

01326



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción al Derecho II: Teoría de la Argumentación Jurídica
Profesor Álvaro Fuentealba Hernández
Segundo Semestre

UNIDAD IV: Justificación de las Premisas Normativas en la Constitución Política

Bibliografía específica:

1. Ferrajoli, Luigi. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho". Revista Internacional de Filosofía Política. Nº 17. Pp. 31-45. 2001.
2. Habermas, Jürgen. "Justicia y Legislación: sobre la legitimidad de la Jurisprudencia Constitucional". Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. Trotta. Madrid, 2005.
3. Wróblewski, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación. Civitas. Madrid, 1985.
4. Zapata, Patricio. Justicia Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2008.

Pasado y futuro del estado de derecho

LUIGI FERRAJOLI

Universidad de Camerino (Italia)

Dos modelos de «estado de derecho»

Con la expresión «estado de derecho» se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal.¹ En un segundo sentido, fuerte o sustancial, «estado de derecho» designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del *estado legislativo de derecho* (o *estado legal*), que surge con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del *estado constitucional de derecho* (o *estado constitucional*), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Sostendré, además, que estos dos modelos reflejan dos experiencias históricas diferentes, ambas desarrolladas en el continente europeo y fruto cada una de ellas de un triple cambio de paradigma: *a*) en la naturaleza y estructura del derecho, *b*) en la naturaleza de la ciencia jurídica, y *c*) en la de la jurisdicción. Identificaré, consecuentemente, tres paradigmas —el derecho premoderno, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho— analizando las transformaciones que, en estos tres aspectos, se han producido en el tránsito de uno a otro. No trataré, sin embargo, de la *rule of law* inglés, que aun representando la primera experiencia de estado de derecho en sentido fuerte, ha perma-

ncido siempre ligado a la tradición de la *common law* y, por ello, no es reconducible a ninguno de los dos modelos aquí distinguidos.² Finalmente, me referiré a la crisis actual de los dos modelos de estado de derecho, frente a la cual hoy se proyecta un nuevo cambio de paradigma cuyas formas y contornos son todavía inciertos.

Estado legislativo de derecho y positivismo jurídico

Es totalmente evidente el alcance de la primera transformación, generada por la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica y, por tanto, del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y antes aún existente. Podemos identificar tres alteraciones, respecto a la experiencia jurídica premoderna, en las que tal transformación se manifiesta.

La primera alteración se refiere a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas. En el derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones—, ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El derecho «común» por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, por las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. *Veritas non auctoritas facit legem* es la fórmula, opuesta a la sostenida por Hobbes en polémica con el jurista en su célebre *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común en Inglaterra*, con la cual puede expresarse el fundamento iusnaturalista de la validez del derecho premoderno.³ Entonces tenía razón el jurista. En efecto, con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El estado de derecho moderno nace, con la forma del *estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa.

De aquí se sigue un cambio de paradigma también en la ciencia jurídica. En la experiencia premoderna la ciencia jurídica, al ser el derecho no «puesto» como

000002

su «objeto» sino recibido por tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba, de hecho, con el derecho mismo. Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto —el derecho positivo— autónomo y separado de ella. Nuestros manuales de derecho privado, más allá de las semejanzas de contenido, difieren de los tratados civilistas de la época premoderna porque ya no son sistemas de tesis y conceptos inmediatamente normativos, sino interpretaciones, comentarios o explicaciones del código civil, única base a partir de la cual son argumentables o sostenibles, más allá de las inevitables y siempre opinables opciones interpretativas.

De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación. De ello se sigue el carácter también tendencialmente cognoscitivo del juicio. Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, según la fórmula hobbesiana, sirve, en efecto, para transformar el juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, según el principio simétrico y opuesto *veritas non auctoritas facit iudicium*. Y sirve, pues, para dar fundamento a todo el complejo de las garantías: desde la certeza del derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa.

Se evidencia el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica. Se trata de un cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si comparamos el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las *Instituciones* de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos. *Auctoritas non veritas facit legem*: éste es el principio convencional del positivismo jurídico recogido por Hobbes en el ya recordado *Diálogo*, como alternativa a la fórmula contraria que expresa el principio opuesto, ético-cognoscitivo, del iusnaturalismo.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico, derecho natural y derecho positivo, bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas. No se comprendería bien el predominio milenarista del iusnaturalismo como «corriente de pensamiento según la cual una ley, por ser ley, debe ser conforme a justicia»⁴ si no se tuviese en cuenta el dato de que en el derecho premoderno, en ausencia de un

sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas, era precisamente el derecho natural el que valía, como sistema de normas a las que se suponía intrínsecamente «verdaderas» o «justas», como «derecho común», es decir como parámetro de legitimación tanto de las tesis de la doctrina como de la práctica judicial.⁵

Estado constitucional de derecho y constitucionalismo rígido

Si este primer cambio de paradigma del derecho se produjo con el nacimiento del estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente, un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo, con la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Lo que se ha traducido también en tres alteraciones del estado legislativo de derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente.

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y

700000

las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.

Hay, finalmente, una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia,⁶ para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático. Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del derecho*, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez».

Por lo demás, existe una interacción entre transformaciones institucionales y transformaciones culturales. Quiero decir que las filosofías jurídicas y políticas son siempre un reflejo y a la vez un factor constitutivo y, por decirlo así, performativo de las concretas experiencias jurídicas de sus respectivos momentos: el iusnaturalismo en sus muchas variantes fue la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó el monopolio estatal de la producción jurídica; el iuspositivismo lo ha sido a partir de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno; el constitucionalismo lo es hoy, o en todo caso, está llegando a serlo, después de la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez de las constituciones.

La crisis actual de ambos modelos de estado de derecho

Ambos modelos de estado de derecho aquí ilustrados están hoy en crisis. Identificaré dos aspectos y dos órdenes de factores de la crisis, que afectan uno al estado legislativo de derecho y otro al estado constitucional de derecho: en una palabra, al estado de derecho tanto en sentido débil como fuerte. En ambos aspectos, la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes.

En el primer aspecto, la crisis afecta al *principio de legalidad*, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del *estado legislativo de derecho*. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el clásico principio de que la *ignorantia legis* en materia penal no excusa. Así, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la «*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados» del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del derecho, según el antiguo modelo premoderno, con la consiguiente pérdida de certeza, de eficiencia y de garantías.

Bajo un segundo aspecto, la crisis afecta al papel garantista de la constitución en relación con la legislación, que es el rasgo distintivo del *estado constitucional de derecho*. Es una consecuencia del fin del estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. Es emblemático al respecto el proceso de integración de Europa. Por un lado, tal proceso está deformando la estructura constitucional de las democracias nacionales, tanto en el aspecto de la representatividad política de los órganos comunitarios dotados de mayores poderes normativos, como en el de su rígida subordinación a límites y controles constitucionales claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales. Por otro lado, ha situado fuera de los límites de los estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía.⁷ Así, se corre el riesgo de que se produzca, en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes y confluyentes entre sí,⁸ y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos que fueron propios del derecho premoderno. Expresiones como «principio de legalidad» y «reserva de ley» tienen cada vez menos sentido.

Por lo demás, todo el proceso de integración económica mundial que llamamos «globalización» bien puede ser entendido como un vacío de derecho público producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza, tanto de los estados con mayor potencial militar como de los grandes poderes económicos privados. A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización viene modelándose cada día más, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del

contrato,⁹ signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. De tal manera que la regresión neoabsolutista de la soberanía externa (únicamente) de las grandes potencias, está acompañada de una paralela regresión neoabsolutista de los poderes económicos transnacionales, un neoabsolutismo regresivo y de retorno en que se manifiesta la ausencia de reglas abiertamente asumida, por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico internacional.

El futuro del estado de derecho. ¿Hacia un tercer modelo ampliado de estado de derecho?

No es posible prever la salida de esta doble crisis. Sabemos únicamente que dependerá, una vez más, del papel que pueda desempeñar la razón jurídica y política. La transición hacia un reforzamiento y no una disolución del estado de derecho dependerá de la refundación de la legalidad —ordinaria y constitucional, estatal y supraestatal— a la altura de los desafíos procedentes de los dos aspectos de la crisis más arriba ilustrados.

El primer desafío, el dirigido al estado legislativo de derecho por la crisis del principio de legalidad, llama en causa al papel crítico y proyectivo de la razón jurídica en la refundación de la legalidad ordinaria. Señalaré dos posibles líneas de reforma, una relativa a la dimensión liberal del estado de derecho, la otra relativa a su dimensión social.

Las indicaciones relativas a la reforma del estado liberal de derecho se refieren esencialmente al campo del derecho penal, en el que, no por casualidad, nació aquél. Un eficaz correctivo de la crisis actual del principio de legalidad penal y de su papel garantista provendría de su fortalecimiento a través de la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*, en virtud de la cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través de una modificación o una integración en el texto del código penal o procesal, a aprobar mediante un procedimiento agravado.¹⁰ Se obtendría así una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una meta-garantía frente al abuso de la legislación especial, idónea para poner fin al caos existente y para proteger los códigos de la arbitrariedad, de los que Hobbes llamó los «jueces desordenados», y también de los actuales legisladores «desordenados». El código penal y el procesal se convertirían en textos normativos exhaustivos y a la vez exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería ser responsable. Así se vería acrecentada la certeza, la capacidad reguladora y la credibilidad del derecho penal, y además su grado de eficiencia y garantismo.

Más difícil y compleja es la refundación de la legalidad del estado social,

000007

desarrollado en el siglo pasado a través de la progresiva expansión de la mediación burocrática, el crecimiento de sus espacios de discrecionalidad y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares responsables tanto de la ineficacia de las prestaciones públicas como de sus degeneraciones ilegales. Una refundación del estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es el de la satisfacción *ex lege*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos, a partir de la mayoría de edad.¹¹ Pero a un esquema semejante responden las formas generalizadas, gratuitas y obligatorias de prestaciones como la asistencia sanitaria y la educación para todos, que hoy ya existen con modalidades diversas a cargo de la esfera pública según el paradigma de la igualdad, que es el propio de la forma universal de los derechos a la salud y a la educación. Naturalmente estas garantías sociales tienen un alto coste económico. Pero se trata, precisamente, del coste de la efectiva satisfacción de los correspondientes derechos, que, por otra parte, se vería compensado con la reducción de los despilfarros producto de los enormes aparatos burocráticos y parasitarios que hoy administran la asistencia social de manera a veces corrupta y con criterios arbitrarios y discriminatorios.

El segundo desafío es el dirigido a la dimensión constitucional del estado de derecho por la pérdida de soberanía de los Estados, por el desplazamiento de las fuentes del derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las constituciones nacionales. Frente a estos procesos, la única alternativa al ocaso del estado de derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto, el desarrollo de un constitucionalismo sin estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se han desplazado el poder y las decisiones: por un lado, un constitucionalismo europeo y, por el otro, un constitucionalismo internacional, idóneos para limitar el absolutismo de los nuevos poderes.

Una perspectiva semejante se está realizando, aunque con límites o dificultades, en el proceso constituyente de la Unión Europea. El paso más significativo en esta dirección ha sido la reciente aprobación en Niza, el 7 de diciembre de 2000, de una Carta Europea de los derechos fundamentales que prevé, junto a los tradicionales derechos civiles y de libertad, un amplio elenco de derechos sociales y de derechos de la última generación en tema de *privacy*, de tutela del cuerpo humano y de protección del medio ambiente. Puede considerarse que esta Carta, aunque formalmente no integrada en el Tratado de la Unión, ha sido

recibida por éste conforme a su art. 6, que reclama como «principios generales del derecho comunitario» los derechos fundamentales resultantes de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» por ella misma explicitados.¹² En apoyo de esta tesis, creo que cabe invocar un argumento decisivo y es que de su aceptación depende la legitimidad de todo el derecho comunitario. En efecto, si es verdad que tal derecho —como dijo el Tribunal de Justicia en sentencia de fecha 15-7-1964, caso *Costa/Enel*— no puede ser derogado por ninguna ley o sentencia de un Estado miembro «sin que pierda el propio carácter comunitario y sin que resulte afectado el fundamento jurídico de la propia Comunidad», es igualmente innegable que ningún Tribunal constitucional, como ha afirmado repetidamente, por ejemplo, la Corte italiana,¹³ puede admitir la incorporación a su ordenamiento de normas en conflicto con los principios de la propia constitución. Es evidente que el único modo, no ya de reducir si no de eliminar esta virtual antinomia, es el anclaje de la validez de las fuentes comunitarias y, consiguientemente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en una tabla de derechos fundamentales no menos rica que la contenida en las constituciones nacionales. Por ello, la Carta europea de derechos aprobada en Niza colma una insostenible laguna. Aunque puede afirmarse que, en este aspecto, peca por defecto. Pues, para evitar toda posible antinomia del tipo indicado, deberían incluirse en ella todos los principios constitucionales contenidos en las constituciones de los estados miembros y así, garantizar un control de legitimidad más riguroso o, cuando menos, igual al permitido a los Tribunales constitucionales nacionales.

Naturalmente, la nueva Carta de derechos no es suficiente para rediseñar el ordenamiento europeo según las formas del estado constitucional de derecho. A tal fin sería necesario, además de su transformación formal en una Constitución comprensiva de todos los principios y derechos fundamentales sancionados en las constituciones nacionales, una refundación de toda la organización de los poderes de la Unión, basada, por un lado, en el clásico principio de la división de poderes y, por otro, en una más precisa distribución de las competencias entre las instituciones europeas y las instituciones de los estados, según el modelo federal. La construcción de un estado de derecho europeo tiene que seguir, por esta razón, un itinerario inverso al realizado por los estados de derecho nacionales, pues el constitucionalismo no va a completar el estado legislativo de derecho, sino que va operar, más bien, como su presupuesto. Sólo cuando se realice la integración constitucional de la Unión —a través de la ampliación de sus competencias más allá de la originaria materia económica y de la atribución al Parlamento europeo de funciones legislativas sobre ellas—, será realmente posible promover formas cada vez más avanzadas de integración y de unificación legislativa,¹⁴ como alternativa a la actual tendencia a la formación de un derecho comunitario jurisprudencial confusamente entrelazado con el derecho de los ordenamientos estatales.

