sin duda alguna—, *mutaciones* que habiliten su supervivencia en el tiempo. Naturalmente, este enunciado general deberá considerarse en cada ocasión, por la dificultad que envuelve.

13. Criterios orientadores de la interpretación constitucional

De los *finés* de la interpretación, se desprenden los *criterios* que deben orientarla, los cuales han ido surgiendo paulativamente en el tiempo y pueden clasificarse en dos grandes rubros; a) los de carácter general, que conciernen a todo régimen constitucional en cuanto tal y de los cuales pueden decirse que son consustanciales con toda constitución, y b) los de carácter particular, propios de una determinada constitución, que corresponde a un país o a un grupo determinado de países, y que por tanto sólo pueden apreciarse dentro de un determinado complejo normativo, y que están vinculados a su entorno geográfico, histórico, cultural, etc. Por ejemplo, los países islámicos tienen una connotación religiosa que no acompaña a países que son laicos, pues ahí el factor religioso es determinante en la marcha del Estado y todo lo relacionado con ella es parte importante del sistema en cuanto tal; del mismo modo, puede decirse que los problemas de la monarquía en Inglaterra tienen una peculiaridad que no se presencia en otros países europeos que no son monarquías sino repúblicas. Indudablemente, ver cuales son los criterios que se desprenden de un caso particular, es algo que debe ser estudiado en relación directa con un país o grupo de países. Aquí, para guardar armonía con el lineamiento general de este trabajo, me refiero tan sólo a los que considero de carácter general. Igualmente, quiero mencionar otra división metodológica (que aquí no voy a desarrollar) que distingue la interpretación *de la Constitución* de la interpretación *desde la Constitución*, si bien a la larga ambas reconducen a lo mismo.

- i) En la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad. Esto significa que la constitucionalidad sólo debe ser planteada en casos muy serios y abordada con la máxima de las cautelas, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema. Con todo, si pese a ello surge el problema de la constitucionalidad afectada

por una ley, debe asumirse *prima facie* que la norma es conforme a la Constitución. Si existe duda razonable en torno a la constitucionalidad, entonces debe operar una presunción a favor de ésta. Tan sólo cuando la inconstitucionalidad sea notoria y palpable y de alcances graves para el ordenamiento jurídico, habrá que optar por ella.

- ii) En caso de que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma. En los últimos tiempos se ha hecho referencia al serio problema de la ponderación de valoraciones en el mundo jurídico³⁷ en el sentido de que en un mismo texto pueden entrar en cuestión valores contrapuestos, en donde aparentemente una norma va en desmedro de otra a tal punto que se ha alegado la existencia de normas constitucionales que en realidad son inconstitucionales. Esto puede ser cierto en el orden de los valores, pero no debe serlo en el orden formal, que es el varemó final al cual se remite como cierre toda interpretación. Por cierto, dentro de la Constitución no todas las normas son iguales; así, hay normas generales, otras más precisas, otras que necesitan reglamentación, otras, en fin, que son transitorias o reflejan tan sólo declaraciones de largo alcance (como los preámbulos). Pero si tomamos dos normas en pie de igualdad, y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de valores, salvemos el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma (en tanto y en cuanto no sea modificada).
- iii) Razonabilidad, que debe primar en cada interpretación, que no es lo mismo que racional. Esto último se aproxima y en cierto sentido se identifica con lo silogístico y guarda relación con el viejo brocardo: *dura lex, sed lex*. Lo razonable es por el contrario, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo.
- iv) Previsión de consecuencias: aspecto importante que hay que tener en cuenta es apreciar las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de estos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar provisiones futuras al momento de resolver, no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución³⁸.
- v) Preferencia por los derechos humanos. Desde la segunda post-guerra, el Derecho constitucional y las constituciones, han dado cada vez más importancia a los derechos humanos, explicable en parte por la negación que de ellos hicieron los regímenes totalitarios de entre-guerra, y más aun con posterioridades, con la caída de las llamadas «democracias populares» de la Europa del Este. Todo esto se refleja en el llamado «derecho internacional de los derechos humanos», que parte, para efectos prácticos, de la Declaración Universal de 1948, se consolida con los Pactos de Naciones Unidas de 1966 y continua hasta nuestros días con gran cantidad de documentos inter-

37 Cf. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit.

38 Cf. Néstor P. Sagués *Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad* en «Anuario Jurídico». Lima, num.1, octubre de 1991.

nacionales y regionales. Este aspecto novedoso del constitucionalismo de post-guerra no va a amainar, pues la defensa de la persona humana es uno de los soportes básicos del desarrollo constitucional contemporáneo, pero es evidente que tenderá a replantearse para evitar abusos (ya que no hay derechos humanos absolutos). Esto hace que en la interpretación constitucional de los derechos humanos, se opte por una opción preferente a favor de ellos, las denominadas *preferred positions* en el constitucionalismo nortamericano, que han tenido amplia aceptación. Igualmente vinculado con el tema de los derechos humanos en cuanto a interpretación se refiere, es el llamado *contenido esencial*, nacido en el constitucionalismo alemán y difundido ampliamente. Y esto por cuanto, en lo concerniente a derechos humanos, existe adicionalmente otros criterios orientadores que hay que tener presente al momento de evaluarlos interpretativamente³⁹.

- iv) **Fórmula política:** Como se sabe, cada Constitución consagra una determinada fórmula política que en rigor significa un estilo de vida, una concepción de la sociedad y del Estado, y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político. Dicho en otras palabras, detrás de todo texto constitucional existe, en forma explícita o implícita, un modelo, meta o pretensión de lo que debe ser la sociedad política y a la cual se aspira. El concepto de fórmula política lo acuñó en el siglo pasado Gaetano Mosca, pero aquí lo tomamos libremente de Pablo Lucas Verdú⁴⁰. Esta fórmula política es la que inspira al sistema, y la que debe tenerse presente de manera relevante en la interpretación constitucional, pues ella apunta por un lado al reforzamiento del sistema, y por otro, a su supervivencia en el futuro (lo que no sucede en ningún otro tipo de interpretación). Así, la fórmula política en una monarquía absoluta difiere a la de una monarquía parlamentaria, y ambas a la de una democracia popular o un régimen totalitario fascista. A su vez, entre regímenes de democracia representativa, la fórmula política puede variar, si son distintos, por ejemplo, las formas de gobierno (fundamentalmente, parlamentaria o presidencial). Y así sucesivamente.

14. Pluralidad de intérpretes constitucionales

Hubo épocas en las cuales se prohibió la interpretación, no sólo de normas religiosas o monásticas, sino incluso de códigos⁴¹, pero hace ya mucho tiempo que se ha aceptado la necesidad de la interpretación. Recordemos que en los primeros tiempos, se reservó la posibilidad de interpretar únicamente al legislador, bajo el siguiente esquema: en la democracia el pueblo elige a sus representantes para que los gobiernen; estos representantes aprueban leyes por delegación expresa del pueblo, por tanto, nadie más que los congresales deben interpretar las leyes. Esto se agregó al devaluado papel que tuvo la judicatura en el *Ancien Régimen*, que hizo célebre la *boutade* de Montesquieu, en el sentido que el juez era tan sólo la boca que pronunciaba las palabras de la ley (*De l'esprit*

³⁹ Cf. Samuel B. Abad *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales* en «Thémis», Lima, N° 21, 1992.

⁴⁰ Cf. *El sentimiento constitucional*, Edit. Reus, Madrid, 1985.

⁴¹ Cf. Vittorio Frosini, *Teoría de la interpretación jurídica*, Ed. Témis, Bogotá, 1991, en donde menciona como problema típico el pintado en la famosa novela de Eco, «El nombre de la rosa».

des lois, XI, 6), imagen robótica que tuvo carta de ciudadanía hasta hace muy poco tiempo. Así quedó consagrada la obligación casi absoluta —con excepción del mundo sajón— de que el único y autorizado intérprete de la ley y de la Constitución, era el legislador. Esto lo comprobamos en las constituciones europeas y en las latinoamericanas, en donde podemos apreciar, en gran parte de ellas, que una de las funciones que se asigna al legislador, es precisamente la de interpretar la ley, y en consecuencia, interpretar la Constitución. Es decir, *existía un sólo y único intérprete y nadie más*. De ahí nació la doctrina que establece que por la persona que interpreta, la interpretación puede ser doctrinaria (si la hacen los juristas), judicial (si la hacen los jueces) o auténtica (si la hace el poder legislativo).

Sin embargo, la época del único intérprete de la Constitución (y de la ley) ya tramontó definitivamente. Ya no se piensa que el único que interpreta es el Congreso y los demás la acatan en silencio. Por el contrario, se admite hoy que hay varios intérpretes, y más aun tratándose de la Constitución, en cuya interpretación hay tantos intereses en juego. Por tanto, frente a un intérprete único, hoy se abre paso la tesis de que hay varios intérpretes de la Constitución⁴².

La pregunta que surge es cuántos son esos intérpretes de la Constitución. Hemos visto que no es sólo uno; en consecuencia pueden ser dos, tres, cuatro o más. Para responder a esa pregunta tenemos que analizar cada ordenamiento jurídico, para ver cuantos hay, pues aquí no hay un número único ni absoluto. Mientras que en un país son dos los intérpretes, en otros pueden ser cuatro o cinco. Por cierto, para fijar ese número hay que tener presente que los órganos que tienen a su cargo la interpretación deben tener determinadas características, como por ejemplo, tener competencias específicas, tener un campo de acción determinado, etc.

Tan sólo en vía de ilustración, veamos la pluralidad de intérpretes que tiene la Constitución peruana de 1979. Ellos son, a mi criterio, los siguientes:

- i) Poder Legislativo: que es el intérprete tradicional, mas no siempre interpreta, pues los congresos están hoy orientados a otras labores e inquietudes que no son precisamente las interpretativas.
- ii) Poder Judicial: en sentencia consentida y ejecutoriada, y con los consabidos alcances inter partes, salvo cuando la ley crea una excepción expresa (como es el caso de la Acción Popular, garantía o proceso constitucional que consagra la Carta en su artículo 295).
- iii) Jurado Nacional de Elecciones: en realidad es un tribunal electoral autónomo, que en más de una oportunidad ha interpretado la Constitución, y contra cuyas decisiones no cabe recurso alguno⁴³.
- iv) Tribunal de Garantías Constitucionales; que tiene dos competencias delimitadas: conocer en casación las resoluciones denegatorias de habeas corpus y amparo, agotada la vía judicial, y conocer las Acciones de Inconstitucionalidad (control abstracto de constitucional)⁴⁴.

Aquí en el caso peruano hemos visto cuatro intérpretes y todos ellos válidos y

⁴² Cf. Raúl Canosa *Interpretación constitucional y fórmula política*, cit.

⁴³ Cf. Domingo García Belaunde *Una democracia en transición*, CAPEL San José 1986, 2da. edición ampliada, Lima, 1986.

⁴⁴ Cf. Domingo García Belaunde, *Esquema de la Constitución peruana*, Lima, 1992.

reconocidos. En otros ordenamientos constitucionales pueden ser más o menos. En todo caso, pienso que no puede haber menos de dos: a) el órgano legislativo y b) el órgano judicial.

Ahora, bien, el problema de existir más de un intérprete de la constitución, lleva a lo siguiente: qué hacer con las interpretaciones contradictorias, que eventuales pueden darse; o dicho de otra manera, qué hacer cuando exista colisión entre dos tipos de interpretaciones, (que pueden existir por más que se tomen las precauciones para evitarlas).

En estos casos, y para evitar una anarquía interpretativa, no queda más remedio que poner un punto final a esa larga cadena de procesos interpretativos, o mejor dicho, un punto de cierre, que consistiría que en caso de conflicto interpretativo, alguien tiene que decir la última palabra, porque de lo contrario atentamos contra uno de los valores del ordenamiento, que es persistir, pues para ello se necesita seguridad jurídica (y no existe seguridad cuando hay varias interpretaciones simultáneas sobre un mismo marco legal). En consecuencia, por la gravitación de las cosas, tiene que haber un órgano que diga la última palabra, un dirimente final, o un órgano de clausura. En los Estados Unidos, pueden darse muchas interpretaciones a nivel de las cortes supremas de los Estados, pero la Corte Suprema federal con sede en Washington dice la palabra final (apuntaba el juez Douglas; no decimos la última palabra porque seamos infalibles, sino somos infalibles porque decimos la última palabra). Por el contrario, en países que tienen Tribunal Constitucional como Italia y España, el órgano final es precisamente éste. En realidad, no tiene mayor importancia práctica cual sea el órgano de clausura, pero es evidente que éste debe existir.

15. *El acto interpretativo constitucional*

Teniendo presente lo expuesto en las líneas precedentes, llegamos al punto final: cómo interpretar. *E interpretar significa asignar un sentido a una determinada norma constitucional.* Para esto tenemos que hacer una operación múltiple que por comodidad puede desdoblarse en varias etapas.

- a) Ingreso lingüístico: toda interpretación debe empezar por el texto escrito, ya que el derecho es un conjunto de prescripciones que se expresan en un lenguaje, sin importar si este lenguaje escrito ha sido sancionado por el legislador o es fruto de la costumbre (pues el *common law*, como se sabe, es derecho nacido de las prácticas judiciales, pero que está recogido por escrito en las numerosas recopilaciones existentes en los países afiliados a esa familia jurídica). Por tanto, la primera labor es ver que nos dice el lenguaje: hay dos posibilidades; que el lenguaje diga algo, o que no diga nada. Si no dice nada, no hay problema; si algo dice, tenemos que tomar ese elemento y seguir adelante.
- b) Con este resultado se recurre al análisis del resto del ordenamiento constitucional; o sea, hacer concordar las hipótesis con las que estamos trabajando, con el resto del *corpus* constitucional, para ver si calza con él o no, y en qué medida puede existir compatibilidad o incompatibilidad. Lo más probable es que en la mayoría de los casos, esta incompatibilidad no exista.
- c) *Iter* histórico: con los elementos obtenidos en los análisis lingüístico y sistemático, tendremos que ver que pensó el legislador histórico, en método clásico

co de la exégesis francesa decimonónica o del originalismo norteamericano de nuestros días. Lo más probable es que de esa tarea de archivo, al final no obtengamos nada, o de repente lo obtenido contraría lo que puede desprenderse de la lectura del texto. En términos generales, la llamada voluntad del legislador, generalmente no sirve para solucionar grandes conflictos interpretativos. Con todo, este elemento así obtenido —de ser el caso— debe añadirse a los anteriores.

- d) Con las tres operaciones así realizadas, tenemos que elaborar una *primera hipótesis interpretativa*, que es nuestra idea de cual es el sentido que debe darse a la norma en cuestión. Es indudable que aquí intervienen determinadas pautas axiológicas que están presentes en el intérprete y en la sociedad en que se mueve.
- e) La hipótesis antes lograda, debe ser «testada», o sea, confrontada con los criterios que hemos señalado: ver la finalidad del sistema, los fines que se persiguen, la persistencia de la Constitución y el entramado político, sobre todo, la fórmula política que subyace a éste. De esta operación, que en términos amplios podemos llamar dialéctica, tiene que salir una *segunda hipótesis* de trabajo; si sale más de una, debemos proceder a una depuración de las excedentes, para quedarnos al final con sólo una. En este razonamiento, tienen importancia los llamados «argumentos lógicos clásicos», como son, por ejemplo, el argumento a *fortiori*, *ad absurdum*, *a pari*, *a contrario*, *a maiore ad minus*, etc.⁴⁵
- f) Obtenida luego de este afinamiento nuestra hipótesis de trabajo, ella debe ser nuevamente revisada, sobre todo en función del *lenguaje* y de la *coherencia* y *consistencia lógica* y viendo cual es su «fuerza de convicción». en el sentido de Cossio.
- g) *Esta tercera hipótesis* se convertirá así en la *interpretación* que al final adoptaremos.
- h) Luego de que se ha obtenido *la interpretación*, viene lo siguiente; su *aplicación* al caso concreto (que envuelve el serio problema de la probanza). El resto es una labor meramente deductiva, en donde dejamos el problema hermeneúutico y nos adentramos en el tema de la aplicación del derecho.

Por cierto, esta interpretación adoptada, o asignación de sentido a una norma, no es excluyente de otras que surjan posteriormente en otros contextos, ya que cuando cambian las situaciones objetivas (opinión pública, necesidades políticas, circunstancias históricas) se puede privilegiar otros elementos y llegar a interpretaciones distintas, pero esto es ineliminable en el discurso dogmático. En todo caso, lo que importa es que el resultado del proceso interpretativo constitucional sea coherente, guarde concordancia con el texto constitucional y sobre todo ayude a conservar la Constitución como texto normativo y como proyecto político.

16. *Un discurso más allá del discurso*

Existe —dentro de la parte general a la que aquí nos estamos refiriendo—, un nuevo enfoque vinculado a la semiótica, que vamos a revisar someramente.

⁴⁵ Cf. Giovanni Tarello *L' interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, y Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, cit., III parte.

Como hemos visto, la interpretación se mueve en varios niveles. En primer lugar, tenemos el objeto de la interpretación; o sea, una norma que debemos interpretar. Esto como un primer dato de la realidad. El segundo paso es ver qué tenemos que hacer para interpretar, y si es posible interpretar bien. En esta tarea, tratamos de ver cómo y en qué forma se debe interpretar, para justificar lo que hacemos.

Así, la semiótica manifiesta que la interpretación constituye un *discurso* que explica lo que debe hacerse, pero por encima de ella debe efectuarse una descripción del proceso completo de interpretación del derecho, con lo cual no sólo describe el sistema de producción del discurso, sino que además intenta describir la constitución de la significación jurídica considerada como un universo semántico específico. Esta semiótica no proporciona normas de interpretación, sino que describe el proceso interpretativo. O sea, no es teoría de la interpretación, como lo que hemos intentado hacer, sino una metateoría. La interpretación sería así un discurso, y la semiótica, un metadiscurso⁴⁶.

En realidad, nada tenemos contra esta creación metodológica que va más allá de la interpretación, y que se limita a mirarla desde arriba. Sin embargo, notamos que sus descomunales esfuerzos sólo llegan a ofrecer una panorámica incolora de los acontecimientos, creando una estructura formal prodigiosa, pero a la larga inútil para los juristas.

Santa Fé de Bogota, mayo 1992 - Lima, enero 1993

⁴⁶ Cf. Roque Carrión W. *Semiótica Jurídica*, en «Enciclopedia Jurídica Omeba», Apéndice, tomo VI, Buenos Aires, 1990.

UNIDAD II: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- **ATIENZA, Manuel:** "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en *Isonomía*, N.º 6, abril de 1997, pp. 9-30.

CONSTITUCIONALIDAD Y DECISIÓN JUDICIAL*

* Los tres primeros textos que se reúnen bajo este título fueron presentados en el *VI Seminario Eduardo García Máynez* sobre Teoría y Filosofía del Derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la Escuela Libre de Derecho, La Universidad Iberoamericana (UIA), la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y la Universidad de las Américas (UDLA). El evento se llevó a cabo en la Ciudad de México los días 3, 4 y 5 de octubre de 1996.

LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

DE NUEVO SOBRE LOS CASOS TRÁGICOS

Manuel Atienza*

1. Introducción

En los últimos años, el problema de la interpretación –y, en particular, el de la interpretación constitucional– parece estar en el centro de la teoría jurídica. Las razones son, creo, bastante obvias. Una de ellas es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. La otra razón deriva de la peculiaridad que tienen las constituciones –en relación con los otros materiales jurídicos– en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad –da lugar a mayores disputas– que la de las normas –entendida la expresión en su sentido más amplio– del resto del ordenamiento jurídico.

