

Min.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS - UNAM / MINIMA TROTTA

Riccardo Guastini. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional.** Prólogo de Miguel Carbonell

MINIMA TROTTA

Título original: Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale

© Riccardo Guastini, 2007

© Miguel Carbonell, para el prólogo, 2008

**© Miguel Carbonell y Pedro Salazar,
para la traducción, 2008**

© Editorial Trotta, S.A., 2008
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http: [\\www.trotta.es](http://www.trotta.es)

ISBN: 978-84-8164-981-9
depósito legal: M. 35.825-2008

impresión
Fernández Ciudad, S.L.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A fin de circunscribir el objeto de nuestra investigación, es necesario introducir dos definiciones preliminares. La primera se refiere al concepto de interpretación (1), la segunda al concepto de constitución (2).

Por otra parte, el estatuto lógico de la interpretación jurídica es controvertido en la teoría general del derecho contemporánea, por lo que también sobre esto es oportuno decir algo (3).

1. «*Interpretación*»

En el lenguaje jurídico el vocablo «interpretación» es doblemente ambiguo (1.1 y 1.2).

1.1. *Primera ambigüedad de «interpretación»*

Con el vocablo «interpretación» se suele hacer referencia a la atribución de significado a un texto normativo, o bien a la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto (calificación que da fundamento para la solución de una

controversia específica)¹. Si bien lo segundo presupone lógicamente lo primero, se trata de dos actividades intelectuales diferentes². Debemos por tanto distinguir entre:

a) la interpretación «en abstracto», que consiste en identificar el contenido de significado —es decir, el contenido normativo (la norma o normas)— expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo (una fuente del derecho) sin referencia a algún supuesto de hecho concreto; y

b) la interpretación «en concreto», que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto».

Los dos tipos de interpretación responden a dos tipos de indeterminación del derecho: el derecho, en efecto, es doblemente indeterminado (1.1.1.).

1.1.1. *La indeterminación del derecho* concierne: por un lado, al sistema jurídico en cuanto tal; por el otro, a cada uno de sus componentes, o sea a cada norma³.

i) *Lo equívoco de los textos normativos*. En primer lugar, es indeterminado el sistema jurídico en el sentido de

1. Una aclaración sobre el concepto de interpretación es particularmente necesaria en el presente contexto, ya que, en la literatura norteamericana sobre la interpretación constitucional, el vocablo «interpretación» es utilizado con frecuencia en un sentido muy amplio, que no tiene relación con el sentido más común del discurso de los juristas.

2. Cf. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, cap. VI; M. Troper, «La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française», en *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992.

3. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. V.

que —por causa de la equivocidad de los textos normativos— no se sabe cuáles normas están en vigor. Algunos ejemplos pueden aclarar el problema.

a) A veces un texto normativo es ambiguo: podemos preguntarnos si expresa la norma N1 o por el contrario la norma N2⁴.

b) A veces se conviene que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si expresa también la norma N2⁵.

c) A veces se conviene que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si N1 implica, o no, la norma N2⁶.

4. Por ejemplo: el artículo 31 de la ley 352/1970 italiana, establece que «no se puede depositar solicitud de referéndum [derogatorio, en el sentido del artículo 75 de la Constitución italiana] en el año anterior a la terminación del periodo de una de las dos Cámaras [...]». ¿Debemos entender que la solicitud de referéndum no puede ser depositada en el año solar anterior a la terminación del periodo de una Cámara, o que no puede ser depositada en los 365 días anteriores a la terminación?

5. Por ejemplo: el artículo 38, de la ley italiana 352/1970, dispone que «en el caso de que el resultado del referéndum sea contrario a la derogación [...] no puede formularse solicitud de referéndum para la derogación de la misma ley». No hay duda de que, en virtud de esta disposición, ha precluido la solicitud de un nuevo referéndum cuando la precedente consulta referendaria haya sido rechazada por la mayoría de los votos válidos. Pero es dudoso que esta misma disposición prohíba una nueva solicitud también cuando el referéndum precedente haya tenido un resultado negativo debido al hecho de que no haya participado en la votación la mayoría de quienes tenían el derecho de hacerlo (artículo 75, párrafo 4, constitución italiana).

6. El artículo 94, párrafos 2 y 5, de la constitución italiana prevé que una de las Cámaras pueda votar una cuestión de confianza sobre el gobierno. ¿Tal norma implica, o no, que una de las Cámaras puede votar una cuestión de confianza sobre un ministro en lo particular? O incluso: ¿la atribución al Jefe del Estado del poder de gracia (artículo

d) A veces se conviene en que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si tal norma sea «derrotable» (*defeasible*)⁷, es decir, si está sujeta a excepciones implícitas no identificables *a priori*⁸.

Por esta razón es necesario distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos —las «disposiciones», como se suele decir— y las normas, entendidas como significados: entre las dos cosas, de hecho, no se da una correspondencia bi-unívoca⁹. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente. Muchos enunciados normativos (quizá todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente. Por otro lado, según el sentido común de los juristas, todo sistema jurídico está lleno de normas «implícitas», es decir, normas que no corresponden a algún enunciado normativo, debido a que no han sido formuladas por alguna autoridad normativa (muchos «principios generales del derecho» pertenecen a esta categoría).

Es necesario subrayar que lo equívoco de los textos normativos no depende solamente de ciertos defectos ob-

lo 87, penúltimo párrafo) implica, o no, que el refrendo ministerial (requerido por el artículo 89, párrafo primero) es un acto obligatorio?

7. Sobre el concepto de «derrotabilidad», C. E. Alchourrón, «On Law and Logic»: *Ratio Juris* 9 (1996).

8. El presidente de la República puede oponer el veto (suspensivo) a las leyes ordinarias (artículo 74, párrafo 1, constitución italiana), pero ¿puede oponerlo también a las leyes de reforma constitucional (a las que se refiere el artículo 138)? E incluso: ¿la norma que prohíbe el ingreso de vehículos en un aparcamiento —para poner un clásico ejemplo de escuela— es o no aplicable a las ambulancias?

9. M. Troper, «Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?»: *Pouvoirs* 16 (1981), p. 9.

jetivos en su formulación, sino también —mejor dicho: sobre todo— de otras cuestiones: en particular, la multiplicidad de métodos interpretativos y la dogmática jurídica (a lo que se podría agregar: los juicios de valor de los intérpretes, sus sentimientos de justicia).

En primer lugar, en la mayor parte de los casos un enunciado normativo expresa significados diversos según sea examinado por uno u otro método interpretativo (por ejemplo, el argumento *a contrario* o el argumento analógico).

En segundo lugar, todo intérprete se acerca a los textos normativos provisto de una serie de presuposiciones «teóricas» que fatalmente condicionan su interpretación. Tales presuposiciones no son más que las construcciones dogmáticas elaboradas por los juristas *antes* de la interpretación de cualquier enunciado normativo específico. Por ejemplo: la doctrina formulada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Marbury* (1803), según la cual toda constitución escrita implica el principio de que toda ley contraria a la constitución es nula (y que esa nulidad puede ser declarada por los jueces); la teoría del gobierno parlamentario; la teoría de las relaciones entre los sistemas jurídicos estatales y el derecho comunitario; la teoría de la prueba, etcétera. Pues bien, toda construcción dogmática condiciona la interpretación, bien sea sugiriendo una decisión interpretativa determinada que se prefiere sobre las demás, bien excluyendo ciertas decisiones interpretativas de otra forma posibles. Además, toda construcción dogmática es una matriz de normas «implícitas», o sea de normas no formuladas por las autoridades normativas, sino elaboradas por los intérpretes a través de diversos procedimientos argumentativos pseudo-lógicos.

ii) *La vaguedad de toda norma*. En segundo lugar, toda norma vigente es indeterminada en el sentido de que —por causa de la vaguedad de cualquier lenguaje natural— no se sabe cuáles supuestos de hecho recaen en su campo de aplicación. Dada una norma cualquiera, existen casos a los cuales es ciertamente aplicable, casos en los que obviamente no puede ser aplicada y finalmente casos «dudosos» o difíciles (*hard cases*) en los que la aplicabilidad de la norma es discutible. Por ejemplo, una compra-venta realizada al precio medio de mercado es sin duda una compra-venta; una supuesta «compra-venta» a un precio irrisorio es una donación disimulada; ¿pero cuál es el precio en el que debemos fijar el límite entre la compra-venta y la donación?

La vaguedad (la *open texture*) —a diferencia de lo equívoco— es una propiedad objetiva del lenguaje, y no solamente del lenguaje jurídico: todos los predicados en sentido lógico —es decir, todos los predicados que no denotan un individuo («el señor X», «el acusado», «el Tribunal Constitucional», etcétera), sino una clase (como «contrato», «tratado», «empresa», «asociación», etcétera)— comparten esta propiedad. La vaguedad no depende por tanto de las técnicas interpretativas o de la dogmática: no puede ser suprimida (aunque puede ser reducida a través de definiciones).

Ahora bien, la interpretación «en abstracto» —que consiste en interpretar enunciados normativos completos— reduce la indeterminación del sistema jurídico en cuanto tal, identificando las normas en vigor; mientras que la interpretación «en concreto» —que consiste en la interpretación de los predicados— reduce la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos que son regulados por cada una de ellas.

1.2. Segunda ambigüedad de «interpretación»

Con el vocablo «interpretación» se hace referencia en algunas ocasiones a un acto de conocimiento, en otras a un acto de decisión y en otras más a un acto de creación normativa¹⁰. Debemos por tanto distinguir:

a) la interpretación *cognitiva*, que consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo (sobre la base de las reglas del lenguaje, de las diversas técnicas interpretativas, de las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina, etcétera) sin escoger alguno de ellos;

b) la interpretación *decisoria*, que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva, descartando los demás;

c) la interpretación *creativa*, que consiste en atribuir a un texto un significado «nuevo» —no comprendido entre los identificables a través de la interpretación cognitiva— y/o en recabar del texto de las normas, llamadas «implícitas», a través de medios pseudo-lógicos (o sea mediante razonamientos no deductivos, y por tanto no concluyentes: por ejemplo, mediante el argumento analógico) (1.2.1).

La interpretación cognitiva es una operación puramente científica, que carece de cualquier efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación

10. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, título VIII (traducción castellana, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1979); R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. VI; O. Pfersmann, «La notion moderne de constitution», en L. Favoreu (ed.), *Droit constitutionnel*, Paris, 32000, pp. 113 ss.

creativa son operaciones «políticas» (en sentido amplio), que pueden ser realizadas tanto por un jurista, como por un órgano de aplicación. La única diferencia importante es que sólo la interpretación realizada por un órgano aplicador es «auténtica», en sentido kelseniano, es decir, está provista de consecuencias jurídicas.

Es necesario sin embargo subrayar que la interpretación creativa no es, estrictamente hablando, un acto de «interpretación»: como el nombre lo sugiere, se trata de un verdadero acto de creación normativa.

1.2.1. *La construcción de normas implícitas.* En la mayor parte de los casos, lo que hemos llamado interpretación creativa consiste en construir —a partir de normas explícitas, expresamente formuladas por las autoridades normativas— normas «no expresas» («implícitas», en un sentido muy amplio, no lógico, de este término): normas, en suma, que ninguna autoridad normativa ha formulado¹¹.

Ahora bien, toda norma implícita es construida por los intérpretes mediante un razonamiento en el que una o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión. Es necesario, sin embargo, distinguir.

i) Algunas normas implícitas son construidas por medio de razonamientos lógicamente válidos, o sea deductivos, usando como premisas exclusivamente normas explícitas. Por ejemplo: de la combinación de una definición legislativa, «Por ciudadano se entiende X», y de la norma que contiene el término definido, «Todos los ciudadanos

11. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. VII.

tienen derecho a votar», se extrae la consecuencia «Todos los X tienen derecho a votar». En este caso estamos frente a normas implícitas en sentido estricto, es decir, en sentido lógico.

ii) La mayor parte de las normas implícitas son construidas de otro modo:

a) mediante razonamientos deductivos que incluyen entre las premisas enunciados que no son normas explícitas, y enunciados interpretativos (por ejemplo, definiciones doctrinales de términos contenidos en la formulación de las normas);

b) mediante razonamientos no deductivos, y por tanto inválidos desde el punto de vista lógico (por ejemplo, el llamado argumento analógico);

c) mediante razonamientos —deductivos o no deductivos, poco importa— que incluyen entre las premisas enunciados que constituyen construcciones dogmáticas de los juristas, más o menos arbitrarias (como la «teoría del contrato», la «teoría del gobierno parlamentario», la «teoría de las relaciones entre ordenamiento comunitario y ordenamientos estatales», etcétera).