A más largo plazo está la perspectiva de un constitucionalismo internacional, diseñado ya por la Carta de la ONU y por muchas Declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos, pero hasta el día de hoy desmentida, a pesar del final de los bloques y del incremento de las interdependencias, por el recurso a la guerra como medio de solución de los conflictos internacionales, por el aumento de las desigualdades y por la rígida clausura de nuestras fortalezas democráticas ante la presión de las masas crecientes de excluidos sobre nuestras fronteras. Queda el hecho de que, frente al vacío de derecho público representado por la globalización, la realización de una similar perspectiva, a través de garantías idóneas de la paz y de los derechos humanos, representa hoy la única alternativa a un futuro de guerra, violencia y crecimiento exponencial de la miseria y de la criminalidad, que acabaría ya no sólo por desacreditar, sino también por amenazar la supervivencia de nuestras propias democracias.

Se trataría, evidentemente, en el caso del constitucionalismo europeo, y todavía más, del constitucionalismo internacional, de un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales. Naturalmente, no tendría sentido discutir las formas que podrían asumir el sistema y la jerarquía de las fuentes de un posible estado de derecho supranacional y específicamente europeo. Se puede sólo formular una hipótesis en la perspectiva de un constitucionalismo y de una esfera pública ya no exclusivamente estatales sino supraestatales, un espacio de la constitución supraordenado a cualquier otra fuente y la refundación sobre él del paradigma constitucional como dimensión necesaria del derecho en cualquier nivel y como límite intrínseco de todo poder legítimo.

Precisamente, la perspectiva de este tercer modelo ampliado de estado de derecho, diseñada por las cartas supranacionales de derechos, suscita todavía en la cultura politológica resistencias y dudas teóricas, tanto en lo relativo a su posibilidad como sobre que sea predecible. Faltarían, se dice, un pueblo, una sociedad civil y una esfera pública europea, y más aún, mundial, que serían los presupuestos indispensables del constitucionalismo y del estado de derecho;¹⁵ de manera que una integración jurídica supranacional, aunque limitada a la tutela de los derechos fundamentales, equivaldría a la imposición a escala planetaria de un único modelo normativo, en contraste con la pluralidad de las culturas, de las tradiciones y de las experiencias jurídicas.

Esta objeción —más allá de las hipótesis, a mi parecer irreales, de la existencia de una homogeneidad política y cultural en el origen de nuestros estados nacionales— implica una concepción de la constitución como expresión orgánica de un *demos*, o cuando menos, de un vínculo prepolítico y de un sentido

común de pertenencia entre los sujetos a los que está destinada a servir. Creo que esta concepción comunitaria debe ser invertida. Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos; incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.

Sentido común de pertenencia y constitución, unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad están, por otra parte, como enseña la propia experiencia de nuestras democracias, íntimamente ligadas. Es también cierto que la efectividad de cualquier constitución supone un mínimo de homogeneidad cultural y prepolítica. Pero es todavía más cierto lo contrario: que es sobre la igualdad en los derechos, como garantía de la tutela de todas las diferencias de identidad personal y de la reducción de las desigualdades materiales, como maduran la percepción de los otros como iguales y, por ello, el sentido común de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política. Se puede, más aún, afirmar que la igualdad y la garantía de los derechos son condiciones no sólo necesarias, sino también suficientes para la formación de la única «identidad colectiva» que vale la pena perseguir: la que se funda en el respeto recíproco, antes que en las recíprocas exclusiones e intolerancias generadas por las identidades étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas.

Las razones que hoy no nos permiten ser optimistas en lo que se refiere a la perspectiva de un constitucionalismo ampliado a escala internacional, no son por tanto de carácter teórico, sino exclusivamente de carácter político. Nada autoriza a afirmar que la perspectiva de un estado internacional de derecho, sea, en el plano teórico, irrealizable. Su realización depende únicamente de la política y precisamente de la voluntad de los países más fuertes en el plano económico y militar. Es únicamente éste el verdadero problema: la crisis de aquel proyecto de paz y de igualdad en los derechos que precisamente la política había diseñado tras el final de la segunda guerra mundial. La paradoja es que la crisis de este proyecto ha surgido en un momento de transición de alcance epocal, en la que es cierto que, en el espacio de pocas décadas, los actuales procesos de integración nos conducirán, de todos modos, a un nuevo orden planetario. La calidad de este nuevo orden dependerá de la política y del derecho. De que Occidente se cierre en una fortaleza asediada, se acentúen las desigualdades y la

000011

pobreza, y se desarrollen nuevos fundamentalismos, nuevas guerras y violencia, o bien de que prevalezca la voluntad de dar alguna actuación a aquel proyecto racional de un orden internacional informado por el paradigma constitucional, de la que dependen la paz y la propia seguridad de nuestras democracias.

NOTAS

1. Véase por ejemplo, H. Kelsen (1960), *La dottrina pura del diritto* (trad. it. de M.G. Losano), Einaudi, Turín, 1966, p. 345: «si se reconoce el estado como ordenamiento jurídico, cada estado es un estado de derecho y por ello se convierte en pleonástico»; ibídem, p. 351: «cada estado debe ser un estado de derecho en el sentido de que cada estado es un ordenamiento jurídico».

2. Es oportuno precisar que «estado constitucional de derecho» y «estado de derecho en sentido fuerte» no son términos sinónimos. El «estado de derecho en sentido fuerte» implica simplemente que la ley, más en general, la producción jurídica, no solo de hecho —sino también de derecho— está subordinada a principios normativos como las libertades fundamentales y la división de poderes; y esto, obviamente puede llegar a ser, como demuestra la experiencia inglesa, porque aquellos principios están enraizados social y culturalmente por la ausencia de una constitución formal. El nexo binívoco, hoy prácticamente generalizado entre estado de derecho en sentido fuerte y constitucionalismo, reside en el hecho de que las constituciones rígidas han positivizado aquellos principios, confiando la sujeción a ellos de los poderes públicos, no ya simplemente a su espontáneo respeto por parte de los jueces y los legisladores, sino también al control jurisdiccional de constitucionalidad sobre sus violaciones. Es evidente que, aunque sin constitución, la experiencia de la *rule of law* integra un modelo de estado de derecho en sentido estricto y fuerte, tanto como para haber inspirado el pleno acontecimiento del estado de derecho en el continente europeo. Pero es igualmente claro que esta experiencia permanece ajena a este acontecimiento y a las transformaciones del paradigma que la determinaron, a los cuales se dedica este ensayo, no siendo calificable ni como «estado legislativo de derecho» ni como «estado constitucional de derecho».

3. Compare la fórmula «auctoritas non veritas facit legem», en realidad en la traducción latina de 1670 del *Leviatano* (1651), T. Hobbes, *Leviathan sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia* (1839-1845) (ed. de W. Molesworth), rist. Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202. Una máxima sustancialmente idéntica es, sin embargo, enunciada por Hobbes en *A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681), en *The English Works* (1839-1845) (ed. de W. Molesworth), rist. Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: «No tiene duda, pero la autoridad es la que hace el derecho».

4. Es la definición de iusnaturalismo propuesta por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Turín, 1958, parágrafo 12, pp. 49-54.

5. «El derecho natural —escribe Bobbio— se concebía como “derecho común” (“koinos nomos” lo llamaba precisamente Aristóteles), y el positivo como derecho especial o particular en una determinada civitas; por tanto, en base al principio por el que el derecho particular prevalece sobre el general (*lex specialis derogat generali*), el derecho positivo prevalecía sobre el natural, siempre que entre los dos hubiese un conflicto» (*Il positivismo giuridico* [1961], Giappichelli, Turín, 1996, pp. 13-14). La relación entre derecho natural o común y derecho positivo o estatutario, no era todavía unívoca: tales instituciones de *ius naturale*, como la propiedad y los intercambios comerciales, eran sin embargo «sustraídos al arbitrio del legislador» (cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 34).

6. He ilustrado repetidamente esta tesis en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1999), 6.ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 898-900, 904-907 y 926; y en «Il diritto come sistema di garanzie», *Ragion Pratica*, I, n.º 1 (1993), pp. 150-153. Finalmente en tres ensayos: «Diritti fondamentali», *Teoria Politica*, XIV, n.º 2 (1998), pp. 7 y 14-18; «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», *ibidem*, XV, n.º 1, pp. 67-71; y «I fondamenti dei diritti fondamentali», *ibidem*, XVI, n.º 3 (2000), pp. 70-80, todos reeditados, junto al debate que ha seguido, en un volumen en prensa editado por Laterza.

7. Se ha calculado que son directa o indirectamente de origen comunitario el 80 % de nuestra legislación; cfr. M. Cartabia y J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 50.

8. Según la jurisprudencia constante del Tribunal europeo de justicia, «el derecho nacido del Tratado no puede encontrar un límite en cualquier provisión de derecho interno sin perder el propio carácter comunitario, y sin que así resulte alterado el fundamento jurídico de la propia Comunidad», «la transferencia realizada por los estados a favor del ordenamiento jurídico comunitario de los derechos y de las obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos, ante la cual un acto unilateral ulterior, incompatible con el sistema de la Comunidad, estaría totalmente privado de eficacia» (sentencia 15-7-1964, causa 6/64 *Costa/Enel*). En el mismo sentido están las sentencias de 9-3-1978, causa 106/77 *Simmenthal*, y la de 17-12-1970, causa 106/70 *Internationale Handelsgesellschaft*. Opuesta, obviamente, es la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en la que —llegando a admitir (corrigiendo una primera sentencia n.º 14 del 7-3-1964, en el caso *Cosia/Enel*, que provocó pocos meses después la sentencia aquí citada del Tribunal de justicia) la prevalencia de las normas comunitarias sobre nuestras legislaciones ordinarias en forma de «limitaciones de soberanía» generadas por el Tratado de la Unión, con base en el art. 11 de la Constitución (sentencias n.º 163 del 29-12-1977 y n.º 170 del 8-6-1984, y n.º 389 del 11-7-1989)— siempre se ha excluido que tales limitaciones «puedan sin embargo comportar para los órganos de la CEE un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana» (sentencia n.º 183 del 27-12-1973; del mismo tenor son las sentencias n.º 98 del 27-12-1965, n.º 170 del 8-6-1984 y n.º 399 del 19-11-1987, n.º 232 del 21-4-1989).

9. Es la tesis ilustrada por M.R. Ferrarese, *La istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000. Sobre el derecho en la época de la globalización, cfr. también S. Rodotà, «Diritto, diritti, globalizzazione», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n.º 4 (2000), pp. 765-777; U. Allegretti, «Globalizzazione e sovranità nazionale», *Democrazia e Diritto*, 3-4 (1995), pp. 47 ss.; *id.*, «Costituzione e diritti cosmopolitici», en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 53 ss.

10. He sostenido el principio de la reserva de código en materia penal en «La pena in una società democratica», *Questione Giustizia*, 3-4 (1996), pp. 537-538; «Giurisdizione e democrazia», *Democrazia e diritto*, 1 (1997), pp. 302-303; «Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva de codice», *ibidem*, n.º 2 (2000) (en prensa). Un intento de introducirlo en el ordenamiento italiano —sin la previsión de procedimientos agravados para la modificación del código, con la inclusión también de la reserva de leyes orgánicas y con la exclusión de normas procesales— fue completado en el borrador de reforma de la Constitución aprobada por la Comisión bicameral, que en artículo 129 establecía que «nuevas normas penales serán admitidas solamente si se modifica el código penal, o bien si se contienen en leyes que disciplinan orgánicamente la materia a la que se refieren».

11. Se trata, como es sabido, de una propuesta ampliamente debatida en la literatura sociológica y politológica. Me limito a recordar los estudios de James Meade, que propone un «divi-

000013

dendo social» o «prestación social de base» («Full Employment. New Technologies and the Distribution of Income», *Journal of Social Policy*, n.º 13 [1984], pp. 142-143); de Ralph Dahrendorf, que plantea un «rédito mínimo garantizado como derecho constitucional», mediante la fórmula de una «suma modesta» pero «inatacable» (*Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 135-147 y 156); de Massimo Paci, que propone a su vez el modelo sueco de un «régimen universal de tuteladas de pensiones de base» (*Pubblico e privato ne in moderni sistemi di Welfare*, Liguori, Nápoles, 1990, pp. 100-105; ídem, *La sfida della Cittadinanza sociale*, Edizioni Lavoro, Roma, 1990, pp. 131-146).

12. El Consejo Europeo de Colonia de 3/4-6-1999, que instituyó la Convención encargada de elaborar la Carta de derechos, estableció, reproduciendo casi literalmente el artículo 6 cpv del Tratado de la Unión, que ésta «debe contener» además los derechos garantizados por la Convención Europea de 1950 como «resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros, en cuanto principios generales de derecho comunitario».

13. Véanse las sentencias señaladas *supra*, en la nota 8.

14. Es en este sentido, por otra parte, en la que ya se está orientando el proyecto jurídico. A finales del año 1999 se presentó la segunda versión, elaborada por una comisión de juristas coordinada por Christian von Bar, de los *Principles of European Contract Law*, publicados con una introducción de G. Alpa, «I principi del diritto contrattuale europeo», *Rivista critica del Diritto Privato*, XVIII, n.º 3 (septiembre, 2000). Véase también, sobre esta cuestión, otra importante colección de escritos: *Towards a European Civil Code* (2.ª ed., rev. y ampl.), Nijmegen, The Hague, Londres, 1998; G. Alpa, «Nuove frontiere del diritto contrattuale», *Contratto e impresa* (1997), pp. 961-979; íd., «Il codice civile europeo: "ex pluribus unum"», *Contratto e impresa / Europa* (1999), pp. 695-710. Además, sobre la iniciativa de la Comisión Europea, ha sido elaborada por un grupo de penalistas coordinados por Mirièlli Delmas-Marty un proyecto denominado pospositamente «*Corpus Iuris* para la tutela penal de los intereses financieros de la Unión europea», que entre otras cosas prevé la institución de un ministerio público europeo independiente y vinculado al principio de legalidad: véase pues, el texto en el volumen coordinado por G. Grasso, *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Giuffrè, Milán, 1998. Cfr. también, sobre el mencionado proyecto, L. Picotti (ed.), *Posibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milán, 1999; M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, Lonrai, 1994; íd., «Union Européenne et droit pénal», *Cahiers de Droit Européen* (1997), pp. 613 ss.; íd., «Verso un diritto penale comune europeo?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 5-6 (1997), pp. 543-554; K. Tiedmann, «L'europeizzazione del diritto penale», *ibídem* (1998), pp. 3-21; S. Manacorda, «Le droit pénal et l'Union Européenne: esquisse d'un système», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 1 (2000), pp. 95-121.