Estas y otras razones (como, por ejemplo, el que la interpretación auténtica o definitiva de la Constitución esté confiada a órganos que difieren de los órganos jurisdiccionales ordinarios en diversos aspectos como es el de la elección política de sus miembros) plantean dos tipos de problemas que, en términos tradicionales, podrían llamarse el problema de la naturaleza y el de los límites de la interpretación constitucional. El primero de ellos –del que no me voy a ocupar aquí– es el de si la interpretación constitucional –la que llevan a cabo los tribunales constitucionales– es o no un tipo de interpretación jurídica, qué diferencias presenta en relación con la de los tribunales ordinarios, si el método de la ponderación difiere o no esencialmente del de la subsunción, etc. El problema de los límites, a su vez, puede entenderse referido a los límites externos o a los internos. En el primer caso, la cuestión fundamental a tratar será la de la separación entre

* Universidad de Alicante, España

jurisdicción y legislación, esto es, la de los límites del activismo judicial, la legitimidad de los tribunales constitucionales, etc. En el segundo, los límites internos, se trata de ver si los tribunales constitucionales –y, en general, cualquier tribunal– pueden cumplir con la función que el propio sistema jurídico parece asignarles: dictar resoluciones correctas para los casos que se les presenten, realizar la justicia a través del Derecho. Manuel Aragón plantea así la cuestión: “Interpretación ‘constitucional’ de la ley, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He aquí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, sólo la primera: en lugar de la interpretación ‘constitucional’ de la ley, la interpretación ‘constitucionalmente adecuada’ de la Constitución. Y concretando que la resolución ‘justa’ ha de entenderse como ‘justa pero jurídicamente correcta’” [1986, p. 129].

El problema que me interesa tratar aquí es este último o, si se quiere, un aspecto de este último: la tesis que pretendo sostener es que uno de los límites de la racionalidad jurídica viene dado por la existencia de casos trágicos; o, dicho quizás en forma más exacta, que la racionalidad jurídica no puede (no debe) desconocer la existencia de casos trágicos, debe dejar un lugar para el sentimiento de lo trágico en el Derecho.

2. Casos fáciles y casos difíciles

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como “teorías estándar” de la argumentación jurídica y también, más en general, en la teoría del Derecho contemporánea.

Así, por ejemplo, Marmor ha sostenido recientemente que el positivismo jurídico implica o presupone esa distinción, pues de otra manera no podría aceptarse que existe una separación conceptual entre lo que es y lo que debe ser Derecho: “Esta tesis de la separación –ha escrito este autor en un interesante libro sobre interpretación y teoría jurídica– supone necesariamente la asunción de que los jueces pueden (al menos en algunos casos estándar) identificar el Derecho y aplicarlo sin referencia a consideraciones sobre lo que, en las circunstancias, debe ser el Derecho. En otras palabras, la distinción entre el Derecho como es y como debe ser implica una distinción paralela entre las actividades de aplicar el Derecho y crearlo. Esto sugiere también una particular perspectiva sobre el papel de la interpretación en la aplicación judicial del Derecho. La interpretación se entiende que designa típicamente una actividad (parcialmente) creativa; tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado. Dicho de manera aproximativa, se puede decir que la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a aquello que se interpreta. Tomado conjuntamente con el

punto anterior, ello implica que el positivismo jurídico no puede aceptar el punto de vista de que el Derecho es siempre objeto de interpretación. Se da por sentado que, en mayor o menor medida, los jueces participan, a través de su actividad interpretativa, en el proceso de crear Derecho. Antes, sin embargo, tiene que haber un Derecho para interpretar” [Marmor 1991, p. 124-5]. O sea, casos fáciles son aquéllos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros, una labor interpretativa.

Por lo que se refiere, en particular, a la teoría de la argumentación jurídica, la importancia de la distinción –suele decirse– radica en que la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos fáciles (y supuesto que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos), la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión –en esto conviene insistir– no es una decisión (por ejemplo, “condeno a X a la pena P”), sino una norma (“debo condenar a X a la pena P”)¹. Por el contrario, en los casos difíciles –cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas– la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica –la lógica en sentido estricto o lógica deductiva– debe añadirse los de la llamada “razón práctica” que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.

Ahora bien, lo anterior no implica que la distinción entre casos fáciles y difíciles sea, sin más, aceptable. De hecho, ha sido, y es, discutida, desde diversos puntos de vista.

Para empezar, cabe dudar de que la misma tenga un carácter razonablemente claro, dada la ambigüedad con que habitualmente se usan esas expresiones y la diversidad de problemas a los que se alude. Así, Pablo Navarro ha señalado, por un lado, los múltiples significados con que se usa la expresión “caso difícil”. “Por ejemplo –escribe–, un caso C es considerado difícil si:

- a) No hay una respuesta correcta a C.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
- c) El Derecho es incompleto o inconsistente.

¹ Sigo básicamente el planteamiento de MacCormick [1978]. Esta última distinción se encuentra también en Marmor cuando señala que la aplicación no es cuestión de lógica [1994, p. 128].

d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.

e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.

f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.

g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.

h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales. [Navarro 1993, pp. 252-3].

Por otro lado, Navarro advierte también sobre la necesidad de distinguir entre problemas conceptuales (qué es un caso fácil o difícil), fácticos (qué hacen los jueces, los abogados, etc. ante un caso fácil o difícil) o normativos (qué se debe hacer en un caso fácil o difícil).

No parece, sin embargo, muy claro que se le pueda dar la razón en cuanto a la exigencia de esta triple distinción, ya que el aspecto de comportamiento y el justificativo parecen formar parte de las propiedades definitorias de caso fácil o difícil (como él mismo sugiere, cuando indica que aunque la caracterización de caso difícil no es unívoca, “es obvio que pueden establecerse algunas relaciones entre los distintos enfoques” [p. 253]). Esto, por cierto, no implica ningún error de tipo conceptual o cosa por el estilo. Así, cabe perfectamente aceptar como caracterización –o, al menos, como punto de partida para la caracterización– de caso difícil aquellos que cumplen los requisitos indicados anteriormente bajo las letras d) a h): las notas b) y c) quedan excluidas porque lo que recogen son tipos o causas de los casos difíciles; y la nota a), porque no todos los autores que utilizan la distinción aceptan lo ahí contenido, es decir, ésta sería, por así decirlo, una nota polémica.

Las dificultades, sin embargo, no se acaban aquí. Como es bien sabido, la tesis de Dworkin con respecto a los casos difíciles es que, en relación con ellos como en relación con los casos fáciles, el juez no goza de discrecionalidad, pues también aquí existe una única respuesta correcta; o, dicho en los términos más cautelosos con los que a veces se expresa: “las ocasiones en las que una cuestión jurídica no tiene respuesta correcta en nuestro sistema jurídico [y, cabe generalizar, en los Derechos de los Estados democráticos] pueden ser mucho más raras de lo que generalmente se supone” [Dworkin 1986^a, p. 119]. Por eso, frente a la crítica de que su concepción del Derecho como integridad sólo valdría para los casos difíciles, Dworkin no tiene inconveniente en replicar que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles “no es tan clara ni tan importante” como esa crítica supone y que “los casos fáciles son, para el Derecho como integridad [o sea, para su concepción del Derecho] sólo casos especiales de casos difíciles” [Dworkin 1986b, p. 266]. Lo que Dworkin llama “el problema

del caso fácil” consistiría en lo siguiente: “puede ser difícil saber si el caso actual es un caso fácil o difícil, y Hércules no puede decidirlo al utilizar su técnica para casos difíciles sin dar por sentado lo que queda por probar” [Dworkin 1986b, p. 354]. Pero esto le parece a Dworkin justamente un pseudoproblema: “Hércules no necesita un método para casos difíciles y otro para los fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. Pensamos que la pregunta sobre si alguien puede conducir más rápido de lo que estipula el límite de velocidad es una pregunta fácil por-que suponemos de inmediato que ninguna descripción del registro legal que negara dicho paradigma sería competente. Pero una persona cuyas convicciones sobre justicia y equidad fueran muy diferentes de las nuestras no hallaría tan fácil esa pregunta; aun si terminara aceptando nuestra respuesta, insistiría en que nos equivocamos al estar tan confiados. Esto explica por qué las preguntas consideradas fáciles durante un periodo se tornan difíciles antes de volver a ser otra vez fáciles, pero con respuestas opuestas” [Dworkin 1986b, p. 354].

La relativización de Dworkin en cuanto a la distinción caso fácil/caso difícil es de signo bastante diferente a la que sostienen los (o algunos de los) integrantes del movimiento Critical Legal Studies [cfr., por ejemplo, Kennedy 1986]. Cabría decir, incluso, que son de signo diametralmente opuesto: mientras que para Dworkin, en cierto modo –y a pesar de su frase antes transcrita, todos los casos son, en última instancia, fáciles, puesto que poseen una sola respuesta correcta², para los CLS no cabría hablar prácticamente nunca de caso fácil, esto es de caso con una única respuesta correcta. No es por ello de extrañar el alejamiento explícito de Dworkin con respecto a esa concepción (aunque no deja de reconocer que sus pretensiones escépticas de tipo general, entendidas en cuanto escepticismo interno³, son importantes) y que, entre otros motivos, descansa en el re-proche que les dirige por haber pasado por alto la distinción entre competencia y contradicción entre principios, esto es, por interpretar

² Así lo afirma Barak [1987, p. 28], quien considera que en los casos difíciles existen varias respuestas correctas [lawful] y de ahí que el juez tenga (limitadamente) que ejercer su discreción.

³ Dworkin distingue entre el escepticismo externo y el interno. Según el primero, los valores morales no formarían parte de la “fábrica” del universo: cuando uno dice que la esclavitud es injusta, no estaría afirmando algo sobre la realidad, sino proyectando sus opiniones sobre el mundo. Por el contrario, el escepticismo interno –el escepticismo relevante para Dworkin– lo que sostiene es que no puede decirse que una opinión moral sea superior a otra (“la esclavitud es justa” no goza de mejores argumentos en su favor, en la discusión moral, que “la esclavitud es justa”) [Dworkin 1986b, pp. 76-86 y 266-267; *cfr.* también Moreso 1996, cap V].

como contradicción lo que no pasa de ser competencia entre principios de manera que, por esa vía, todos los casos resultan ser –o, mejor, parecen ser– difíciles⁴.

Frente al escepticismo “radical” de los CLS, el punto de vista de un autor como Posner representaría un escepticismo que él mismo califica de “mo-dernado” y “epistemológico”. Posner no niega que existan casos fáciles y casos difíciles, pero pone en duda que muchos de estos últimos puedan ser resueltos en forma metódica. “Muchas –aunque ciertamente no la mayoría y quizás sólo una pequeña fracción– de las cuestiones jurídicas en nuestro sistema, y sospecho que también en muchos otros, no son simplemente difíciles, sino imposibles de ser contestadas mediante los métodos del razonamiento jurídico. Como resultado, las respuestas –la enmienda ca-torces garantiza ciertos derechos a los padres de hijos ilegítimos, el derecho a la intimidad sexual no incluye la sodomía, el dueño de un hotel tiene un deber de cuidado en relación con personas que han sufrido un daño por causa de un huésped borracho, las leyes contra la venta de niños hacen que no sean exigibles los contratos de maternidad surrogada, y así hasta el infinito– dependen de juicios de policy, de preferencias políticas y valores éticos de los jueces o (lo que claramente no es distinto) de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces, antes que del razonamiento jurídico considerado como algo diferente de la policy, o la política, o los valores, o la opinión pública. Algunas veces estas fuentes de creencias permitirán a un juez llegar a un resultado que se pueda demostrar correcto, pero frecuentemente no; y cuando no, la decisión del juez será indeterminada, en el sentido de que una decisión de otro tipo sería considerada con la misma probabilidad correcta por un observador informado e imparcial” [1988, p. 316]. De todas formas –por eso su “moderación”–, Posner considera que aunque los procedimientos o métodos del razonamiento jurídico no sean suficientes para establecer la corrección de las decisiones, la justificación de las decisiones judiciales en esos casos no tiene por qué consistir en una sarta de mentiras destinadas a ocultar los verdaderos –e inconfesables– motivos de la decisión: “El hecho de que no pueda mostrarse que una posición es correcta no significa que sea el producto de la pasión o de la vileza. La posición puede reflejar una visión social que puede ser articulada y defendida aun cuando no pueda probarse que es correcta o falsa. Pocas proposiciones éticas –casi ninguna de las que la gente está interesada en debatir– puede probarse que sea correcta o equivocada

⁴ Dworkin ilustra esa crítica con un ejemplo a propósito de los principios que entran en juego en los supuestos de compensación por accidente en el Derecho norteamericano [1986b, pp. 274-5 y 441 y ss.].

[right or wrong] y sin embargo el discurso ético no es infructuoso; y en los casos indeterminados, el discurso jurídico es una forma de discurso ético o político” [ibid., p. 362].

En fin, cabe pensar también que la distinción entre casos fáciles y difíciles (y, aproximadamente, en los términos antes señalados) es, en lo fundamental, aceptable—incluso necesaria—pero necesita ser “enriquecida”, en el sentido de que se deberían trazar nuevas categorías situadas “entre” los casos fáciles y los difíciles, y también, “más allá” de unos y otros.

Entre los casos fáciles y los difíciles se situarían, por ejemplo, los que Barak ha llamado casos “intermedios” y que integran una buena porción de los que llegan a los tribunales superiores y constitucionales. “Los casos intermedios se caracterizan por el hecho de que, en el análisis final, el juez no tiene discreción para decidir. Desde esta perspectiva, son casos fáciles: Lo que los sitúa aparte de los casos fáciles es sólo que en los casos intermedios ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su posición. Se necesita un acto consciente de interpretación antes de que el juez pueda concluir que el problema [argument] es realmente infundado y que sólo hay una solución jurídica. Cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de que hemos hablado llegará a esta conclusión —de que sólo hay una solución jurídica—, de manera que si el juez fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error (...) En todos estos (...), después de un balance y so-pesamiento consciente —que a veces requiere un esfuerzo coordinado y serio— y en el marco de las reglas aceptadas, todo jurista versado llegará a la conclusión de que sólo existe una posibilidad y de que no hay discreción judicial” [Barak 1987, pp. 39-40].

Y más allá de los casos fáciles y de los difíciles están los que cabe llamar casos trágicos: aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantan a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema. Pero antes de llegar ahí, antes de enfrentarnos con la cuestión de cómo actuar frente a una situación trágica, conviene aclarar dos cuestiones previas: qué cabe entender específicamente por caso trágico y si realmente existen casos trágicos en el Derecho.

3. Los casos trágicos

3.1. Casos difíciles y casos trágicos

La discusión en torno a los casos difíciles en la teoría del Derecho contemporáneo —sin duda por influencia de la obra de Dworkin— ha girado en torno a cuestiones como la de si para todos los casos jurídicos (incluidos, pues, los difíciles) existe una única respuesta correcta, si el

juez dispone o no de discrecionalidad, aunque sea limitada, en los casos difíciles, en qué consiste, cómo se ejerce o fundamenta la discrecionalidad judicial, etc. Ello, sin embargo, supone dar por sentado que para todo caso jurídico existe al menos una respuesta correcta; o, si se quiere decirlo de otra manera, el presupuesto último del que parte el paradigma dominante de teoría del Derecho (que incluye tanto a Dworkin como a lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica –autores como MacCormick, Alexy, Aarnio o Peczenik– y, por supuesto, la metodología jurídica de corte más tradicional) es el de que en el Estado de Derecho contemporáneo “siempre es posible ‘hacer justicia por medio del Derecho’” [Atienza 1991, p. 251].

Ahora bien, una valoración tan positiva de nuestros Derechos va ligada –como no podía ser menos– a una ideología de signo inequívocamente conservador y a la que no veo ninguna razón para adherirse. Sigo por ello considerando acertada una de las conclusiones a que llegaba en un libro de hace algunos años dedicado a exponer –y criticar– las teorías dominantes de la argumentación jurídica. “En mi opinión –afirmaba– la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción –una ideología política y moral– más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, incluso desde la posición de juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta –política y moralmente correcta– del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista –el juez– tenga que resolver una cuestión y argumentar en favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que ésa no es la solución a que lleva el Derecho positivo. El Derecho de los Estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes). La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del Derecho que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión puede implicar en ocasiones un elemento trágico” [Atienza 1991, p. 251-2]⁵.

Lo que en ese y en un trabajo anterior [1989] entendía por “caso trágico”

⁵ La idea de que nuestros Derechos democráticos no constituyen el mejor de los mundos jurídicos posibles la tomaba de un trabajo de Tugendhat [1980]. Esta misma idea es la que parece contenerse [Bayón 1985] en la síntesis entre Dworkin y Ely efectuada por Barber (*On What the Constitution Means*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1984), para dar cuenta de la noción de supremacía constitucional.

eran aquellos supuestos en relación con los cuales “no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral” [Atienza 1991, p. 252]; o, dicho de otra manera, los casos en relación con los cuales “no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo” [Atienza 1989, p. 101]. Distinto, y por encima, del equilibrio mínimo estaría el equilibrio óptimo que lo alcanzaría “la decisión (o las decisiones) que satisficieran no sólo las exigencias esenciales, sino también otras exigencias no esenciales, de acuerdo con el distinto peso atribuido a cada una y con los criterios o reglas de decisión que se utilicen [una de esas reglas podría ser, por ejemplo, la que prescribe no sacrificar nunca una exigencia que tenga un mayor peso en aras de otras de menor peso, aunque la suma de estas últimas arrojaran un peso superior a la primera” [ibid., p. 100]. A partir de aquí, la diferencia que cabría establecer entre quienes, como Dworkin, entienden que siempre –o casi siempre– puede encontrarse una respuesta correcta y quienes –como hemos visto– niegan esa pretensión afectaría al logro del equilibrio óptimo, pero no del mínimo; es decir, lo que se discute es si cabe siempre decir que una respuesta es mejor que otra, pero no si hay alguna buena respuesta: unos y otros estarían de acuerdo en que un caso es difícil “cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una decisión” [ibid., p. 99].

Todo ello, por cierto, presupone que en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores (entendiendo por valores la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción) que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo. Esto es sin duda cierto, pero no debe llevar a pensar que en los casos fáciles (y quizás en algunos de los que llamábamos intermedios) no habría, por así decirlo, más que una operación de subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de la regla, o del conjunto de reglas, aplicable; y como las reglas tal y como he sostenido en varios trabajos escritos conjuntamente con Juan Ruiz Manero –suponen razones para la acción perentorias o excluyentes, de ahí se seguiría que, en los casos fáciles, no cabría hablar de deliberación por parte, por ejemplo, del juez que tuviera que resolverlo, sino simplemente de obediencia a las reglas. Esto, sin embargo, no es exactamente así, pues “un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate”; esto es, la obediencia a las reglas, a las razones peren-

torias, que se da en los casos fáciles “exige la previa deliberación [del juez] y sólo tiene lugar en el territorio acotado por ésta” [Atienza y Ruiz Manero 1996, pp. 22 y 23]. En definitiva, para los órganos judiciales, el Derecho constituye, en nuestra opinión –y bien se trate de casos fáciles o difíciles– “un sistema excluyente [en cuanto que el órgano jurisdiccional sólo puede atender a razones contenidas explícita o implícitamente en el propio Derecho] en un doble nivel y en un doble sentido. En un primer sentido –y en un primer nivel– por cuanto que impone a tales órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan. En un segundo sentido –y en un segundo nivel– por cuanto que tal balance de razones remite, no en todos los casos, pero si en la mayoría, a adoptar como base de la resolución una regla jurídica, esto es, una razón perentoria. Cabría así dividir los casos en dos grupos: aquéllos cuya resolución se fundamenta en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional, y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una razón perentoria”⁶ [ibid., pp. 23-24].