Pues bien, sólo las normas implícitas del primer tipo (i) pueden ser consideradas implícitas en sentido estricto, y por tanto normas «positivas», o sea creadas por la autoridad normativa, aunque no hayan sido formuladas. Por el contrario, las normas del segundo tipo (ii) son el producto o de un trabajo de interpretación, o de un verdadero y propio trabajo de «construcción jurídica» realizado por los intérpretes.

2. «Constitución»

Con el vocablo «constitución» se denota habitualmente un conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos así como las relaciones entre el Estado y los ciudadanos: es lo que se suele llamar «constitución en sentido material». Pero las normas en cuestión pueden ser tanto consuetudinarias (es el caso, por ejemplo, del Reino Unido), como escritas y estar recogidas en un «código» constitucional (es el caso de la casi totalidad de los Estados contemporáneos). Por otro lado, la mayor parte de las constituciones escritas contemporáneas, junto a las normas «materialmente» constitucionales, mencionadas hace un momento, contienen además otras normas, sobre todo principios dirigidos a determinar el contenido de la legislación futura.

Ahora bien, ya que la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, cuando se habla de interpretación constitucional, la constitución en cuestión no puede más que ser una constitución escrita: una «constitución formal», como se suele decir.

En efecto, la interpretación de una constitución escrita y la «interpretación» de una constitución consuetudinaria son cosas del todo diversas. Cuando se trata de una constitución consuetudinaria, lo que llamamos «interpretación» no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento. Una costumbre, en última instancia, no es más que un comportamiento humano: un comportamiento «regular» o habitual. Interpretar la costumbre constitucional significa recabar normas de los comportamientos regulares de los órganos del Estado, o sea presumir que los órganos en



cuestión se comportan de un cierto modo no por casualidad, o simplemente por rutina, sino con la intención de seguir una norma, que entienden como existente y vinculante.

3. *Controversias en torno al estatuto lógico de la interpretación*

(Desde siempre) se discute en la doctrina cuál es el estatuto lógico de la interpretación, en particular de la interpretación judicial. Se trata de saber, en particular, si la interpretación (judicial) es un acto de conocimiento (ésta es la tesis de las distintas teorías cognitivas) o bien un acto de voluntad (ésta es la tesis de las teorías escépticas).

3.1. *La teoría de la interpretación de la Ilustración*

Según una primera teoría, llamada «formalista», que se remonta a las doctrinas jurídicas de la Ilustración, la interpretación es un acto de conocimiento, que consiste en descubrir el «verdadero» significado objetivo de los textos normativos. En este sentido, de acuerdo con Montesquieu, el juez no es más que «la boca de la ley», y la función judicial no es más que un «poder nulo». De esto se sigue que los enunciados interpretativos («El texto T significa S») pertenecen al discurso descriptivo, y pueden por tanto ser verdaderos o falsos: para todo texto normativo existe una, y sólo una, interpretación verdadera, siendo todas las demás falsas¹².

12. P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, Montréal, 31999.

Esta teoría, que presupone la existencia, en todo texto normativo, de un sentido unívoco y susceptible de ser conocido, y que desconoce por tanto la vaguedad y lo equívoco de los enunciados normativos, al día de hoy, aparentemente no es compartida por nadie¹³. Sin embargo, está inscrita, incorporada, en muchas instituciones del Estado moderno: en particular, en la separación de poderes, así como en todos los controles de legitimidad de los actos de los poderes públicos (lo que incluye el control de legitimidad constitucional de las leyes).

3.2. *El neo-cognitivismo contemporáneo*

La teoría actualmente más difundida es muy distinta del cognitivismo ingenuo de la Ilustración, pero es desde luego una forma de cognitivismo, aunque un poco más sofisticada. No niega —al contrario, subraya con decisión— la vaguedad (la *open texture*) del lenguaje normativo, y saca como consecuencia que, junto a los casos «claros», en los cuales la aplicación de una norma no supone problema alguno, ya que caen en su campo de aplicación de un modo evidente, existen siempre casos «difíciles» o «dudosos», en los cuales el juez ejerce su poder discrecional. Cuando un juez decide un caso fácil, se limita a tomar conocimiento de la norma: su enunciado interpretativo puede ser verdadero o falso. Por el contrario, cuando resuelve

13. Cf. sin embargo K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999: «interpretation finds meaning already existent in the constitutional text» (p. 7); «constitutional interpretation discovers meaning» (p. 11). Cf. también R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid/Barcelona, 1999.

un caso difícil, realiza un acto de voluntad: su enunciado interpretativo está privado del valor de verdad¹⁴.

En otras palabras, el poder discrecional de los intérpretes (en particular, de los jueces) se ejerce a nivel de la interpretación «en concreto», o sea en la calificación de los hechos, y solamente frente a los casos difíciles. Pero la teoría en cuestión no dice absolutamente nada de la interpretación «en abstracto»: supone tácitamente que la interpretación «en abstracto» —la identificación de la norma expresada por el enunciado normativo— es una simple cuestión de conocimiento, que puede ser fácilmente resuelta a la luz de las reglas del lenguaje común. Esta teoría desconoce por tanto lo equívoco del lenguaje normativo, la pluralidad de métodos interpretativos, la influencia de la dogmática sobre la interpretación, y el poder discrecional de los intérpretes que deriva de todo lo anterior.

3.3. *El escepticismo realista*

Existe, finalmente, una teoría escéptica, que se remonta al «realismo jurídico» americano de la primera mitad del siglo XX¹⁵, que está implícita en la «teoría pura» del derecho¹⁶, y que es hoy día sostenida por una parte minoritaria de la doctrina¹⁷. Esta teoría, consciente de la multiplicidad

14. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; G. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 41994.

15. J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York, 2.^a edición con notas del autor, 1948. Cf. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

16. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, cit., titre VIII.

17. Por ejemplo, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001;

de técnicas interpretativas y del papel que juegan las construcciones dogmáticas de los juristas, se toma en serio la equívocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, y extrae como consecuencia que, antes de la interpretación, no existe algún sentido objetivo en los textos normativos. De hecho, todo texto normativo es susceptible de interpretaciones diversas, sincrónicamente conflictivas y diacrónicamente variables —los juristas discuten, la jurisprudencia no es uniforme y conoce no pocos *revirements*— pero, por otro lado, desafortunadamente, no existe ningún criterio para distinguir entre la interpretación correcta y las incorrectas.

Desde este punto de vista, la interpretación —en particular, la interpretación «en abstracto»— es un acto de voluntad, que consiste no en tomar conocimiento del único significado, sino en decidir «un» significado en el ámbito de los varios significados igualmente posibles. Se sigue que los enunciados interpretativos no pertenecen al discurso descriptivo, por lo que están privados del valor de verdad.

En particular, los jueces de última instancia son libres de atribuir a los textos normativos cualquier significado: «Whoever hath an *absolute authority to interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them»¹⁸.

R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 2^a1992; P. Chiassoni, «Codi-
ci interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi», en P. Co-
manducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di*
giurisprudenza analitica, Torino, 2004.

18. Benjamin Hoadley, Bishop of Bangor, citado por J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, cit., p. 102.

II. LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

¿Quiénes son los intérpretes de la constitución? Desde luego, quien pueda interpretar cualquier texto normativo, y por tanto también una constitución: un juez, un abogado, un ciudadano, etcétera. Pero, cuando nos preguntamos sobre los intérpretes de la constitución, lo que queremos es identificar a sus intérpretes «privilegiados»: a los sujetos cuya interpretación es «auténtica» en sentido kelseniano, o sea la que produce efectos jurídicos¹⁹. Pues bien, en general, los intérpretes auténticos de cualquier texto normativo son los órganos competentes para aplicarlo. Las leyes y los reglamentos son aplicados por la administración pública y, en último análisis, por los jueces (civiles, penales, administrativos, etcétera): en particular, por los jueces de última instancia. Ahora bien, ¿se puede decir lo mismo de la constitución? La respuesta es que esto depende de diversas variables: la estructura de la constitución (1), la garantía jurisdiccional de la constitución (2), y la concepción que se tenga de la constitución (3)²⁰.

19. Es lo que O. Pfersmann, «La notion moderne de constitution», cit., pp. 113 ss., llama «interpretación orgánica».

20. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 271 ss. Otras particularidades de la interpretación constitucional

1. *La estructura de la constitución*

La primera variable es la estructura de la constitución. Debemos distinguir entre:

a) las constituciones que se limitan a diseñar la «forma del Estado», es decir, a regular la organización de los poderes estatales (su conformación, sus funciones, sus relaciones recíprocas, etcétera), y

b) las constituciones que, además, contienen disposiciones «sustanciales»: una declaración de derechos y/o disposiciones teleológicas, que formulan «principios» y programas políticos.

Ahora bien, evidentemente una constitución «breve», que contiene sólo normas organizativas, no es susceptible de aplicación jurisdiccional. Las normas en cuestión no regulan en modo alguno las relaciones sociales (llamadas «horizontales») entre los ciudadanos, y tampoco las relaciones (llamadas «verticales») entre ciudadanos y Estado. Se dirigen exclusivamente a los órganos constitucionales supremos (el parlamento, el gobierno, el jefe del Estado, etcétera): los únicos competentes para aplicar —y por tanto para interpretar «auténticamente»— la constitución.

Sólo una constitución «larga», que contenga también normas «sustanciales», puede, en ciertas circunstancias, ser aplicada por los órganos jurisdiccionales. Pero esto nos conduce a la segunda variable.

desde el punto de vista de los intérpretes son analizadas por M. Troper, «L'interprétation constitutionnelle», en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005; M. Troper, «Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes», en O. Pfersmann y G. Timsit (eds.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, 2001.

2. La garantía jurisdiccional de la constitución

La segunda variable se refiere a la garantía jurisdiccional de la constitución y a sus modalidades de organización. Antes que nada, debemos distinguir entre:

i) las constituciones —flexibles o rígidas, poco importa— que no prevén algún control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes (como, por ejemplo, la Constitución francesa de la «Tercera República» de 1875, o la constitución de los Estados Unidos antes de la decisión de la Suprema Corte en el caso *Marbury*, 1803), y

ii) las constituciones —necesariamente rígidas— que prevén tal control, como lo son casi todas las constituciones contemporáneas.

Por otro lado, dentro de las constituciones del segundo tipo (garantizadas), debemos distinguir entre:

a) las constituciones que organizan el control sobre las leyes de forma «difusa» —todo juez está autorizado para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las leyes, con ocasión de cualquier controversia que sea sometida a su consideración— como en los Estados Unidos, y

b) las constituciones que organizan el control en forma «concentrada» —el poder de juzgar la legitimidad constitucional de las leyes está reservado a un órgano especializado: un tribunal constitucional— como en la mayor parte de los países europeos²¹.

21. E incluso dentro de las constituciones que organizan el control de constitucionalidad de forma concentrada, debemos distinguir entre: (b1) las constituciones que prevén un control *a posteriori*, que se ejerce sobre leyes que ya están en vigor, como sucede en la mayor parte de los países europeos; y (b2) las constituciones que, como la constitución francesa vigente, prevén un control *a priori*, que se ejerce sobre textos

Cualquier constitución (flexible o rígida) que no prevea alguna garantía jurisdiccional de la conformidad de las leyes a la constitución, evidentemente, no está sujeta a alguna aplicación jurisdiccional. Poco importa su contenido: si incluye una declaración de derechos y normas de principio o programáticas su aplicación entera es competencia exclusiva de los órganos supremos constitucionales, por tanto de órganos políticos. La interpretación constitucional²² es «auténtica», debido a que no puede ser contestada o contradicha por nadie.

Por el contrario, cuando la constitución está garantizada, es necesario distinguir entre dos conjuntos de normas: las normas sobre la organización de los poderes públicos y las normas «sustanciales».

En general, las normas organizativas no pueden ser aplicadas más que por los órganos constitucionales supremos. Sin embargo, en algunas constituciones (en Italia y en Alemania, por ejemplo), el tribunal constitucional es competente para juzgar —además de la legitimidad constitucional de las leyes— también los «conflictos» entre poderes del Estado, por ejemplo, entre el parlamento y el gobierno, entre el gobierno y el jefe del Estado, etcétera. Bajo estas condiciones, también las normas organizativas son susceptibles de aplicación jurisdiccional: no por parte de cualquier juez sino solamente por parte del juez constitucional.

que todavía no han sido promulgados. Esta distinción es más importante desde el punto de vista de la eficacia del control, pero no parece tener alguna relación con el punto que nos interesa en este momento (o sea, la identificación de los intérpretes «auténticos» de la constitución).

22. O, para decirlo mejor, la interpretación de la constitución que resulta de la interacción «política» entre estos órganos (cf. M. Troper, *L'interprétation constitutionnelle*, cit.).