15. Véase, en este sentido, P. Grimm, «Una costituzione per l'Europa?» (1994), tr. it. en *Il futuro della costituzione* (ed. de G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro y J. Luther), Einaudi, Turín, 1996, pp. 339-367; D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milán, 1995, pp. 155-160; M. Luciani, «La costruzione giuridica della cittadinanza europea», en G.M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamento giuridici mondiali*, Edizioni Ets, Pisa, 1999, pp. 87-88; A. Baldassarre, «La sovranità dal cielo alla terra», *ibídem*, p. 80. Me parece manifiesta, en esta tesis, la influencia del concepto de constitución de Carl Schmitt como expresión de la «unidad política de un pueblo», o bien como acto que «constituye la forma y el tipo de unidad política, cuya existencia es preexistente» (*Verfassungslehre* [1928], tr. it. de A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milán, 1984, párr. 1, p. 15, y 3, p. 39; cfr. también, *ibídem*, párr. 18, pp. 312 ss.). Para una crítica más analítica de estas tesis, y en particular de la contraposición entre pluralidad de culturas y universalismo de los derechos fundamentales, remito a mis «I diritti fondamentali nella teoria dal diritto», cit., pp. 74-76, y «I fondamenti...», cit., pp. 68-69 y 85-90.

006014

Luigi Ferrajoli (Florencia, 1940) es catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Camerino (Italia). Ha escrito numerosos ensayos sobre teoría del derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho. Ha publicado obras como «Teoria assiomaticizzata del diritto» (Milán, 1970), «Democracia autoritaria e capitalismo maturo», en colaboración con Danilo Zolo (Milán, 1978), «La cultura giuridica nell'Italia del Novecento» (Roma, 1999). En castellano han aparecido las siguientes traducciones: «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal» (1987), «Derechos y garantías. La ley del más débil» (1999), y «Los fundamentos de los derechos fundamentales» (2001).

000015

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO



1-30 2122

390.11

W195704

1025

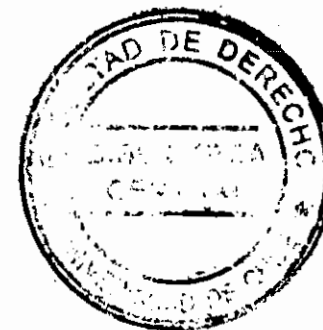
C1

Jerzy Wróblewski
Profesor de Teoría General
del Derecho y del Estado

Constitución y teoría general de la interpretación jurídica

Traducción de
ARANTXA AZURZA

Revisión y nota introductoria de
JUAN IGARTUA SALAVERRÍA
Catedrático de Derecho Natural
y Filosofía del Derecho



000016

Primera edición reimpresión, 2001

Compra: *discreta*
#5. 989
17.05.01

SUMARIO

NOTA INTRODUCTORIA	9
ABREVIATURAS	13
1. INTRODUCCIÓN	17
2. LAS CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL ...	21
3. TIPOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL	27
4. UN MODELO DE INTERPRETACIÓN OPERATIVA	35
5. EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN INTERPRETATIVA	57
6. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN	69
7. EL PROBLEMA DE LA CREATIVIDAD DE LA INTERPRETA- CIÓN Y LA TESIS DE LA ÚNICA INTERPRETACIÓN CO- RRECTA	81
8. INSTITUCIONES Y FUNCIONES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	93

Copyright © 1985, by Jerzy Wróblewski
Civitas Ediciones, S. L.
Grúcer, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-7398-372-6
Depósito legal: M-2.198-2001
Compuesto en A. G. Fernández, S.A.
Oudrid, 11. 28039 Madrid
Printed in Spain. Impreso en España
por Gráficas Rogar, S.A. Navalcarnero (Madrid)

00000
0000

NOTA INTRODUCTORIA

Acepto gustoso la oferta de encabezar con una nota introductoria la versión castellana de este trabajo del profesor Jerzy WRÓBLEWSKI, nombre familiar para los al tanto de la literatura apellidada «iusfilosófica» o «teórico-general» (del derecho), o las dos al tiempo (según sea la sustancia conceptual que se atribuye a ambas expresiones).

En efecto, una circunstanciada exploración por el medio millar de títulos salidos de su pluma nos permitiría topar con asuntos que constituyen lo más medular de lo que se alberga en la(s) temática(s) precitada(s). A lo mejor corresponde ahora especificar, siquiera de forma resumida, los problemas que han centrado la atención de este eminente profesor polaco. Pero no voy a hacerlo, porque —no recuerdo dónde lo leí— la técnica del racconto suele resultar atractiva en manos de los cineastas de talento; usarla aquí sería, en cambio, francamente imperdonable. Y de cualquier modo, me quedaría en una deslustrada rei-

teración de aquella modélica y afectuosa sección epílogal con la que Aulis AARNIO cierra la edición de unos escritos de WRÓBLEWSKI que, en los repertorios bibliográficos, figura como Meaning and Truth in Judicial Decision (Helsinki, 1979, segunda edición de 1983).

Aun siendo amplio el abanico de asuntos que en manos de WRÓBLEWSKI han recibido un tratamiento novedoso y riguroso, estimo que sus contribuciones más festejadas versan sobre lo que, en mi opinión, constituye una de las indagaciones básicas —que no elementales— acerca del derecho: la de su interpretación. Y cualquiera reconocerá que el empeño de nuestro autor ha resultado particularmente venturoso en esta empresa. Que se lo pregunten —por citar un puñado de revistas conocidas— a los lectores de Archives de philosophie du droit, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Logique et Analyse, Rivista internazionale di filosofia del diritto, Rechtstheorie...

WRÓBLEWSKI ha forjado una compleja teoría de la interpretación. Para reconstruirla, incluso quien no desee ser demasiado puntilloso, debería recopilar una buena cantidad de artículos diseminados por distintas publicaciones periódicas, y eso tampoco bastaría para despejar todas las dificultades porque —aparte de su producción vernácula— WRÓBLEWSKI no había ofrecido recientemente una exposición completa y articulada de su modelo teórico que ha ido enriqueciendo progresivamente. Esta circunstancia incrementa la pertinencia de la traducción de estas páginas que, aunque no demasiadas, fungen de visión que condensa y ordena el surtido de las cuestiones más centrales sobre la interpretación, extensibles también a la interpretación de la Constitución (salvas sean las

peculiaridades de ésta). Justamente sobre esto último —alusiones puntuales y frecuentes al margen— discurren las últimas y mañosas páginas de la presente publicación. El asunto de la interpretación constitucional ha suscitado, como se sabe, tempestuosos debates que, pese al caudal de sutileza exhibida por una nutrida columna de juristas, están lejos de concluir, no siendo ajeno a ello lo enmarañado de los planteamientos al uso. Ahora bien, el análisis es, por definición, clarificador y, en ese menester, WRÓBLEWSKI siempre se ha manifestado muy diestro. El lector apreciará que nuestro autor se vale de un estilo conciso y lexicalmente austero, quizá porque un hablante de inusitada imaginación verbal resulte demasiado disipado para la ascesis que requiere la tarea analítica.

El texto que me toca presentar recoge el contenido de las conferencias que el profesor WRÓBLEWSKI pronunció en los III Cursos de Verano en San Sebastián, concretamente en uno reservado a «La interpretación de la Constitución», y cuya dirección corrió de mi cuenta. Este ilustre invitado nos dedicó una parte de su precioso tiempo intersticial entre sus ocupaciones como rector de la Universidad de Lódz y en tanto que magistrado del Tribunal de Estado de la República Popular de Polonia.

Juan IGARTUA SALAVERRÍA

ABREVIATURAS

Const. A	Constitución de Austria (1981)
Const. E	Constitución Española (1978)
Const. F	Constitución Francesa (1958)
Const. RFA	Constitución de la República Federal Alemana (1949)
Const. I	Constitución Italiana (1948)
Const. P	Constitución de la República Popular de Polonia (1952) (reforma 1982)
Const. EE.UU.	Constitución de los Estados Unidos de América (1787)
Const. URSS	Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (1977)

Constitución y teoría general
de la interpretación jurídica

000018

1. INTRODUCCION *

1.1. La interpretación legal juega un papel central en cualquier discurso jurídico. En el discurso jurídico-práctico se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales. En el discurso teórico-jurídico, en el nivel de la dogmática jurídica, la llamada «interpretación doctrinal» se utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos. Las reglas legales se interpretan también en la actividad legislativa cuando el legislador tiene que determinar el significado de un texto legal ya existente y cuando considera las posibles inter-

* *Nota de la traductora:* El adjetivo inglés «legal» se ha traducido, en la mayoría de los casos, por su homónimo castellano «legal» y en ocasiones —cuando ese término parecía referirse a algo más amplio que la ley en sentido estricto— por «jurídico». Por tanto, se advierte al lector que las palabras castellanas «legal» y «jurídico» que aparecen en esta traducción son versiones de un único término inglés («legal»).

pretaciones que, en situaciones futuras, puedan tener las reglas que él va a promulgar.

1.2. La teoría de la interpretación legal está fuertemente influida por problemas prácticos y por la ideología operativa en la aplicación del derecho. Hablando de manera general, hay dos tendencias opuestas al combinar los problemas ideológicos, prácticos y teóricos. Una tendencia presenta la interpretación como el descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado. La otra tendencia presenta la interpretación como la atribución de un significado (determinada por varios factores) a la regla legal, y considera la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador. Hay construcciones teóricas del significado y postulados ideológicos que determinan el lugar que corresponde al intérprete de acuerdo con cada una de esas tendencias, las cuales, de cualquier modo, no aparecen en una forma pura, salvo en la ideología y en la teoría, pero no en la práctica legal.

1.3. La interpretación constitucional aparece como un caso especial de la interpretación legal. La teoría general de la interpretación legal cubre también la interpretación constitucional, aunque hay rasgos especiales de esta última conectados con las particularidades del papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional.

Pienso que para abordar los problemas de la interpretación constitucional de manera teórica hay que utilizar el marco de una teoría general de la interpretación.

1.4. En este trabajo me ocuparé de los siguientes temas: *a)* concepciones de la interpretación legal; *b)* tipología de la interpretación legal; *c)* un modelo de interpretación operativa; *d)* el proceso interpretativo y la justificación de la decisión interpretativa; *e)* teoría e ideología de la interpretación legal; *f)* el problema de la creatividad de la interpretación legal y la tesis de la única interpretación correcta; *g)* instituciones y funciones de la interpretación constitucional.

2. LAS CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACION LEGAL

2.1. Hay varias concepciones de la interpretación legal, más o menos influidas por el uso del término «interpretación» y por ideas semióticas generales.

Para nuestro propósito es suficiente resaltar tres concepciones sobre la interpretación legal y elegir una de ellas, la utilizada en la teoría general que aquí presentamos¹.

2.2. La interpretación *sensu largissimo* se define como la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural. Si nos encontramos, por ejemplo, con una piedra de una forma particular nos podríamos preguntar si es el resultado de fuerzas naturales como el viento o el agua, o producto del trabajo humano como instrumento u obra de arte. En el primer

¹ Para los significados del término «interpretación», cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Reasoning in Legal Interpretation*, «Logique et analyse», 45, 1969, pág. 4 y sigs., reimpresso en J. WRÓBLEWSKI, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1983², pág. 72 y sigs. y lit. cit.

caso sólo nos interesamos por el proceso natural relacionado con la geología, pero en el segundo caso atribuimos a la piedra algún valor (sentido, significado), tratándola como resultado de una actividad humana. En otras palabras, atribuimos algún valor (sentido, significado) al substrato material interpretándolo como resultado de la actividad del hombre. Y ésta es una «interpretación cultural» utilizada en las ciencias humanas y que requiere una base filosófica apropiada.

2.3. Interpretación *sensu largo* significa comprensión de cualquier signo lingüístico. En otras palabras, para entender un signo de un lenguaje dado hay que interpretarlo atribuyéndole un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje. Es evidente que, primero, a algo hay que tratarlo como signo de un lenguaje (interpretación en el sentido más amplio) y, después, atribuirle un significado al comprenderlo (interpretación en sentido amplio).

Esta sinonimia entre «interpretación» y «comprensión» es utilizada en el campo de la semiótica contemporánea. Hay, así, una analogía entre el interpretar un cálculo formal a través de ciertos modelos y el interpretar un lenguaje natural. Si nos interesamos por el lenguaje legal en el que los textos legales están formulados, en tal caso, para entenderlos, hemos de usar «interpretación» en sentido amplio. Esto mismo puede sostenerse para cualquier uso del lenguaje natural en los actos de comunicación de todos los días.

2.4. Interpretación *sensu stricto* quiere decir determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación. Hay, por tanto, dos tipos de situaciones de comunicación: o bien la comprensión directa de un lenguaje es su-

ficiente para fines de comunicación concreta, o bien existen dudas que se eliminan mediante la interpretación. La ocurrencia de estos dos tipos de situación es comúnmente conocida en la experiencia de comunicación diaria. En las situaciones típicas de la vida diaria, cuando se utiliza el lenguaje común por las personas que participan en un acto de comunicación, se entiende de lo que se habla a pesar de todos los conocidos caracteres semióticos del lenguaje en cuestión. Cuando surge una duda se utilizan instrumentos especiales como el procurarse definiciones, diccionarios o gramática, especialmente cuando una de las personas interesadas no habla adecuadamente el lenguaje utilizado, por ejemplo porque no sea su lengua propia o porque el contexto de la situación se aleje de lo corriente, etc.