Esta forma de ver las cosas, por cierto, deja por así decirlo indecida la cuestión de si existen o no casos trágicos en nuestros Derechos, esto es, un tipo de caso difícil en el que el “balance de razones” no permite llegar a una solución satisfactoria, a una solución –como antes decía– que no suponga el sacrificio de algún valor –o exigencia valorativa– considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral [cfr. Atienza y Ruiz Manero 1996, p. 141].

3.2. Juristas y filósofos ante los casos trágicos

Ahora bien, como antes señalaba, la exclusión de estos casos trágicos es un presupuesto común a casi toda la teoría del Derecho contemporánea. Y ni siquiera cabe afirmar en rigor que sostengan la existencia de casos trágicos autores que, como Calabresi y Bobbit, han estudiado y efectuado aportaciones notables en el campo de las llamadas “elecciones trágicas”, esto es, las decisiones relativas a la producción y reparto de bienes que implican un gran sufrimiento o incluso la muerte, como ocurre en rela-

⁶ Esta postura, como se ve, es semejante a la, antes indicada, de Dworkin: la distinción entre casos fáciles y difíciles queda también aquí notablemente relativizada; las fronteras entre ambos tipos de casos son fluidas, pues siempre cabe que surjan circunstancias que hagan que el “sistema de los principios” impida que un determinado tipo de caso –hasta entonces fácil– pueda seguir siendo considerado como subsumible bajo una determinada regla o conjunto de reglas.

ción con el trasplante de órganos vitales, el control de la natalidad o el servicio militar en tiempo de guerra. El conflicto surge aquí, por un lado, entre “valores con los que la sociedad determina los beneficiarios de la distribución y (con la naturaleza) los perímetros de la escasez y, por otro lado, los valores morales humanistas que valoran la vida y el bienestar” [Calabresi y Bobbit 1978, p. 18]. El actuar en el contexto de bienes necesariamente escasos hace que entren en conflicto “los valores últimos, los valores con los que una sociedad se define a sí misma. Preguntamos ‘¿Qué curso de acción no produce males?’ [como Esquilo hace decir a Agamenón], pero sabemos que ninguna verdadera respuesta nos confortará. Como un crítico [R. B. Sewall] ha establecido, ‘En la base de la forma trágica está el reconocimiento de la inevitabilidad de paradojas, de tensiones y ambigüedades no resueltas, de los opuestos en equilibrio precario. Como el arco, la tragedia nunca se destensa’” [ibid., pp. 18-19]. Calabresi y Bobbit parten de cuatro posibles aproximaciones mecanismos para la toma de decisiones en esos contextos: el mercado, la política, el azar y la tradición. Todos ellos presentan inconvenientes que los vuelven inservibles, pero los dos primeros pueden ser modificados (con respecto a sus formas puras), para tratar así de salvar, al menos, alguno de esos inconvenientes. En relación con los mecanismos de tipo político, una de esas modificaciones consiste en recurrir a una instancia a quien no cabe exigir responsabilidad por sus actuaciones, como mecanismo de descentralización de las decisiones políticas, y cuyo prototipo sería, en uno de sus aspectos, el jurado. Frente a los problemas que plantan tales instituciones, los autores sugieren la posibilidad de recurrir al modelo del tribunal (frente al del jurado), pero rechazan tal posibilidad en los siguientes términos: “En esta discusión sobre las instancias sin responsabilidad adaptadas a las circunstancias, hemos tenido varias ocasiones para sugerir la relevancia de las críticas dirigidas a las dificultades asociadas con la toma de decisiones judiciales. ¿Es entonces el modelo para las instancias sin responsabilidad adaptadas y descentralizadas un tribunal modificado más bien que un jurado modificado? No lo creemos. Mientras que decisiones importantes han sido dejadas en nuestra sociedad a los tribunales, estas decisiones son muy distintas de aquellas a las que nos enfrentamos en las situaciones trágicas. La deseabilidad de las decisiones caso –a– caso, de las decisiones inters-ticiales, de la actualización de reglas desfasadas, del moverse en áreas de falta de legislación, de [lucha de] intereses o de estancamiento político; estos y los muchos otros campos de creación judicial de Derecho, requieren, en último término, enunciados claros, lógicos y generalizables de por qué se ha llegado a una decisión. Las razones para utilizar instancias sin responsabilidad adaptadas para efectuar elecciones trágicas pueden re-conducirse por el contrario al deseo de hacer que las razones para la decisión sean menos directas y quizás incluso menos

obvias, mientras que al mismo tiempo se trata de asegurar que las decisiones estén basadas en valores sociales ampliamente compartidos. Es, en efecto, más bien difícil concebir que un órgano constituido como un tribunal pudiera considerarse apropiado para decidir sobre una elección trágica del tipo de asignar un órgano artificial o el derecho a tener niños, a no ser que –y por hipótesis ésto lo hemos excluido en esta parte del libro– los estándares iniciales para la elección estuvieran responsablemente establecidos por la legislatura” [ibid., pp. 71-72]. Es decir, las decisiones trágicas en las que los autores piensan no son los casos trágicos que a nosotros nos interesan; no son los casos trágicos que llegan a los jueces, aunque sí cabría hablar en algún sentido de casos jurídicos, sobre todo cuando quienes toman esas decisiones son órganos de la administración; los jueces podrían tener que revisar alguna de esas decisiones trágicas, pero las suyas no serían ya decisiones trágicas (ellos habrían traducido lo trágico a otros términos).

En contraste con esta actitud que quizás pudiera considerarse “natural” de los juristas a rehuir los casos trágicos, los filósofos –o algunos filósofos– parecen estar bastante más dispuestos a reconocer la existencia de casos (judiciales) trágicos. O, al menos, esta es la actitud que puede encontrarse en dos obras recientes de Javier Muguerza y de Paul Ricoeur. A los dos, y seguramente por razones no muy distintas, la perspectiva de que existan casos jurídicos trágicos en el sentido que los venimos definiendo les produce más alivio que inquietud.

En el caso de Muguerza, cabría decir que el sentido de la tragedia es necesario para preservar la tensión entre el Derecho y la justicia [Muguerza 1994, p. 552]; la sensibilidad para lo trágico mostraría cuando menos que el juez tiene “problemas de conciencia” [ibid, p. 553], esto es, que tiene la voluntad de moralidad, de prestar oídos a la conciencia: “Desde luego –precisa Muguerza– la buena voluntad no basta por sí sola para garantizarnos el acierto moral, que depende también de nuestros actos y de sus consecuencias y no tan sólo de nuestras intenciones, pero sin ella ni tan siquiera existiría esa perpetua fuente de desasosiego que es la voz de la conciencia, de la que, sin embargo, no podemos prescindir más que al precio de volvernos inhumanos” [ibid, p. 559].

Por lo que se refiere a Ricoeur, los casos trágicos suponen “una llamada a un sentido difícilmente formalizable de equidad o, podría decirse, a un sentido de justeza [justesse] más que de justicia [justice]” [Ricoeur 1995, p. 183]. Lo trágico de la acción –que resulta desconocido para una concepción puramente formal de la obligación moral– aparece cuando el conflicto no surge únicamente entre las normas, sino entre, por un lado, el respeto debido a la norma universal y, por otro, el respeto debido a la persona singular: “Lo trágico de la acción aparece desde luego, desde el momento en que la norma es reconocida como parte en el debate, en el conflicto que opone la norma a la solicitud de hacerse cargo de la miseria humana. La

prudencia [sagesse] de juicio consiste en elaborar compromisos frágiles en los que se trata menos de optar entre el bien y el mal, entre el blanco y el negro, que entre el gris y el gris o, caso altamente trágico, entre lo malo y lo peor” [ibid., p. 220].

3.3. Tipos de casos trágicos ¿existen en el Derecho casos trágicos?

Anteriormente he definido de forma un tanto ambigua lo que debe entenderse por caso trágico, al considerar que el elemento de tragedia se da en la medida en que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. Pero esto significa que cabe hablar de dos tipos de casos trágicos o, dicho de otra manera, el juez puede vivir como trágica: a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta. En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento jurídico. Pero —y dado que las razones morales son las razones últimas en el razonamiento práctico de cualquier sujeto— el juez se encuentra en ambos supuestos en una situación en que le es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico. Por supuesto, en las dos situaciones, el juez podría dimitir como tal juez y quizás fuera esa una decisión que eliminara la tragedia, que tranquilizara su conciencia en cuanto ciudadano; pero esa no sería una decisión que resolviera el caso que a él se le presenta en cuanto juez.

La posibilidad de que se planteen situaciones del primer tipo no ofrece, me parece a mí, demasiadas dudas. Lo que muchos parecen negarse a aceptar es que ese tipo de situaciones surjan no sólo en sistemas dictatoriales (globalmente ilegítimos), sino también en sistemas jurídicos democráticos. Las normas emanadas democráticamente —según esa opinión— serían, por definición (es decir, por definición de justicia: justo es lo aprobado por la mayoría) justas, morales: el juez no puede, pues, contraponer sus opiniones (subjetivas) de lo que es moral a la opinión (objetiva) de la mayoría; no puede —o, mejor, no debe— tener problemas de conciencia: es posible que él viva —subjetivamente— una situación de tragedia moral, pero, desde el punto de vista objetivo, no existe aquí ningún elemento trágico.

En mi opinión, el caso de los insumisos en España planteaba —plantea— precisamente una situación de este tipo, aunque muchos juristas se nieguen a verlo así. En otro lugar [Atienza 1993] he tenido ocasión de discutir con cierta extensión este problema y no voy a volver ahora sobre ello. Tan sólo diré —por lo demás, una pura obviedad— que si se piensa que es injusto establecer una pena de cárcel, o de inhabilitación, para

esas conductas, entonces no veo cómo evitar reconocer que el juez que se enfrenta con ese problema está situado, en realidad, ante un caso trágico: o hace justicia o aplica la ley.⁷

Pero lo que aquí me interesa discutir es la posibilidad de que existan situaciones trágicas del otro tipo, esto es, situaciones que surgen no por algún déficit moral de nuestros sistemas jurídicos (y que, por tanto, podrían evitarse modificando el sistema jurídico –lo que, al fin y al cabo, hace que la situación no sea tan trágica, por evitable), sino a pesar de que el sistema jurídico en cuestión recoge los principios morales que debe recoger. Cabría decir incluso que los casos trágicos aparecen aquí, paradójicamente, como consecuencia de la “moralización” de los sistemas jurídicos; la contradicción sería ahora interna –se plantea entre principios jurídicos, de contenido moral, pertenecientes al sistema– e inevitable, dadas las presentes características de nuestro mundo (no sólo de nuestro mundo jurídico, sino del mundo social en general).

Hay un excelente artículo de Liborio Hierro que, en mi opinión, muestra muy bien por qué en el Derecho, en nuestros Derechos, existen necesariamente este tipo de casos trágicos, aunque el autor, de alguna forma, parece detenerse ante (o procura evitar llegar a) la conclusión a la que su argumentación fatalmente le conduce. El artículo de Hierro lleva como elocuente título el de “Las huellas de la desigualdad en la Constitución” y, en su mayor parte, está dedicado a explicar por qué ni nuestra Constitución ni ninguna otra puede satisfacer (vale decir, no puede satisfacer plenamente) nuestro ideal de igualdad, entendido como “la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida”, lo que “pro-bablemente” –añade– incluya “unas condiciones mínimas y relativamente equiparables de alimento, sanidad, vivienda, educación y ciertos derechos de seguridad y –¡por supuesto!– de libertad negativa y positiva” [Hierro 1995, p. 137].

En su argumentación, Hierro muestra acertadamente cómo nuestra Constitución satisface el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica “para todos los seres humanos”, porque la libertad y la seguridad son –a diferencia de la igualdad– “cualidades o propiedades que se pueden adscribir o reconocer normativamente” [ibid., p. 138]. Ninguna constitución puede, sin embargo, satisfacer el derecho a la igualdad tal y como antes se ha entendido, debido a la existencia de dos limitaciones: una de carácter

⁷ Otra cosa, naturalmente, es que el juez –por razones “pragmáticas– tienda a convertir esa situación en una de conflicto “interno” (en un caso difícil o un caso trágico del otro tipo) entre principios o valores pertenecientes –todos ellos– al ordenamiento.

interno y otra de carácter externo. La interna –a la que luego me referiré con algún detalle– se conecta con la necesaria distinción que cualquier sistema jurídico tiene que establecer entre los nacionales (sus nacionales) y los extranjeros. La limitación externa se refiere a que el ámbito en el que funciona la igualdad real –la igualdad en cuanto a la satisfacción de las necesidades básicas– es el del Estado lo que, para Hierro, tiene “tres graves consecuencias”:

- “a) una consecuencia que podemos llamar “ideológica” o incluso “epistémica”: el sistema de “estados” cierra a nivel de estado-nación el ámbito de definición de los iguales, esto es de los seres humanos candidatos a la igualdad en x (x es lo que cada cual haya metido en el saco).
- b) una consecuencia que podemos llamar “ética”: el sistema de “estados” cierra a ese mismo nivel el ámbito de exigibilidad de nuestros deberes éticos y de su institucionalización ético-política (es decir, de nuestras ofertas de sacrificio y de nuestras demandas de moralidad institucional).
- c) una consecuencia que podemos llamar “jurídica”: el sistema de “estados” delimita jurídicamente el ámbito del “Estado social”, y separa radicalmente lo justo como jurídicamente exigible (la justicia nacional que se realiza mediante los deberes positivos generales) de lo moralmente deseable pero jurídicamente no exigible (la “justicia” internacional, que queda abandonada al ámbito de la beneficencia, la solidaridad espontánea y voluntaria o, simplemente, de los buenos sentimientos” [ibid., p. 147].

La segunda de las consecuencias, por cierto, me parece discutible (quizás pudiera decirse: vale en relación con cierta moral social, pero no respecto a una moral crítica o esclarecida: no veo cómo el universalismo ético puede hacerse compatible con la idea de que la exigibilidad de nuestros deberes éticos pueda estar limitada por los Estados), pero no es cosa de discutirlo aquí, porque esta limitación externa plantea problemas (el de la existencia o no de deberes positivos generales) que, al menos por el momento, no parecen dar lugar a casos jurídicos que hayan de ser resueltos por los jueces; su discusión nos alejaría, pues, del tipo de caso trágico que aquí nos interesa⁸.

Volvamos, pues, al límite interno. La existencia, por un lado, de un artículo como el 14 de nuestra Constitución (el equivalente se encuentra,

⁸ Hierro no parece muy dispuesto a aceptar que estas limitaciones dan lugar a casos (morales) trágicos –esto es, me parece, lo que se esconde detrás del llamado “dilema de Fishkin”–, pero no llega a desarrollar un argumento completo al respecto. “Creo que la posición de James S. Fishkin

como es bien sabido, prácticamente en todas las Constituciones democráticas) que extiende el alcance de la igualdad ante la ley a los españoles y, por otro lado, del principio de la dignidad humana (como principio o valor constitucional de carácter fundamental) nos sitúa “aparentemente” –escribe Hierro– ante una aporía: “o bien el derecho a la igualdad ante la ley no es inherente a la dignidad humana (como se infiere, en principio, de la doctrina del Tribunal Constitucional) y entonces no se comprende su relevancia constitucional como derecho fundamental de los ciudadanos, o bien el derecho a la igualdad ante la ley es inherente a la dignidad humana y entonces resulta palmariamente conculcado por nuestra Constitución (y todas las similares, que son la mayoría de las constituciones democráticas) respecto a los extranjeros” [ibid., p. 140]. Hierro señala –y así es– que ésta última es la tesis por mí sostenida [Atienza 1993], pero encuentra en ella un doble fallo. “en primer lugar –escribe–, prescinde de que la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria, para un ordenamiento jurídico no universal. Puesto que la nacionalidad no es una condición natural (como el sexo o el color de la piel) ni voluntariamente ejercida (como la opinión o la religión) sino un status normativamente atribuido, un ordenamiento tiene que discriminar necesariamente (al menos en la titularidad del status y en algún –al menos en uno– elemento que lo difereencie) a los nacionales de los extranjeros pues lo contrario es simplemente reconocer que todos son nacionales (no que los extranjeros son iguales en derechos que los nacionales) (...) En segundo lugar, creo que es errónea la aplicación del argumento de Nino [se refiere a entender el principio de la dignidad humana en el sentido de

–que también participó en el debate citado [se refiere al debate sobre los deberes positivos generales publicado en el nº 3 de Doxa con contribuciones de Ernesto Garzón Valdés, Francisco Laporta y Juan Carlos Bayón]– parte lúcidamente de constatar estas limitaciones: “cuando la teoría liberal de la justicia estaba herméticamente aislada de las relaciones internacionales y limitaba su aplicación a los miembros de un Estado-nación determinado, los conflictos que hoy estoy subrayando se encontraban oscurecidos... el rebasar las fronteras nacionales no para de proporcionarnos casos en los que el SIC [“consecuencialismo sistemático imparcial” que, para Fishkin, es el paradigma de la filosofía política liberal] no puede aplicarse sistemáticamente; puede aplicarse sólo asistemática o “intuicionistamente”. Nos sitúa ante la necesidad de contrapesar consideraciones moralmente incommensurables. El resultado es una especie de no-teoría”. “El punto de partida de Fishkin –continúa Hierro– es impresionantemente lúcido; describe la situación dominante de nuestra filosofía política. Su conclusión –la idea de que nos encontramos ante un auténtico dilema– es más discutible. La aportación central de Garzón Valdés en aquel debate consistía precisamente en superar el dilema, como Singer, Beitz y otros lo han propuesto. En todo caso, no parece demostrado que las variantes aparentemente incommensurables de problemas como el del hambre en el mundo o la superpoblación sean, por ello, teóricamente incommensurables y nos aboquen al cinismo ético o, como Fishkin propone rechazando el cinismo, a convivir inexorablemente con una ética asistemática” [Hierro 1995, p. 147].

tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control: cfr. Nino 1989]: el extranjero no es discriminado, en principio, por una condición o circunstancia que nada tenga que ver con su “acción voluntaria” ya que –salvo los apátridas (que carecen de nacionalidad), los nacidos en el territorio a quienes se niegue la nacionalidad y los castigados penalmente con la pérdida de nacionalidad– el extranjero es, en términos generales, aquel no-nacional que se sitúa (voluntariamente) bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento (sea por razón de entrada en el territorio, sea por razón de establecimiento de relaciones personales –obligaciones, contratos– o patrimoniales –propiedades– situadas bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento)” [Hierro 1995, pp. 141-2].