Por lo que se refiere a las normas sustanciales, que confieren derechos subjetivos y/o establecen principios generales, es necesario también distinguir.

Si el control sobre las leyes es concentrado, entonces solamente el tribunal constitucional es intérprete «auténtico» de última instancia de las normas constitucionales en cuestión.

Ciertamente, dichas normas son interpretadas (incluso de manera solamente implícita) también por el legislador en el momento en que se aprueba una ley, pero el tribunal constitucional tiene el poder de contradecir y revertir la interpretación de legislador, declarando la ilegitimidad constitucional de esa ley. La interpretación del tribunal constitucional, a su vez, no puede ser revertida por nadie. Una reforma constitucional, desde luego, puede revertir su decisión sobre la ilegitimidad constitucional, pero no su interpretación del texto constitucional: la reforma constitucional no consiste en cambiar la interpretación de la constitución, sino su texto²³.

Si, por el contrario, el control sobre las leyes es difuso, entonces, en línea de principio, todo juez es competente para aplicar las normas constitucionales en cuestión.

Sin embargo, siempre que el control difuso se combina con el principio del *common law* del precedente vinculante (*stare decisis*), como sucede en los Estados Uni-

23. Tampoco la reforma constitucional, sin embargo, puede siempre revertir las decisiones del tribunal constitucional: sucede de hecho (en Italia y en la India, por ejemplo) que el tribunal constitucional se considere competente para juzgar, paradójicamente, la legitimidad constitucional de las propias leyes de reforma constitucional. Una crítica de los fundamentos teóricos de este tipo de jurisprudencia en M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, cit., cap. XIII.

dos, la Corte Suprema dispone prácticamente del mismo poder que un tribunal constitucional. De hecho, aunque, en línea de principio, una de sus decisiones produce solamente efectos *inter partes*, válidos solamente para la controversia específica dentro de la que se ha pronunciado, su interpretación constitucional es al mismo tiempo vinculante para los jueces inferiores, que estarán por ello obligados a considerar también ellos inconstitucional la ley declarada así por la Corte Suprema.

3. *La concepción de la constitución*

La tercera variable es la concepción política de la constitución difundida en la cultura jurídica²⁴. Es necesario distinguir, particularmente entre:

a) la concepción (clásica), sugerida por el artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789), según la cual la función de toda constitución es la organización, la distribución, y —en último análisis— la limitación del poder político, con el fin de proteger la libertad de los ciudadanos; y

b) la concepción (moderna o mejor dicho contemporánea) según la cual la función de la constitución es organizar a la sociedad civil (y no sólo a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no sólo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos).

Ahora bien, la concepción clásica de la constitución como límite al poder político implica la idea de que las normas constitucionales se dirigen sólo a los órganos del Estado, que ejercen precisamente funciones políticas. Im-

24. M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

plica, además, la idea de que las normas constitucionales «sustanciales» regulan solamente las relaciones «verticales» entre el Estado y los ciudadanos, y no las relaciones «horizontales» entre los ciudadanos. Esta concepción, en otras palabras, excluye en línea de principio que las normas constitucionales puedan ser aplicadas por los jueces (salvo el juez constitucional, suponiendo que exista), para resolver las controversias entre particulares.

Por el contrario, la concepción que he llamado «moderna» —la idea, por así decirlo, de que la constitución contiene un proyecto detallado de «sociedad justa»— favorece evidentemente la aplicación directa de la constitución por parte de cualquier juez en cualquier controversia (la *Drittwirkung* de la doctrina alemana). Por ejemplo, la constitución proclama el «derecho inviolable a la salud»; el juez civil acepta una demanda de resarcimiento por un «daño biológico» o incluso «existencial», aunque no esté previsto expresamente (incluso aunque esté implícitamente excluido) por el código civil²⁵.

Una concepción de este tipo está hoy día bastante difundida en el pensamiento jurídico occidental: parece estar justificada por el contenido de muchas constituciones contemporáneas, sobre todo las expedidas después de la segunda guerra mundial, que —junto a las normas sobre la organización política del Estado— incluyen, precisamente, principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples «concretizaciones» (*infra* 3.2.2).

25. Aludo a la jurisprudencia italiana en materia de responsabilidad aquiliana por los daños llamados «biológicos» y «esenciales».

III. LAS TÉCNICAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una técnica de interpretación consiste en un procedimiento que parte de un enunciado normativo —una disposición o un fragmento de disposición— para llegar a un significado, o sea a una norma (o a una pluralidad de normas). Dicho procedimiento puede ser considerado ya sea como procedimiento intelectual, que tiene lugar en la mente del intérprete, ya sea como discurso: el discurso «público» mediante el cual el intérprete ofrece unos argumentos para sostener la interpretación elegida. Evidentemente este discurso es la única cosa susceptible de análisis tanto empírico, como lógico. Ahora bien, en cuanto discurso argumentativo, cada técnica interpretativa presenta una estructura lógica muy simple²⁶.

i) *La argumentación de la interpretación.* La conclusión de la interpretación es una tesis interpretativa: «El enunciado E significa (o implica) S», o bien «La disposición jurídica D expresa (o implica) la norma N».

26. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

Para sostener esta conclusión sólo se pueden utilizar dos premisas:

a) en primer lugar, un argumento interpretativo: por ejemplo, «Era intención del legislador expresar la norma N»;

b) en segundo lugar, un principio metodológico: por ejemplo, «Se debe atribuir a cada disposición jurídica el significado que corresponde a la intención del legislador».

Ahora bien, el argumento interpretativo exige a su vez otros argumentos. Por ejemplo, se podría argumentar la tesis según la cual «Era intención del legislador expresar la norma N» utilizando los trabajos preparatorios.

Sin embargo, en relación con el principio metodológico hay que hacer una observación. Todos los principios metodológicos de la interpretación son directivas «derrotables»: es decir, todos admiten excepciones que no pueden enumerarse de forma anticipada («Se debe atribuir a cada disposición jurídica el significado que corresponde a la intención del legislador, a menos que...»). Además, para cada principio metodológico, siempre es posible encontrar un principio opuesto que conduciría hacia una conclusión interpretativa diferente (por ejemplo, «Se debe atribuir a cada texto normativo el significado que corresponde al uso común de las palabras, sea la que sea la intención del legislador»). Por otra parte, la elección entre principios metodológicos alternativos no admite un argumento estrictamente «jurídico»: dicha elección sólo puede sostenerse con argumentos *lato sensu* políticos (por ejemplo, la certeza del derecho, la deferencia hacia el legislador democrático, etcétera). Por estas razones, en las argumentaciones efectivamente desarrolladas por juristas y jueces, el principio metodológico utilizado es, con fre-

cuencia, omitido. Con la consecuencia de que la argumentación pierde su carácter deductivo (se reduce a un entimema) y por lo tanto resulta no concluyente.

ii) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Ahora bien, las técnicas de la interpretación en general, y de la interpretación constitucional en particular, pueden examinarse desde dos puntos de vista diferentes: un punto de vista descriptivo o cognitivo y un punto de vista prescriptivo o normativo.

El punto de vista descriptivo —diremos: la «teoría» de la interpretación constitucional— consiste precisamente en describir y analizar las técnicas efectivamente utilizadas por jueces y juristas cuando interpretan la constitución.

El punto de vista prescriptivo —diremos: la «doctrina» (o la ideología) de la interpretación constitucional— es el punto de vista de quienes, sin interesarse en saber cómo es que la constitución, de hecho, se interpreta, recomiendan a los interpretes de la constitución, especialmente a los jueces constitucionales, que adopten una técnica (o una serie de técnicas) particular, descartando las otras.

Pero, antes de hablar de la doctrina (2) y de la teoría (3) de la interpretación constitucional, debemos preguntarnos acerca de la «especificidad» de la interpretación constitucional con relación a la interpretación de la ley (1).

1. *La cuestión de la especificidad de la interpretación constitucional*

La existencia misma de una (amplia) bibliografía sobre la interpretación constitucional²⁷ sugiere con toda evidencia que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos (la ley, en particular): se supone que la interpretación de la constitución demanda métodos especiales, diferentes de los que normalmente son utilizados en la

27. Cf., por ejemplo, M. V. Tushnet (ed.), *Constitutional Law*, Aldershot, 1992, II parte; S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, 1996; J. Goldsworthy y T. Campbell (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, 2002, III parte; E. W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, 2000, III parte, cap. 2; P. Häberle, *L'État constitutionnel*, Aix-en-Provence, 2004, pp. 125 ss.; L. Prieto Sanchís, «Notas sobre la interpretación constitucional»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991); J. J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, 1997; Íd., «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional»: *Doxa* 23 (2000); P. E. Navarro, A. Bouzat y L. M. Esandi (eds.), *Interpretación constitucional*, Bahía Blanca, 1999; D. Mendonça, *Cómo hacer cosas con la constitución. Una introducción al análisis constitucional*, Asunción, 1999; D. Mendonça y R. A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid/Barcelona, 2004; E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Interpretación constitucional*, México, 2005; M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, cit.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 39 ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 146 ss.; A. Pace, «Metodi interpretativi e costituzionalismo»: *Quaderni costituzionali* (2001); A. Ruggeri, «Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale»: *Ars interpretandi* 7 (2002); G. Bognetti, «Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali», en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004; F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, cit.

interpretación de la ley²⁸. En la mayor parte de los casos esta idea se enuncia, pero no se argumenta. Sin embargo, es posible imaginar cuatro argumentos para sostenerla.

a) Primer argumento. Los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto normativo en virtud de su objeto, ya que disciplinan la llamada «materia constitucional». Ahora bien, a decir verdad, las fronteras de la «materia constitucional»²⁹ son poco claras. Según Kelsen, por ejemplo, la materia constitucional se reduce a una disciplina de la función llamada legislativa (en sentido «material») —o sea la función que consiste en crear normas generales— mientras que la mayor parte de los autores identifica esta materia en la organización y distribución de los poderes estatales y en la regulación de las relaciones entre estado y ciudadanos. Pero, después de todo, una definición precisa de la materia constitucional no tiene gran importancia.

En primer lugar, es innegable que ninguna constitución escrita existente regula la materia constitucional por entero. En cada sistema jurídico una gran parte de esta materia no está regulada por la constitución, sino por leyes «ordinarias» (el caso más evidente es el de las leyes electorales, que regulan la formación del órgano legislativo). De ello se debería concluir que ciertas técnicas de

28. P. Brunet, «Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle», en C. Grewe, O. Jouanjan, É. Maulin y P. Wachsmann (eds.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Paris, 2005.

29. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 2005, cap. 9; G. U. Rescigno, «Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico»: *Diritto pubblico* (2005).

interpretación deben aplicarse tanto al texto constitucional, como a ciertas leyes en virtud de su contenido: así que, hechas las cuentas, la especificidad en la interpretación «constitucional» no se da.

En segundo lugar, sea como sea, es difícil entender cómo y por qué la especificidad de la materia deba requerir unas técnicas interpretativas particulares.

b) Segundo argumento. Los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto jurídico por su contenido normativo, ya que no se limitan a formular «reglas», sino que establecen «principios» y/o proclaman «valores»³⁰. Ahora bien, en efecto, no es verdad que toda constitución contenga normas de principio, que toda constitución enuncie valores. Pero es verdad que la mayor parte de las constituciones contemporáneas —sobre todo después de la segunda guerra mundial— son textos «largos», que expresan solemnemente valores, principios generales, programas de reforma económico-sociales, etcétera.

Con todo, en primer lugar, el hecho de expresar valores, principios y programas no es una exclusividad de los textos constitucionales. En la mayor parte de los países europeos, por ejemplo, muchos principios generales y valores fundamentales del sistema jurídico están escritos en códigos civiles (o también penales). Dicho de otra forma, los principios y valores también pueden ser formulados

30. A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, en *Politica del diritto*, 1991; A. Baldassarre, «L'interpretazione della costituzione», en A. Palazzo (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001; A. Pace, «Metodi interpretativi e costituzionalismo», cit.; F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, <<http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=186>>.

por leyes «ordinarias». Por otro lado, según el pensamiento jurídico común, cada ley expresa o supone una *ratio legis*, esto es, precisamente, un principio, un valor, una finalidad a perseguir. Así que se deberían utilizar los mismos métodos de interpretación para el texto constitucional y para las leyes que expresan principios (quizás para todas las leyes). Lo que quiere decir que una especificidad de la interpretación constitucional, después de todo, no tiene razón de ser.