Sucede lo mismo en el discurso jurídico ejemplificado en la decisión judicial justificada. En algunos casos no hay dudas de interpretación y no se discute ningún problema referente al significado de las reglas utilizadas, pero también se dan situaciones en las que surgen controversias sobre el significado de esas reglas. A lo primero se le puede llamar «situación de isomorfia», a lo segundo «situación de interpretación»². Teniendo esto en cuenta, no se puede considerar la «comprensión» de un lenguaje como sinónimo de su «interpretación».

Este uso del término «interpretación» tiene una larga tradición en el discurso jurídico y se conecta

² Estos términos son introducidos por K. MAAKKONEN, *Zur Problematik der jurisdischen Entscheidung*, Turku, 1965, 5. Cfr. también G. GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, Londres, 1968, cap. VII; J. WRÓBLEWSKI, *Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation*, «Logique et analyse», 21/24, 1963, págs. 404-409, reimpresso *idem*, MEANING..., págs. 33-38.

con el principio *interpretatio cessat in claris* o *clara non sunt interpretanda*. De cualquier manera, contra estos principios hay serias críticas teóricas relacionadas con la invitación a utilizar el término «interpretación» *sensu largo* (punto 2.2).

2.5. En mi opinión, la elección de una concepción de interpretación depende de los fines de la investigación dentro del marco conceptual de una teoría determinada. De hecho, para algunos fines, la concepción estricta de interpretación es la mejor, y para otros, es más apropiada la concepción amplia. Yo utilizaré la primera concepción por las siguientes razones.

Primero, la concepción en cuestión corresponde al uso del término «interpretación» en el lenguaje del discurso práctico-jurídico en general y en especial a su uso en la justificación de las decisiones judiciales.

Segundo, utilizando el término «interpretación» como sinónimo del término «comprensión» hay que diferenciar las situaciones en las que no caben dudas y las situaciones de duda, ya que el problema de determinación de significado es evidentemente relevante en un discurso jurídico. De este modo, habría que introducir una terminología que especifique estos dos tipos de situaciones.

Tercero, debe subrayarse que la situación de duda (situación de interpretación) y la de *claritas* (situación de isomorfía) dependen de actos concretos de comunicación y no pueden ser consideradas *in abstracto*. El mismo texto es claro o dudoso según los contextos concretos de su uso. La claridad es, por tanto, una noción pragmática enlazada con algunos caracteres semánticos del lenguaje legal interpretado

(cfr. punto 4.3.1). Da la impresión de que algunos de los argumentos dirigidos contra interpretación *sensu stricto* están conectados con la carencia de una concepción pragmática de claridad y parecen expresar un postulado ligado a la idea de que todo texto legal debería ser interpretado (cfr. punto 6.4).

2.6. De acuerdo con un punto de vista semiótico sobre la interpretación legal, es también importante identificar lo que se interpreta. Hay varios criterios estrechamente conectados con las concepciones teóricas sobre disposición (legal) y regla (legal) y su significado³. No es éste lugar para presentar la diversidad de teorías relacionadas con todo ello, y por eso expondré dos tipos de posturas teóricas subrayando sus vinculaciones con las concepciones de interpretación legal antes señaladas.

El primer tipo admite las siguientes convenciones terminológicas: *a*) una disposición legal es parte de un texto legal y se concreta como artículo, párrafo, etc., con arreglo a la técnica legislativa utilizada; *b*) la norma legal es una regla construida a partir de disposiciones legales de acuerdo con un modelo aceptado de su fórmula apropiada (normal); *c*) las disposiciones legales y las normas legales tienen un significado como expresión de un lenguaje legal utilizado en contextos determinados; *d*) este significado, que depende de los contextos de su uso, es o no claro según los casos concretos para los que se utiliza: en la primera situación se entienden direc-

³ Cfr. en general W. LANG, J. WRÓBLEWSKI, S. ZAWADZKI, *Teoria państwa i prawa* (Teoría del Estado y del Derecho), Varsovia, 1980², cap. 17; J. WRÓBLEWSKI, *Las clases de reglas jurídicas*, «Social Sciences Review», octubre 1984, donde se analizan las opiniones de R. N. BOBBIO, H. L. A. HART y A. ROSS. Hay términos sinónimos de «disposición legal» tales como «provisión legal», «prescripción legal».

tamente en su significado *prima facie*, en la segunda se interpretan (interpretación en sentido estricto).

El segundo tipo de convención admite la siguiente terminología: *a)* las disposiciones legales son signos lingüísticos de un texto legal; *b)* una norma es un significado de estos signos que formula una determinada (¿clara?) regla de comportamiento; *c)* la norma como significado es un resultado de la interpretación en sentido amplio que determina la estructura y contenido de la norma en cuestión; *d)* comprender una disposición significa interpretarla y crear un significado.

La elección entre estos dos grupos de convenciones está, por supuesto, unida a diversos problemas teóricos. Subrayando la dependencia que cualquier elección de aparato conceptual mantiene con el propósito de la investigación, me inclino por el primer tipo de convención. De acuerdo con él, el objeto de la interpretación legal es siempre un texto de una regla legal, expresada bien como disposición o bien como norma, y esta regla está formulada en un lenguaje legal⁴. El ejemplo típico de interpretación es el de la interpretación de una disposición legal, y no de una norma elaborada.

En resumen: los textos formulados en lenguaje legal se interpretan cuando pragmáticamente no son lo bastante claros para los fines de comunicación en determinados contextos.

⁴ No obstante, esto es una simplificación porque se puede discutir el hecho de si la norma legal, como regla construida, está siempre formulada en un lenguaje legal *sensu stricto*.

3. TIPOLOGIA DE LA INTERPRETACION LEGAL

3.1. Existen muchas clasificaciones y tipologías de la interpretación legal. Para nuestros fines es suficiente aislar cuatro tipos de criterios con arreglo a los cuales se identifican cuatro tipos particulares de interpretación legal. Se dan los siguientes criterios: el de la fuente de interpretación; el de la validez de la decisión interpretativa; el del tipo de texto interpretado; el de la cualificación de la interpretación.

3.2. La «fuente de interpretación» identifica quién interpreta un texto legal.

a) En la interpretación auténtica, el legislador interpreta el texto que ha promulgado. De conformidad con lo que comúnmente se acepta, *eius est interpretari cuius est condere legem*, el legislador tiene competencia para una interpretación auténtica.

Hay una opinión según la cual las denominadas definiciones legales, concebidas como determinación del significado de los términos utilizados en el acto

000001

normativo que contienen esas definiciones, son un caso de interpretación auténtica⁵. De hecho, el legislador, al ser consciente de las dudas que podrían suscitar algunos de los términos que utiliza, fija de antemano su significado. Usualmente se acepta que la interpretación auténtica es tan válida como el mismo texto interpretado, a condición de que se mantenga la forma adecuada.

b) En la interpretación legal existe un órgano específico del Estado que tiene una competencia interpretativa especial. Por ejemplo, en Polonia el Consejo de Estado posee la competencia de interpretación de las leyes (art. 30, sec. 1/4, Const. P), y esta interpretación goza de validez general.

c) En la interpretación operativa, el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto⁶. El ejemplo típico es el de la interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa del derecho.

d) La interpretación doctrinal es aquella interpretación del derecho que se realiza en las ciencias jurídicas en general y en la dogmática jurídica en particular.

⁵ Sin embargo, la naturaleza de la definición legal es bastante controvertida. Cfr., por ejemplo, U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, en «Diritto e analisi del linguaggio», ed. U. SCARPELLI, Milán, 1976; A. ROSS, *La definizione nel linguaggio giuridico*, en *ibidem*; C. E. ALCHOURRON y E. BULYGIN, *Definiciones y normas*, en «El derecho y lenguaje. Homenaje a Genaro R. Carrió», Buenos Aires, 1983.

⁶ El término «interpretación operativa» ha sido introducido por L. FERRAJOLI, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, «Rivista int. di filosofia del diritto», 1, 1966, y esta interpretación ha sido antes señalada sin utilizar este término, J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego* (Problemas de interpretación del derecho socialista), Varsovia, 1959, cap. III, 1 y sigs.

Entre las tareas típicas de la dogmática jurídica se encuentra la de la sistematización del derecho vigente, tarea que frecuentemente exige una interpretación de reglas legales correlacionada con la elaboración de conceptos jurídicos⁷. La dogmática jurídica analiza también, en glosas y comentarios, la interpretación del derecho efectuada por los órganos estatales y especialmente la interpretación operativa, proponiendo su propia interpretación.

e) Existe, por último, en orden que no en importancia, la interpretación que surge de otras fuentes: la interpretación de las partes y de sus representantes en el proceso jurídico, la cual a menudo estimula la interpretación operativa; la interpretación hecha por la opinión pública, especialmente cuando se valoran el derecho y las decisiones aplicativas del derecho, lo cual es importante para identificar el contenido de la conciencia jurídica de los grupos particulares de una sociedad.

3.3. La determinación del significado se expresa en una decisión interpretativa porque, cuando el significado *prima facie* de un texto es dudoso, siempre hay una elección entre significados diferentes.

El término «validez» tiene muchos significados en el discurso jurídico. La teoría jurídica se interesa especialmente por el significado de «validez del derecho» o «validez de una regla legal», pero también se puede utilizar este término refiriéndonos a la decisión interpretativa. Hay varias concepciones de validez: las tres concepciones básicas (validez sistemática, factual y axiológica) se combinan con ideas rela-

⁷ Sobre interpretación doctrinal, cfr. A. AARNIO, *On Legal Reasoning*, Turku, 1977, cap. III, 4; *idem*, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki, 1983, cap. 8.

cionadas con las concepciones señaladas de un sistema jurídico que define sus reglas de reconocimiento⁸.

Para el fin que perseguimos es suficiente, de cualquier manera, simplificar el problema diciendo que hay tres significados de validez utilizados al referirse a la interpretación. Primeramente, la validez de la decisión interpretativa en el sentido de que todos los destinatarios de normas legales válidas (validez-T) o un determinado grupo de destinatarios de esta decisión (validez-G) están vinculados por esta decisión según reglas legales válidas. En segundo lugar, la validez de la decisión interpretativa en el sentido de que algunas personas interpretan textos legales según su parecer y piensan que es una forma correcta de hacerlo, sin plantearse ninguna duda al respecto (validez-F). La validez-G y -T están impuestas por el derecho y, por tanto, corresponde a la «validez sistémica» de las reglas legales, mientras que la validez-F se corresponde con la «validez factual» de las reglas legales.

La validez-T de la decisión interpretativa significa que todo destinatario del derecho tiene la obligación de entenderlo de acuerdo con esta interpretación. Es el caso de la interpretación auténtica y el de la interpretación legal.

La validez-G de la decisión interpretativa está restringida por el derecho a algunos grupos de destinatarios. Así, por ejemplo, en los procedimientos judi-

⁸ Cfr. en general J. WRÓBLEWSKI, *Tre concetti di validità*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2, 1982; *idem*, *Three Concepts of Validity of Law*, «Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland», 5-6, 1982 y lit. cit.; *idem*, *Fuzziness of Legal System*, en «Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen», XVI Oikeistiede Jurisprudentia, 1983, págs. 319-322 y lit. cit.

ciales (en sistemas de *statutory law*) hay formas de interpretación judicial del tribunal del más alto nivel que son vinculantes para un tribunal más bajo a la hora de decidir un caso concreto. En el derecho polaco existen algunas formas cualificadas de resoluciones del Tribunal Supremo que son vinculantes para todos los tribunales, pero no para otros órganos estatales. De acuerdo con las decisiones del Tribunal Supremo Administrativo polaco, las instrucciones de los órganos administrativos centrales, como actos de «dirección interna», no pueden imponer obligaciones a los ciudadanos y, por tanto, eso se sostiene también de la interpretación que se incluye en ellas: es válida sólo para la administración y no fuera de ella.

La validez-F de la decisión interpretativa aparece cuando la decisión influye en la interpretación de manera análoga a la validez-T o -G, pero no hay regla legal que imponga semejante obligación. Así, en países de *statutory law*, las decisiones interpretativas de los más altos tribunales funcionan en situaciones ordinarias como si tuvieran validez-T o -G⁹. Esto se hace especialmente patente en las decisiones de los tribunales más bajos que utilizan la interpretación del tribunal más elevado como un argumento para fundamentar su propia actividad interpretativa. Se han dado muchas explicaciones de este hecho, altamente importante para la uniformidad y certeza de la aplicación judicial del derecho. Pero en los sistema de *statutory law* no existe la regla del precedente y las divergencias que se producen entre las decisiones interpretativas de los propios tribunales más altos se presentan como un caso, más bien difícil, para el

⁹ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *The Concept and the Function of Precedent in Statute-Law Systems*, «Archivum Iuridicum Cracoviense», VII, 1974, rep. en *idem*, *MEANING...*, pág. 157 y sigs.

funcionamiento de la administración de justicia. Uno se puede preguntar también si alguna interpretación doctrinal, que aparezca como una *communis opinio doctorum*, no tenga la mencionada validez-F en el funcionamiento de sistemas jurídicos aunque nunca alcance el *pedigree* de la *responsa prudentium* romana.

3.4. La tipología de las decisiones interpretativas según el objeto de la interpretación depende, evidentemente, de la tipología de las reglas jurídicas y no presenta ningún interés teórico. Si se distingue, por ejemplo, Constitución, leyes, reglas infralegales, tratados internacionales, actos normativos como contratos, testamentos, etc., de conformidad con ello se pueden especificar los diferentes tipos de interpretación legal y preguntarse por sus particularidades, si las hubiera.