Ahora bien, empezando por esta última crítica, no me parece que Hierro lleve aquí la razón. Es cierto que, por ejemplo, el norteafricano que cruza el Estrecho de Gibraltar en una patera lo hace voluntariamente, esto es, no en forma coaccionada, pero cuando las autoridades le expulsan del territorio español le están tratando en esa forma (esto es, están haciendo con él algo que él no desea que se haga) por razón de circunstancias (no haber nacido en España o no ser hijo de españoles, etc., lo que determina su nacionalidad) que escapan de su control. Me parece que si no consideráramos que eso va en contra del principio de dignidad humana, interpretado a la manera de Nino (y, por cierto, el propio Nino opinaba también así, como tuve ocasión de comentar con él), el principio en cuestión resultaría prácticamente vacío, pues no habría ninguna circunstancia que no dependiera mínimamente de nuestra voluntad: nuestra raza, sexo, religión, etc., tiene “algo que ver” con nuestras acciones voluntarias, pues si no fuera por nuestra voluntad de seguir viviendo, careceríamos en absoluto de esas propiedades.

Y, por lo que se refiere a la primera de las críticas, estoy, desde luego, de acuerdo con Hierro en que la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria dada la existencia de ordenamiento jurídicos nacionales⁹. Lo que pasa es que no creo que eso vaya en contra de mi tesis: lo que, por el contrario, muestra es que un ordenamiento jurídico

⁹ Hierro me critica por haber utilizado como “ilustrativo argumento de autoridad en favor de su tesis, una referencia a la postura de Kelsen que, desde 1929, sostuvo que la distinción entre nacional y extranjero no era necesaria para el concepto de estado, lo que le llevó a ‘elogiar la primera Constitución soviética’ por cuanto equiparaba en derechos a los nacionales y a los extranjeros residentes por razón de trabajo” “Obviamente –añade– cualquier referencia a la Constitución soviética (...) no tiene valor alguno teórico ni práctico si hablamos, con seriedad, de derechos humanos” [Hierro 1995, p. 141]. Tiene razón en esto último, pero lo que yo hacía en mi trabajo era contraponer las concepciones que, sobre los extranjeros, tuvieron dos teóricos del Derecho

que, por un lado, reconozca el principio de la dignidad humana y, por otro lado, establezca –al menos en cierta medida– como criterio de reparto de los bienes básicos la condición de ser nacional o extranjero,¹⁰ lleva fatalmente, a quien tenga que aplicar sus normas, a encontrarse frente a casos trágicos: no se puede –o, al menos, así lo creo yo– expulsar a un extranjero del territorio nacional –por el solo hecho de que es extranjero– sin atentar contra su dignidad, esto es, sin tratarle injustamente; pero, al mismo tiempo, un juez que, ante un caso de ese tipo, evitara tomar esa decisión, no podría justificarla en Derecho: si desea seguir siendo juez –esto es, comportarse como tendría que hacerlo un juez– tiene que actuar injustamente.

Esta consecuencia, como antes apuntaba (y, en realidad, creo que mi discrepancia con él se limita a ello)¹¹ es la que Hierro no parece estar dispuesto a admitir: “Nuestra aporía –escribe al respecto– es (...) sólo aparente. Es necesario recurrir una vez más a la clásica distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, no tanto como dos categorías ontológicamente distintas, sino simplemente como dos grupos de derechos cuya condición de aplicación es distinta. Los llamados derechos del hombre son universales no sólo en su titularidad (todos los hombres) sino en su condición de aplicación (en cualquier lugar y tiempo, que es lo que los juristas, en relación con las normas, denominan “abstracción”), los derechos del ciudadano (o mejor dicho, los derechos del hombre en cuanto

tan emblemáticos como Hans Kelsen y Carl Schmitt; concretamente, mencionaba –o usaba– a Kelsen como ejemplo de autor que no aceptaba la idea de que la discriminación entre nacional y extranjero tuviese un carácter necesario (o que una cierta diferencia de trato entre nacionales y extranjeros formara parte, necesariamente, de nuestras “intuiciones morales”) [cfr: Atienza 1993, pp. 236-7].

¹⁰ Me parece que tiene razón Hierro, en este caso argumentando contra Javier de Lucas [cfr: Lucas 1994], cuando considera “autocontradictorio” sostener, por un lado, que un régimen de “equiparación restringida” como el que parece presidir el estatuto del extranjero en el ordenamiento español no va en contra de la dignidad humana y, por otro lado, sostener que no está legitimado para expulsar a los extranjeros que han entrado ilícitamente al territorio ni para negarles, a pesar de esa circunstancia, el derecho al trabajo, ni el derecho de residencia, ni de formación profesional, etc. Para Hierro, algo que “va implícito en la propia existencia del Estado (...) y que goza de su misma justificación moral (en la medida en que la tenga) [es]: la posibilidad de discriminar al nacional del no nacional en el acceso a formar parte de la comunidad político jurídica territorial” [Hierro 1995, p. 144].

¹¹ Esa “creencia” me la ha ratificado el propio Hierro en unas “Notas provisionales” a mi trabajo que tuvo la amabilidad de escribir antes de ser discutido en el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (en noviembre de 1996). Dejando a un lado algunas precisiones a su trabajo y observaciones críticas (al mío), Hierro insiste en que “esta experiencia trágica del Derecho es una experiencia moral, no jurídica (...) Los casos trágicos (...) no pertenecen al nivel del razonamiento jurídico (que la solución correcta choca con la moral del juez), sino que constituyen un problema moral, como antes he señalado, por lo que no son una clase disyuntiva a la de los casos fáciles, difíciles o intermedios.

ciudadano) son universales en cuanto a su titularidad (todos los hombres) pero son concretos en su condición de aplicación: en cuanto miembros de una comunidad político jurídica. La igualdad ante la ley –como la libertad positiva, en concreto, los derechos de participación política– es un derecho de “todo ser humano” en cuanto miembro de una comunidad político jurídica determinada. Lo que, según creo, explica suficientemente que, a fin de cuentas, tenía razón el Tribunal Constitucional.” [Hierro 1995, pp. 144-5]¹². Ahora bien, yo no creo que lo anterior resuelva la aporía en cuestión, por la sencilla razón de que la condición de ciudadano es –en ciertos casos– requisito necesario para poder gozar de los derechos del hombre de manera que, en fin de cuentas, la distinción a la que recurre Hierro no resuelve la aporía, sino que, más bien, la oculta o la niega: quiero decir que no hay forma de hacer compatible la igualdad ante la ley del art. 14 –tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional– y el principio de la dignidad humana.

4. ¿Qué hacer frente a los casos trágicos?

El último de los problemas de los que quería ocuparme aquí es el de cómo actuar frente a los casos trágicos ¿Qué debería hacer un juez ante esa situación? ¿Podría de alguna forma justificar la decisión que necesariamente ha de tomar? Me es imposible –y no sólo por razones de tiempo– contestar ni siquiera en forma medianamente satisfactoria a estas cuestiones, pero querría sugerir algunas ideas al respecto que quizás pudieran servir también como incitación para una posible discusión.

1) La primera es que aunque la existencia de casos trágicos suponga que hay situaciones en que el sistema jurídico no permite llegar a alguna respuesta correcta, ello no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional. El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra

¹² El Tribunal Constitucional (en sentencia de 23 de noviembre de 1984) “resolvió” el problema distinguiendo tres tipos de derechos: En primer lugar estarían los “derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”; aquí se incluirían “aquéllos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano (...) que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”; a título de ejemplo, ponía “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.”. En segundo lugar, los “derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución)”. Y, finalmente, otros derechos “que pertenecerán o no a los extranjeros según los dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”; un ejemplo de ello sería el derecho al trabajo. He criticado esa doctrina del Tribunal Constitucional en Atienza 1993, pp. 230 y ss.

manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podamos decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debemos –lo que un juez debe– hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el mal menor. Esto, por cierto es lo que, en mi opinión, habría hecho el juez del Juzgado No. 4 de Madrid en una discutidísima sentencia de marzo de 1992 en la que absolvía a un joven objetor del delito de insumisión, por más que los hechos del caso y las normas aplicables al caso no ofrecieran, en principio, dudas: “El juez no podía, en el caso en cuestión, dictar una resolución que satisficiera todas las exigencias que el Derecho –ampliamente entendido– le planteaba y optó, de manera muy razonable, por el mal menor: evitó cometer una injusticia grave –castigar con una pena considerable una acción no sólo no reprobable moralmente, sino supererogatoria– y lo hizo afectando en la menor medida posible al ordenamiento jurídico” [Atienza 1993, p. 178].¹³ Esta es también la solución a la que llega Gowens en su excelente presentación a la selección de escritos sobre dilemas morales: “En cualquier caso, si existen dilemas irresolubles, entonces no siempre es el caso de que hay una acción que es moralmente la mejor (en mi terminología, que debe ser hecha). Esto pone una obvia limitación en cuanto a la extensión con la que puede decirse que el juicio moral es objetivo. Sin embargo, del hecho de que en una determinada situación no sea el caso de que una acción es la mejor, no se sigue que en tal situación una acción sea tan buena o tan mala como cualquier otra. Puede ser todavía que algunas acciones sean mejores que otras. En general, donde quiera que haya una pluralidad de consideraciones que sean relevantes para una cuestión pero indeterminadas en cuanto a su importancia relativa (...) podemos estar ante situaciones en las que, aunque no hay una respuesta correcta, algunas respuestas son claramente mejores que otras. Se ha argumentado incluso, aunque en forma controvertida [Gowens se refiere a autores como Kuhn y Putnam], que las cuestiones científicas son a veces de esta naturaleza” [Gowens 1987, pp. 29-30].

2) Una consecuencia de lo anterior es la necesidad que el juez que se enfrenta a un caso de este tipo –y probablemente también a otros casos difíciles pero no trágicos– tiene de recurrir a criterios de lo razonable, es decir, a criterios situados entre lo que podría llamarse racionalidad estricta (integrada tanto por el respeto a la lógica formal como a los principios de universalidad, coherencia, etc.) y la pura y simple arbitrariedad. Una decisión razonable, por lo demás, no es –claro está– una decisión que implique vulnerar alguno de los anteriores criterios –esa sería una decisión sencillamente irracional, aunque pudiera ser justa desde el punto de

¹³ Como antes se ha señalado, eso significa, en cierto modo, transformar esa situación trágica de tipo a) en una de tipo b).

vista de su contenido— sino la que logra volverlos operativos a través del recurso a una determinada filosofía política y moral;¹⁴ si el Derecho por sí mismo —el Derecho preexistente al caso— no provee ninguna solución correcta (y los anteriores criterios que podríamos considerar de alguna forma extra-jurídicos tienen un carácter formal), no queda otra alternativa que acudir a esos otros ámbitos de la razón práctica.

3) Hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos (especialmente, y aunque esto resulte paradójico, de los Estados de Derecho con mayor carga social y democrática) que permite explicar por qué se producen casos trágicos. Por un lado, la ampliación de los derechos y, en particular, la irrupción de derechos de contenido social y económico se traduce normativamente en la proliferación de directrices y reglas en fin que tienen una mayor fuerza expansiva —y, por tanto, una mayor propensión a generar contradicciones— que las “tradicionales” normas “condicionales” o normas de acción [cfr. Atienza y Ruiz Manero 1966]. Por otro lado, los órganos judiciales siguen estando configurados (a pesar del anterior cambio) como instancias que deben resolver conflictos no buscando simplemente un compromiso entre los intereses en juego, sino un equilibrio entre valores que no son negociables [cfr. Atienza 1989]; además, la tendencia creciente a fundamentar las decisiones en una forma cada vez más exigente dificulta que las posibles contradicciones puedan mantenerse ocultas. Finalmente, las constituciones contemporáneas, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que pretenden ser constituciones “para todos”, incorporan necesariamente valores —valores últimos— de signo contrapuesto; por ejemplo, en el caso de la Constitución española, tanto valores de tipo liberal como valores igualitarios de signo socialista en sentido amplio.

4) Una consecuencia de lo anterior es que la presencia (o el aumento) de casos trágicos no es necesariamente indicio de una mayor injusticia del sistema jurídico en que se plantean; por ejemplo, en un sistema puramente liberal, sin ningún tipo de protección social, probablemente no se producirían las discriminaciones por razón de nacionalidad que antes discutía a propósito del artículo de Hierro: no habría mayor problema en extender a todos los “beneficios” de la nacionalidad. Por lo demás, la sensibilidad de los jueces para detectar y convivir con lo trágico en el Derecho no debe pensarse que sea un elemento particularmente perturbador

¹⁴ La contraposición entre lo racional y lo razonable debe verse, creo yo, como una contraposición entre niveles de abstracción distintos: lo racional opera en un nivel más abstracto y lo razonable en uno más vinculado con la resolución de problemas concretos; por eso —porque operan en niveles distintos— podría decirse que no existe propiamente contradicción, sino simplemente oposición (como la que se da entre la universalidad y la equidad: *cfr.* MacCormick 1978, pp. 97 y ss.).

o disfuncional. Un argumento que se esgrime con alguna frecuencia en la teoría moral para defender la existencia de genuinos dilemas morales [Williams 1973] es que, de otra forma, no podría explicarse la existencia, en supuestos de conflicto moral, de sentimientos de pesar (por lo que se deja de hacer, y aunque se piense que se ha hecho lo que, dadas las circunstancias, debía hacerse). En tales casos –se afirma– ese sentimiento de pesar cumple una función importante, porque nos motiva en el futuro a evitar que surjan situaciones dilemáticas [Marcus 1980 y Gowens 1987, pp. 15-16]. Aplicado al caso de los jueces (y de los operadores jurídicos en general), la conciencia de lo trágico –y el sentimiento de malestar que lo acompaña– puede muy bien servir de revulsivo para incitar al juez a cumplir con sus deberes como ciudadano, esto es, con su deber de contribuir a modificar el mundo social de manera que disminuya lo trágico en el Derecho (en ese sentido, cabe decir que no se puede ser buen juez si no se es también un buen ciudadano). Entre tanto, quizás no esté de más recordar que si hay algo de cierto en el famoso aserto del juez Holmes de que “la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia” [1963, p. 5], quizás no lo haya menos en la frase de Unamuno de que “la vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción” [1994, p. 58]. Y si esto es así, es muy probable que no tengamos ninguna razón para prescindir de la experiencia de lo trágico en el Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Aragón 1986: Manuel Aragón, "La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 17, 1986.
- Atienza 1991: Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Atienza 1993: Manuel Atienza, *Tras las justicias. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993.
- Atienza y Ruiz Manero 1996: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Barak 1987: Aharon Barak, *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1987.
- Bayón 1985: Juan Carlos Bayón, "El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)", en *Revista de las Cortes Generales*, n° 4, 1985.
- Calabresi y Bobbit 1978: Guido Calabresi y Philip Bobbit, *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, Norton, Nueva York, 1978.
- Dworkin 1986a: Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.
- Gowans 1987: Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1987.
- Hierro 1995: Liborio Hierro, *Las huellas de la desigualdad en la Constitución*, en M. Reyes Mate (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Argenteria/Visor, Madrid, 1995.
- Holmes 1963: Oliver W. Holmes, *The Common Law* (ed. de M. DeWolfe), Little Brown and Co, Boston-Toronto-Londres, 1963; el texto de Holmes fue escrito en 1888.
- Kennedy 1986: Duncan Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication", en *Journal of Legal Education*, 36, 1986.
- Lucas 1994: Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.
- MacCormick 1978: Neil MacCormick, *Legal reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- Marcus 1980: Ruth Barcan Marcus, "Moral Dilemmas and Consistency", en *The Journal of Philosophy*, n° 77, 1980; este trabajo está reproducido en Gowans 1987.
- Marmor 1991: Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- Moreso 1996: José Juan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución* (inédito).
- Muguerza 1994: Javier Muguerza, *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal*, en *Doxa*, n° 15-16, t.2, 1994.
- Navarro 1993: Pablo E. Navarro, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho", en *Doxa*, n° 14, 1993.
- Nino 1989: Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.

- Posner 1988: Richard A Posner, "The Jurisprudence of Skepticism", en *Michigan Law Revue*, n° 86, 1988.
- Ricoeur 1995: Paul Ricoeur, *Le juste*, Editions Esprit, Paris, 1995.
- Tugendhat 1980: Ernst Tugendhat, "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", en *A.R.S.P.*, nueva serie, cuaderno 14, 1980.
- Unamuno 1994: Miguel de Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida (En los hombres y en los pueblos)* –escrito en 1911-12–, introducción de P. Cerezo-Galán, Colección Austral, 6ª ed. Madrid, 1994.
- Williams 1973: Bernard Williams, *Ethical Consistency*, en *Problems of the Self: Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge University Press, 1973; este trabajo está reproducido en Gowans 1987.

UNIDAD II: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- HÄBERLE, Peter: "La sociedad abierta y los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución" en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, Núm. 11, 2008, pp. 29-61.

La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*

PETER HÄBERLE**

I. TESIS BÁSICA, ESTADO DEL PROBLEMA

1. EL PLANTEAMIENTO HASTA AHORA DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La teoría de la interpretación se plantea hasta ahora fundamentalmente dos cuestiones:

- La cuestión de las funciones y objetivos de la interpretación constitucional;¹

* Publicado originalmente como: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en revista JZ, 1975, pp. 297-305, y posteriormente integrado como capítulo quinto, con un apéndice, en el volumen DUNCKER & HUMBLLOT, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978, pp. 155-181; existe una 3ª edición de esta obra (1998). La versión castellana fue publicada dentro del volumen recopilatorio *Retos actuales del Estado constitucional*, por el Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46. La traducción original así como la revisión para la presente publicación han sido realizadas por el Dr. Xabier Arzo Santisteban (Universidad del País Vasco).

** Prof. Dr., Dr. h. c. mult., Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigativas, al unísono que actúa como profesor visitante permanente en la Universidad suiza de Saint Gallen (desde 1980).

¹ Se mencionan como funciones: justicia, equidad, equilibrio de intereses, efecto satisfactorio y pacificador, razonabilidad (cfr., p. ej., BVerfGE 34, 269 [287 ss.] [= JZ, 1973, 662, 665 con comentario de Kübler]), practicabilidad, adecuación objetiva, seguridad jurídica, calculabilidad, transparencia, capacidad de consenso, claridad de método, carácter abierto, establecimiento de unidad, “armonización” (Scheuner, VVDStRL 20

- la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas interpretativas).²

Se ha descuidado el problema de la relación sistemática con la tercera (nueva) cuestión de los “participantes” de la interpretación constitucional, una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, a menudo difuso de participantes; éste es motivo suficiente para que la teoría tematice explícita y centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. La teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución,³ y todavía reducía su perspectiva contemplando principalmente la interpretación de la “jurisprudencia” constitucional y el procedimiento formalizado.

Si una teoría de la interpretación constitucional quiere tomarse en serio el tema “Constitución y realidad constitucional” –piénsese en la demanda de incorporación de las ciencias sociales,⁴ en las teorías jurídico-funcionales ya conocidas,⁵ así como en los nuevos métodos de la interpretación referida a la opinión pública y el bien común-⁶ entonces tiene que preguntarse más decididamente que hasta ahora, quién conforma la “realidad constitucional”.

[196], p. 125), valor normativo de la Constitución, corrección funcional, libertad básica efectiva, igualdad social (“buen”) orden público justo/conforme con el bien común.

² Al respecto fundamental Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 7ª ed., 1974, pp. 20 ss. [La última y definitiva edición es la 20ª, 1999. N. del T.]