En segundo lugar, sea como sea, es difícil entender cómo y por qué la especificidad del contenido normativo deba requerir unas técnicas interpretativas particulares.

c) Tercer argumento. Los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto normativo, una vez más, por su objeto: esta vez, sin embargo, no se trata de la materia constitucional sino de las «relaciones políticas» (entre los órganos del estado, y también entre estado y ciudadanos). Las relaciones políticas, se dice, son extremadamente cambiantes, y por lo tanto la interpretación de la constitución exige un método capaz de adaptar incesantemente el contenido normativo del texto al cambio de las relaciones disciplinadas³¹. Obsérvese que este argumento en favor de la especificidad de la interpretación constitucional, a diferencia de los antes vistos, es evidentemente prescriptivo, y sugiere una actitud interpretativa particular: la, así llamada, interpretación «evolutiva» o «dinámica»³². Se trata, sin embargo, de un argumento muy frágil.

31. F. Pierandrei, «L'interpretazione delle norme costituzionali», en F. Pierandrei, *Scritti di diritto costituzionale* II, Torino, 1965.

32. W. N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (Mass.), 1994.

En relación con su aportación a la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, se puede observar: en primer lugar, que la regulación de las relaciones políticas evidentemente no es exclusiva de las normas constitucionales; en segundo lugar, que no es necesariamente verdad que *todas* las normas constitucionales disciplinen relaciones políticas y sólo relaciones políticas; en tercer lugar, que la variación es una característica común a las relaciones políticas, a las relaciones sociales, a las relaciones económicas, etcétera. Así que la especificidad de la interpretación constitucional no ha sido demostrada.

En relación con el lado prescriptivo de este argumento, se puede objetar que, incluso admitiendo que las relaciones políticas cambien y que, por ello, siempre exigen una regulación nueva, los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la constitución por vía de interpretación. La adaptación de la constitución a la realidad (política, social, etcétera) es tarea de la revisión constitucional, no de la interpretación.

d) Cuarto argumento. Los textos constitucionales, a diferencia de las leyes, están hechos para durar en el tiempo: su finalidad es ofrecer una organización estable a los poderes públicos como también a las relaciones entre estado y ciudadanos. Además, son difíciles de enmendar o de sustituir. Por tanto, deben interpretarse de modo que puedan adaptarse a las transformaciones de la sociedad, incluso en ausencia de revisiones constitucionales³³. Este argumento también, como el anterior (del que constitu-

33. A. Barak, «Constitutional Interpretation», en F. Mélin-Soucrmanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, cit.

ye, de hecho, una simple variación), sostiene la especificidad de la interpretación constitucional, favoreciendo al mismo tiempo una actitud interpretativa determinada: la interpretación evolutiva. Sin embargo, se trata, una vez más, de un argumento muy débil.

Es comprensible que un argumento como éste haya sido propuesto por la doctrina americana: la Constitución federal de los Estados Unidos data de 1787, el *Bill of Rights* del 1791, y a pesar de ello, siguen siendo textos vigentes. Pero la historia constitucional (por ejemplo) francesa demuestra que una constitución no necesariamente debe estar vigente durante siglos. Por otro lado, no todas las constituciones son difíciles de modificar: existen constituciones flexibles (prácticamente todas las constituciones del siglo XIX lo eran); y tampoco las constituciones rígidas son rígidas en el mismo grado (la rigidez es, de hecho, un concepto cuantitativo). Agréguese que no es verdad que toda ley tenga un carácter provisional, evanescente: no es el caso, por ejemplo, de muchos códigos civiles (comenzando, evidentemente, por el Código Napoleónico), que en algunos casos están destinados a durar mucho más que una constitución³⁴.

En relación con el lado prescriptivo del argumento, puede simplemente repetirse lo que hemos dicho con relación al argumento anterior: le corresponde al poder de revisión constitucional, no a los intérpretes, adaptar un viejo texto constitucional al cambio de las circunstancias.

34. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

2. Teorías de la interpretación constitucional

La finalidad de toda doctrina o ideología de la interpretación es dirigir la actividad de los intérpretes a la luz de ciertos valores a realizar.

En la historia del pensamiento jurídico moderno se cuentan —podemos decir que desde siempre— tres oposiciones doctrinales principales: (i) la oposición entre una ideología «estática» y una ideología «dinámica»³⁵; (ii) la oposición entre una doctrina «universalista» y una doctrina «particularista»³⁶; (iii) la oposición entre una actitud de *judicial restraint* y una actitud de *judicial activism*³⁷. Sin embargo, la segunda y la tercera pueden ser consideradas como simples variantes de la primera que, sin duda, es la oposición fundamental.

Pues bien, más o menos las mismas oposiciones se encuentran también en la bibliografía dedicada a la interpretación constitucional.

35. J. Wróblewski, «L'interprétation en droit: théorie et idéologie»: *Archives de philosophie du droit* 17 (1972) (*L'interprétation dans le droit*); J. Wróblewski, «An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation»: *Folia Juridica* (Acta Universitatis Lodziensis) 32 (1987).

36. Esta oposición ha sido desarrollada sobre todo por la literatura metaética: cf. J. Dancy, *Moral Reasons*, Oxford, 1993, caps. 5 y 6; J. Dancy, «oral Particularism», en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2001 edition, <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2001/entries/moral-particularism/>>; B. Hooker y M. Little (eds.), *Moral Particularism*, Oxford, 2000. En la literatura jurídica cf. F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford, 1992, cap. 5.

37. T. Sowell, *Judicial Activism Reconsidered*, <<http://www.amatecon.com/etext/jar/jar.html>>; Ch. Wolfe, *From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The Transformation of Judicial Review in America*, <<http://www.heritage.org/Research/LegalIssues/fp2.cfm>>.

Por otra parte, debemos advertir que muy raramente dicha bibliografía se interesa por los detalles técnicos (métodos, argumentos) de la interpretación. Por lo general se limita a directrices metodológicas muy pobres, preocupándose sobre todo de desarrollar los valores subyacentes. Lo que es una tarea, evidentemente, no de la doctrina de la interpretación, sino de la filosofía moral y/o política.

2.1. *Doctrina estática y doctrina dinámica*

i) *La doctrina estática.* La doctrina estática está inspirada en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica, de la certeza del derecho, de la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Por eso esta doctrina recomienda a los intérpretes practicar una interpretación estable, fija, diacrónicamente constante, sin *revirements*.

Pero ¿cuál interpretación exactamente? La doctrina estática, en cuanto tal, no lo dice. Sin embargo, está estrechamente asociada con la interpretación llamada «originalista» —inspirada en el valor de la fidelidad a la constitución— que consiste en atribuirle al texto constitucional su significado «original»: según el caso, el significado que corresponde al uso de las palabras tal como era en la época de la promulgación de la constitución³⁸, o bien el que corresponde a la «intención» de los *Framers*, los padres fundadores³⁹.

38. A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay*, Princeton, 1996.

39. K. Whittington, *Constitutional Interpretation*, cit.; J. Goldsworthy, «Originalism en Constitutional Interpretation»: *Federal Law Review* 25 (1997); R. S. Kay, «Adherence to Original Intentions in Consti-

ii) *La doctrina dinámica*. La doctrina dinámica se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etcétera). Por ello esta doctrina sugiere a los intérpretes no practicar una interpretación fija, sino, por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias (y, bien entendido, a la luz de sus sentimientos de justicia)⁴⁰.

En otras palabras, la doctrina favorece una interpretación «evolutiva», tiende a remediar el envejecimiento de la constitución y la falta de revisiones constitucionales. La interpretación evolutiva, sin embargo, no consiste en una técnica interpretativa específica (a pesar de su tendencia natural a la analogía); consiste sobre todo en utilizar una técnica interpretativa cualquiera con la finalidad de adaptar el texto —sobre todo si se trata de un texto «viejo»— a las nuevas circunstancias. En la mayor parte de los casos esta adaptación se cumple mediante la concretización de los principios constitucionales, y consiste en obtener nuevas normas del texto, que se suponen «implícitas».

tutional Adjudication.'Three Objections and Responses»: *Northwestern University Law Review* 82/2 (1988); R. S. Kay, «Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution», en *Constitutional Commentary*, vol. 6/1, 1989; J. Allan, «Constitutional Interpretation v. Statutory interpretation. Understanding the Attractions of 'Original Intent'»: *Legal Theory* 6 (2000). Cf. P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, 1998.

40. R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Oxford, 1996.

2.2. *Universalismo y particularismo*

i) *Particularismo*. La doctrina particularista se funda en el valor de la equidad⁴¹, entendida como «justicia del caso concreto» (una justicia *case by case*): los jueces no deben aplicar las normas «ciegamente»; deben buscar, para cada caso sometido a su consideración, la solución «justa». Y, para hacerlo, es necesario descartar la interpretación literal, e introducir en las normas —a la luz de su finalidad (su *ratio*, su justificación subyacente)— ciertas excepciones, cada vez que, a causa de las peculiaridades de la controversia, su aplicación estricta tendría consecuencias injustas⁴². El instrumento típico para hacerlo es la técnica de la «disociación», o sea, el *distinguishing* de los jueces de *common law*.

La actitud particularista privilegia la finalidad de la norma contra su tenor literal (el «espíritu» contra la «letra»), y trata a cada norma jurídica como una norma «derrotable», sujeta a excepciones implícitas sólo identificables en el momento de su aplicación a casos concretos⁴³.

ii) *Universalismo*. La doctrina universalista se funda, por el contrario, en los principios de igualdad y legalidad⁴⁴: los casos iguales deben tratarse de la misma ma-

41. J. Raz, «Why Interpret?»: *Ratio Juris* 9 (1996).

42. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, Trotta, Madrid, 82008.

43. La práctica de los tribunales constitucionales consistente en resolver los conflictos entre principios *case by case* en lugar de hacerlo de manera estable y definitiva también es la expresión de una actitud particularista. Cf. J. J. Moreso, «Conflitti tra principi costituzionali»: *Ragion pratica* 18 (2002); B. Celano, «‘Defeasibility’ e bilanciamento»: *Ragion pratica* 18 (2002).

44. Cf. M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980.

nera, conforme al derecho, y cada norma debe aplicarse uniformemente a todos los hechos incluidos en su campo de aplicación, *sin excepciones*.

El universalismo invita a los intérpretes a privilegiar el texto de la norma contra su *ratio*, no favorece la interpretación restrictiva y el argumento de la disociación, recomendando a los jueces que *no* introduzcan excepciones en el ámbito de aplicación de las normas. La actitud universalista consiste, entonces, en tratar a cada norma jurídica como una norma «inderrotable».

2.3. Judicial restraint y *activismo judicial*

i) *Judicial restraint*. La doctrina del *judicial restraint* se inspira en el valor de la deferencia hacia el legislador democrático: los jueces —en particular los jueces constitucionales que carecen de toda legitimidad democrática (al no ser elegidos por el pueblo)— no deben invadir las competencias del poder legislativo⁴⁵; una ley no debe declararse inconstitucional salvo cuando sea contraria a la constitución de forma evidente, sin discusión⁴⁶.

Esta doctrina parece suponer tácitamente la distinción entre dos tipos de interpretaciones: las interpretaciones indiscutibles y las interpretaciones discutibles. Se puede sostener la hipótesis de que las interpretaciones (que se pretenden) indiscutibles coincidan o con las interpretaciones

45. J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), 1980.

46. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999. Cf. V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997.

literales —las que se adecuan al *plain meaning*, o sea al uso común de las palabras y de las estructuras sintácticas— o con *the original intent* (la intención original) de los constituyentes (que se supone susceptible de conocimiento empírico) o con las interpretaciones que se han consolidado en las decisiones precedentes. Aparentemente, la doctrina del *judicial restraint* favorece entonces la interpretación literal y/o originalista y/o conservadora. Esta última no corresponde, evidentemente, a ninguna técnica de interpretación específica.

Generalmente hablando, la actitud de *judicial restraint* conduce a los intérpretes a reconocer, en el texto constitucional, algunas lagunas⁴⁷: algunas materias que la constitución no disciplina de ningún modo, en las cuales, por lo tanto, el legislador es completamente libre de decidir cualquier cosa.

ii) *Activismo judicial*. La doctrina del activismo judicial (*judicial activism*)⁴⁸ se inspira, ya sea en el valor de la congruencia del derecho con la «conciencia social»; ya sea en una metaética utilitarista (tarea de los jueces es favorecer la mejor distribución de los recursos); ya sea en el deber constitucional de los jueces de proteger los derechos de los ciudadanos (así como los derechos de las minorías) contra las mayorías políticas; ya sea en otros valores que es difícil identificar. Esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual: en otras palabras, favorece la «libre creación» del

47. K. Whittington, *Constitutional Interpretation*, cit., p.13.

48. J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992, cap. XIII.

derecho constitucional por parte de los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces sólo pueden identificar mediante sus sentimientos de justicia⁴⁹.

Esta doctrina se opone, entonces, tanto a la interpretación diacrónicamente constante, como a la interpretación literal, y a la interpretación originalista. Favorece en cambio tanto la interpretación evolutiva, como la construcción de normas implícitas (en sentido amplio, no lógico) a partir de los principios constitucionales.