3.5. La tipología de la interpretación según su calificación se refiere, tradicionalmente, a dos problemas.

Primeramente, existe la oposición entre *interpretatio extensiva* e *interpretatio restrictiva*. Esta empleadísima calificación, de acuerdo con la teoría general de la interpretación, se plantea cuando dos significados de la regla legal interpretada se comparan entre sí y, entonces, se manejan las directivas interpretativas de segundo grado (ver punto 4.8).

En segundo lugar, se presenta un problema más complicado: la calificación de la interpretación en tanto que *secundum*, *praeter* y *contra legem*. El análisis teórico demuestra que, de hecho, esta calificación versa sobre una comparación entre diferentes interpretaciones de reglas legales, a una de las cuales se le llama *lex* (ver punto 8.4).

De esta manera, en ambos casos nos encontramos con una calificación que se basa en la comparación de diferentes interpretaciones y/o sus resultados y con la elección valorativa de una de ellas como la apropiada.

3.6. La interpretación constitucional se coloca dentro del marco de los tipos de interpretación arriba señalados. Esta interpretación se identifica por su objeto, es decir, una Constitución (punto 3.4). Hay varias fuentes posibles de esta interpretación: un Parlamento, como órgano creador de la Constitución, un órgano especial que tiene la competencia de la interpretación constitucional, los órganos que aplican las reglas constitucionales, la ciencia jurídica y otras (comp. punto 2). El caso más interesante consiste en la interpretación constitucional efectuada por el órgano estatal que controla la constitucionalidad de las leyes (y de otros actos normativos, cfr. punto 8.2) y/o que trata sobre casos de responsabilidad constitucional (cfr. punto 8.3). Por ejemplo, según la Const. RFA (art. 93, sec. 1/1), el Tribunal Constitucional Federal decide las cuestiones interpretativas de esa Constitución; según el artículo 1.º, sec. 1, de la Ley Orgánica referente al Tribunal Constitucional de España (Ley de 3 de octubre de 1979), este Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución.

La validez de la interpretación constitucional (punto 3.3) se decide por el derecho vigente en determinados países (validez-T y -G) y se basa en la autoridad de las decisiones interpretativas (validez-F).

4. UN MODELO DE INTERPRETACION OPERATIVA

4.1. Interpretación operativa es la interpretación que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión [situación de interpretación, cfr. punto 3.2.c)]¹⁰.

En esta situación el órgano que aplica el derecho tiene que determinar el significado en cuestión de manera suficientemente precisa para los fines de la toma de decisión.

La decisión interpretativa se justifica por referencia a las directivas interpretativas que han sido concebidas como reglas para determinar el significado del

¹⁰ La presentación de los problemas de la interpretación operativa se basa en los siguientes textos míos: *The Problem of the Meaning of the Legal Norm*, «Osterr. Zft. f. öffentliches Recht», 3-4, 1964; rep. MEANING..., pág. 1 y sigs.; *Semantic Basis...*, *op. cit.*; *Legal Reasoning...*, *op. cit.*; *Zagadnienia teorii*, capítulos II-VIII; *Sadowe stosowanie prawa* (Aplicación judicial del derecho), Varsovia, 1982, cap. VII.

texto interpretado. La elección de las directivas en cuestión, y frecuentemente su uso, dependen de valoraciones y, por tanto, la justificación de la decisión en cuestión tendría que explicitar las valoraciones (o valores) aceptados por quien toma la decisión.

Un modelo de interpretación operativa, en una primera aproximación, tiene que individualizar: *a*) dudas, como punto de partida de la interpretación; *b*) uso de directivas interpretativas que implican valoraciones; *c*) toma de una decisión interpretativa que, eventualmente, es o ha de ser justificada.

Existe, no obstante, una variedad de decisiones interpretativas y su aplicación conduce, a veces, a resultados diferentes. Distingo, por consiguiente, dos niveles en las directivas en cuestión: las directivas del primer nivel DI^1 determinan el modo en que el intérprete debería atribuir significado a una regla legal teniendo en cuenta los contextos relevantes de la regla, a saber, contextos lingüístico, sistémico y funcional. Las directivas del segundo nivel DI^2 determinan cómo deberían utilizarse las DI^1 (DI^2 de procedimiento) y la manera de elegir entre los diferentes resultados de una aplicación de las DI^1 (DI^2 de preferencia).

Teniendo esto en cuenta, un modelo general de interpretación operativa destacaría los siguientes elementos: *a*) una duda inicial concerniente al significado de la regla legal a aplicar; *b*) aplicación de las DI^1 según las DI^2 de procedimiento; *c*) comparación de los resultados de *b*); *d*) si los resultados en cuestión, es decir, los significados de una regla interpretada según las DI^1 son diferentes, se pasa entonces a la elección de un significado según las DI^2 de preferencia; *e*) formulación de la decisión interpretativa y, eventualmente, de su justificación.

Un modelo teórico de interpretación operativa señala los problemas a solventar por quien toma la decisión, pero no es la descripción de un proceso interpretativo (cfr. punto 5.1).

El modelo de interpretación operativa podría utilizarse, análogamente, para otras clases de interpretación en sentido estricto, aunque las dudas en cuestión sean dudas pronosticadas (en la interpretación auténtica), o dudas surgidas en algún proceso relevante de aplicación del derecho (interpretación legal), o dudas dependientes de una sistematización del derecho (interpretación doctrinal). La manera de eliminar estas dudas es estrictamente análoga, a saber, por medio de directivas interpretativas y de valoraciones.

La interpretación constitucional es una interpretación operativa cuando se refiere a la aplicación de reglas constitucionales. De modo particular, este es el caso de los sistemas en los que funcionan instituciones especiales para el control de constitucionalidad del legislativo y de responsabilidad constitucional (cfr. puntos 8.2 y 8.3).

4.2. La interpretación en sentido estricto es necesaria, *ex definitione*, cuando se dan dudas concernientes al significado de una regla, y, en la interpretación operativa, estas dudas surgen en el proceso de una aplicación del derecho. Hay, así, situaciones de isomorfia o situaciones de interpretación [cfr. punto 3.2.c)].

Unas reglas constitucionales no suscitan ninguna duda porque su redacción es prácticamente clara en los contextos pragmáticos de su uso: por ejemplo, la determinación de la capital de un Estado (art. 5 Const. E) o la determinación de miembros del Parlamento (art. 21, sec. 1, Const. P).

No obstante, hay otras reglas constitucionales que, en algunas situaciones, requieren interpretación.

Existen términos constitucionales que son abiertamente valorativos y, por tanto, por razones semióticas, exigen la determinación de su significado cuando se utilizan. Por ejemplo, los valores supremos del ordenamiento que se expresan en términos como «libertad», «igualdad» o «justicia» (art. 1 Const. E), debido a razones lingüísticas, requieren interpretación en cualquier contexto en el que no haya significado estrictamente definido, de estos términos fundamentales y fuerzas políticas distintas tiendan a utilizarlos, a la hora de decidir asuntos concretos, de manera más o menos diferente [cfr. punto 8.4.2.a)]. Lo mismo vale para toda cláusula general y para los términos abiertamente valorativos del lenguaje legal; pero también los términos descriptivos pueden resultar confusos [punto 8.4.2.c)]. De ahí que las dudas dependan del contexto lingüístico de una regla interpretada.

El contexto sistémico origina dudas interpretativas cuando el significado *prima facie* de una regla es inconsistente o incoherente con otras reglas válidas de este sistema¹¹. Especialmente, este es el caso en

¹¹ El uso del término «consistencia» aplicado a la relación entre normas no consideradas ni como expresiones lingüísticas verdaderas ni falsas requiere unas especiales convenciones terminológicas y/o una clase especial de lógica no alética para el discurso normativo. El término «coherencia» se usa de manera que trascienda el campo de la lógica. Para la aplicación de ambos términos en el discurso legal, cfr., por ejemplo, N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978. Para un esbozo lógico general, cfr., por ejemplo, O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, Viena-Nueva York, 1970, cap. VIII, 4 (c); CH. y O. WEINBERGER, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, Munich, 1979, cap. 7, 11. No obstante, existe también una opinión que restringe el postulado de consis-

cualquier control de constitucionalidad de las leyes: si hay una inconsistencia entre una regla legal y una regla constitucional tomadas en su sentido *prima facie*, surge la duda acerca de si alguna de ellas, o ambas, han sido correctamente entendidas. Frecuentemente se concibe a las reglas constitucionales como «principios jurídicos» en uno de los diferentes significados de este término vago¹², y en tanto que principios juegan un relevante papel a la hora de determinar el significado de las reglas interpretadas que no son «coherentes» con ellos y, por tanto, provocan dudas sobre su significado *prima facie*.

El contexto funcional del derecho proporciona también factores relevantes sobre las reglas, valoraciones, opiniones diferentes en lo que respecta a los rasgos de la sociedad y del Estado, y de la «voluntad» del legislador y de quien decide, considerados como relevantes para el significado de las reglas interpretadas. El caso típico de duda consiste en el conflicto entre las funciones de una regla utilizada en su significado *prima facie* y la *ratio legis* o los fines del legislador actual (como opuesto al histórico). Los elementos políticos del contexto funcional, junto con la vaguedad del lenguaje constitucional, suscitan dudas. Por ejemplo, las concernientes al significado de los «principios fundacionales» en el artículo 34 Const. F: «*la loi détermine les principes fonamen-*

tencia para el sistema jurídico como un sistema que combina los caracteres de *sistemi tetici* y *sistemi proeretici*; cfr. G. DI BERNARDO, *L'indagine del mondo sociale*, Milán, 1979, part. II, cap. 2 (12); *idem*, *Le regole dell'azione sociale*, Milán, 1983, págs. 184-209.

¹² Cfr. una tipología de diversos usos de este término, J. WRÓBLEWSKI, *Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'ideologie de l'interprétation juridique*, «Archivum Iuridicum Cracoviense...», part. I; R. ALEXI, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, «Rechtstheorie, Beiheft», 1, Berlín, 1979.

taux», se conectan con la idea de que esta regla determina la «*matière réservée à la loi*» y esto alude al problema de la distribución del poder legislativo entre el Parlamento y el gobierno [cfr. punto 8.4.2.b)].

Las dudas que produce la interpretación operativa son las que tienen que ver con la aplicación del derecho. Pero dudas análogas aparecen también en un análisis general y en la sistematización del derecho en la interpretación doctrinal, y la interpretación del derecho constitucional no es una excepción.

La existencia de una duda está siempre referida a un uso concreto de una regla legal. En la interpretación operativa, el que toma la decisión tiene que elegir entre establecer que *lex clara est* y establecer que el significado de esa *lex* es dudoso en ese concreto contexto de comunicación. La *claritas* y la duda están, por tanto, en una situación de dependencia (cfr. puntos 4.2, 5.3).

4.3. La teoría de la interpretación legal aquí presentada se basa en un punto de vista semiótico. Esto quiere decir, *inter alia*, que los rasgos del lenguaje legal determinan los problemas de interpretación¹³.

No puedo discutir aquí todas las controversias referentes al lenguaje legal¹⁴. Acepto que hay varias

¹³ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Language and Legal Interpretation*, presentado en el coloquio «Normative Reasoning and Legal Interpretation», Turku, 1983.

¹⁴ Sobre el lenguaje legal, cfr., por ejemplo, B. WRÓBLEWSKI, *Jezyk prawny i prawniczy* (Lenguaje legal y lenguaje jurídico), Cracovia, 1948, part. II, III; K. OPALEK y J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii prawa* (Problemas de la teoría legal), Varsovia, 1969, cap. II, 1.1; Z. ZIEMBINSKI, *Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernment*, «Archives de philosophie du droit», XIX, 1974; *idem*, *Problemy pod stawowe prawoznawstwa* (Problemas fundamentales de la ciencia legal), Varsovia, 1980, cap. 22, cap.

clases de lenguaje conectados con el derecho: el lenguaje de los textos en que se formulan reglas legales (lenguaje legal *sensu stricto*), el lenguaje legal de las decisiones de la aplicación del derecho (lenguaje jurídico-legal), lenguaje legal de las ciencias jurídicas (lenguaje jurídico-doctrinal que, a su vez, se divide en lenguajes de la dogmática, metadogmática, teoría, etcétera). Aquí me interesaré únicamente por el lenguaje legal *sensu stricto* y, en adelante, me referiré a este lenguaje como «el lenguaje legal».

El lenguaje común natural es el que se utiliza en situaciones normales de la vida como instrumento de comunicación. Si profundizamos en el lenguaje legal, éste aparecerá como una especie del lenguaje común. Según opiniones ampliamente compartidas, el lenguaje legal no tiene peculiaridades sintácticas, pero sí algunos caracteres semánticos debido a la influencia del legislador al formar los significados de algunos de los términos que utiliza. Se dan también peculiaridades pragmáticas de este lenguaje porque se utiliza mayormente en el discurso legal y no en la comunicación diaria.

Los caracteres más sobresalientes del lenguaje legal, como una especie del lenguaje común, son la vaguedad y la contextualidad del significado.

4.3.1. El lenguaje legal es un lenguaje vago. La borrosidad de un lenguaje se define al identificar tres áreas de referencias de los nombres o descripciones

2.2.3; T. GIZBERT STUDNICKI, *Jezyk prawny a jezyk prawniczy* (Lenguaje legal y lenguaje jurídico), «Zeszyty Naukowe uniwersytetu Jagiellonskiego Prace prawnicze», 55, 1972; *idem*, *Czy istnieje jezyk prawny* (¿Existe el lenguaje legal?), «Pánstwo i prawo», 3, 1979; W. LANG, J. WRÓBLEWSKI, S. ZAWADZKI, *op. cit.*, cap. 16.1-16.3.

formulados en este lenguaje¹⁵. Tomaré como ejemplo el término «hombre» en una regla legal: «quien mate a un hombre habrá de ser castigado con...». El término «hombre» en el lenguaje legal es aplicable a cualquier estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Łódz (núcleo positivo de referencia), y no es aplicable a ningún pájaro o pez (núcleo negativo de referencia). Hay, sin embargo, objetos para los que la decisión de si X pertenece o no a la clase lingüística «hombre» no es clara y tampoco puede decidirse mediante las reglas semánticas del lenguaje legal, por ejemplo: un organismo sin actividad; un «organismo artificial»; el *nasciturus* en algunos sistemas jurídicos. Esta es la penumbra del término «hombre» y un lenguaje inconcreto suele tener estas zonas de penumbra, al menos en lo que se refiere a algunos de sus términos y/o descripciones.