³ Cfr. en cambio la figura de “todos los que piensan razonable y justamente” que apunta a “toda la comunidad” de Ehmke (VVDStRL 20 [1963], p. 53 (71 s., 133)). Se debería completar: “y de los que actúan razonable y justamente”.

⁴ Al respecto la obra colectiva *Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften* (ed. Grimm), vol. 1, 1973. Cfr. sin embargo también Schelsky, *JZ*, 1974, pp. 410 y ss.

⁵ Al respecto EHMKE, VVDStRL 20, 1963, p. 53 (73 y ss.); Hesse, op. cit., pp. 29, 32 y ss. Sobre las repercusiones procesales (“procedere”) y sustantivas del reparto funcional de trabajo entre el Tribunal Constitucional Federal y “otros órganos constitucionales”: BVerfGE 36, 1 (14 s.); 35, 257 (261 s.); 4, 157 (168 s. [= *JZ*, 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 s.).

⁶ Al respecto con pruebas HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, *ZfP* 21, 1974, p. 111, 121 ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.]

2. NUEVO PLANTEAMIENTO Y TESIS

En este sentido se plantea ahora la cuestión de los *participantes*, es decir la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional bajo el lema: ¿de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales a la interpretación constitucional a través y para la sociedad abierta!

La *tesis* es: en los procesos de la interpretación *constitucional* se insertan potencialmente *todos* los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso *consciente*, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una “sociedad cerrada”: de los intérpretes jurídicos “agremiados” de la Constitución y de los participantes *formales* en el proceso constitucional. En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas –en la medida en que son participantes *materiales*–, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista.

3. EXPLICACIÓN DE LA TESIS, CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

El concepto de interpretación que aquí se toma por base necesita de una explicación, que se puede resumir en la fórmula: quien “vive” la norma (co-)interpreta también. Cada actualización de la Constitución (por cada uno) es al menos un fragmento de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se designa como “interpretación” solamente una actividad dirigida consciente e intencionalmente a la comprensión y entendimiento de una norma (de un texto).⁷ La utilización de un concepto de interpretación así delimitado es también sensata: la cues-

⁷ HESSE, *Grundzüge*, p. 21, se basa en este concepto restringido de interpretación. Él designa lo que aquí se entiende como interpretación en sentido amplio, como “realización” (actualización) de la Constitución; similarmente Hans Huber, que habla de “concretización en lugar de interpretación”, *GS für Imboden*, 1972, p. 191 (195). Sobre un concepto *más amplio* de interpretación cfr. también Ehmke, *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (68 s.); Scheuner, *ibid.*, p. 125.

tión del método por ejemplo sólo se puede plantear allí donde se interpreta conscientemente. Para una investigación realista de la realización de la interpretación puede ser necesario, sin embargo, un concepto más amplio de interpretación: ciudadanos y grupos, órganos estatales y publicidad* son “fuerzas de producción interpretativa”: intérpretes constitucionales en sentido *amplio*. Actúan por lo menos como “preintérpretes”; la responsabilidad corresponde a la justicia constitucional que interpreta “en última instancia” (salvo el valor normativo de los votos minoritarios). Si se quiere, se trata de una democratización de la interpretación constitucional,⁸ como en realidad la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación alguna de la Constitución sin los ciudadanos activos y las potencias públicas mencionadas.

Todo el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por la norma es, indirectamente, y dado el caso también directamente, intérprete de la norma. El destinatario de las normas participa más intensamente en el proceso interpretativo de lo que se admite generalmente.⁹ Dado

* El término alemán *Öffentlichkeit*, central en este trabajo jurídico y en otras obras relevantes de las ciencias sociales (vid., p. ej., HABERMAS, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1ª ed., 1962) ha sido vertido en esta traducción como «publicidad», a pesar de que a menudo se ha venido traduciendo por «vida pública», «esfera pública», «público» y hasta a veces por «opinión pública». Por una parte, la denotación principal de la palabra castellana era hace cien años «vida social pública», sentido que conserva en alemán *Öffentlichkeit*, término formado por germanización del latinismo *Publicität*, trasladado a su vez de *publicité*. Por otra parte, utilizar la palabra castellana «publicidad» como un tecnicismo culto permite mantener importantes matices de la noción háberliana de *Öffentlichkeit*, como «publicidad pluralista» (*pluralistische Öffentlichkeit*). Repárese que el presente artículo se incorporó en un tratado más amplio titulado precisamente *Constitución como proceso público*, y que pone de manifiesto su concepción dinámica de la Constitución. Para el problema de la traducción del término alemán *Öffentlichkeit* puede consultarse la traducción castellana de la cita obra de Habermas (*Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, 6ª ed.), donde el traductor Antonio Doménech justifica expresamente en una Advertencia (p. 40) la utilización sistemática de la palabra «publicidad» con la única excepción del título. N. del T.

⁸ Al respecto HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21, 1974, pp. 111, 118 y ss.

⁹ WINTER y SCHUMANN, “Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren”, en *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsstheorie*, vol. 3,

que no solamente los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos intérpretes, ni siquiera los primarios.

No se trata aquí solamente de la “práctica estatal”¹⁰ (por ejemplo de la interpretación de los arts. 54 y ss. LF por el Presidente federal o del art. 65 LF por el Canciller federal). En algunos derechos fundamentales la interpretación (¿ya conscientemente?) se orienta de acuerdo con la forma en que los propios “destinatarios de las normas” llenan el ámbito vital protegido por el derecho fundamental. Así el “Tribunal Constitucional Federal” (en adelante, TCF) determina el ámbito protegido por el art. 4^o, apts. 1 y 2 LF con ayuda del autoentendimiento o concepción que de sí mismas tienen las Iglesias, las comunidades religiosas e ideológicas.¹¹ Parecida importancia podría alcanzar el autoentendimiento del artista en la interpretación de la garantía “abierta” de la libertad artística (art. 5.3 LF),¹² también en la libertad científica que debe verse pluralista y procedimentalmente orientada, con su concepto “abierto” de ciencia¹³ se plantea la cuestión de en qué medida ella misma tiene que

1972, p. 529, reclaman para el ámbito del Derecho penal la participación intensiva de aquellos a los que se reprocha una infracción legal en el examen crítico y desarrollo del Derecho a través de la justicia.

- ¹⁰ De qué forma ésta influye en la interpretación, lo mostró ya G. Jellinek con la fuerza normativa de lo fáctico, *Allgemeine Staatslehre*, 3^a ed., 7^a reimpression 1960, pp. 18 s., 332 ss.
- ¹¹ BVerfGE 24, 236 ss. (247 s.), con referencia característica a la “sociedad pluralista”; al respecto mi comentario en DÖV 1969, p. 385 (388); *Schlaich*, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, pp. 202 ss. y mi comentario en ZevKR 18 (1973), pp. 420 ss. Sobre la negación del autoentendimiento de las comunidades religiosas, tras el inicio de la lucha de las Iglesias, en la jurisprudencia del Tribunal de Finanzas del Reich *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, pp. 290 s.
- ¹² Sobre el concepto constitucional de arte: KNIES, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, esp. pp. 128 ss., 164 s., 172 y ss., 217 y ss.; M. Heckel, *Staat, Kirche, Kunst*, 1968, p. 97: carácter abierto del concepto de arte de la Constitución.
- ¹³ Sobre la libertad de investigación ahora SCHMITT GLAESER, *WissR* 7, 1974, pp. 107 y ss., 177 y ss.; BVerfGE 35, 79 (113): en el art. 5.3 no se protege una determinada concepción de ciencia o una determinada teoría científica; ningún conocimiento científico se encuentra en principio aislado; compárese también el voto minoritario y su referencia al “pluralismo científico liberal”, a la ciencia como “proceso dialógico, por principio no introvertido de la búsqueda de conocimiento” (p. 157) así como a la libertad de configuración legislativa para la “reforma de las reformas” (p. 165). Para

ser necesariamente cointerpretada por las disciplinas científicas singulares (y sus metateorías), como en general los derechos fundamentales han de ser interpretados de forma abierta en un sentido específico. En un sentido amplio se pueden mencionar aquí también la interpretación de los arts. 21¹⁴ y 38 LF orientada a la realidad de la moderna democracia de partidos, la enseñanza de los formadores profesionales,¹⁵ el establecimiento de un concepto amplio de (libertad de) prensa y de su “función pública”¹⁶ o la interpretación de la libertad de coalición (art. 9.3 LF),¹⁷ en la medida en que debe respetar el autoentendimiento de las coaliciones.

Esta relevancia de los “autoentendimientos” y del respectivo actuar de individuos y grupos, pero también de los órganos del Estado es una

un concepto “abierto” de ciencia y libertad: *Solte*, *Theologie an der Universität*, 1971, pp. 30, 33 ss., cuyo concepto de una interpretación “neutral” de los derechos fundamentales es desde luego discutible.

¹⁴ Al respecto *Hesse*, op. cit., pp. 69 ss.; HÄBERLE, P., *JuS* 1967, pp. 64 y ss. P. ej., ahora se deduce una protección de rango constitucional de los grupos parlamentarios de la regulación del *Bundestag* (BVerfGE 20, 56 [104] [= JZ, 1966, 517, 518] y (!) del art. 21 LF; su “constitucionalización” en el art. 53 a, 1, segunda frase LF (cfr. ya BVerfGE 27, 44 [51 s.] [= JZ, 1969, 631, 632], al respecto *mi* artículo JZ, 1969, p. 613 s. con nota núm. 10) fue posterior al Reglamento del *Bundestag*.

¹⁵ Le corresponde en cualquier caso solamente una importancia limitada: BVerfGE 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); *Maunz/Dürig/Herzog*, *Grundgesetz*, Art. 12, marginales 24 ss.

¹⁶ Al respecto BVerfGE 34, 269 (283); 12, 113 (125 s. [= JZ, 1961, 535, 536 con comentario *Ridder*]) y *mi* *Öff. Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 582 ss. [Existe una segunda edición de esta obra häberliana publicada en 2006, completada con un apéndice. N. del T.]

¹⁷ Inicios en BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (32 s.) [= JZ, 1965, 103, 106, al respecto *Herschel*, p. 81]; 34, 307 (316 s.) así como en *Lerche*, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfrechts*, 1968, p. 53; SCHOLZ, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, pp. 43 y ss., 93. Cfr. también el argumento de falta de “acogida aprobatoria” por los grupos implicados en BVerfGE 34, 293 (304 s. [= JZ, 1973, 311, 313 con anot. de *Schumann*]) y de la “convicción general de la abogacía”: BVerfGE 36, 212 (221). Exhaustivos análisis de la jurisprudencia mostrarían dónde las opiniones (jurídicas) de los grupos implicados son, entre otras, utilizadas por los tribunales (compárese también § 346 HGB). Especialmente la formación del Derecho consuetudinario podría revelarse como un “filón”. Se plantea la cuestión general de cuándo y qué autoentendimientos practicados por los grupos (marginales) pluralistas pueden, incluso tienen que, ser incorporados en la interpretación constitucional; es también un problema del principio de igualdad.

forma sobresaliente y fructífera de la unión de interpretación en sentido amplio y estricto. El autoentendimiento se convierte en un “elemento material del derecho fundamental”.¹⁸ También pertenece a él el papel realmente cointerpretativo del experto en el procedimiento legislativo y judicial. Esta *interacción* de intérpretes en sentido amplio y estricto no solamente tiene lugar allí donde está ya institucionalizada como del lado de los trabajadores y de los empresarios por los jueces en los tribunales de trabajo.¹⁹ “Expertos” e “intérpretes” de la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal. Éste se muestra como pluralista no sólo en el momento del nacimiento, sino también en su desarrollo ulterior: ¡la teoría de la interpretación (constitucional), de la ciencia y de la democracia²⁰ conducen aquí a una comunicación específica entre Estado y Sociedad!

II. LOS PARTICIPANTES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. OBSERVACIÓN METÓDICA PRELIMINAR

La investigación sobre quién participa en este sentido realmente en la interpretación de la Constitución es expresión sociológica (constitucional) y consecuencia del concepto “republicano”, interpretación abierta, que ha de verse como finalidad de toda interpretación constitucional. Si se habla de que “el tiempo”, “la sociedad pluralista”, “la realidad” plantean problemas constitucionales y despliegan material para la interpretación constitucional, sus necesidades y posibilidades,²¹ entonces estos conceptos pueden ser entendidos solamente como cifras provisionalmente abstractas. Una teoría constitucional que se concibe (también) como ciencia de la experiencia, tiene que estar preparada y por principio estar en la situación de indicar de “qué concretas personas” (grupos) y factores se compone la opinión pública, qué tipo de realidad es, de qué forma actúa *en* el tiempo, qué posibilidades y necesidades existen. La cuestión de los participantes en la interpretación constitucional debe plantearse

¹⁸ Expresión de MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 1971, pp. 30-37 y ss.

¹⁹ Al respecto *Schlaich*, op. cit., pp. 66 ss.

²⁰ Sobre la teoría de la ciencia de POPPER como “filosofía de la democracia” *infra* nota 68.

²¹ Al respecto mi trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 y ss.

en primer lugar en un sentido puramente sociológico, científico-experimental.²² Es decir, se pregunta realistamente qué interpretación existente previamente ha surgido de qué forma, a través de qué elementos de la opinión pública, a través de qué aportaciones de la ciencia han sido de hecho influidos los jueces constitucionales (o las instancias que en su caso decidan de forma vinculante) en su interpretación.²³ Esta cuestión ya es un enriquecimiento y complemento de la teoría constitucional que se pregunta por las finalidades y métodos (y con ello por la “buena” interpretación); posee una función auxiliar, informativa, una especie de “función de enlace”.

Las cuestiones de los objetivos y métodos y de los participantes en la interpretación constitucional se pondrán posteriormente en una relación sistemática, de la que resulten consecuencias y nuevos planteamientos para la interpretación “jurídica” de la Constitución y para la teoría constitucional.

2. TABLA SISTEMÁTICA

El intento de un planteamiento sistematizador de los “participantes” en la interpretación constitucional arroja la siguiente tabla provisional:

- (1) Las funciones estatales:
 - a) funciones de decisión vinculante en última instancia: el “Tribunal Constitucional Federal” (claro está que “relativizado” mediante el propio voto minoritario y por ello “abierto”);
 - b) funciones a las que remite la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF) para una decisión vinculante pero revisable: la “juris-

²² Precisamente bajo el aspecto de la cuestión aquí planteada de los participantes parece interesante la aproximación desde la sociología de la decisión de *Lautmann*, el cual investiga las expectativas de comportamiento en dirección al juez de los participantes en el procedimiento y del entorno más amplio (*Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, 1970, pp. 383 ss.). Cfr. sin embargo también la crítica de *Schelsky*, *JZ*, 1974, p. 410 (412) al “predominio en la teoría jurídica de la ‘teoría de la decisión’ del juez” con referencia al “procedimiento dialécticamente dispuesto de racionalización” de la colaboración procesal de acusadores, defensores y jueces.

²³ Al respecto con algún material *mi Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, especialmente sobre la fuerza normativa de la práctica estatal, de la publicidad y de los intereses públicos, pp. 475 y ss., 678 y ss. y 418 s., 558 y ss., 572, 584 s., 589 y ss. y 215 y ss., 260 y ss.

prudencia”, el “legislativo” (según el ámbito en diferente medida), el “ejecutivo”, especialmente en la (pre-)formulación de los intereses públicos.²⁴

(2) Los “participantes” -no necesariamente estatales- en las decisiones de 1 a) y b), es decir:

- a) solicitantes y opositores a la solicitud, recurrente (por ej., amparo constitucional), demandante y demandado, que fundamentan sus alegaciones y obligan al juez a una toma de posición (a un “diálogo jurídico”);
- b) otros participantes en el procedimiento, legitimados a manifestarse y a intervenir según la ley del Tribunal Constitucional Federal (por ej., §§ 77; 85.2;²⁵ 94.1-4; 65; 82.2; 83.2; 88; 94.5), “invitados” a asistir por el Tribunal Constitucional Federal (por ej., § 82.4 LTCF);
- c) peritos (por ej., en comisiones de investigación, § 73 a Regl. *Bundestag*);
- d) peritos y representantes de intereses en *hearings* (§ 73.3 Regl. *Bundestag*, § 40.3 Regl. *Bundesrat*), peritos judiciales,²⁶ asociaciones (Anexo 1 a Regl. *Bundestag*: registro de asociaciones y sus representantes), partidos políticos (grupos parlamentarios, influyen también especialmente a través del “largo brazo” de la elección de magistrados del TCF);²⁷
- e) *lobbyistas*, “delegaciones” (§ 10 Regl. Gobierno federal);
- f) participantes en el procedimiento administrativo dispuesto de forma participativa.²⁸

²⁴ Al respecto con más pruebas extraídas de la realidad jurisprudencial de los tribunales administrativos: *mi* Öff. Interesse, pp. 475 ss, 678 ss.

²⁵ De la praxis del Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 36, 342 (pp. 342, 352-354 y ss.).

²⁶ Reveladora es la “reserva de perito” incorporada por el TCF en BVerfGE 35, 202 (219).

²⁷ Y de forma absolutamente consecuente, al respecto *mi* comentario en JZ, 1973, 451 (453). En el sentido de una vinculación política (partidista) ya *Drath*, VVDStRL 9 (1952), p. 17 (102, 106 nota 25).

²⁸ Sobre el problema: SCHMITT GLAESER, VVDStRL 31, 1973, pp. 179 y ss. Cfr. también la tipología en *mi* Öff. Interesse, pp. 88 y ss.

(3) La “publicidad” democrática –pluralista–, el proceso político como “gran estimulador”: medios (prensa, radio, televisión) que son participantes procedimentales no en sentido estricto, periodismo profesional por un lado, expectativas de los lectores, cartas al director de los lectores por otro lado, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos fuera de su participación organizatoria (compárase 2 d), Iglesias, teatro, editoriales, centros de formación de adultos, pedagogos, agrupaciones de padres.²⁹

(4) (a clasificar entre 1., 2., 3. en la forma que debe aclararse todavía) la “teoría del Derecho Constitucional”; posee una posición especial, porque tematiza la participación de las otras fuerzas, y ella misma participa también en diversos niveles.

3. EXPLICACIÓN DE LA TABLA SISTEMÁTICA

De este cuadro de conjunto se evidencia: la interpretación constitucional no es ni teórica ni prácticamente un proceso estatal “exclusivo”. Todas las fuerzas de la comunidad política tienen potencialmente acceso a él.³⁰ El ciudadano que interpone un recurso de amparo constitucional³¹⁻³² es tan intérprete constitucional como el partido político que plantea un conflicto de competencias entre órganos constitucionales³³ o contra el que se tramita un procedimiento para su prohibición. Hasta ahora domina una reducción demasiado intensa del proceso de la interpretación constitucional a los órganos *estatales* o los participantes inmediatos en el procedimiento, una fijación al “oficio” de la interpretación constitucional, a la cooperación jurídico-funcional de las funciones estatales, a pesar de

²⁹ Ilustrativa es la atribución de legitimación procesal activa reclamada ahora por las agrupaciones de padres, FR de 18 de marzo de 1975, p. 4.

³⁰ Cfr., sin embargo, el rechazo de *Forsthoff* a una “democratización” de la interpretación constitucional p. ej. con respecto a los politólogos, en: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 69; al respecto *mi* crítica en: *ZHR* 136 (1972), p. 425 (443).