El resultado del *judicial activism* es un derecho constitucional tendencialmente completo, sin lagunas: se considera que los principios constitucionales son capaces de regular cualquier materia posible, de modo que en el derecho constitucional no queda ningún espacio vacío —ningún *Rechtsleerraum*— en el que el legislador pueda decidir lo que quiera, ya que siempre habrá una norma constitucional para cada ley ordinaria con la que se podrá confrontar para decidir sobre su conformidad con la constitución⁵⁰.

3. *Esbozo de una teoría de la interpretación constitucional*

Antes de todo, es necesario advertir que, propiamente hablando, una «teoría» de la interpretación constitucional, a

49. R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit.

50. Una consecuencia notable de la actitud de *judicial activism* es la tendencial «constitucionalización» del ordenamiento jurídico. Cf. L. Favoreu, «La constitutionnalisation du droit», en B. Mathieu y M. Verpeaux (eds.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Aix-en-Provence, 1998.

la letra, no existe. En el sentido de que no existe ningún análisis científico de los métodos realmente utilizados por los intérpretes de la constitución, y en particular por los jueces constitucionales.

Aunque a veces se encuentra información sobre las prácticas interpretativas de los tribunales constitucionales, casi toda la literatura existente sobre la interpretación de la constitución —muy desarrollada, por ejemplo, en Estados Unidos, pero también en Italia— tiene un contenido claramente prescriptivo: no describe la forma en la que, de hecho, se comportan los intérpretes de la constitución en su práctica interpretativa, sino más bien recomienda a los intérpretes de la constitución lo que deberían hacer⁵¹. Lo que no es materia de «teoría», sino de «doctrina» (o ideología) de la interpretación constitucional.

3.1. *Técnicas de la interpretación constitucional*

Con todo, no debería ser difícil trazar un esbozo de teoría de la interpretación constitucional. Dado que, leyendo obras doctrinales y decisiones constitucionales, se puede formular la hipótesis —que debe someterse a control empírico— de que los intérpretes de la constitución (o, me-

51. Una notable excepción se encuentra en E. Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, 1998, pp. 126 ss., 172 ss., 239 ss. Cf. también Ch. H. Baron, «L'interpretazione costituzionale negli stati americani», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2006; Ph. Bobbit, «Constitutional Law and Interpretation», en D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, 1996; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004; R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, pp. 147 ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 277 ss.

por dicho, de las diversas constituciones) usen de hecho, de manera muy simple, las mismas técnicas de interpretación que son habitualmente utilizadas en la interpretación de la ley⁵².

Bien entendido, un análisis completo y detallado de las técnicas de la interpretación constitucional, en este contexto, estaría fuera de lugar. Sin embargo, no es inútil ofrecer al menos alguna indicación general⁵³.

(i) *La interpretación literal*. A veces (de hecho, muy raramente) se interpreta el texto constitucional a la letra. La interpretación literal consiste en atribuirle a un enunciado normativo su significado *prima facie*, o sea, el más inmediato o intuitivo, el que corresponde a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. No obstante, es necesario distinguir —lo que no se hace habitualmente— entre dos tipos completamente diferentes de interpretación literal.

a) Un primer tipo consiste en utilizar las reglas lingüísticas que estaban en vigor en el momento en el que el texto constitucional fue emitido: se trata de una forma de interpretación «originalista».

52. Cf. nuevamente E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 126 ss., 172 ss., 239 ss.

53. La bibliografía sobre la argumentación de la interpretación es muy amplia. Cf., por ejemplo, Ch. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, 1976; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit.; J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1983; A. Aarnio y N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, 2 vols., Aldershot, 1992; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit.; P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit.; M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, Paris, 2001; F. Atria y N. MacCormick (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Dartmouth, 2003; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit.

b) Un segundo tipo consiste en cambio en utilizar las reglas lingüísticas vigentes en el momento en el que se interpreta: se trata de una forma de interpretación «evolutiva» o «dinámica».

La diferencia entre estas dos formas de interpretación literal es particularmente evidente cuando se trata de interpretar textos constitucionales muy antiguos, y aún más si éstos contienen cláusulas abiertas, del tipo «dignidad del hombre», *due process of law*, «tratos contrarios a los sentimientos humanitarios», etcétera.

ii) *El argumento a contrario*. Para justificar una interpretación literal se utiliza con frecuencia el argumento *a contrario*: *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*. Este argumento, sin embargo, se presenta en dos variantes muy diversas, la segunda de las cuales no pertenece para nada a la interpretación literal (sino que consiste en la producción de normas implícitas). Supongamos que debemos interpretar una disposición constitucional que otorga el derecho de voto a los ciudadanos: «Si C (ciudadano), entonces V (derecho de voto)».

a) Y bien, en su primera variante, el argumento *a contrario* —la constitución sólo habla de ciudadanos, no menciona ni siquiera a los extranjeros— permite concluir que la constitución se limita a otorgar el derecho en cuestión a los ciudadanos, sin decir nada a propósito de los extranjeros inmigrantes: en otros términos, la constitución contiene una laguna respecto del derecho de voto de los extranjeros. Se sigue que el legislador es libre para otorgar o para negar el derecho de voto a los extranjeros.

b) En su segunda variante, el argumento *a contrario* —*expressio unius est exclusio alterius*— permite concluir

que la constitución, otorgando el derecho de voto a los ciudadanos, ha negado positivamente (aunque tácitamente) dicho derecho a los extranjeros («Si C, entonces V» significa «Si y sólo si C, entonces V», lo que implica lógicamente «Si no-C, entonces no-V»). Por lo tanto, una ley que pretendiera atribuir el derecho de voto a los extranjeros sería inconstitucional.

iii) *La intención de los constituyentes.* Algunas veces (cada vez con mayor frecuencia) se interpreta el texto constitucional según la «voluntad», la «intención» (*intent*), o la «finalidad» (*purpose*) de los «padres fundadores»⁵⁴. Pero es necesario distinguir.

Algunas veces hacer referencia a la intención de los constituyentes es otra forma de interpretación «originalista». La intención «subjctiva» de los constituyentes se identifica (más o menos «empíricamente») utilizando los trabajos preparatorios.

Pero en la mayoría de los casos se trata de una cosa muy distinta. Se atribuye a los constituyentes una intención —llamada «objetiva»— a partir de una suposición sobre lo que debería ser una intención «racional» o «razonable»⁵⁵. Dicha suposición depende completamente de los juicios de valor de los intérpretes.

Por otro lado, el argumento de la intención de la autoridad normativa puede usarse en muchos modos distintos.

54. En este contexto podemos descuidar la diferencia que subsiste entre la interpretación según la «intención» (lo que la autoridad normativa quería decir: llamado argumento «psicológico») y la interpretación según el «objetivo» (lo que la autoridad normativa pretendía hacer: llamado argumento «teleológico»).

55. A. Barak, «Constitutional Interpretation», cit.

a) En primer lugar, se puede apelar a esta intención para extraer directamente de ella el significado del enunciado que se interpreta. b) En segundo lugar, lo que es mucho más frecuente, se puede apelar a esta intención «en negativo», con el único fin de descartar la interpretación literal, escogiendo un significado diverso (normalmente más discutible). c) En tercer lugar, no se hace referencia a la intención real o «fáctica» de la autoridad normativa, sino a una intención «contrafáctica», con el objetivo, nuevamente, de descartar el significado literal o de colmar una laguna de la constitución: «Si los constituyentes hubiesen previsto el caso (que, de hecho, *no* previeron), habrían decidido que...».

iv) *La interpretación restrictiva y el argumento de la disociación.* Algunas veces se interpreta el texto de modo «restrictivo», esto es, se excluyen de su campo de aplicación ciertos supuestos concretos que, según la interpretación literal, deberían formar parte del mismo.

Habitualmente para justificar una interpretación restrictiva se usa el argumento de la «disociación», que consiste en distinguir, con referencia a la clase de supuestos prevista por el texto normativo (entendido a la letra), dos subclases de supuestos que serían «sustancialmente» diversas y que, por tanto, exigirían dos regulaciones diferentes. Por ejemplo: en el contexto de una forma de gobierno parlamentaria, el texto constitucional exige para los actos del jefe del estado (sin ninguna distinción) el refrendo ministerial; la doctrina distingue (ahí en donde la constitución no hace ninguna distinción) dos subclases de actos presidenciales: los actos «sustancialmente» gubernativos y los actos «estrictamente» presidenciales; y saca la

consecuencia de que, a pesar de la letra de la constitución, la disposición en cuestión se refiere solamente a los actos gubernativos, mientras que los actos presidenciales no requieren ningún refrendo (o quizás requieren el refrendo del ministro «competente» en la materia, pero no el del ministro «proponente»).

v) *La interpretación extensiva.* Algunas veces se interpreta el texto constitucional de manera «extensiva»; esto es, se incluyen en su campo de aplicación algunos supuestos concretos que, interpretando a la letra, no entrarían dentro del mismo.

Se justifica la interpretación extensiva esencialmente mediante la analogía, o sea, la semejanza. Aquí, en lugar de distinguir dos subclases a partir de la clase de supuestos prevista en el texto (que sería la técnica de la disociación), por el contrario, se reúnen en la misma clase tanto los supuestos expresamente previstos, como los supuestos no previstos por el texto en su tenor literal, aduciendo que estos últimos se «parecen» —desde un perfil «esencial», a la luz de la *ratio legis*— a los supuestos expresamente regulados. Por ejemplo, la constitución regula de una cierta manera la ley del presupuesto; mediante la analogía se extiende la misma regulación a toda ley en materia de finanzas públicas.

vi) *La interpretación sistemática.* Con mucha frecuencia se interpreta el texto constitucional en modo «sistemático», lo que significa, simplemente, que se defiende la interpretación elegida aduciendo el supuesto carácter «sistemático» del derecho en general o de la constitución en particular. Sin embargo, la expresión «interpretación siste-

mática» no corresponde a una técnica interpretativa específica. De hecho, se llama así a cualquier interpretación que consista en decidir el significado de una disposición a la luz de otras disposiciones (previamente interpretadas), sobre la base de la presunción de que el derecho es una totalidad consistente y coherente —consistente en sentido lógico (*consistency*, ausencia de contradicciones), coherente en sentido axiológico (*coherence*, ausencia de armonía entre valores)— del derecho.

Por ejemplo, se hace interpretación sistemática cuando se supone que un cierto término se utiliza en el texto constitucional siempre con el mismo significado. Pero también se hace interpretación sistemática cuando se supone, por el contrario, que cada término adquiere un significado diferente en función del contexto en el que se inserta. En general, siempre que una disposición constitucional admite dos interpretaciones, una de las cuales contradice otra disposición constitucional (previamente interpretada) y la otra no produce ninguna antinomia, se hace interpretación sistemática, escogiendo esta segunda interpretación y descartando la primera⁵⁶.

56. Sin embargo, este pequeño catálogo de técnicas interpretativas no abarca una técnica muy importante en la experiencia jurídica contemporánea —la interpretación «conforme a la constitución» o interpretación «adecuadora» (*Verfassungskonformgesetzsauslegung*)— porque dicha técnica se aplica a las leyes, no a la constitución.

3.2. *La interpretación de las disposiciones que expresan principios*

En fin, los intérpretes de los textos constitucionales utilizan las mismas técnicas de interpretación que también se usan en la interpretación de las leyes. Sin embargo, no se puede desconocer que ciertos procedimientos interpretativos, aunque no sean exclusivos de la interpretación constitucional, son recurrentes en la —y típicos de la— práctica interpretativa de los tribunales constitucionales.

Se trata principalmente de los procedimientos interpretativos (en sentido lato) que se aplican a las disposiciones constitucionales que expresan —no «reglas», sino— «principios» (§ 3.2.1). En efecto, la gran parte de las disposiciones constitucionales «sustantivas»⁵⁷, utilizadas por los jueces constitucionales en las decisiones sobre la legitimidad constitucional de las leyes, no expresan reglas precisas, sino principios generales, los cuales exigen: por un lado, un trabajo de «concretización», para ser aplicados a controversias concretas (§ 3.2.2); por otro lado, una estrategia de «ponderación» o «balanceamiento», siempre que entran en conflicto uno con el otro (§ 3.2.3).

3.2.1. *Reglas vs. principios*

Se suele decir —particularmente después de algunos trabajos de Dworkin de los años setenta— que cada sistema jurídico incluye dos tipos de normas: «reglas» y «principios». Pero ¿cómo distinguir entre principios y reglas? La

57. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 2^a1978; trad. cast., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999.

distinción depende simplemente de los conceptos empleados: del concepto de regla y del concepto de principio⁵⁸.