Los núcleos de referencia positivo y negativo aparecen en los casos lingüísticamente claros, y las dudas existen en la penumbra. Este es el caso de duda suscitada por el contexto lingüístico de una norma legal; ya que el lenguaje legal es un lenguaje inconcreto.

Existen, además, otras dimensiones de inconcreción en el lenguaje legal. Hay una inconcreción que resulta de la estructura sintáctica de los textos legales. Pero, incluso en los casos lingüísticamente claros, podrían surgir dudas por la influencia de los contextos sistémico y funcional en las reglas legales.

4.3.2. Como antes he mencionado, hay tres contextos relevantes para el significado de las reglas legales, a saber: lingüístico, sistémico y funcional (pun-

¹⁵ J. WRÓBLEWSKI, *Fuzziness...*, págs. 315-319 y lit. cit. y cfr. la nota 13.

to 4.2). El contexto lingüístico es el del lenguaje legal inconcreto antes descrito brevemente.

El contexto sistémico es el sistema al que pertenece la regla legal. Suele aceptarse que una regla legal ha de considerarse como parte de un todo más amplio, por ejemplo de un «acto normativo», de una «rama del derecho», de una institución jurídica, etc. El conjunto al que pertenece la norma legal es un sistema jurídico y, por tanto, los caracteres de este sistema se consideran relevantes para el significado de aquélla.

Hay muchas concepciones teóricas sobre el sistema jurídico relativas a su estructura y alcance. Este no es el lugar para discutir problemas tan controvertidos, y limitaré mis observaciones a los caracteres de un sistema jurídico necesarios para tratar de la teoría de la interpretación legal en general y de la interpretación constitucional en particular.

Primeramente, el sistema jurídico es un sistema mixto estático-dinámico, es decir, se dan relaciones sustantivas entre normas (por ejemplo, de contradicción, de «inferencia», etc., en alguno de los significados de estos términos), y relaciones formales de delegación (por ejemplo, de otorgamiento de competencias legislativas), con sus correspondientes criterios de validez sistémica¹⁶.

¹⁶ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Systems of Norms and Legal Systems*, «Rivista intern. di filosofia del diritto», 2, 1972; *idem*, *Towards Foundations of Judicial Reasoning*, en «Metatheorie juristischer Argumentation», ed. W. KRAWIETZ y R. ALEXI, Berlín, 1983, pág. 245 y sigs.; *idem*, *Operative Models and Legal Systems*, en «Artificial Intelligence and Legal Information Systems», vol. I, ed. C. CIAMPI, Amsterdam-Nueva York-Oxford, 1982, págs. 218-230; *idem*, *Tre concetti...*, págs. 586-591; *idem*, *Three Concepts...*, págs. 408-414.

En segundo lugar, hay una variedad de reglas que pertenecen al sistema jurídico. Entre las muchas tipologías de estas reglas, aquí es importante señalar que hay reglas simples que determinan un comportamiento psico-físico y son las reglas primarias; y reglas que regulan competencias, adjudicación, organización, validez, etc., de caracteres más bien mixtos y complejos y a las que globalmente se clasifica como reglas secundarias¹⁷. Las reglas se formulan de varias maneras, tales como identificando la conducta mediante su descripción (reglas de conducta *sensu stricto*), trazando la dirección del comportamiento debido (reglas directivas) o los fines (resultados) que deberían alcanzarse (reglas teleológicas) (cfr. punto 8.4.1).

En tercer lugar, las reglas legales que pertenecen a un sistema jurídico concreto están ordenadas jerárquicamente según la jerarquía de las autoridades legislativas, los caracteres de los procedimientos legislativos y/o también, a veces, según criterios de contenido. Como ejemplo de la primera señalaría la distinción entre Constitución, leyes y otras reglas; de acuerdo con la última distinción entre *leges generales* y *leges speciales*, principios y reglas «ordinarias».

En cuarto lugar, el sistema jurídico está concebido como un conjunto consistente de reglas. Lo cual quiere decir que si entre las reglas válidas algunas son contradictorias (en el sentido en el que se define el término «contradicción» cuando se aplica a las reglas)¹⁸, se tenderá a eliminar estas contradicciones, o decidiendo que alguna de las reglas no es válida

¹⁷ Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, cap. III, V; N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Turín, 1970, págs. 175-188.

¹⁸ Cfr. nota 11 y *Les antinomies en droit*, ed. Ch. PERELMAN, Bruselas, 1965.

(o no aplicable al caso), o bien interpretando al menos una de estas reglas para que la contradicción desaparezca. Ocurre lo primero cuando se utilizan las directivas referentes a los conflictos entre leyes o cuando una regla deroga a otra, eso depende de la teoría¹⁹; la segunda posibilidad se utiliza en la interpretación sistémica (ver puntos 4.3.2, 4.5).

En quinto lugar, el sistema jurídico está concebido como un conjunto de normas más o menos coherente. La coherencia en cuestión no puede definirse con precisión²⁰. Hablando de manera aproximada, pensamos que el sistema jurídico como conjunto se basa en asunciones axiológicas comunes y que las reglas legales no sólo son consistentes, sino que además están ordenadas axiológicamente de manera armoniosa.

4.3.3. El contexto funcional es el tercero de los contextos relevantes para el significado de las reglas legales. Es un contexto más bien complicado. Contiene todos los factores relacionados con la creación, aplicación y funcionamiento del derecho que no pertenecen al contexto lingüístico ni al sistémico.

La concepción del contexto funcional implica una idea general sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del derecho²¹. El derecho se crea, aplica y funciona en el contexto de

¹⁹ Cfr., por ejemplo, N. BOBBIO, *Des critères pour résoudre les antinomies*, en «Les Antinomies en droit»; C. E. ALCHOURRON, *Normative Order and Derogation*, en «Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems», vol. II, ed. A. A. MARTINO, Amsterdam-Nueva York-Oxford, 1982; H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979, cap. 27, 29; H. T. KLAMI, *Legal Heuristics*, Vammala, 1982, part. II, cap. 2.3.

²⁰ Cfr. N. MAC CORMICK, *op. cit.*, cap. VII.

²¹ Para referencia general, cfr. J. STONE, *Social Dimensions of Law and Justice*, Londres, 1966.

diferentes hechos sociopsíquicos, incluidas las normas y valoraciones extra-legales, diferentes tipos de relaciones sociales y otros factores condicionantes del derecho (por ejemplo, economía, política, cultura general), diversas opiniones concernientes a los hechos relevantes para el derecho, etc. Aquí habremos de referirnos también a la «voluntad» del legislador histórico, tomada bien como un hecho del pasado o bien como una construcción teórica de la ciencia jurídica y/o de la práctica jurídica. Quedan incluidos todos los intrincados problemas acerca de los propósitos e intereses que influyen en el derecho.

Aunque se afirma la influencia del contexto funcional en el significado de las reglas legales, eso es más bien controvertible. El asunto crucial estriba en si este contexto es relevante en tanto que influye en la voluntad del legislador histórico, o en tanto que constituye un conjunto de factores que realmente determinan el significado de la regla en el momento en que se hace uso, aplicación o análisis de ella. No es posible resaltar aquí de manera más detallada, los caracteres del contexto funcional, a causa de las divergencias entre distintas concepciones sobre la dependencia funcional del derecho y su relevancia para problemas de interpretación.

4.3.4. Hablando en general, la contextualidad del lenguaje legal es relevante para la teoría de la interpretación legal porque los tres contextos antes señalados influyen en el significado de las reglas legales. La contextualidad del significado aparece de dos maneras.

Primera, cualquier comprensión directa de reglas legales en la situación de isomorfia presupone la inexistencia de dudas que conciernen a la influencia de contextos particulares en la comprensión de la regla.

Segunda, en la situación de interpretación se ha de tener en cuenta la dependencia del significado en cuestión respecto de cada uno de los contextos, y esta dependencia se expresa en directivas interpretativas. Existen dos niveles de directivas interpretativas. Las directivas del primer nivel se dividen en tres grupos básicos según el papel atribuido a cada uno de los contextos en cuestión.

4.4. Hay muchas directivas lingüísticas de interpretación legal de primer nivel que dependen de los caracteres del lenguaje legal y de la técnica legislativa asumida. Como ejemplo de estas directivas, casi comúnmente aceptadas por las ideologías de la interpretación en el actual *statutory law*, ofrezco las siguientes D^{1 2}:

(DI¹⁻¹): Sin razones suficientes no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto del significado que estos términos tienen en el lenguaje natural común.

Esta directiva se basa en el presupuesto de que, en el lenguaje legal, los términos no se utilizan con el significado legal técnico más que en casos especialmente justificados. Esta DI asume, evidentemente, la directiva correspondiente de la técnica legislativa.

(DI¹⁻²): Sin razones suficientes, a términos idénticos, que se utilizan en las reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes.

Esta directiva presupone que en el lenguaje legal no existe polisemia. Esta suposición, sin embargo, no se acepta en caso de que haya razones suficientemente firmes para interpretar el mismo término de manera

² Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, cap. V, 3; *idem*, *Sadowe...*, cap. VII, 3.1.

diferente, y esto ocurre cuando, según el segundo nivel DI², la influencia del contexto sistémico y/o funcional prevalece sobre la relevancia del contexto lingüístico expresado en esta DI¹⁻² (cfr. punto 4.8).

(DI¹⁻³): Sin razones suficientes, a términos diferentes no se les debería atribuir el mismo significado.

Esta directiva presupone que el lenguaje legal carece de sinonimia. La cláusula de «razones suficientes» funciona de manera análoga a la descrita para la DI¹⁻².

(DI¹⁻⁴): No se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes.

Esta directiva presupone algunas propiedades de la técnica legislativa, las cuales garantizan la relevancia de cada expresión en el lenguaje legal.

(DI¹⁻⁵): El significado de los signos lingüísticos complejos del lenguaje legal deberá ser determinado según reglas sintácticas del lenguaje natural común.

Esta directiva se basa en la tesis de que el lenguaje legal no posee particularidades sintácticas que lo diferencien del lenguaje natural común.

4.5. Partiendo de las directivas sistémicas de interpretación legal de primer nivel, mencionaría lo siguiente como algo casi comúnmente aceptado en los sistemas de derecho sobre los que estamos hablando²³.

(DI¹⁻⁶): No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que esta regla fuera

²³ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, cap. VII; *idem*, *Sadowe...*, cap. VII, 3.2; VI, 1.3; *idem*, *Le rôle...*, *op. cit.*

contradictoria con otras reglas pertenecientes al sistema.

(DI¹⁻⁷): No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que fuera incoherente con otras reglas legales pertenecientes al sistema.

(DI¹⁻⁸): A una regla legal se le debería atribuir un significado que le hiciera lo más coherente posible con otras reglas legales pertenecientes al sistema.

Estas directivas se basan en las ideas de consistencia y coherencia de un sistema jurídico. La diferencia entre DI¹⁻⁷ y DI¹⁻⁸ estriba no sólo en la oposición entre formulación positiva y negativa, sino también en una noción vaga de los grados de coherencia que se utilizan en la práctica.

(DI¹⁻⁹): A una regla legal no se le debería atribuir un significado de manera que esta regla fuera inconsistente (o incoherente) con un principio válido del derecho.

(DI¹⁻¹⁰): A una regla legal se le debería atribuir un significado de modo que la regla fuera lo más coherente posible con un principio válido del derecho.

Estas directivas tienen que ver con la jerarquía del sistema jurídico y se refieren a la noción de principio del derecho. En caso de que el «principio del derecho» se entienda como una regla legal expresada explícitamente en disposiciones legales o sea construido a partir de ellas de una manera aceptada, entonces el «principio del derecho» será un caso especial de regla legal, y DI¹⁻⁹ y DI¹⁻¹⁰ serán casos especiales de DI¹⁻⁶, DI¹⁻⁷ y DI¹⁻⁸. Jerárquicamente, estos principios están siempre más arriba que otras reglas. En este sentido, a las reglas constitucionales se las considera como principios jerárquicamente más altos que

otras reglas legales. Si los principios del derecho son considerados como reglas distintas de las mencionadas, se planteará una cuestión controvertida acerca de si forman parte de un sistema legal o son reglas extrasistémicas²⁴. En el primer caso, el papel de los principios es un resultado de la estructura jerárquica del sistema legal; en el segundo caso nos encontraríamos con un impacto interpretativo de reglas extralegales sobre la interpretación, la cual debería describirse como un caso de interpretación funcional.

Las relaciones de consistencia y coherencia que expresan las directivas sistémicas presuponen que un sistema legal posee estas características y se refieren a todos los tipos señalados de reglas válidas mutuamente conectadas dentro de la estructura mixta estático-dinámica de este sistema. Sin embargo, las relaciones de los principios con otras reglas dependen de su identificación teórica. Esto es especialmente importante en caso de que no se atribuya a los principios el requisito de consistencia y coherencia²⁵.

4.6. Es más bien difícil formular directivas funcionales de primer nivel de la interpretación legal²⁶ que sean casi comúnmente aceptadas dentro de nuestro marco de referencia. Una de tales directivas es por ejemplo:

(DI¹-11): A una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con la finalidad que persigue la institución a la que pertenece la regla.

Esta directiva se basa en el nexo funcional exist-

²⁴ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Fuzziness...*, pág. 320 y sigs. y lit. cit.

²⁵ Cfr. R. ALEXY, *op. cit.*

²⁶ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, cap. VII; *idem*, *Sadowe...*, cap. VII, 3.3.

tente entre la institución legal como un todo y las reglas legales como sus partes constituyentes. Comúnmente esto se da por bueno siempre que se acepte la relevancia de los argumentos teleológicos en la interpretación legal, lo cual depende de las DI² de procedimiento.