³¹ Si se toma en serio la solicitud de diálogo jurídico de *A. Arndt*, entonces los “que piensan razonable y justamente” en el sentido de *Elmke* tienen que ser, por de pronto, los participantes en el procedimiento, cfr. *Roellecke*, FS für Gebh. Müller, 1970, p. 323 (328 s.).

³² LAUTMANN, *Justiz - Die stille Gewalt*, 1972, p. 118, califica las partes del proceso de “proveedores de alternativas”.

³³ En el sentido de BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56 (113 y s.), jurisprudencia constante.

lo importante que ésta pueda ser. Interpretación constitucional es, sin embargo, un “asunto” que incumbe potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etc., pueden ser designados como intérpretes “mediatos” o que operan a largo plazo. La configuración de la realidad de la Constitución deviene también un fragmento de interpretación de las normas constitucionales “correspondientes”.

También en y detrás de las funciones estatales (legislación, gobierno y administración, y jurisprudencia) han de verse las personas concretas, los parlamentarios, los funcionarios de la administración, los jueces³⁴ (“personalización” de la interpretación constitucional). El llamado debate constitucional del Bundestag alemán de febrero de 1974³⁵ es una interpretación constitucional anticipada. Los parlamentarios son aquí intérpretes de la Constitución. Sus declaraciones –aun sin tener un alcance jurídico formal– pueden repercutir en la práctica administrativa, en la interpretación de los órganos del Estado, por ejemplo, en la discutida cuestión de la contratación de enemigos de la Constitución en la función pública.

El tan traído “proceso político”, que se cita sobre todo *sub specie* libertad para él frente a la interpretación constitucional,³⁶ es *de constitutione lata* y “de facto” un fragmento de interpretación constitucional más intensamente de lo que comúnmente se acepta (“política como interpretación constitucional”).³⁷ El “proceso político” no está excluido de

³⁴ Cfr., al respecto, el intento de *Kommers*, *The Federal Constitutional Court in the West German Political System*, en: *Frontiers of judicial research* (eds. Grossman y Tannenhaus), 1969, pp. 73 y ss., de investigar con el enfoque behaviorista de la sociología judicial americana las ideologías de los magistrados constitucionales. Críticamente al respecto *Wittig*, *Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?*, *Der Staat* 8, 1969, p. 137, 156 y s. Sobre los diferentes enfoques de las ciencias del comportamiento y su crítica, compárese también *Rottleuthner*, *Richterliches Handeln*, 1973, pp. 61 ss.

³⁵ Sesión núm. 79 del séptimo *Bundestag* de 14 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5002 (B), con la contribución, estimada por todos como excelente, del ministro bávaro de Cultura MAIER, H., p. 5089 (C), cfr. también EHMKE, sesión nro. 80 del séptimo BUNDESTAG de 15 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5139 (C) y ss., 5140 (C).

³⁶ También *Lauffer*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, investiga principalmente la influencia del TCF en el proceso político.

³⁷ No solamente existe política por medio de la interpretación constitucional, ¡también hay interpretación constitucional por medio de la política!

la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también “confirmaciones”, que constituyen más que mero “material objetivo” para la (posterior) interpretación constitucional; son una parte de la interpretación de la Constitución, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador “como” intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional, porque su amplitud se delimita en cada caso de forma técnicamente muy distinta,³⁸ esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente.

El “proceso político” no es ningún espacio externo a la Constitución; formula puntos de vista, pone en marcha evoluciones que son constitucionalmente relevantes también cuando “después” el intérprete-juez constitucional declara que es asunto del legislador decidir de esta o de aquella manera, en el marco de las alternativas conformes con la Constitución.³⁹ El legislador crea un fragmento de publicidad y realidad sobre la Constitución, pone acentos para el “desarrollo” posterior de los principios constitucionales.⁴⁰ Opera como precursor de la interpretación cons-

³⁸ Para el legislador “técnicamente” mediante el control del TCF, “no técnicamente” por medio de elecciones, la solidez de las coaliciones, la formación de la voluntad en el interior del partido; para el juez constitucional no hay ningún control “técnico”. Desde luego se encuentra vinculado a “la publicidad”, pero ésta se estructura en relación con él de distinta forma, a causa de su concepción profesional, su socialización en la ciencia jurídica constitucional, las expectativas profesionales y colegiales de comportamiento a las que se encuentra sometido (al respecto en otro orden de cosas KÜBLER, F., *Kommunikation und Verantwortung*, 1973).

³⁹ Sobre la figura argumentativa de la “alternativa” en el proceso interpretativo: *Esser, Vorverständnis*, p. 65 s., 132, 151 (con referencia a *Popper*); más genéricamente BVerfGE 24, 300 (348 [= JZ, 1969, 557, 561, al respecto RANDELZHOFFER, p. 533]): corresponde a la función de los partidos políticos que éstos ofrezcan “alternativas políticas para todos los ámbitos de la vida abiertos a una configuración estatal”. Cfr. también el caso especial de “alternativa”: interpretación judicial/proyecto de ley (¿deber de espera?), BVerfGE 34, 269 (291 y s.).

⁴⁰ Sobre ellos HÄBERLE, Peter, AÖR 99 (1974), pp. 437 ss.

titucional y de la “transformación constitucional”.⁴¹ Interpreta la Constitución –revisablemente–, por ejemplo en la concretización de la función social de la propiedad. Sus decisiones meramente “conformes” con la Constitución son por entero constitucionalmente relevantes y jalonan ulteriores desarrollos de la realidad y la publicidad de la Constitución a medio o también largo plazo. Ocasionalmente se convierten en “contenido” de la Constitución.

La propia ciencia del Derecho constitucional es un factor esencial y participante activo. La jurisdicción constitucional es un catalizador esencial, aunque no el único, de la ciencia del Derecho constitucional como interpretación de la Constitución.⁴² Su influencia efectiva (en la interpretación constitucional) plantea la cuestión de su legitimación al respecto, una cuestión que desde luego se tiene que plantear también en relación con todas las otras fuerzas participantes en la interpretación constitucional y que genéricamente conduce a la cuestión de la valoración del inventario realizado.

III. VALORACIÓN DEL INVENTARIO

1. POSIBLES OBJECIONES, CRÍTICA

Una objeción podría decir: la interpretación constitucional “se disuelve” en una diversidad de interpretaciones y de intérpretes “diferentes”, según qué “función” actúe. Precisamente una teoría constitucional que contempla como función el establecimiento de la unidad política y que recalca el principio de la unidad de la Constitución tiene que hacer frente

⁴¹ Al respecto *mi* tesis doctoral, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1ª edición 1962, 2ª edición revisada 1972, pp. 178, 213 ss. [Existe 3ª edición ampliada, 1983, N. del T.]

⁴² Ejemplos famosos: la *recepción* de la concepción de los derechos fundamentales de *Dürig* (*Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 1º, marginales 5 y ss.) por el TCF (BVerfGE 7, 198 [204 ss.], 21, 362 [371 s.] [= JZ, 1967, 599, 601]), del “principio de la unidad de la Constitución” (BVerfGE 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [31 y s.]), de la concepción del Estado de partidos de *Leibholz* (BVerfGE 1, 208 [223 y ss.]; 2, 1 [11, 73 y s.]; 11, 266 [272]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164], con una referencia a *K.-U. v. Hassel*, cuya manifestación opera como interpretación constitucional en sentido amplio), de la “actitud de buena disposición con la Federación” en el sentido de *Sمند* (BVerfGE 12, 205 [254]).

a esta crítica, ciertamente no intentando “sólo” un inventario realista. Las objeciones han de ser abordadas en el marco de una valoración diferenciada que tiene que preguntarse en primer lugar por la legitimación de los diferentes intérpretes constitucionales.

La “cuestión de la legitimación” se plantea para todas las fuerzas no “nombradas” intérpretes constitucionales “formal”, “oficial”, “competentemente”. La competencia formal constitucional sólo la poseen los órganos (autoridades) que están “vinculados” a la Constitución y que la deben “ejecutar” conforme a un procedimiento preestablecido –legitimación a través del procedimiento (constitucional)–,⁴³ es decir, los órganos del Estado (art. 20, apts. 2 y 3 LF: vinculación al ordenamiento constitucional, a la ley y al Derecho). Pero también los parlamentarios (art. 38.1 LF) están vinculados a la Constitución, en la medida en que no pretenden reformas constitucionales. Vinculados a la Constitución están también los partidos políticos, grupos, ciudadanos, aunque en distinta medida y no siempre directamente, la mayoría de las veces sólo indirectamente a través del poder –sancionador– del Estado. Aquí un menor grado de legitimación parece corresponder también, por de pronto, a un menor grado de vinculación.

2. LEGITIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA JURÍDICA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA

La relación de correspondencia de vinculación (a la Constitución) y legitimación (para la interpretación constitucional) pierde, sin embargo, fuerza como enunciado, cuanto más se toman en consideración recientes conocimientos de la teoría interpretativa. La interpretación es un proceso abierto, no un sometimiento pasivo, no la recepción de una orden.⁴⁴ Conoce posibilidades alternativas. La vinculación se convierte en

⁴³ Tanto el concepto de legitimación como el de procedimiento tienen que ser entendidos en un sentido más material que en LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, al respecto *infra* nota 48.

⁴⁴ Al respecto sobre todo la discusión sobre la interpretación dirigida por ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, antes ya Grundsatz und Norm, 1956; EHMKE, *VVDStRL* 20 (1963), pp. 53 ss.; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967; MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 1971; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª ed., 1974.

libertad en la medida en que la reciente concepción sobre la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción.

La ampliación aquí realizada del grupo de intérpretes es sólo la consecuencia de la incorporación universalmente secundada de la realidad en el proceso interpretativo.⁴⁵ Porque los intérpretes en sentido amplio constituyen un fragmento de esta realidad pluralista. Tan pronto como se reconoce que la norma no es algo preestablecido, simple y acabado, se plantea la cuestión de los que participan personal y funcionalmente en su “desarrollo”, las fuerzas activas del “*law in public action*” (¡personalización y pluralismo de la interpretación constitucional!).

Cada intérprete es guiado por la teoría y la práctica. Esta práctica, sin embargo, no es desarrollada esencialmente por los intérpretes oficiales, “profesionales”.

La vinculación judicial solamente a la ley y la independencia personal y objetiva de los jueces no puede llamar a engaño sobre el hecho de que el juez interpreta en la publicidad y realidad de la Constitución.⁴⁶ Sería falso ver las influencias, expectativas, presiones sociales a las que el juez está expuesto solamente bajo el aspecto de la amenaza a su independencia.⁴⁷ Estas influencias contienen también un fragmento de legi-

⁴⁵ Al respecto HESSE, en: *FS für Scheuner*, 1973, p. 123 (137 y s.); cfr. también H. H. KLEIN, *BVerfG und Staatsraison*, 1968, pp. 15, 16 ss., 29 (también con respecto a *mi* comentario DÖV 1966, pp. 660 ss.), al respecto *mi* comentario DÖV 1969, pp. 150 s.

⁴⁶ Esto pasa por alto el análisis de MASSING, *Recht als Korrelat der Macht?*, en *Der CDU-Staat*, 1967, p. 123, que contempla en la “autonomía interpretativa” del TCF “el verdadero poder del ‘soberano oculto’” (p. 129). La afirmación de que la soberanía se ha trasladado del pueblo a otras instancias, “principalmente a la jurisdicción constitucional” (p. 142), parte de un concepto discutible de soberanía popular (al respecto más tarde), que no puede captar la forma en que el proceso democrático incide en la publicidad pluralista.

⁴⁷ Cfr. BACHOF, *FS für Hans Huber*, 1961, p. 26 (43): aunque el juez no puede dejarse influir en un caso concreto por la opinión pública, “está, sin embargo, como con las partes del proceso, como con los colegas del propio tribunal, como con la pluralidad de todos los tribunales situados al mismo, superior o inferior nivel, como con el mundo jurídico especializado y con la ciencia, también con el pueblo, con la opinión pública, en una comunicación constante, en cierto modo en un ‘diálogo’ duradero”. *Bachof* considera incluso la oportunidad de alcanzar en los tribunales una más pura comunicación que en el parlamento.

timación⁴⁸ e impiden una arbitrariedad⁴⁹ de la interpretación.⁵⁰ La garantía de la independencia judicial solamente es soportable, porque otras funciones estatales y la publicidad pluralista proporcionan material “para” la ley.

Esto es, la deducción ideológica de la tesis de que todos estarían inmersos en el proceso de interpretación constitucional. ¡Incluso los mismos no afectados inmediatamente por una interpretación! El grupo de los que participan en la interpretación constitucional es también tan abierto como abierta es, material y metódicamente, la interpretación constitucional. Pues se trata de la Constitución como proceso público.⁵¹ Frente a la objeción de que se pierde la unidad de la Constitución habría que remitirse a la existencia general –activa en el futuro– de reglas interpretativas, al “concierto” que mediante la colaboración de diversos intérpretes constitucionales resulta de su respectiva función propia, remitirse sobre todo al carácter abierto de la Constitución, cuyo “vestido” muchos “bordan”, ¡no solamente el jurista constitucional! La “unidad de la Constitución”,⁵²

⁴⁸ También la “legitimación por el procedimiento” en el sentido de *Luhmann* es legitimación por la participación en el procedimiento. Sin embargo, se trata aquí de algo fundamentalmente distinto: participación en el procedimiento no debe elevar la disposición para la disminución de las decisiones y para la asimilación de los desencantos (así *LUHMANN, Legitimation durch Verfahren*, 1969, pp. 27 y ss., 107 y ss.). Legitimación, que no solamente sea entendida formalmente, resulta de la cooperación, es decir de la influencia cualitativo-material de los participantes en la decisión. No se trata del aprendizaje por los participantes, sino del aprendizaje por el tribunal de los participantes. (Para una crítica de *LUHMANN* a este respecto *ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, pp. 202 y ss. y *ROTTLEUTHNER, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, pp. 141 ss.).

⁴⁹ Una teoría jurídica que se limite a ser lógica normativa corre el peligro de no ver la dependencia social de la jurisprudencia. De la refutación de la ideología de la subunción *no* se desprende que “los órganos encargados de la aplicación del Derecho actúen como generadores de azar” (*PODLECH, AÖR 95* [1970], p. 185 [190 y s.]). Compárese al respecto también *SCHEFOLD, JuS*, 1972, p. 1 (6).

⁵⁰ Esto significa al mismo tiempo que la búsqueda crítica de las influencias *unilaterales* e ilegítimas en la formación de las decisiones judiciales (de la reciente sociología judicial *Kaupen y Rasehorn, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, 1971) es justificada y necesaria.

⁵¹ Al respecto *mi* artículo *Öffentlichkeit und Verfassung*, *ZfP* 16 (1969), pp. 273 ss. [*Este artículo está incluido, con un apéndice de 1976, en la obra Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.]

⁵² Al respecto *Hesse, Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

si es que surge, lo hace a partir de la suma de los procedimientos y funciones de muchos intérpretes constitucionales; a este respecto tienen que incorporarse consideraciones de teoría constitucional, especialmente de teoría democrática.

3. LEGITIMACIÓN DESDE CONSIDERACIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La legitimación teórico-constitucional fundamental de la participación más o menos intensa de todas las fuerzas pluralistas en el “asunto” de la interpretación reside en el hecho de que estas fuerzas son un fragmento de publicidad y realidad de la Constitución, no como “hecho aceptado”, como *factum brutum*, sino en el marco de la Constitución: la incorporación por lo menos mediata de la *res publica* en la interpretación constitucional en general es expresión y consecuencia de la concepción aquí defendida, amplia, abierta, colocada en el campo de tensión de lo posible, lo real y lo necesario, de la Constitución.⁵³ Una Constitución, que no solamente estructura el Estado en sentido estricto, sino también la publicidad y compone la sociedad, que incorpora inmediatamente los ámbitos de lo privado, no puede hacer esto sólo de forma pasiva, tratar las fuerzas sociales y privadas como objetos. Tiene que incorporar éstas también activamente: como sujetos.

Pensada desde la realidad y publicidad constituida, en la cual el “pueblo” actúa pluralmente, en el punto de partida de manera difusa, pero en el punto final “concertadamente”, todas las fuerzas relevantes de hecho tienen relevancia teórica para la interpretación constitucional. La praxis se convierte aquí en legitimación de la teoría, no a la inversa. Ya que estas fuerzas fundamentan una parte de la realidad y publicidad constitucional, participan también en la *interpretación* de la realidad y la publicidad de la Constitución. Incluso si estuvieran excluidas: como los partidos políticos que deben ser prohibidos por el TCF y que están entonces prohibidos. Justamente éstos obligan a la reflexión sobre el contenido de la Constitución e influyen a través de su existencia en el desarrollo del autoentendimiento de la comunidad liberal-democrá-

⁵³ Al respecto HÄBERLE, Peter, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (121 s.); *id.*, Comentario de HARTWICH, “Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo”, 1970, en *AöR* 100, 1975, pp. 333 y ss.

tica.⁵⁴ Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales “gremiales”, acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental⁵⁵ de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes “no gremiales” en el proceso de la interpretación constitucional.

La Constitución es, en este sentido, espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es solamente espejo, es también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección.⁵⁶

Una cuestión especial concierne a la legitimación de la ciencia del Derecho constitucional. Tiene función de catalizador y actúa introduciéndose especialmente en todos los ámbitos de la interpretación, porque –públicamente– refleja de forma metódica la interpretación constitucional y al mismo tiempo configura la formación de los intérpretes “oficiales”. ¿Cómo se puede fundamentar una eventual legitimación especial? Por la vía del propio artículo 5.3 LF. La Constitución como objeto es (también) una cuestión de la ciencia. El ámbito ciencia tiene que ser contemplado a través del art. 5.3 LF como una parte integrante autónoma de la comunidad política. La –relativa– autonomía de esta “cosa” se encuentra desde un principio pensada por la Ley Fundamental; se legitima menos “desde afuera” que por procedimientos y mecanismos de control internos y específicos de la ciencia.⁵⁷ También tiene que ser tarea de la ciencia

⁵⁴ El debate constitucional del *Bundestag* de 14/15 de febrero de 1974 es también aquí un ejemplo. Sólo es una parte de la discusión constitucional que se ha establecido en todos los niveles y en todos los ámbitos de la comunidad política ante la confrontación con alternativas radicales.

⁵⁵ Sobre este intento del racionalismo crítico de acoger las peticiones de una “sociedad abierta” en la teoría constitucional, *mi* trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 (132 y s.).

⁵⁶ Sobre este concepto de la Constitución *Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; HÄBERLE, Peter, *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (56 y s.).