Ahora bien, podemos estar de acuerdo en que una regla es un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos: «Si F, entonces G». La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de un estatus, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o la invalidez de un acto, etcétera.

El concepto de principio es mucho más complicado y controvertido. En mi opinión, los juristas contemporáneos consideran principio toda norma que presenta las dos siguientes características.

1) *Los principios en cuanto normas fundamentales*. La primera característica se refiere a la «posición» de las normas en cuestión en el sistema jurídico o en uno de sus subsectores (un subsistema de normas como por ejemplo el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo o, también, el derecho de los contratos, el derecho electoral, el derecho en materia de alquiler de inmuebles urbanos para uso habitacional, etcétera).

Pues bien, un principio es una norma «fundamental», o sea una norma que:

a) en primer lugar, caracteriza al sistema jurídico del que se trata (o uno de sus sectores), en el sentido que cons-

58. Me limito a mencionar algunas aportaciones fundamentales: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986], Madrid, 1993; M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992.

tituye un elemento esencial para la identificación de la fisionomía del sistema;

b) en segundo lugar, da fundamento axiológico (da justificación ético-política) a una pluralidad de otras normas del sistema;

c) en tercer lugar, no exige a su vez ningún fundamento, ninguna justificación ético política, porque se concibe, en la cultura jurídica existente, como una especie de «axioma», esto es, una norma evidentemente «justa» o «correcta».

Algunos ejemplos: en derecho constitucional, el principio de la separación de poderes; en derecho civil, el principio de la autonomía privada; en derecho penal, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; en el sistema jurídico en su conjunto, el principio *lex posterior derogat priori* o el principio de la irretroactividad de las leyes.

2) *Los principios como normas estructuralmente indeterminadas*. La segunda característica no se refiere a la posición de las normas en el sistema jurídico, sino al contenido mismo de las normas y/o a su estructura normativa.

Un principio es una norma estructuralmente «indeterminada». Bien entendido, toda norma jurídica es indeterminada, tiene una textura abierta (*open texture*), pero aquí se trata de una indeterminación peculiar, que puede asumir dos formas distintas: *a*) el carácter «derrotable» (*defeasible*), y *b*) el carácter genérico.

i) Los principios como normas «derrotables». Una norma es «inderrotable» —y entonces es una «regla»— cuando establece de manera completa, exhaustiva, tanto los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia

jurídica que la propia norma establece, como las excepciones en presencia de las cuales la consecuencia no se produce. Una norma, por el contrario, es «derrotable» (*defeasible*) —y entonces es un «principio»— cuando *no* establece exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumera todas las excepciones.

Un ejemplo extraído de la constitución italiana: el principio de igualdad (art. 3, ap. 1) prohíbe al legislador hacer discriminaciones entre los ciudadanos a partir del sexo, la raza, la lengua, la religión, las opiniones políticas, las condiciones personales y sociales. Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal constitucional: *a*) por un lado, una ley bien puede ser inconstitucional si distingue entre los ciudadanos por *otro* criterio, no incluido en la lista de los criterios de discriminación expresamente prohibidos por la constitución, por ejemplo, por la edad (hecho condicional implícito), ya que el legislador debe tratar del mismo modo los casos sustancialmente iguales; *b*) por otro lado, una ley puede ser conforme a la constitución aunque distinga entre los ciudadanos por uno de los criterios prohibidos, por ejemplo el sexo o la lengua (excepciones implícitas), ya que el legislador debe distinguir entre casos sustancialmente diferentes.

Obsérvese: la derrotabilidad no es una propiedad «objetiva» de las normas (de ciertas normas, y no de otras): es el producto de la interpretación. En otras palabras, es la interpretación, y sólo la interpretación, la que a veces —mediante la técnica de la «disociación»— introduce en las normas algunas excepciones implícitas.

ii) *Los principios como normas genéricas.* Una norma «precisa» —y por tanto una «regla»— es una norma inme-

diatamente susceptible de aplicación a casos concretos: una norma que puede utilizarse como premisa mayor en el silogismo jurisdiccional («Si F, entonces G; es el caso que F, luego G», o bien «Todos los ladrones deben ser castigados; Fulano es un ladrón, luego Fulano debe ser castigado»). Una norma «genérica» —y entonces un «principio»— en cambio es una norma que: *a*) por un lado, exige la formulación de otras normas —que la «concreticen», la «actualicen» o le den «ejecución»— sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos; pero, *b*) por otro lado, puede actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas.

Por ejemplo: una norma constitucional establece que el jefe del estado sea un órgano electivo. Pues bien: en primer lugar, una norma como ésta no es aplicable en ausencia de otras normas que determinen las modalidades de elección del jefe del estado; pero, en segundo lugar, las modalidades de elección del jefe del estado pueden ser de lo más variadas (sin que se viole el principio). Otro ejemplo: consideremos una norma constitucional que otorgue un «derecho social», como el derecho al trabajo o el derecho a la salud; se trata de una norma programática o teleológica, que le recomienda al legislador que persiga un fin determinado; pues bien, una norma como ésta exige otras normas (legislativas y/o reglamentarias) que concreticen el derecho otorgado, pero evidentemente el derecho en cuestión puede ser concretizado en muchos modos diversos.

3.2.2. *La concretización de los principios*

El carácter estructuralmente indeterminado de los principios implica al menos dos consecuencias relevantes en este contexto.

En primer lugar —como hemos señalado— los principios no son idóneos para funcionar como premisa mayor (normativa) del silogismo a través del cual los órganos de aplicación aplican «reglas». Los principios no pertenecen a la justificación «interna» —al silogismo, precisamente— de las decisiones jurisdiccionales y administrativas, sino a su justificación «externa»⁵⁹, esto es, son utilizados como argumentos para justificar la elección de ciertas premisas (en particular: de la premisa normativa) del silogismo⁶⁰.

En segundo lugar, en la mayor parte de los juicios sobre la legitimidad constitucional de leyes, lo que se le pide al juez no es que confronte dos reglas ni dos principios, sino un principio constitucional con una regla legislativa. Ahora bien, los dos tipos de normas son totalmente heterogéneas, y la heterogeneidad impide cualquier confrontación (¿cómo confrontamos, por ejemplo, el principio del derecho a la salud con una regla del derecho civil que admite el resarcimiento de los daños no patrimoniales sólo bajo ciertas condiciones?). Para que la confrontación

59. Para la distinción entre justificación interna y externa, cf. J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, cit., pp. 49 ss.

60. Se puede observar que también los principios constitucionales son sujetos de aplicación por parte de los jueces comunes: por un lado, en los sistemas constitucionales en los que el control sobre las leyes está organizado de manera «difusa»; por el otro, en los sistemas constitucionales en los que todos los jueces comunes se consideran competentes para realizar aplicación directa de la constitución.

sea posible, es necesario obtener del principio una regla que constituya su aplicación.

En suma, para que sea utilizado en el razonamiento de un órgano de aplicación, todo principio exige una «concretización»: esto es, debe ser «transformado» en una regla precisa (relativamente precisa). Prácticamente, concretizar un principio significa determinar las reglas «implícitas» (en sentido amplio) que pueden obtenerse del mismo, y por lo tanto: *a*) en primer lugar, determinar su ámbito de aplicación, decidir a cuáles clases de supuestos concretos es aplicable; *b*) en segundo lugar, determinar al mismo tiempo sus excepciones, o sea las subclases de supuestos a los que no es aplicable⁶¹.

Por ejemplo: ¿El principio de la soberanía nacional autoriza, o no, al legislador para que otorgue el derecho de voto a los inmigrantes comunitarios en las elecciones municipales?; ¿el principio de igualdad permite, o no, al legislador establecer que las listas electorales deben tener una «cuota» de mujeres?; ¿el principio del derecho a la defensa implica, o no, que el abogado deba estar presente en el interrogatorio del acusado?; ¿la prohibición de penas crueles implica, o no, la prohibición de la pena de muerte?⁶², etcétera.

Ahora bien, la derivación de una regla implícita, a partir de un principio, es una operación altamente discrecional al menos por dos razones. En primer lugar, el razonamiento, mediante el cual los intérpretes obtienen una regla a partir

61. Los principios, se podría decir, no aceptan una interpretación meramente literal: E. Diciotti, «Come interpretare la costituzione?»: *Ragion pratica* 4 (1995).

62. Ph. Bobbit, «Constitutional Law and Interpretation», cit., p. 128.

de un principio, no puede ser un razonamiento deductivo cuya única premisa es el principio en cuestión. Por ejemplo, el principio del derecho inviolable a la defensa, en estricto sentido, no dice nada sobre los interrogatorios y los abogados (la clase de supuesto «presencia/ausencia del abogado al interrogatorio del acusado» no se encuentra ni siquiera mencionada); para obtener de dicho principio una regla cualquiera sobre la presencia del abogado en el interrogatorio del acusado, es necesario agregar algunas premisas —más o menos arbitrarias— que no son normas positivas (por ejemplo: «La defensa no está garantizada si el abogado no está presente en todos los actos del proceso»). En segundo lugar, en la mayor parte de los casos, los principios constitucionales se formulan mediante expresiones que evocan valores morales y/o políticos (la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz, etcétera). La interpretación de estas expresiones involucra, inevitablemente, algunos juicios de valor⁶³, porque reenvían a las doctrinas morales, a las ideologías políticas, de los intérpretes, «incorporándolas», por así decirlo, al derecho constitucional —esto dicen los defensores del positivismo jurídico llamado «inclusivo»— en tanto criterios de validez sustantiva de las leyes⁶⁴.

3.2.3. *Los conflictos entre principios y la ponderación*

El análisis de los conflictos entre principios constitucionales (3.2.3.2) y del método para resolverlos (3.2.3.3) exige un examen previo de los conflictos entre normas en general (3.2.3.1).

63. R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit.

64. W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994.

3.2.3.1. *Los conflictos entre normas en general*

Un conflicto normativo —una «antinomía»— es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diferentes e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias. Una primera norma N1 conecta al supuesto F la consecuencia jurídica G («Si F, entonces G»), mientras una segunda norma N2 conecta al mismo supuesto F la consecuencia jurídica no-G («Si F, entonces no-G»).

En presencia de un conflicto normativo, el mismo litigio puede resolverse en dos modos diferentes, en violación del principio de certeza del derecho, que exige la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales; además, dos litigios similares pueden decidirse de dos formas distintas, en violación del principio de igualdad, que exige que dos casos similares reciban el mismo trato. En pocas palabras, cada antinomia exige solución.

Se dice «consistente» (*consistent*) a un conjunto de normas que no presenta ningún conflicto⁶⁵.

65. Sobre conflictos normativos en general y sobre conflictos entre principios en particular puede verse: C. E. Alchourrón, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; C. E. Alchourrón, «On Law and Logic», cit.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.; R. Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison»: *Ratio Juris* (2003); M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit.; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959; L. Gianformaggio, «L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1985); R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit.; C. Huerta Ochoa, *Conflictos normativos*,

Tipología de los conflictos normativos. Ahora bien, la distinción fundamental que debemos introducir es la que se presenta entre dos tipos de conflictos: conflictos «en abstracto» (o necesarios) y conflictos «en concreto» (o contingentes). Generalmente hablando, los conflictos «en abstracto» son bastante raros, mientras que los conflictos «en concreto» son muy frecuentes.

i) *Conflictos «en abstracto».* Un conflicto «en abstracto» se produce cuando dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos concretos —o, si se quiere, cuando ofrecen dos soluciones incompatibles para dos clases de controversias— que se sobreponen (en todo o en parte) *desde el punto de vista conceptual*. Un conflicto de este tipo puede identificarse a través de una interpretación textual «en abstracto», o sea, haciendo abstracción de cualquier supuesto concreto, de cualquier controversia particular.

Por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto, una segunda permite el aborto terapéutico. Tenemos que el aborto terapéutico está prohibido, en cuanto aborto, por la primera norma, pero está permitido por la segun-

México, 2003; D. Mendonça, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, 2003; J. J. Moreso, «Conflitti tra principi costituzionali», cit.; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, cit.; L. Prieto Sanchís, «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación»: *Cuadernos de derecho público* 11 (2000); L. Prieto Sanchís, «Neocostitucionalismo e ponderazione giudiziale»: *Ragion pratica* 18 (2002) (traducción castellana en M. Carbonell [ed.], *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, ³2006); J. L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002; A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit.; G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit.

da. Pues bien, el conflicto entre estas dos normas puede identificarse «en abstracto» —sin referencia a ningún caso concreto— ya que la clase de los abortos terapéuticos está conceptualmente incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.

ii) *Conflictos «en concreto»*. Un conflicto «en concreto» se produce cuando —en el momento de la aplicación del derecho a un caso concreto— nos percatamos de que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo *caso concreto*. Y esto sucede siempre que un supuesto concreto cae simultáneamente en dos clases de supuestos, aunque *independientes desde el punto de vista conceptual*, para las cuales el derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Un conflicto de este tipo sólo puede identificarse con la ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular, para el que ambas resulten ser aplicables.