Hay, sin embargo, directivas funcionales de interpretación legal de primer nivel que son opuestas y que expresan ideologías diferentes (o teorías normativas) de interpretación (cfr. puntos 6.5-6.7).

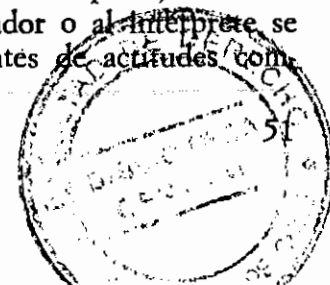
(DI¹-12): A una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con la intención del legislador histórico.

(DI¹-13): A una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con la intención perseguida por el legislador contemporáneo al momento de la interpretación.

(DI¹-14): A una regla legal se le debería atribuir un significado acorde con los objetivos que esta regla debe alcanzar según las valoraciones del intérprete.

La aceptación de cada una de estas directivas depende de opciones valorativas conectadas con ideas acerca de la interpretación apropiada y el papel de una determinada intención en la atribución de significado.

Análogamente, podemos formular tres tipos de directivas que traten, por ejemplo, del papel de las normas y/o valoraciones morales, o de normas y/o valoraciones políticas, etc., en la interpretación legal. Tanto el criterio del legislador histórico, como el del legislador actual, o como el del intérprete, son relevantes. En cada caso, al legislador o al intérprete se les considera como representantes de actitudes com-



partidas por grupos más o menos determinados, o bien atribuidas a la sociedad como un todo en algunas dimensiones espaciotemporales. Los dilemas entre la «letra» y el «espíritu» de la ley, entre estabilidad legal y cambio legal, entre certeza y funcionalidad del derecho; se manifiestan en las controversias que conciernen a las directivas funcionales de interpretación.

4.7. Las directivas interpretativas se utilizan para indagar sobre un significado o para justificar una decisión interpretativa. En cualquier caso, el significado de una regla legal interpretada depende de estas directivas.

Qué tipos de DI^1 deberían utilizarse, cuándo han de ser utilizados y en qué orden, eso depende del segundo nivel DI^2 de procedimiento. Por ejemplo, se plantea la cuestión acerca de si los resultados de una interpretación lingüística, y si el significado queda claro después de utilizar las directivas lingüísticas, deberían o no someterse a la prueba de la interpretación sistémica y/o funcional.

Se dan, por ejemplo, las siguientes y controvertidas DI^2 de procedimiento:

(DI^2 -14): Se deberían utilizar sucesivamente las DI^1 lingüísticas, sistémicas y funcionales hasta que el significado de una regla legal sea lo bastante claro para los fines de la interpretación.

(DI^2 -15): Se deberían usar siempre directivas de interpretación lingüística, sistémica y funcional sucesivamente, no obstante los resultados que se deriven de la utilización de cada una de ellas; esto es, los resultados de cualquier interpretación deberían someterse a la prueba de todas las DI^1 .

Si comparamos los resultados de la utilización de

las DI^1 , y éste es siempre el caso en un modelo de interpretación operativa cuando se utiliza más de una DI^1 , se darán dos situaciones posibles.

En la primera situación («situación de confirmación») los significados determinados por las diferentes DI^1 son iguales; es decir, el «significado lingüístico» (SL), el «significado sistémico» (SS) y el «significado funcional» (SF) coinciden en el mismo modelo de comportamiento debido. Si es éste el caso, se considera a $SL=SS=SF$ como el significado de la regla legal interpretada.

En la segunda situación («situación de elección») se da una diferenciación entre SL, SS y SF. En la interpretación operativa no hay posibilidad de detener la búsqueda de significado en esta fase, ya que existe el deber de decidir el caso, y esto no puede hacerse sin aplicar una regla con un significado determinado. Entonces se utilizan las DI^2 de preferencia.

4.8. Las DI^2 de preferencia no están, por lo general, tan ampliamente analizadas en la literatura jurídica como las DI^1 , y en la mayor parte no están explícitamente diferenciadas de las primeras.

Teóricamente hay muchas combinaciones de las relaciones posibles entre SL, SS y SF, y, por tanto, hay muchas DI^2 de preferencia que determinan el significado que debería atribuirse a una regla legal en el caso de cada una de las combinaciones en cuestión. Tradicionalmente se resalta la situación de diferencia entre SL (y/o SS) y SF diciendo que si SF es «más amplio» que SL (y/o SS), entonces éste es el caso de *interpretatio extensiva*, y en caso opuesto será *interpretatio restrictiva*. Presuposición de esta calificación de interpretación (cfr. punto 5.3) es que se utilizan las DI^2 de preferencia de esta forma:

(DI²-16): Cuando se da una diferencia entre el significado funcional SF de una regla legal y su significado lingüístico SL (y/o su significado sistémico), prevalece el primero.

El empleo de esta directiva conduce a calificar a la interpretación funcional como extensiva o restrictiva.

Hay, no obstante, más relaciones posibles entre los tres tipos de significados, y, además, hay también posibles diferencias entre resultados al utilizar DI¹ pertenecientes al mismo tipo de interpretación. Podría ocurrir, por ejemplo, que el uso de DI¹-3 proporcione otro significado que el de DI¹-4 y, en un cambio rápido del contexto funcional relevante para el significado de las reglas legales, la oposición entre los resultados de DI¹-12 y DI¹-13 o DI¹-14 es casi inevitable. Teniendo esto en cuenta, es suficiente presentar la fórmula normal de DI² de preferencia:

(DI²-17): Cuando surge una diferencia entre el significado SX atribuido a la regla legal según la DI¹-X de interpretación y el significado SY atribuido según la directiva de interpretación DI¹-Y, prevalece el SX (donde para las variables X, Y se usan los identificadores correspondientes de la DI¹ empleada). Es patente la existencia de profundas diferencias entre distintas ideologías (o teorías normativas) de la interpretación respecto a la aceptación de las DI² de preferencia.

4.9. El resultado del empleo de DI² de preferencia consiste en la atribución de un significado, tenido como «real» o «verdadero», a una regla legal. De acuerdo con los caracteres que definen la interpretación operativa, este significado es suficientemente preciso para hacer posible una decisión de aplicación del derecho.

Debería señalar, no obstante, que la idea del significado «verdadero» o «real» de la regla interpretada podría ser engañosa mientras no se relativice ese significado al uso de DI¹ y DI². El significado en cuestión que se atribuye a la regla legal se funda en estas directivas y está justificado *inter alia* por ellas (cfr. punto 5.3). La diferencia entre estas directivas puede determinar la diferencia entre significados atribuidos a una regla concreta. De ahí que si los diferentes significados de una regla se deben a diferentes DI¹ y DI² o a un uso diferente de ellos que depende de valoraciones, hemos de vérnoslas con diferentes interpretaciones que se comparan entre sí según los términos calificativos *interpretatio secundum, praeter* y *contra legem* (cfr. punto 7.8.3).

Si a una de las interpretaciones en cuestión se le considera como *lex*, la otra interpretación puede compararse con la primera y, si resulta diferente, se la puede calificar como *praeter* o *contra legem*. Sin embargo, no se puede comparar una interpretación con el significado *prima facie* de una regla legal, porque, *ex hypothesi*, este sentido es dudoso, sin suficiente precisión como para ser utilizado en un acto concreto de comunicación.

Teniendo esto presente, es evidente que el significado de una regla interpretada no puede analizarse prescindiendo de las directivas de interpretación que se utilizan para determinar y/o justificar este significado.

4.10. El modelo de interpretación operativa que he presentado es extensible a la interpretación constitucional cuando se aplican reglas constitucionales y, especialmente, cuando se controla la constitucionalidad de la ley o se deciden los casos de responsabilidad constitucional (cfr. puntos 8.2, 8.3).

La Constitución se formula en un lenguaje legal vago. La Constitución se presenta como un conjunto de reglas legales, que se identifican según algunos criterios formales (Constitución en sentido formal) y/o criterios de contenido (Constitución en sentido material), como la parte jerárquicamente más alta de un sistema jurídico.

La Constitución, como parte del sistema jurídico, existe en un contexto funcional cambiante y está relacionada especial y estrictamente con los caracteres esenciales de la sociedad global organizada en el Estado. Las reglas constitucionales se interpretan según los tres contextos de la ley, aunque una de las peculiaridades de la interpretación constitucional sea el papel de la interpretación funcional en general y el de los factores políticos en particular (cfr. punto 8.4.4). Por lo general, la terminología de la Constitución contiene muchos términos-básicos (*key-terms*) que requieren interpretación, e incluso términos constitucionales puramente descriptivos que suscitan la interpretación en algunas ocasiones, demostrando la influencia del contexto funcional como una de las fuentes de la vaguedad del lenguaje legal y del carácter pragmático de las dudas interpretativas (cfr. puntos 4.2, 8.4.2).

5. EL PROCESO DE INTERPRETACION Y LA JUSTIFICACION DE LA DECISION INTERPRETATIVA

5.1. En la cultura jurídica contemporánea, tanto en los sistemas de *statutory* como en los de *common law*, se cuenta con que la decisión legal sea una decisión justificable. Esto significa que una decisión legal podría justificarse identificando los argumentos que la sustentan (justificación interna), justificando estos argumentos como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa)²⁷.

²⁷ Sobre justificación en general, cfr., por ejemplo, A. PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978; artículos de *Metatheorie juristischer Argumentation*, ed. W. KRAWIETZ y R. ALEXI, Berlín, 1983; A. AARNIO, *On Legal...*, part. II, cap. 2; O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, *op. cit.*, cap. XIV; S. JORGENSEN, *Values in Law*, Kobenhaven, 1978, cap. 7; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padua, 1975, cap. IV; U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bolonia, 1982, cap. XI. Sobre justificación interna y externa, J. WRÓBLEWSKI, *Justification of Legal Decisions*, «Revue intern. de philosophie», 127-128, 1979, reim-

La justificación *sensu largo* (JL-justificación) abarca la verificación y la justificación *sensu stricto* (JS-justificación)²⁸.

La justificación-JL ofrece razones para cualquier juicio que aparezca en un discurso. La verificación es una justificación-JL que versa sobre proposiciones, es decir, sobre juicios que son o verdaderos o falsos en un determinado lenguaje. La justificación-JS es una justificación-JL de juicios que no son ni verdaderos ni falsos en un lenguaje dado, es decir, no son verificables. El concepto de verificación implica algunas suposiciones filosóficas y lógicas. La verificación depende de una ontología, por ejemplo, materialista, idealista, o de una ontología culturalista orientada materialista o idealísticamente. La dependencia acerca de la lógica aceptada en el lenguaje en cuestión se manifiesta en una verificación que se basa en una lógica alética o no-alética, a condición de que cada lógica sea un cálculo formal interpretado en un determinado lenguaje.

La justificación-JS trata de técnicas argumentativas distintas de la verificación. El nombre más común para estos argumentos es el de «lógica no formal», aunque hay opiniones en contra de cualquier uso del término «lógica» en este contexto y a favor de una «retórica» o «argumentación», «tópica» y demás. En cualquier caso, este área de razonamiento utiliza argumentos que unen diversos juicios en un discurso práctico. Su calificación no se hace en términos de verdad,

preso *idem*, MEANING..., pág. 56 y sigs.; R. ALEXI, *Theorie...*, part. C, cap. II.

²⁸ Cfr. WRÓBLEWSKI, *Verification and Justification in the Legal Sciences*, en «Rechtstheorie», Beiheft, 1, 1979, páginas 196-201.

sino, por ejemplo, en los de «buenas razones», «persuasividad», «razonabilidad», etc.²⁹.

La justificación que nos interesa es, en general, una justificación-JS: nos interesan los argumentos que justifican la decisión interpretativa.

Si una decisión legal está internamente justificada decimos que es una decisión internamente racional porque explicita las razones para esta decisión. Si una decisión está externamente justificada se trata de una decisión externamente racional porque se basa en buenas razones, es decir, en razones aceptadas por la crítica³⁰.

La necesidad de justificación depende o de la ley, si especifica cuándo debe efectuarse una justificación explícita y qué argumentos son necesarios, y/o de los usos aceptados en la práctica jurídica y/o en la doctrina jurídica³¹. Pero la expectativa de justificabilidad depende de caracteres básicos de nuestra cultura jurídica o, más por lo común, de nuestra cultura general que apela a la racionalidad³².

La justificación de la decisión legal versa sobre los

²⁹ J. WRÓBLEWSKI, *Justification...*, págs. 279-281 y lit. cit. La justificación-JS puede compararse con «transformación»; cfr. A. PECZENIK, *The Basis...*, cap. 1-3; A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, «Rechtstheorie», 12, 1981, págs. 136-158; J. WRÓBLEWSKI, *Towards Foundations of Judicial Reasoning*, en «Metatheorie...», páginas 234-247.

³⁰ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Justification...*, op. cit.

³¹ J. WRÓBLEWSKI, *Motivation de la décision judiciaire*, en «La Motivation des décisions de justice», ed. Ch. PERELMAN y P. FORIERS, Bruselas, 1978.

³² Para un panorama general, cfr. *Rationality To-Day. La rationalité aujourd'hui*, ed. T. F. GERAETZ, Ottawa, 1979. Cfr. también *Rational Decision (Nomos VII)*, ed. L. L. FRIEDRICH, Nueva York, 1967.

argumentos que sustentan esta decisión y, por tanto, es un asunto de razonamientos justificativos y de su control. Otro problema completamente diferente es el del proceso de toma de decisión. Este proceso es una secuencia de fenómenos psicológicos que acontecen en una decisión legal. Este proceso se describe por medio de la psicología si nos interesan los procesos de una toma de decisión individual, o de la psicología social y las ciencias humanas si nos interesamos por una toma de decisión colectiva y por sus factores determinantes. En cualquier caso, la descripción en cuestión versa sobre el material empírico del proceso de toma de decisión, identifica los factores que lo determinan, busca regularidades y, por último, aunque no menos importante, puede predecir tendencias de decisión y/o decisiones individuales.