⁵⁷ A este respecto *F. Kübler*, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973, pp. 38 y ss.; compárese también *Luhmann*, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, en: *Soziologische Aufklärung*, 1970, pp. 232 ss. Sobre la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho público como posible “punto de partida institucional para el conocimiento y conciencia teórico-constitucional de nuestra comunidad democrática”: EHMKE, loc. cit., p. 133. Para *Popper* la “objetividad científica’ (...) no” es “resultado de la imparcialidad del científico individual (...), sino resultado del carácter social o público del método científico; y la imparcialidad del científico individual, en la medida en que existe, no es

formular sus contribuciones y hacerlas accesibles de tal manera que sean criticables para la publicidad. El concepto de enseñanza del artículo 5.3 LF juega un papel que no debe subestimarse: contiene un mandato de formación dirigido a la ciencia constitucional que se resalta expresamente a través de la cláusula de lealtad.⁵⁸

4. EN ESPECIAL: CONSIDERACIONES TEÓRICO-CONSTITUCIONALES COMO LEGITIMACIÓN

En el Estado constitucional democrático la cuestión de la legitimación debe plantearse, todavía una vez más, especialmente desde puntos de vista democráticos (de la teoría democrática). La ciencia del Derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que le “proveen”, los ciudadanos y grupos no tienen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero la democracia no se desarrolla solamente a través de la relación, formalizada, canalizada, concebida en sentido estricto, de delegación y responsabilidad del pueblo a los órganos estatales (legitimación a través de las elecciones)⁵⁹ hasta el intérprete constitucional “competente” en última instancia, el TCF.⁶⁰ Se desarrolla en una comunidad abierta también en las formas mediatizadas “más finas” del proceso público pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la realización de los derechos funda-

la fuente, sino más bien el resultado de esta objetividad social o institucionalmente organizada de la ciencia” (“Die offene Gesellschaft und ihre Feinde” [versión castellana: “La sociedad abierta y sus enemigos”], vol. II, Falsche Propheten, 1958, p. 270).

⁵⁸ Sin embargo, la formación previa correspondiente de los jueces constitucionales no es ningún presupuesto cualificadorio. Cfr. en cambio el requisito de “conocimientos específicos de Derecho público” y el requisito, lleno de referencias, de “personas con experiencia en la vida pública” de algunas leyes sobre los Tribunales Constitucionales de los LÄNDER (p. ej., § 3, apt. 1, frase 1ª de la Ley del Tribunal Constitucional de Hamburgo) y en § 3, apt. 2 de la versión antigua de la LTCF. Cfr. todavía la nota 89 *in fine*.

⁵⁹ Cfr. ahora sobre esa problemática la sentencia del Tribunal Constitucional de *Bremen* sobre la formación de los juristas, NJW, 1974, 2223 (2228 y ss.); compárese también BVerfGE 33, 125 (158) (decisión del médico especialista, al respecto *mi* comentario DVBl. 1972, p. 909 [911]).

⁶⁰ La investigación de BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, parte demasiado de esta idea, pp. 93 y ss. (sin embargo diferenciadamente en p. 116).

mentales, frecuentemente aludido en la “vertiente democrática” de los derechos fundamentales:⁶¹ a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad y también el “concerto” científico sobre las cuestiones constitucionales, en el que no hay ni puede haber apenas “pausas” y “fermatas” y ningún director.⁶²

El “pueblo” no es precisamente sólo una majestad unitaria que “emana” (sólo) el día de las elecciones, que proporciona como tal legitimación democrática.⁶³ El pueblo como majestad pluralista no está menos presente y no es menos legitimador de las interpretaciones en el proceso constitucional: “como” partido político,⁶⁴ como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano; cuya competencia material para la interpretación constitucional es un derecho del ciudadano en el sentido del artículo 33.1 LF. Así contemplados los derechos fundamentales son un fragmento de base democrática de legitimación para la interpretación abierta no solamente en sus resultados, sino también en su *grupo de participantes*.⁶⁵ ¡En la democracia liberal el ciudadano es intérprete constitucional! En consecuencia, las medidas de garantía de la libertad real devienen tanto más importantes: política de derechos fundamentales del Estado prestador de servicios,⁶⁶ libertad de la formación de la opinión,

⁶¹ Sobre la controversia cfr. por un lado *Hesse*, Grundzüge, pp. 122 s.; HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie*, pp. 17 y ss.; por otro H. H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1971 (al respecto *mi* recensión DÖV 1974, pp. 343 ss.), por último E.-W. Böckenförde, NJW, 1974, pp. 1529 ss.

⁶² Que la interpretación constitucional, como es entendida aquí, se convierta en “*bellum omnium contra omnes* de las opiniones científicas y políticas” (al respecto SCHEFOLD, JuS, 1972, 1 [8]), tiene que (y solamente puede) evitarlo la ahora muy invocada “solidaridad de los demócratas”.

⁶³ Por eso, la cuestión de la legitimación democrática de la jurisprudencia no se puede contestar definitivamente por medio de la ampliación de la elección de los jueces (al respecto F.-J. Säcker, ZRP, 1971, pp. 145 ss.). Sobre la relación entre democracia e independencia judicial cfr. también EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 103 y ss.

⁶⁴ En esta medida existe una coincidencia con la teoría del Estado de partidos de LEIBHOLZ (*Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3ª ed., 1967, esp. pp. 78 y ss.): el pueblo es capaz de articulación y de acción sólo en determinadas formas de organización. Pero esto no justifica la identificación de pueblo y partidos (populares); la comunidad pluralista es mucho más diferenciada.

⁶⁵ Sobre la interpretación constitucional abierta: HÄBERLE, P., JZ, 1971, pp. 145 ss.; ZfP 21 (1974), p. 111 (121 y ss.); compárese también *Schlaich*, op. cit., p. 120.

⁶⁶ A este respecto *mi* ponencia VVDStRL 30 (1972), pp. 43 y s. (69 y ss.).

constitucionalización de la sociedad, p. ej., a través de la estructuración del ámbito público, en especial del económico, conforme a la división de poderes.⁶⁷

Esto no es ningún “destronamiento” del pueblo, en todo caso de un entendimiento “rousseauiano” de la soberanía popular, que concibe al pueblo como un absoluto y semejante a Dios. El pueblo como majestad constituida actúa “por todas partes”, universalmente, a muchos niveles, por muchos motivos y en muchas formas, no en último lugar a través de la cotidiana realización de los derechos fundamentales. No se olvide: el pueblo es ante todo una asociación de ciudadanos. La democracia es el “imperio de los ciudadanos”, no del pueblo en el sentido rousseauiano. No hay regreso a Rousseau. “La democracia de los ciudadanos es más realista que la democracia popular”.

La democracia de ciudadanos sugiere un pensamiento que contemple la democracia desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo como soberano, en realidad, sólo ha ocupado el lugar del monarca. Esta perspectiva es una consecuencia de la relativización del –con mucha facilidad mal entendido– concepto de pueblo⁶⁸ ¡desde el ciudadano! La libertad fundamental (pluralismo),⁶⁹ no “el pueblo”, se convierte para la Constitución democrática en el punto de referencia. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del concepto de pueblo se produce en una época de libertad del ciudadano y de pluralismo.

⁶⁷ El pluralismo tiene que estar organizado y escrito. Por ello, tiene que ser superada la confrontación entre “estrategias de democratización”, que llevan en sí el peligro de politización totalitaria de todos los ámbitos, y concepciones restrictivas, que quieren limitar la democracia a un Estado contrapuesto a la sociedad (*Hennis, Die mißverständene Demokratie*, 1973).

⁶⁸ Demasiado intensamente orientado al concepto tradicional de pueblo está también el intento de fortalecer la legitimación democrática de la jurisprudencia mediante el recurso del juez a los “valores medios” que deben averiguarse con encuestas demoscópicas, cfr. W. BIRKE, *Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen*, 1968, pp. 45 y ss. Contra una orientación según la “voluntad mayoritaria del pueblo”, también por consideraciones de teoría democrática, F.-J. SÄCKER, *ZRP*, 1971, p. 145 (149 y s.). También crítico frente al “valor medio” Hans F. Zacher, *Vierteljahresschrift f. Sozialrecht*, vol. II (1974), p. 15 (48 s., nota 95). Sobre el “ciudadano medio” como figura judicial normativa que debe verse desde la teoría constitucional, *mi Öff. Interesse*, pp. 328, 347 y s., 425 y ss., 573, 725.

⁶⁹ Esta perspectiva vale también para todas las formas de autonomía local, social, etc.

Existen muchas formas de legitimación democrática entendida ampliamente en este sentido, solamente hay que liberarse de la mentalidad lineal y “volcánica” de las ideas tradicionales sobre la democracia. Se llega a un fragmento de democracia de los ciudadanos a través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional.⁷⁰ Al proceso interpretativo se le proporciona, de diversas formas, posibilidad y realidad de

⁷⁰ La concepción democrática de POPPER y su conexión con su teoría científica y del conocimiento no puede ser reproducida aquí en detalle (referencias a la democracia en: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I, 1957, esp. pp. 25, 156 y ss., 170 y ss.; vol. II (1958), pp. 157, 159 y ss., 186 y s., 197 y ss., 293 y s.). Ha de bastar la indicación de que el concepto de ciencia de Popper es fructífero en la teoría democrática, que el concepto liberal, constitucional, pluralista y separador de poderes, defendido en el texto en relación con la democracia, puede invocar también a Popper, en la medida en que él desarrolla su teoría democrática sin, e incluso contra, los dogmas de la soberanía popular. *Recepciones y adaptaciones de Popper en la discusión democrática* bajo la LF han tenido lugar más o menos expresa y mediatamente: especialmente en la sentencia relativa al Partido Comunista de Alemania (KPD) del TCF, BVerfGE 5, 85: “*process of trial and error*” (I. B. Talmon) (p. 135), “control recíproco permanente y crítica como mejor garantía de una línea política correcta (relativamente)” (p. 135), las relaciones y mentalidades son “susceptibles y necesitan mejora”, “tarea que no finaliza nunca” (p. 197), rechazo de la idea de que el desarrollo histórico esté “determinado por un objetivo final científicamente conocible” (p. 197), “compromiso social” (p. 198), “carácter abierto” de este orden (p. 200), “relativo contenido de razón de todas las opiniones políticas” (p. 206); cfr. también BVerfGE 12, 113 (125): formación pública pluralista de la opinión; BVerfGE 20, 56 (97): proceso libre y abierto de la formación de la opinión y de la voluntad. En la bibliografía: von Simson, VVDStRL 29 (1971), p. 3 (9 s.); Dürrig, *ibidem*, p. 127: “reglas de juego inmanentes de la corrigibilidad y de la revocabilidad”; *id.*, en Maunz/Dürrig/Herzog, Grundgesetz, Art. 3º, Abs. 1, marginal 210 (para la determinación del Derecho). No es difícil reconocer aquí: el principio de falsificación de Popper (“*trial and error*”), su tesis del carácter indirecto y de presunción del conocimiento (*conjectures and refutations*), su verificación constante, la “*piece-meal social engineering*” corregible, que se conforma ella misma con su rechazo de la técnica como planificación de la totalidad, su fe relativa en la razón, su concepción experimental de la política, su alegato para las reformas graduales, orientadas a las consecuencias, su exhortación a la paciencia y a la tolerancia y su posición en favor de la sociedad abierta como “racional y crítica”, de su competencia pluralista de ideas e intereses diferentes gracias a la libertad de la crítica, del pensamiento y con ello del hombre y sus responsabilidades y decisiones personales, pero también su lucha contra la aspiración de omnisciencia y de omnipotencia de las sociedades “cerradas”. La tarea principal consiste, en general, en desarrollar desde la teoría y práctica constitucional la teoría de la ciencia de Popper, incorporándola a la teoría democrática y al mismo tiempo a la teoría normativa e interpretativa en particular (inicios en mi artículo AöR 99 [1974], p. 434 [448 y s.]).

discusión libre de los individuos y grupos “por encima” y “por debajo” de las normas jurídicas constitucionales y de su acción pluralista “en” ellas. (Que este proceso libre realmente también está amenazado desde dentro y que nuestro mismo orden fundamental liberal-democrático muestra en realidad frente al tipo ideal déficits, ya se ha señalado expresamente.) Teoría democrática y teoría interpretativa⁷¹ se convierten en una consecuencia de la teoría de la ciencia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que el círculo de los intérpretes constitucionales se abre en el sentido más amplio.

IV. CONSECUENCIAS PARA LA INTERPRETACIÓN “JURÍDICA” DE LA CONSTITUCIÓN

1. RELATIVIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA-NUEVO ENTENDIMIENTO DE SUS TAREAS

Las reflexiones anteriores conducen a una *relativización* de la interpretación jurídica de la Constitución. La exigen los motivos siguientes:

1. Incluso en el proceso constitucional el juez constitucional no interpreta “en solitario”: varios participan en el procedimiento, las formas de participación procedimental se amplían.

2. En el “campo previo” de la interpretación jurídica de la Constitución de los jueces muchos interpretan, potencialmente todas las fuerzas pluralistas públicas. El concepto “participante en el proceso constitucional” se relativiza en la medida en que los círculos de los participantes en la interpretación constitucional se amplían. La publicidad pluralista despliega fuerza normativa. El Tribunal Constitucional ha de interpretar posteriormente en correspondencia actualizando la publicidad.

3. Muchos problemas y ámbitos de la Constitución material no llegan hasta el juez constitucional por falta de competencia judicial y por ausencia de recurso al Tribunal Constitucional. La Constitución material “vive” aquí igualmente: sin interpretación constitucional del juez (piénsese en los principios de los reglamentos internos parlamentarios). Los

⁷¹ Cfr. la referencia de *Esser* al método *trial and error* de *Popper*, *Vorverständnis*, p. 151, ahora el voto particular de los magistrados *Rupp-v. Brüneck* y *Dr. Simon* a la sentencia sobre el aborto del TCF de 25 de febrero de 1975 (JZ, 1975, 205 [215] = NJW, 1975, 582 [583]).

participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan autónomamente Derecho constitucional material. El Derecho procesal constitucional no es el único acceso a los procedimientos de la interpretación constitucional.

En el tiempo la vía de instancias de la interpretación constitucional se prolonga hasta el infinito: el jurista constitucional es sólo un chismoso.⁷² Su resultado interpretativo está bajo la reserva de la confirmación, que en el caso particular puede concretarse en la permanencia, en la “justificación rica en alternativas”⁷³ o en la modificación mediante alternativas razonables. El procedimiento de la interpretación constitucional tiene que ser extendido hacia adelante y por encima del propio proceso constitucional concreto;⁷⁴ el radio interpretativo de la norma se amplía, gracias a todos “los intérpretes de la sociedad abierta”. Son participantes esenciales en los procedimientos de “*trial and error*” en el proceso de determinación del Derecho.⁷⁵ La sociedad deviene precisamente abierta y libre, ya que todos potencial y actualmente realizan (o pueden realizar) aportaciones a la interpretación constitucional. La interpretación jurídica de la Constitución proporciona (sólo) la publicidad y realidad pluralista, las necesidades y posibilidades de la comunidad, que están antes, en y detrás de los textos constitucionales. Las teorías interpretativas sobrees-timan siempre la importancia del texto.⁷⁶

Tan disciplinados y disciplinantes como son los procedimientos de la interpretación constitucional a través de la vía de los métodos “jurídicos”, tan diversas, incluso difusas resultan las operaciones que preceden a este proceso: los procesos legislativos parecen todavía relativamente

⁷² La jurisprudencia constitucional realiza p. ej. con los *obiter dicta* el intento de preparar la futura interpretación constitucional, más allá de la resolución puntual, y de hacerse así criticable anticipadamente. Crítico a este respecto desde otro concepto de Constitución KULL, *FS für Forsthoff*, 1972, p. 213, nota 2.

⁷³ Expresión de HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, p. 148.

⁷⁴ Ello debe tenerse en consideración con los conceptos “*entendimiento previo*” y “*entendimiento posterior*”, HÄBERLE, Peter, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (126 y ss.). Las leyes (constitucionales) tienen no sólo antecedentes históricos, sino también una historia ulterior.

⁷⁵ A este respecto ESSER, *Vorverständnis*, pp. 23, 151 y s.

⁷⁶ Sobre la problemática del texto como “límite del cambio constitucional” compárese también HESSE, *FS für Scheuner*, p. 123 (139 y s.). Sobre la poca fecundidad del tenor literal en la concretización de los derechos fundamentales HANS HUBER, *GS für Imboden*, p. 191 y ss.

racionales, en la medida en que son interpretación constitucional, y así es a menudo; también la Administración como Administración “interpretadora” (del bien común)⁷⁷ actúa de forma verdaderamente racional; otras formas de actuación del Estado también han de ser contempladas. Las operaciones de participación de la publicidad pluralista son, en cambio, todo menos disciplinadas, en ello estriba un elemento de garantía de su apertura y espontaneidad. A pesar de ello, los principios y métodos de la interpretación constitucional conservan su importancia, ciertamente en una función nuevamente entendida: son el “filtro”, a través del cual, y solamente entonces, la fuerza normativa de la publicidad⁷⁸ actúa y adquiere forma. Disciplinan y canalizan las formas diversas de influencia de los diferentes participantes.

2. EN ESPECIAL: DIMENSIÓN E INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL-DIFERENCIACIÓN CON RESPECTO AL GRADO DE PARTICIPACIÓN

Una teoría de la interpretación constitucional que pone en relación sistemática la cuestión de los objetivos y métodos y la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional tiene que extraer de ahí conclusiones concretas para el método de la interpretación constitucional. Las consecuencias posibles serán aludidas aquí en forma de tesis.

Un tribunal como el Tribunal Constitucional Federal, que verifica la interpretación constitucional de otra instancia, debe utilizar diferentes métodos, según quién haya participado en la interpretación primera (verificable).⁷⁹ Esto ya ha sido visto a grandes rasgos por el pensamiento

⁷⁷ Al respecto con pruebas *mi Öff. Interesse*, pp. 475 y ss., 678 y ss.; OSSENBÜHL, AÖR 92 (1967), pp. 1 ss. Cfr. también la discusión subsiguiente al informe de la *Sala Común de los Tribunales Supremos de la Federación* (JZ, 1972, 655 ss.) y a la sentencia del Tribunal Administrativo Federal (JZ, 1972, 204 ss.): *Bachof*, JZ, 1972, 641 ss. y 208 ss.; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 401 ss.; ERICHSEN, *VerwArch* 1972, p. 3377 y ss.; *Bullinger*, NJW, 1974, 769 ss.

⁷⁸ Pruebas típicas de la jurisprudencia del TCF en AÖR 95, 1970, p. 260 (287 y ss.); últimamente por ejemplo E 34, 269 (283); 35, 202 (222 s., 230 y ss.); 32, 111 (124 y ss.); 31, 229 (242 ss.); 30, 173 (191); más genéricamente en *mi Öff. Interesse*, pp. 304 y s., 419 nota 31, 558 ss., 572 s., 583 s., 594, así como en *Th. Württenberger* (nota 93), pp. 36 y ss. (39 y ss.).

⁷⁹ Una relación similar se muestra en GEITMANN, *Bundesverfassungsgericht und “offene Normen”*, 1971: las exigencias de concreción (*Bestimmtheit*) que el TCF plantea respecto a las normas “abiertas” son diferentes según quién establezca la norma (al respecto sólo brevemente, pp. 22 y ss.) y quién haya de completarla (pp. 149 y ss.).

jurídico-funcional: los tribunales deben contenerse especialmente en el control de las decisiones del legislador democrático;⁸⁰ lo mismo puede decirse con respecto al examen del derecho de los Länder por el TCF.⁸¹ En la continuación de este planteamiento habría de considerarse lo siguiente: hay leyes (leyes universitarias, reformas del Código Penal como el § 218*, leyes de cierre comercial), con relación a las cuales la publicidad muestra un interés enorme, que están constantemente en la discusión, las cuales se elaboran con amplia *participación* y bajo el *control* atento de la publicidad pluralista. El TCF debiera, cuando verifica una de tales leyes, tener en consideración que esta ley está especialmente legitimada, porque especialmente muchos participaron en el proceso democrático de la interpretación constitucional. En el caso de leyes *en principio* no discutidas ello significaría que éstas no habrían de ser verificadas tan rigurosamente como aquellas que están menos en la discusión pública, porque son aparentemente poco interesantes (p. ej., regulaciones de oportunidad técnica) o se han olvidado ya.