Por ejemplo: una primera norma establece «Los ciudadanos deben pagar el impuesto x»; por su parte, una segunda norma establece que «El impuesto x no debe ser pagado por los desocupados». Ahora bien, las dos clases de supuestos —«ciudadanos» y «desocupados»— son completamente independientes desde el punto de vista conceptual: la existencia, así como la inexistencia, de ciudadanos desocupados es absolutamente contingente. La clase de los ciudadanos desocupados podría perfectamente ser una clase vacía: podemos imaginar una situación de pleno empleo, como también una situación en la que solamente los extranjeros inmigrantes estén desocupados. En este sentido el conflicto entre las dos normas no es «necesario»: ningún conflicto se presenta hasta que no se tra-

ta de decidir el caso de un ciudadano ocupado o de un extranjero desocupado. El conflicto solamente nace cuando se trata de decidir el caso de un ciudadano desocupado, ya que dicho sujeto pertenece al mismo tiempo a la clase de los ciudadanos y a la clase de los desocupados.

Otro ejemplo: una norma establece que se debe detener el automóvil ante un semáforo en rojo; otra norma prohíbe detener el auto en frente de cualquier estación militar. Los dos supuestos —semáforo rojo, instalación militar— no tienen ninguna relación conceptual y entonces no existe ningún conflicto «en abstracto». Pero el conflicto nace si *de hecho* alguien coloca un semáforo cerca de una instalación militar.

Los conflictos «en abstracto» dependen, entonces, de la estructura conceptual del lenguaje legislativo: los conflictos «en concreto» dependen de los que sucede en el mundo.

Por otra parte, las clases de supuestos reguladas por dos normas en conflicto pueden sobreponerse total o parcialmente. Se deberá, entonces, distinguir entre conflicto total y conflicto parcial⁶⁶.

a) Conflicto total. La sobreposición es total cuando las dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a la misma clase de supuestos. Por ejemplo una norma prohíbe y otra norma permite el divorcio.

b) Conflicto parcial. La sobreposición es parcial cuando las dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos que se superponen parcialmente. Sin embargo, la superposición parcial puede ser de dos tipos diferentes.

66. A. Ross, *On Law and Justice*, cit., cap. IV.

b.1) Conflicto parcial unilateral. En primer lugar, puede suceder que la clase de supuestos regulados por una norma esté enteramente incluida, en tanto subclase, en la clase de supuestos regulada (de manera incompatible) por otra norma. Por ejemplo, una norma prohíbe el aborto, otra norma permite el aborto terapéutico: todos los abortos terapéuticos están evidentemente incluidos en la clase de los abortos.

b.2) Conflicto parcial bilateral. En segundo lugar, puede suceder que las dos clases de supuestos se crucen, de manera que algunos, pero sólo algunos, supuestos regulados por una norma coincidan con algunos, pero sólo algunos, de los supuestos regulados (incompatiblemente) por otra norma. Por ejemplo, la norma N1 establece un determinado régimen jurídico para los actos ministeriales; la norma N2 establece un régimen jurídico diferente (incompatible) para los reglamentos. Ahora bien, en hipótesis, existen actos ministeriales que son, al mismo tiempo, reglamentos, pero no todos los actos ministeriales tienen naturaleza reglamentaria; por otra parte, en hipótesis, existen reglamentos que son, al mismo tiempo, actos ministeriales, pero también existen reglamentos que no son actos ministeriales. El conflicto se presenta sólo cuando se trata de decidir el caso relativo a un reglamento ministerial⁶⁷.

67. La doctrina tradicional sostiene que los conflictos normativos constituyen un problema de interpretación, en el sentido de que es tarea de la interpretación reconocer dichos conflictos y resolverlos. Pero si observamos con atención, las cosas no son exactamente así.

(i) En primer lugar, con frecuencia los conflictos pueden evitarse, prevenirse, a través de la interpretación: en el sentido de que los textos normativos pueden interpretarse como textos que expresan normas

3.2.3.2. *Los conflictos entre principios constitucionales*

Los conflictos entre principios constitucionales —también a causa de la pluralidad de los valores incorporados en todas las constituciones contemporáneas— son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto entre la libertad de prensa y algunos derechos de la persona (el derecho al honor, el derecho a la privacidad, etcétera). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y el derecho constitucional de los usuarios. En realidad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar uno u otro principio constitucional, se traduce en una limitación de algún derecho

compatibles, de manera que el conflicto simplemente no se presenta. Éste es el caso de la interpretación que se conoce como «adecuadora». Puede entenderse que una ley expresa alternativamente la norma A o la norma B; por hipótesis la norma A contradice la constitución, mientras la norma B se adecua a la misma; y bien, es suficiente con interpretar en el sentido B, descartando el sentido A, para evitar que el conflicto se presente.

(ii) En segundo lugar, por consecuencia, es posible crear un conflicto a través de la interpretación: en el sentido de que es posible interpretar que los textos normativos expresan normas incompatibles. Consideremos el caso de una ley que puede entenderse que expresa de manera alternativa la norma A o en cambio la norma B; en hipótesis, la norma A es incompatible con la constitución, mientras la norma B es conforme a la constitución; evidentemente es suficiente con interpretar en el sentido A, evitando la interpretación adecuada, para obtener un conflicto entre ley y constitución.

(iii) En tercer lugar, por consecuencia, la identificación de un conflicto presupone la interpretación. Ningún conflicto subsiste antes de la interpretación. Además, un conflicto normativo es una relación lógica entre significados, no entre textos, y los significados (las «normas», entendidas como contenido de sentido de los textos normativos) son el resultado de la interpretación.

constitucional de los propios ciudadanos y, por tanto, en un conflicto con algún (otro) principio constitucional.

En la constitución italiana, además, tenemos algunos conflictos emblemáticos: el conflicto entre el principio de igualdad (llamada «formal») que excluye cualquier forma de discriminación, y el principio de igualdad llamada «sustantiva», que admite discriminaciones «positivas» (*positive actions*) con la finalidad de eliminar las desigualdades sociales; o el conflicto entre el principio de igualdad, que excluye cualquier trato diferencial entre los ciudadanos, y el principio de autonomía legislativa de las Regiones, que implica necesariamente un trato diferencial de los ciudadanos de las diferentes Regiones.

Por otra parte, según algunos autores, todo principio está, por definición, y entonces necesariamente, en conflicto con otros principios: es decir, estar en conflicto con otros principios es un rasgo definitorio de los principios, forma parte del concepto mismo de principio. Así las cosas, tenemos que, en toda controversia en la que es aplicable un primer principio P1, siempre existirá al menos otro principio P2 que es igualmente aplicable y que es incompatible con P1.

Ahora bien, generalmente hablando, cada conflicto entre principios constitucionales presenta las siguientes características:

a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que (normalmente) han sido emitidas en el mismo momento.

b) En segundo lugar, se trata de un conflicto entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del derecho.

c) En tercer lugar, se trata de un conflicto «en concreto».

d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral.

Todo esto tiene consecuencias notables. Los conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos. No se puede usar el criterio *lex posterior*, porque los dos principios son contemporáneos. No se puede utilizar el criterio *lex superior* porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio *lex specialis* porque las dos clases de hechos regulados por los principios se entrecruzan.

3.2.3.3. *La ponderación*

La técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales es la que se conoce como «ponderación». La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una *jerarquía axiológica móvil*.

i) Una jerarquía axiológica es una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la forma lógica: «El principio P1 tiene más valor que el principio P2». Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un «peso», una importancia ético-política, mayor respecto del otro.

En consecuencia, el principio que tiene «más valor» prevalece sobre el otro: se aplica, mientras que el otro se deja de lado. Obsérvese: los criterios de solución de los conflictos *lex posterior* y *lex superior* no juegan ningún papel en esta representación. El principio que sucumbe,

aunque es dejado de lado, no aplicado, de ninguna forma es derogado o declarado inválido. En otras palabras, dicho principio «sigue vivo», en vigor, en el sistema jurídico, listo para ser aplicado en otras controversias.

La ponderación, entonces, no es una «conciliación». No consiste en «poner de acuerdo» a los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de «equilibrio» entre ellos. No consiste en la aplicación parcial o en el sacrificio parcial de los dos principios. Uno de los dos principios se aplica, el otro es decididamente descartado.

ii) Una jerarquía móvil, por otro lado, es una relación de valor inestable, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría invertirse —y que con frecuencia se invierte— en un caso concreto diferente.

En efecto, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no determina el «valor» de los dos principios «en abstracto», de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija o permanente. Ni siquiera aplica —como podría— el criterio *lex specialis*, decidiendo que uno de los dos principios sea la excepción del otro siempre, en todas las circunstancias. El juez se limita a valorar la «justicia» de las consecuencias de la aplicación de uno o del otro principio en el caso concreto.

El conflicto, entonces, no se resuelve definitivamente: cada solución vale para una sola controversia particular, ya que ninguno puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras.

Por ejemplo, el Tribunal constitucional italiano en algunas circunstancias ha aplicado el principio de igualdad «formal» (o sea, de igualdad sin otras especificaciones) y

descartado el principio llamado de igualdad «sustantiva», declarando la inconstitucionalidad de una ley que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres⁶⁸, así como de una ley que contemplaba «cuotas» femeninas en las listas electorales⁶⁹; en otras ocasiones ha aplicado el principio de igualdad «sustantiva» y descartado el principio de igualdad «formal» reconociendo la legitimidad constitucional de una ley que preveía algunas «acciones positivas» en favor de las mujeres empresarias⁷⁰, así como de una ley que otorgaba un trato preferencial a los trabajadores respecto a los empresarios en el proceso del trabajo⁷¹.

Es necesario subrayar que instituir una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto es algo inevitable: no existe otra manera de resolver el conflicto. Lo que no es inevitable es instituir una jerarquía *móvil* ya que, para el juez constitucional, sería perfectamente posible —aunque muy difícil— decidir que uno de los dos principios prevalece siempre sobre el otro cuando se presenten situaciones de conflicto: por ejemplo, el principio de la libertad de prensa podría prevalecer *siempre* sobre el principio de la protección de la *privacy* o, por el contrario, la protección de la *privacy* podría prevalecer *siempre* sobre la libertad de prensa. Esto sería algo como una combinación de la jerarquía axiológica con el criterio de solución de las antinomias conocido como *lex specialis* (aunque en ausencia de cualquier relación de género a especie entre los supuestos disciplinados).

68. Corte Constitucional, 210/1986.

69. Corte Constitucional, 422/1995.

70. Corte Constitucional, 109/1993.

71. Corte Constitucional, 13/1977.

Es, entonces, evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional el cambio de valor comparativo de los dos principios a la luz de otra controversia a resolver.

Por otra parte, es oportuno subrayar que la ponderación no es una operación estrictamente interpretativa. La clave de la ponderación no es la atribución de significado a las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto, sino un juicio de valor comparativo («El principio P1 tiene más valor que el principio P2»), que es evidentemente diferente que un enunciado interpretativo («El texto T expresa la norma N»).

3.3. *La máquina para las lagunas*

Existe otro elemento característico de la interpretación constitucional que vale la pena mencionar. La mayor parte de las constituciones contemporáneas incluyen el (alguna formulación del) principio de igualdad. A pesar de la diversidad de formulaciones que se encuentran en las diferentes constituciones, generalmente, dicho principio es interpretado por los Tribunales constitucionales en el sentido de que «Los casos iguales deben regularse en el mismo modo, los casos diferentes deben regularse en modo diverso». Así interpretado, el principio de igualdad es una poderosa máquina para la producción de *lagunas axiológicas* en la legislación⁷².

72. G. Parodi, «Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996.

Una laguna axiológica es la ausencia de una norma *justa* o correcta. Más precisamente: en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cuando una clase de supuestos *está*, nótese, *regulada* por una norma, pero el intérprete considera que la regulación existente es *insatisfactoria*⁷³. Lo que hace falta, entonces, no es una norma sin especificaciones ulteriores (porque una norma ya *existe*), sino una norma que regule el supuesto de manera «satisfactoria»: en este sentido una norma «justa».

Ahora bien, el principio de la igualdad permite a los intérpretes crear una gran cantidad de lagunas axiológicas de la siguiente manera.

a) El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las «grandes empresas»), ha omitido regular de la misma manera otra clase de supuestos (por ejemplo, las «pequeñas empresas») que, según el juez constitucional, es «sustancialmente» igual a la clase de supuestos regulada.

b) El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las «empresas» sin distinción), ha omitido distinguir, dentro de esa clase, dos subclases (por ejemplo, las «grandes» y las «pequeñas» empresas) que, según el juez constitucional, son «sustancialmente» distintas y, por tanto, exigen regulaciones distintas.