Algo distinto ha de regir, por el contrario, para aquellas leyes, respecto de las cuales existe en la publicidad una gran *disensión*. Piénsese en el § 218 del Código Penal que afecta el “consenso constitucional”, en algunas regulaciones de las leyes universitarias, a la participación paritaria en la

⁸⁰ Las leyes preconstitucionales no pueden ser vistas como las posconstitucionales como interpretación constitucional del legislador. Por ello han de ser examinadas no sólo procesalmente de forma distinta (cfr. art. 100 LF), sino también materialmente de forma más rigurosa.

⁸¹ A este respecto EHMKE, *VVDStRL* 20 (1963), pp. 53 y ss. (75); KLUMP, *Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG*, 1969, pp. 179 y ss. Para la relación del TCF con la dogmática (ciencia) civilista, así como con el Tribunal Supremo Federal: BVerfGE 34, 269 (281 y ss.).

* Este precepto contiene la prohibición de la interrupción del embarazo. No es antijurídico, ni en consecuencia punible, sin embargo, en caso de necesidad, acreditada por un médico, para evitar peligro para la vida de la madre o peligro de menoscabo grave de su salud física o síquica, en la medida en que este peligro no puede evitarse de otra forma exigible para la madre. Conforme a la sentencia del TCF de 28 de mayo de 1993 (BGBl. I, p. 820) este parágrafo 218, en el sentido de la ley de 27 de julio de 1992 (BGBl. I, p. 1398) no es aplicable, cuando la interrupción tiene lugar dentro de las doce semanas desde la concepción, es practicada por un médico, se realiza a instancia de la mujer embarazada y ésta acredita mediante certificación al médico, que ha sido asesorada al menos con tres días de antelación a la intervención por un centro reconocido [N. del T.].

gestión de las empresas. Aquí tiene que controlar el TCF severamente, y hacer generoso uso⁸² de la posibilidad de medidas provisionales (§ 32 LTCF) (cfr. *infra* punto 3.). Porque en una situación de división profunda en el seno de la opinión pública corresponde al TCF la tarea de velar por que no se pierda el mínimo irrenunciable de función integradora de la Constitución.

Más aún: el TCF debería vigilar también la “participación justa” de diferentes grupos en las interpretaciones constitucionales de tal manera que en su decisión tenga en consideración interpretativamente los “no participantes” (los intereses no representados y no representables) especialmente.⁸³ Piénsese en los problemas de protección de los consumidores, de protección del medio ambiente. Aquí manifiestan importancia los “intereses públicos”, los “intereses susceptibles de generalización” según la terminología de Habermas.⁸⁴

Un *minus* de participación fáctica conduce a un *plus* de control del juez constitucional. La intensidad del control del juez constitucional es “variable”, según qué formas de participación son o fueron posibles.

3. CONSECUENCIAS PARA LA ORGANIZACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Para la organización y aplicación del Derecho procesal constitucional se desprenden dos consecuencias: los instrumentos de información del juez constitucional⁸⁵ han de ampliarse y afinarse –no a pesar, sino a causa

⁸² ¡Disensiones y peligros profundos para el “consenso constitucional” son *el* motivo del interés público en el sentido del § 32, apt. 1 LTCF!

⁸³ Aquí se insinúa una transformación de la función de la tutela jurídica en general. Ante la creciente importancia de la actividad estatal planificadora y conformadora de los derechos de los particulares, la tutela jurídica ha de realizarse menos mediante control *ex post* de los tribunales que por procedimientos *previos* participativos (HÄBERLE, Peter, VVDStRL 30 [1972], p. 43 [86 ss., 125 ss.]; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 [1973], p. 179 [204 ss.]). Pero el cumplimiento del procedimiento “correcto” tiene que poder ser verificado por los tribunales.

⁸⁴ HABERMAS, op. cit., esp. pp. 153 y ss.

⁸⁵ Ejemplar es el instrumento de información del § 82, apt. 4 LTCF así como la oportunidad de manifestarse, a menudo en los “grandes” procesos, concedida a las “autoridades y organizaciones” aludidas por el Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 35, 202 (213 y s.); 35, 78 (100 y ss.); 33, 265 (322 y s.); 31, 306 (307 bajo el punto 4); 30, 227 (238 y s.). Proporcionan un fragmento de la “representación social” pluralista

de la vinculación a la ley-, especialmente las formas y posibilidades⁸⁶ de participación graduales en el propio proceso constitucional⁸⁷ (ante todo “audiencia” y “participación”); nuevas formas de participación de potencias públicas pluralistas como intérpretes constitucionales en sentido amplio tienen que ser desarrolladas. El derecho procesal constitucional se convierte en un fragmento del derecho democrático de participación. La interpretación constitucional de los jueces constitucionales puede ser en correspondencia más elástica y expansiva,⁸⁸ sin que pudiera,

en el Derecho procesal constitucional. Sintomático es el cuestionario enviado por el TCF (Segunda Sala) al Parlamento federal, parlamentos de los *Länder* y partidos sobre el tema de las dietas de los parlamentarios, FR de 10 de marzo de 1975, p. 1. Cfr. aun la regulación ejemplar en § 48 de la Ley del Tribunal Constitucional de Hesse y en § 42 de la Ley del Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg.

⁸⁶ Al respecto HÄBERLE, Peter, AöR 98, 1973, 119 (128 nota 43). Explosiva es la cuestión de la participación del *Bundestag* (y de su mayoría) en la discusión constitucional, conducida por la minoría de la oposición, sobre el § 218 del Código Penal (al respecto Woche im Bundestag de 18 de septiembre de 1974, ed. 15, p. 3). El desarrollo del Parlamento como lugar de enfrentamiento entre mayoría de gobierno y minoría opositora aboga por continuar este reparto de roles también en el Derecho procesal constitucional: sería un argumento para una participación del *Bundestag* mediante su personación en el procedimiento (cfr. además § 77 LTCF, que también concede al *Bundestag* derecho a manifestarse precisamente cuando en el procedimiento de control abstracto de constitucionalidad un tercio de los miembros del *Bundestag* lo solicitan, cfr. aun §§ 82 apt. 2, 83 apt. 2, 94 LTCF). Derecho procesal constitucional y Derecho parlamentario se solapan aquí (otro ejemplo: BVerfGE 27, 44 [51 s.]). Sería consecuente “constitucionalizar” la *oposición* como tal en el Derecho procesal constitucional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucional Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del *Bundestag* legitimado procesalmente. *De lege lata* el *Bundestag* debería insertar en los dictámenes el voto de la minoría opositora.

⁸⁷ En WINTER y SCHUMANN, *Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren*, en *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 3, 1972, pp. 529 y s., se consideran la oralidad y la inmediatez de la interacción en el juicio como “islas de la acción comunicativa, que resultan casi anacrónicas en una constitución social burocrática-funcional racionalista”. Quizá en el proceso constitucional se ofrezca la oportunidad de alcanzar un mayor grado de comunicación no distorsionada en el sentido de Habermas que en otros ámbitos, compárese BACHOF, op. cit. (*supra* nota 47).

⁸⁸ Existe una relación entre los instrumentarios de averiguación y de prognosis a disposición del Tribunal Constitucional Federal, y la precisión de los criterios jurídico-materiales por él aplicados: mientras que en las recientes leyes económicas (especialmente las de coyuntura) el requisito de la idoneidad se utiliza bastante generosamente (BVerfGE

ni fuera lícito llegar a una identidad con la del legislador. La concreta utilización del derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional Federal tiene que ser también flexible de conformidad con las cuestiones jurídico-materiales pendientes y los participantes *materiales* (interesados). La relación intensa entre la Constitución material y el derecho procesal constitucional se muestra también aquí.⁸⁹

Una expansión de la actividad de la justicia constitucional significa desde luego una restricción del margen de discreción interpretativo del legislador.⁹⁰ En general, la organización legislativa óptima y la afinación interpretativa del derecho procesal constitucional son condiciones necesarias para que la legitimación de la jurisprudencia constitucional, intentada aquí desde la teoría democrática, esté suficientemente garantizada en la realidad.

V. NUEVOS PLANTEAMIENTOS PARA LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. ¿DISTINTOS OBJETIVOS Y MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN DE DIFERENTES PARTICIPANTES?

De la vinculación de las cuestiones relativas a los objetivos, métodos y participantes de la interpretación constitucional resultan nuevos planteamientos no sólo para la jurisprudencia constitucional y sus métodos, sino también para la teoría constitucional que se ocupa de éstos.

Ya se indicó la posible objeción de que la “disolución” de la interpretación constitucional no se deja incorporar sin tensiones a una teoría constitucional que contemple la elaboración de consenso, de unidad

29, 402 [410 s.]; 36, 66 [71 s.]), el TCF ha fundado sus investigaciones y prognosis empíricamente de forma muy exhaustiva, p. ej., en la sentencia de las farmacias (BVerfGE 7, 377 ss. [= JZ, 1958, 472 ss.]) (compárese *Philippi*, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, pp. 57 ss.) y podía entonces aplicar también criterios jurídico-materiales estrictos.

⁸⁹ Sobre este punto *mi* artículo en JZ, 1973, pp. 451 ss.; también *Zuck*, JZ, 1974, p. 361 (364). Importante fue el mantenimiento de la cláusula de los profesores universitarios del § 3 apt. 4 LTCF.

⁹⁰ La cuestión de los deberes diferenciados de motivación y de provisión de material del legislador debería ser meditada. También aquí se muestra una relación, no analizada todavía totalmente, entre derecho parlamentario y derecho procesal constitucional.

política como objetivo del procedimiento jurídico-constitucional y como objetivo del proceso político en general.⁹¹ Una teoría constitucional semejante no puede, sin embargo, ser malinterpretada simplifcadamente como armonizadora. El consenso resulta también del conflicto y del compromiso entre los participantes que defienden egoístamente opiniones e intereses divergentes. Derecho constitucional es, ahora bien, derecho del conflicto y del compromiso a la vez. Es evidente que los autores de una moción y sus adversarios en el proceso constitucional perseguirán distintos objetivos y por tanto escogerán distintos métodos interpretativos y vestirán sus contenidos con tales métodos; lo mismo puede decirse respecto de los representantes de distintos intereses que son oídos por las comisiones parlamentarias, de los partidos mayoritarios y la oposición en el proceso parlamentario.⁹² En esta medida se muestran paralelismos entre derecho procesal constitucional y derecho parlamentario.

Se desprenden aquí efectos *retroactivos* de los principios interpretativos jurídico-funcionales en la interpretación constitucional material.⁹³ Han de ser tematizados más intensamente que hasta ahora, en correspondencia con los efectos retroactivos de los principios procedimentales en la interpretación constitucional material.⁹⁴ El derecho constitucional material –vivido– surge de una pluralidad de funciones desempeñadas “correctamente”: las del legislador, del juez constitucional, de la opinión pública, del ciudadano, pero también del gobierno y de la oposición. Esta reflexión sobre la interpretación constitucional significa desde el lado funcional, procedimental: la corrección funcional de la interpretación constitucional conduce a la disparidad práctica de la interpretación constitucional. Cómo se interprete –correctamente– depende en cada caso del órgano, su procedimiento, su función, sus cualificaciones.

⁹¹ Compárese HESSE, *Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

⁹² Sobre la democracia parlamentaria como “transferencia de la idea de *proceso judicial* al *proceso político* legislativo”: KRIEGLER, *VVDStRL* 29 (1971), p. 46 (50).

⁹³ Con razón habla EHMKE, *VVDStRL* 20, 1963, p. 53 (73) de una “relación insoluble” entre principios interpretativos jurídico-materiales y jurídico-funcionales; cfr. también p. 76: “bilateralidad”.

⁹⁴ Al respecto HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (118 ss.); *idem*, *JZ*, 1973, p. 451 (452 y s.); *DVBl.*, 1973, pp. 388 y s.

2. FUNCIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Otro problema es si a este respecto se puede hablar de la corrección –aunque relativizada– de la interpretación. Para la teoría constitucional se plantea ahora la cuestión básica de si puede ser su función vincular normativamente las diferentes fuerzas políticas y participantes en sentido amplio, *proponerles* los métodos interpretativos “buenos”.

¿Hasta qué punto debe ampliar el círculo de sus interlocutores la *teoría* constitucional, que hasta ahora era crítica y asesora, compañero de discusión y de consenso de los Tribunales Constitucionales? Esto podría tener entonces también consecuencias para la configuración del Derecho procesal constitucional.

La fijación en la jurisprudencia ha de ser sin duda superada. Parece abrirse camino la opinión de que la teoría constitucional tiene que ser, por lo menos igualmente, también teoría de la legislación, es decir, interlocutor del legislador.⁹⁵

La relevancia de la cuestión de los distintos objetivos y métodos de los distintos participantes se comprueba aquí con ejemplos: la *preferred freedoms doctrine*⁹⁶ y el principio de *self restraint* sólo rigen para la jurisprudencia, no precisamente para la legislación. En esta medida el problema ya ha sido aludido por Hesse y Ehmke: si la interpretación constitucional se halla bajo el mandato de “corrección funcional”, entonces el órgano intérprete, en virtud de sus competencias específicas, tiene que interpretar de forma *distinta* que otro órgano con otras competencias.

La teoría constitucional como teoría legislativa debería investigar las –hasta ahora descuidadas– peculiaridades propias de la interpretación constitucional por el legislador (y con ello también la gran relevancia del derecho parlamentario). Ésta ha sido contemplada hasta ahora más bien de forma “refleja”: desde la jurisdicción constitucional, es decir, sus límites funcionales, p. ej. con ayuda de la *preferred freedoms doctrine*, la presunción de constitucionalidad de la acción legislativa,⁹⁷ de la discrecionalidad del

⁹⁵ Sobre la cuestión de la teoría de la legislación: HÄBERLE, Peter, en *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 36 (38 y s.); H.-P. Schneider, *ibidem*, pp. 76 ss.; Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

⁹⁶ A este respecto H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, pp. 437 y ss.; HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, pp. 40 y s., 164 y s.

⁹⁷ HESSE, *Grundzüge*, p. 33.

legislador en los límites del “sistema de valores” de la Constitución⁹⁸ o en la fórmula negativa: ninguna acción arbitraria.⁹⁹ Ahora se trata de delimitar desde ella misma, positivamente, la interpretación constitucional “a través” del legislador: desde *sus* procedimientos (en especial del Derecho parlamentario), sus funciones,¹⁰⁰ etc., no sólo negativamente a través del rodeo por la cuestión de hasta qué límites jurídico-funcionales puede controlar el intérprete (juez) constitucional. Se trata de un entendimiento positivo de la competencia del legislador *como* intérprete constitucional: sea que en el proceso político “pre”formula constantemente, sea que participa él mismo de forma formalizada en los procedimientos del Tribunal Constitucional (compárese §§ 77, 82 II,¹⁰¹ 83 II, 88, 94 IV, V LTCF).

La cuestión de si y en qué medida otros participantes, individuos y grupos, deben ser vinculados normativamente, “constitucionalizados” por la teoría constitucional, es más difícil y debe ser respondida diferenciadamente.

Constitucionalizar formas y procedimientos de la participación es función específica de una teoría constitucional (procesal). Esto sólo puede valer limitadamente para los contenidos y métodos. El “proceso político” debe ser (permanecer) en principio tan abierto como sea posible, también la interpretación constitucional “absurda” debe tener la oportunidad de ser representada por alguien en algún momento. Aunque el proceso político es un proceso de comunicación de todos con todos, en el cual la

⁹⁸ BVerfGE 11, 50 (56); 13, 97 (107); 14, 288 (301). Para una crítica: GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973; al respecto mi comentario JR, 1974, pp. 487 y s.

⁹⁹ BVerfGE 1, 14 (52), jurisprudencia constante: compárese BVerfGE 18, 38 (46). Al respecto *mis* pruebas AöR 95, 1970, p. 86 (104 s., 118 y ss.), 260 (281 y ss.) y para la relación entre jurisprudencia y Administración en el “ámbito” de la discrecionalidad: Öff. Interesse, pp. 647 y ss.

¹⁰⁰ Importante es el intento de NOLL, *Gesetzgebungstheorie*, 1973, de desarrollar un “método de la legislación” que no sea solamente “tecnología de poder”, sino “cuestión de valores” (p. 63) y propone procedimientos que están orientados al pensamiento del racionalismo crítico (compárese especialmente los apartados sobre el trazado de alternativas y los procedimientos de su crítica, pp. 107 y ss., 120 y ss.). Pero Noll no considera demasiado la legislación desde el aspecto de la interpretación constitucional (compárese sólo pp. 103 y s.).

¹⁰¹ Para una extensión del § 82 apt. 2 LTCF al procedimiento de control abstracto de constitucionalidad (mediante modificación legislativa): FRIESENHAIN, JZ, 1966, p. 705-709. Sobre el desarrollo generoso del § 77 LTCF por el Tribunal Constitucional Federal: Lechner, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 3ª ed., 1973, explicación 2 al § 77.

teoría constitucional debe precisamente también intentar hacerse oír, hallar su propio emplazamiento y desempeñar su función como instancia crítica.¹⁰² Pero una insuficiente “*academical self restraint*” puede también conducir a una pérdida de autoridad. La teoría constitucional democrática aquí aludida tiene igualmente una responsabilidad especial para la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

APÉNDICE A “LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES”

Este trabajo, expresión concreta del entendimiento de la “Constitución como proceso público”, ha sido desde su aparición controvertidamente discutido: compárese en primer lugar YERSIN, JA 1975 ÖR, pp. 129 y ss. (453 y ss.); por una parte E.-W. Böckenförde, NJW, 1976, p. 2089 (2093 ss.); OSSENBÜHL, en *BVerfG-Festgabe I*, 1976, p. 458 (510); cfr. sin embargo también *idem*, en DÖV, 1977, p. 801 (809 nota 47); por otra parte Kirchhof, en: *BVerfG-Festgabe I* (1976), p. 50 (101, 106); *id.*, *Rechtsänderung durch geplanten Sprachgebrauch?*, Ged.-Schrift für F. Klein (eds. Dieter Wilke y Harald Weber), 1977, p. 227 (239); SCHUPPERT, *Bürgerinitiativen...*, AöR 102 (1977), p. 369 (396); SAILER, ZRP, 1977, p. 303 (p. 309 con nota 74); HAVERKATE, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*, 1977, p. 173 nota 61. Cfr. también STERN, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, vol. I, 1977, pp. 114 s.; GÖLDNER, *Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat*, 1977, p. ej. p. 43 así como HANS F. ZACHER, en *VVDStRL* 34, 1976, p. 284 (discusión). Aprobación y crítica a la vez ISENSEE, NJW, 1977, p. 545 (550 y s.) en la discusión sobre los valores básicos. Asentimiento y crítica parecen igualarse (cfr. últimamente LERCHE, en *FS für Ipsen*, 1977, p. 437 [437 nota 1] para cuestiones constitucional-procesales).

El trabajo se concibe él mismo como una voz en la acción concertada de la -pluralista- ciencia del Derecho constitucional. La mirada a los que participan “personalmente” en los procedimientos, contenidos y resultados de la interpretación constitucional es tan necesaria ahora como antes. El pensamiento en el sentido de la “sociedad abierta” de Popper representa el fundamento último.

¹⁰² HÄBERLE, Peter, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, AöR 99, 1974, p. 437 (453 y ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.].