En el primer caso, lo que falla, según el juez constitucional, es una norma «igualadora». En el segundo caso, lo que falta, por el contrario, es una norma «diferenciadora». En ambos casos, la ley se considera inconstitucional en razón de la laguna axiológica que contiene.

73. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien/New York, 1971.

Es evidente que las lagunas axiológicas no son una propiedad objetiva del derecho; son creadas por los intérpretes con la finalidad de modificar el derecho existente, mediante un juicio subjetivo de justicia, escondido en la valoración relativa a la igualdad o a la diferencia «sustancial» entre las clases de supuestos.

IV. ¿PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

Revisando la literatura sobre la interpretación constitucional, se tiene la impresión de que existen problemas específicos de tal interpretación, o sea, problemas que no existen en la interpretación de las leyes. Se trata, sin embargo, de una impresión engañosa.

Analizando los problemas (y las respuestas), nos damos cuenta fácilmente de que los problemas en cuestión, en rigor, no son verdaderos problemas *de interpretación*. Son sobre todo problemas de «teoría» o de dogmática constitucionales. En el siguiente sentido: en primer lugar, no se refieren a la atribución de significado a alguna disposición constitucional determinada; y, en segundo lugar, su solución depende enteramente de las diversas doctrinas jurídicas (relativas, por ejemplo, al concepto mismo de constitución) y políticas (relativas, por ejemplo, al valor y a la función política de la constitución) que contienen en el campo de la cultura jurídica. Este punto puede ser aclarado con algún ejemplo⁷⁴.

74. Cf. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 298 ss.

1. *El valor normativo de los preámbulos*

¿Cuál es el valor jurídico de los preámbulos?, ¿expresan «verdaderas» normas jurídicas, susceptibles de aplicación jurisdiccional? ¿O son, por el contrario, solamente una «declaración de intenciones, textos con valor programático, en suma documentos privados de efectos jurídicos»?⁷⁵. Nótese: aunque son pocas las constituciones contemporáneas que están provistas de un preámbulo, el mismo problema existe para todas las disposiciones programáticas que, por el contrario, son del todo frecuentes en las constituciones de la segunda posguerra⁷⁶. La cuestión admite, evidentemente, dos respuestas.

La respuesta negativa es bastante clara. El preámbulo (como, por lo demás, las disposiciones programáticas) expresa «ideas políticas, morales y religiosas que la constitución intenta promover. Normalmente, el preámbulo no dicta alguna norma jurídica precisa para el comportamiento humano, y está por tanto privado de contenido relevante. Tiene un carácter ideológico, más que jurídico»⁷⁷. El preámbulo «se presenta como un catálogo de nobles auspicios (*voeux pieux*) privados de la concreción que deberían tener para darles valor jurídico»⁷⁸.

75. E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., 1998, p. 219.

76. Cf. R. Guastini, «Remarques sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique. Le cas italien», en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens*, XIVème Congrès International de Droit Comparé (Bristol 1998), Milano, 1998.

77. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, p. 260.

78. E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., p. 222.

La respuesta positiva es menos clara⁷⁹. Parece tener como punto de partida la concepción llamada «normativa» de la constitución⁸⁰: la constitución entera es un texto normativo, que expresa, en cuanto tal, auténticas normas jurídicas. La formulación vaga o ambigua de tales normas puede desde luego suponer serios problemas de interpretación, pero no tiene nada que ver con el valor jurídico del texto.

Pero la formulación misma del problema es suficiente para darse cuenta de que no se trata de un genuino problema de interpretación. En primer lugar, no se pueden interpretar «los preámbulos» en general: se puede interpretar solamente un preámbulo en particular. En segundo lugar, no se nos pregunta cuál es el significado del texto —éste sería el problema de interpretación— sino cuál es su valor jurídico: no se trata, precisamente, de un problema interpretativo, sino de un problema «dogmático».

2. ¿Declaración o creación de derechos?

¿Los derechos subjetivos (en particular, los derechos de libertad) proclamados en la constitución son «declarados» o por el contrario «creados» *ex novo* por la constitución

79. Debe tenerse en cuenta que la decisión del Consejo constitucional francés, *Liberté d'association*, del 16 de julio de 1971, en la que se reconoció valor jurídico al preámbulo de la Constitución francesa de 1946, no contiene *algún* argumento que la fundamente.

80. E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, ³1985; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 31 ss.; V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

misma? «Declarados» quiere decir que los derechos en cuestión existían —en cuanto derechos «naturales»— antes de la constitución, de modo que los constituyentes se limitaron a reconocerlos y a «positivizarlos». «Creados» quiere decir que los derechos en cuestión son derechos «positivos», privados de cualquier existencia anterior a la —e independiente de la— constitución: los constituyentes no los han reconocido, los han conferido a los ciudadanos⁸¹.

Las dos respuestas posibles a esta pregunta tienen consecuencias jurídicas muy importantes.

Si los derechos constitucionales han sido simplemente declarados por los constituyentes, entonces: *a*) en primer lugar, el catálogo de los derechos contenido en la constitución puede no ser exhaustivo (puede ser que el reconocimiento haya sido incompleto), de modo que los jueces constitucionales están autorizados a «descubrir» nuevos derechos; *b*) en segundo lugar, los derechos en cuestión son absolutamente inviolables, en el sentido de que no pueden ser suprimidos ni siquiera por reforma constitucional (ya que no han sido creados por alguna autoridad normativa humana, tampoco pueden ser suprimidos por una autoridad humana).

Si, por el contrario, los derechos constitucionales han sido originariamente creados por los constituyentes, entonces: *a*) en primer lugar, los únicos derechos existentes son los que están expresamente mencionados en el texto constitucional, y el juez constitucional no tiene el poder de encontrar otros; *b*) en segundo lugar, las normas que

81. Cf. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, pp. 317 ss.

confieren tales derechos (en ausencia de una prohibición expresa de reforma constitucional) pueden perfectamente, como sucede con cualquiera otra norma positiva, ser derogadas o modificadas.

Ahora bien, se comprende fácilmente que el problema sobre el que estamos discutiendo no es un problema de interpretación textual (por lo demás, se está hablando de las declaraciones de derechos en general, no de un texto constitucional determinado): se trata, más bien, de un problema de filosofía del derecho (¿positivismo jurídico o iusnaturalismo?), aunque lleno de consecuencias prácticas importantes.

3. *Viejas leyes, nueva constitución*

Normalmente, una nueva constitución se inserta en un ordenamiento jurídico (un conjunto de leyes, reglamentos, etcétera) preexistente. Sin embargo, es muy raro que una nueva constitución contenga una cláusula de derogación explícita de la legislación precedente incompatible. Surge por tanto la cuestión de si el conflicto entre la nueva constitución y las leyes anteriores es un problema de sucesión de normas en el tiempo, o por el contrario un problema de incompatibilidad entre normas colocadas en grados distintos en la jerarquía de las fuentes. En otras palabras: ¿el conflicto debe ser resuelto mediante el principio cronológico (*lex posterior*), y las leyes viejas deben considerarse derogadas, o bien mediante el principio jerárquico (*lex superior*), y las leyes viejas deben ser declaradas constitucionalmente ilegítimas?

El problema no tiene ninguna importancia práctica en los sistemas jurídicos en los que el control de legitimidad

constitucional es difuso (como en los Estados Unidos)⁸², o en aquellos en que el control se ejerce solamente *a priori* (como en Francia)⁸³. Pero es, por el contrario, un problema muy serio en todos los sistemas en que el control es concentrado y *a posteriori* (como en Alemania, España, Italia, etcétera), ya que en principio, en estos sistemas jurídicos, la derogación (tácita, por incompatibilidad) de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos *inter partes*, mientras que la ilegitimidad constitucional de una ley puede ser declarada solamente por el juez constitucional, con efectos *erga omnes*⁸⁴.

82. En este caso, de hecho, la incompatibilidad entre leyes viejas y nueva constitución —haciendo una aplicación tanto del principio cronológico, como del principio jerárquico— puede de todas formas ser reconocida y declarada por cualquier juez común. Y por tanto, en principio, las decisiones de los jueces comunes tendrán siempre efectos *inter partes*, circunscritos al caso decidido.

83. En este caso, el juez constitucional no tendrá nunca la oportunidad de pronunciarse sobre leyes que ya estén en vigor, como lo son las leyes antecedentes a la constitución. Parecería natural pensar que, en sistemas constitucionales de este tipo, fuese sin embargo competencia de los jueces comunes y solamente de ellos, el reconocimiento de una eventual incompatibilidad entre una vieja ley y la nueva constitución, y para entender consecuentemente derogada la ley, aplicando el principio *lex posterior*. En la doctrina francesa, sin embargo, la incompatibilidad entre ley y constitución —poco importa si ésta es sucesiva a aquélla— es de cualquier forma configurada como un problema de legitimidad constitucional, y no como un problema de sucesión de normas en el tiempo. Reconocer la incompatibilidad entre una ley y la constitución sería por tanto hacer uso del principio jerárquico, no del cronológico. Pero, se entiende, sólo el juez constitucional puede hacer uso del principio jerárquico «contra» la ley: en virtud del principio de la separación de poderes, en ningún caso los jueces comunes pueden refutar la aplicación de la ley.

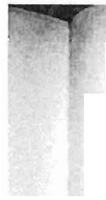
84. Debe agregarse que, normalmente, la derogación no tiene efectos retroactivos, mientras que la declaración de ilegitimidad constitucional retroactúa al momento de la promulgación de la ley.

El problema admite más soluciones que no es necesario exponer en este momento⁸⁵. Es suficiente destacar que no se trata de un verdadero problema de interpretación: hipotéticamente, la constitución no dice absolutamente nada sobre las leyes anteriores, y por tanto no existe alguna disposición constitucional que interpretar. Nuevamente, se trata de un problema dogmático, relativo al contenido de los principios *lex posterior* y *lex superior* y a sus recíprocas relaciones.

4. ¿Límites lógicos a la reforma constitucional?

¿Existen límites lógicos a la reforma constitucional? En rigor, no se deben confundir los límites lógicos con los límites implícitos. Un límite implícito deriva de una norma implícita (*supra* 1.2.2), que se puede construir a partir del texto constitucional mediante las técnicas normales de interpretación (creativa): por ejemplo, la constitución italiana prohíbe expresamente la modificación de la forma republicana de Estado; alguien podría argumentar que, dado que la democracia es un elemento esencial del concepto mismo de república (es decir, no existe una república sin democracia), la constitución prohíbe además, implícitamente, la reforma de la forma democrática. Un

85. Cf. por ejemplo, en la doctrina italiana, en la que el problema ha sido muy discutido en el periodo transcurrido entre la entrada en vigor de la constitución republicana (1948) y la creación de la Corte constitucional (1956): «Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956.



límite lógico es otra cosa: es una prohibición de reforma no contingente, sino necesario, intrínseco a cualquier constitución. Se trata, en otras palabras, de un límite que deriva del concepto mismo de constitución y/o de reforma constitucional.

Por ejemplo, según la Corte Constitucional italiana⁸⁶, el poder de reforma constitucional, incluso en ausencia de cualquier prohibición explícita en ese sentido, no es competente para tocar los principios supremos de la constitución y los derechos inviolables del hombre. Esta jurisprudencia parece suponer el siguiente razonamiento: *a*) es necesario distinguir entre la reforma de la constitución existente y la instauración de una nueva constitución; *b*) el poder de reforma, en cuanto poder constituido, no puede extenderse hasta la instauración de una nueva constitución; *c*) la reforma, a diferencia de la instauración, supone que la constitución existente conserve su identidad; *d*) la constitución no es un simple conjunto de normas: es una totalidad cohesionada de principios y valores; en suma, su identidad reside precisamente en estos principios y valores; *e*) en consecuencia, una reforma que toca los principios supremos no sería una genuina reforma: desde el punto de vista sustancial, sería una instauración constitucional camuflada como reforma; *f*) por tanto, la reforma de los principios y valores que caracterizan la constitución está prohibida.

La tesis de los límites lógicos parece por tanto suponer una doctrina «sustancialista» tanto de la constitución como de la reforma constitucional. Ahora bien, esta doctrina —que pretende valer para cualquier constitución— no es

86. Corte Constitucional, sentencia 1146/1988.

otra cosa más que una construcción dogmática elaborada *a priori*, antes de la interpretación del texto constitucional e independientemente de éste. En otras palabras, el problema de los límites lógicos a la reforma no es un verdadero problema de interpretación.