Habida cuenta de ello, es claro que no se debe confundir la justificación de la decisión legal con una descripción del proceso en el que se tomó esta decisión. No se excluye que la justificación de una decisión se corresponda con el proceso de su formación. Pero esto no ocurre siempre ni necesariamente así.

Hay dos errores que se derivan de no establecer con claridad la diferencia entre la justificación de una decisión y la descripción del proceso de toma de decisión³³. Primeramente, se afirma que todo proceso de toma de decisión es intuitivo, irracional, puramente valorativo, etc., y, por tanto, toda justificación es pura «racionalización» o —simple y llanamente— «mistificación» hecha con fines ideológicos. En segundo lugar, se afirma que la decisión legal es el re-

³³ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Wlasciwosci, rola in zadania dyrektyw interpretacyjnych* (Características, funciones y fines de las directivas interpretativas), «Ruch Prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny», 4, 1961 y lit. cit.; *idem*, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*

sultado de un «razonamiento deductivo» que se corresponde con alguna de las forma típicas de su justificación. Ambas aserciones son defectuosas porque tratan el proceso de toma de decisión como algo exclusivamente irracional (la primera) o como exclusivamente «lógico» (la segunda), y es una hipótesis correcta que el problema no puede resolverse mediante la extrapolación de datos empíricos —si los hay— más o menos accidentales. Ambas afirmaciones son incorrectas porque no separan clara y bastante consistentemente la descripción del proceso, la descripción de los argumentos justificativos, las funciones y/o postulados de la decisión justificada.

5.2. Una decisión interpretativa es una especie de decisión legal, y las observaciones concernientes a la diferencia entre justificación y descripción le son aplicables.

Aquí no me intereso por ninguna descripción de la toma de decisión interpretativa³⁴, sino tan sólo por la justificación de estas decisiones. La justificación en cuestión aparece en los textos de las decisiones de interpretación operativa, así como en los de interpretación doctrinal [cfr. puntos 3.2.c).d)].

Especial relevancia tiene la justificación de la decisión interpretativa formulada en las decisiones de los tribunales cuando aplican el derecho y, especialmente, cuando los estilos de toma de decisión judicial permiten un amplio conjunto de argumentos. Estos estilos son bastante diferentes. Las decisiones judiciales de los altos tribunales franceses incluyen dato extremadamente escasos; las decisiones de los altos tribunales inglesas o norteamericanos incluyen en

³⁴ Cfr. la muy buena descripción de J. C. CUETO-RUA, *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, Louisiana State University, 1981.

sus justificaciones un material más amplio, y el estilo, por ejemplo, de las decisiones del Tribunal Supremo polaco es un término medio entre estos dos extremos. De cualquier modo, y dejando de lado las variedades de estilo, hay una suposición común tras los argumentos que sustentan la decisión: la decisión debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y, también, racionalmente controlado.

Existe una investigación comparativa acerca de los diferentes estilos, en el nivel superficial, de decisiones justificativas³⁵, y un análisis de estructura profunda de los razonamientos justificativos que implica una teoría de la justificación. Aquí me interesa presentar una fórmula normal de una decisión interpretativa justificada que se basa en el modelo teórico de interpretación operativa antes expuesto (cfr. capítulo 4). La idea fundamental es que una decisión interpretativa justificada debería identificar todos los argumentos determinados por los problemas básicos que tendrían que resolverse si la decisión fuera racional. El concepto de racionalidad queda implicado, por tanto, en la fórmula normal en cuestión.

5.3. El modelo de interpretación operativa comienza con la aparición de una duda. Que haya duda o no, eso depende de factores puramente pragmáticos en el uso de una norma en un acto concreto de comunicación (cfr. punto 4.2). No obstante, se presu-

³⁵ Cfr., por ejemplo, J. GILLIS-WETTER, *The Styles of Appellate Judicial Opinions*, Leyden, 1960; MININ, *Le style des jugements*, París, 1962; K. H. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Boston-Toronto, 1960; H. TRIEPEL, *Vom Stil des Rechts*, Heidelberg, 1947, cap. VII-IX; G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparative e testi commentati*, Roma, 1968, 2 vol.

pone esta duda y parece superfluo justificar su existencia.

La justificación de la decisión interpretativa exige una identificación de los factores que son relevantes para el significado de una regla. Hay, *prima facie*, dos conjuntos de tales factores: directivas interpretativas y valoraciones.

Las directivas interpretativas de ambos niveles, es decir DI¹ y DI², son los factores decisivos en la justificación de la decisión interpretativa. Esto es evidente habida cuenta de la dependencia contextual del significado en cuestión y del papel de estas directivas al vincular el significado con tres tipos de contextos.

Las valoraciones aparecen como el segundo factor que justifica la decisión interpretativa. Las valoraciones influyen en la interpretación de tres modos.

Primero, siempre hay que elegir entre establecer que el significado de una regla es claro (situación de isomorfía) o que existen dudas (situación de interpretación); esta elección, al menos en algunos casos, está evidentemente controlada por valoraciones (cfr. punto 4.3).

Segundo, hay siempre una elección entre las DI¹ y DI² porque muchas directivas interpretativas son concurrentes y su aplicación conduce a una determinación diferente del significado. Se ha de elegir entre estas directivas, y la base última de elección aparece como la aceptación de una ideología (o teoría normativa) de interpretación legal (cfr. puntos 6.3, 6.7).

Tercero, el uso de DI¹ y/o de DI² podría también exigir valoraciones si la formulación de estas directivas incluye términos valorativos o se refiere a valoraciones. Ejemplo típico es la referencia a «razones

suficientes» como condición para aplicar o no aplicar directivas (por ejemplo, DI^1-1 , DI^1-2 , DI^1-3 ; cfr. punto 4.4).

El primer modo no es relevante para el contenido de la justificación porque en sí mismo explica la existencia de una situación interpretativa. Los dos modos restantes, sin embargo, son evidentemente relevantes para la justificación, pues determinan la elección y los usos de directivas interpretativas.

El significado de una regla legal determinado interpretativamente queda fijado para un lenguaje legal y/o para la situación interpretativa misma. Teóricamente, esta relativización presenta serios y difíciles problemas, pero no los puedo analizar en este texto³⁶. Baste con destacar dos asuntos relevantes.

Primero, la determinación del significado en la interpretación legal a menudo se considera como importante para el lenguaje legal en el que se formula la regla interpretada. Esta expectativa está unida a varias presuposiciones sobre el lenguaje legal y, especialmente, a la presuposición de que cada término de este lenguaje tiene sólo un significado y que términos diferentes tienen significados diferentes (cfr. DI^1-2 , DI^1-3 ; cfr. punto 4.4). Van, además, en esta misma dirección algunas suposiciones teóricas e ideológicas concernientes a la unidad del lenguaje legal como corolario de los caracteres significativos de un sistema jurídico (cfr. puntos 4.3.2, 4.5).

Segundo, la unidad de un sistema jurídico y el de un lenguaje legal es más un postulado que un hecho. El intérprete cauto con frecuencia fija explícitamente el significado de un término en una regla concreta,

³⁶ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Language...*, *op. cit.*

porque no puede aspirar a una determinación general para todo el lenguaje legal. Además, la dependencia contextual del significado de los términos legales no se reduce a los contextos sistémico y lingüístico, ya que hay también un extremadamente complicado y cambiante contexto funcional. Este contexto influye en cualquier interpretación cuando no se cambia la formulación de las reglas interpretadas a pesar de los cambios esencialmente relevantes del contexto funcional. Un ejemplo es el de la evolución del sistema legal polaco en el que las reglas promulgadas entre la primera y la segunda guerra mundial estuvieron funcionando durante muchos años en el sistema creado después del año 1945.

Hablando en general, la contextualidad del significado del lenguaje legal exige tener en cuenta la situación de interpretación como relevante y como un factor que limita la decisión interpretativa.

Con arreglo al análisis precedente, presento la fórmula normal de una decisión interpretativa justificada de la siguiente manera, utilizando los símbolos ya introducidos:

La regla legal N tiene el significado S en el lenguaje legal LL y/o en la circunstancia C de acuerdo con el primer nivel de directivas interpretativas DI^1-1 , DI^1-2 ... DI^1-n , de acuerdo con las directivas interpretativas de segundo nivel de procedimiento y de preferencia DI^2-1 , DI^2-2 ... DI^2-n , y con arreglo a las valoraciones V_1 , V_2 ... V_n .

5.4. Las directivas interpretativas son formuladas por la doctrina jurídica que o trata sobre ellas como elementos de una ideología o teoría normativa de interpretación legal, o las reconstruye a raíz de un análisis de la interpretación operativa. La interpreta-

ción operativa, especialmente las decisiones de los tribunales de apelación o más altos tribunales, trata usualmente de asuntos interpretativos y, siendo esto así, ha de analizarse críticamente la interpretación hecha por los órganos de primer grado aplicadores del derecho. De todos modos, este no es el caso de la interpretación auténtica o el de aquella interpretación legal que pueda decidir *ex auctoritate* sin dar ninguna razón.

Los argumentos para elegir una concreta directiva de interpretación son o la autoridad, o bien la valoración que justifica una elección o un uso de estas directivas.

Los argumentos que justifican valoraciones presentan un problema bastante complejo. El problema refleja los dilemas filosóficos básicos de cualquier axiología. Aceptando un punto de vista analítico, destacaría varios tipos de justificación de juicios valorativos, esto es, de relativización instrumental, condicional y sistémico, y para cada uno de ellos se formulan las condiciones de su justificación *sensu largo*³⁷. Según una axiología no cognoscitiva, cada cadena de justificaciones de juicios valorativos tiene un límite, y este límite aparece como la elección valorativa última no justificable dentro de un discurso dado. Estas razones axiológicas últimas pueden ser expuestas solamente, pero no justificadas³⁸.

En el razonamiento interpretativo, estas opciones básicas se expresan en la aceptación de una ideología o teoría normativa de interpretación legal (cfr. pun-

³⁷ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Statements on the Relation of Conduct and Norm*, «Logique et analyse», 49-50, 1970.

³⁸ Vid. J. WRÓBLEWSKI, *Evaluative Statements in Law. An Analytical Approach to Legal Axiology*, «Rivista intern. di filosofia del diritto», 4, 1981.

tos 6.3, 6.7). Yendo más allá del discurso interpretativo, estas razones axiológicas últimas podrían encontrarse filosóficamente en una forma de vida aceptada o pueden explicarse por la aceptación de un determinado auditorio³⁹. Esta última explicación es también útil para el discurso interpretativo de más bajo nivel: de hecho, algunos argumentos justificativos se refieren a su aceptación en la práctica legal (por ejemplo, la validez-F de la decisión interpretativa precedente) o en la doctrina jurídica (*communis opinio doctorum*).

De esta manera, la decisión interpretativa está siempre justificada de un modo relativizado: depende de directivas interpretativas y de valoraciones. Las elecciones de estas directivas y valoraciones podrían también justificarse dentro de los límites del discurso justificativo. Estos límites se identifican teóricamente como las opciones valorativas últimas, y pueden explicarse como valores aceptados por un auditorio dado como pueden ser los órganos que aplican la ley, la doctrina jurídica, la comunidad jurídica o una sociedad dada.

La justificación de la decisión interpretativa se hace siempre en función de algunos argumentos. La justificación por medio de razones es siempre relativa a esas razones. La interpretación operativa legal es, sin embargo, un elemento de aplicación del derecho y funciona en un marco legal institucional. Pragmáticamente, hay siempre una decisión institucional y procedimentalmente final que es aplicativa del derecho, es decir, una decisión que no puede ser cambiada en procedimiento ordinario. Esta decisión es, en última instancia, *ex auctoritate*. Es una cuestión abierta

³⁹ A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Foundation...*, págs. 430-444; A. AARNIO, *Philosophical...*, cap. 7, 8.

al caso se obtiene para una decisión interpretativa operativa, pero tal como lo decide el derecho. Hay algunas decisiones interpretativas que tienen o la validez T o la G (cfr. punto 5.3). Pero, en cualquier caso, la decisión interpretativa podría ser una decisión justificada según la fórmula normal arriba presentada (punto 5.3).

5.5. Es evidente que la interpretación constitucional no constituye una excepción a las afirmaciones concernientes a los procesos y a la justificación de la decisión interpretativa.

No obstante, es importante señalar justamente ahora una de las particularidades de la interpretación constitucional.

La fórmula normal de la decisión interpretativa justificada explicita todos los argumentos relevantes, pero no determina, por supuesto, qué elementos de esta justificación están explícitamente formulados, de manera habitual en la toma de decisión. Según mi hipótesis, la aproximación práctica más cercana a esta fórmula es una decisión completamente desarrollada de un tribunal de apelación que entiende problemas interpretativos en casos difíciles y cuyo estilo sea parecido al de las decisiones de los tribunales ingleses y norteamericanos (cfr. punto 5.2). Éste no es, sin embargo, el caso de la justificación frecuente en la interpretación constitucional si se realiza como interpretación operativa. No obstante lo cual, para justificar una decisión interpretativa constitucional de una manera racional se debería identificar todo argumento necesario conforme a la fórmula normal, por que no se pueden dejar de lado ni las directivas interpretativas ni las valoraciones. Sin embargo, el carácter político de estas valoraciones constituye, *inter alia*, la peculiaridad de esta interpretación (cfr. punto 8.4.4).

6.1. En la literatura jurídica, la teoría de la interpretación se concibe como una teoría descriptiva o normativa. Se puede aclarar el uso del término «teoría normativa de la interpretación» razonando que *ex definitione* toda teoría es descriptiva, pero esto, por supuesto, es fruto de una convención dependiente de algunas ideas generales referentes a la metodología. En este trabajo utilizaré tres términos: «teoría descriptiva de la interpretación legal», «teoría normativa de la interpretación legal» e «ideología de la interpretación legal»⁴⁰.

6.2. Una teoría descriptiva de la interpretación legal versa o sobre el proceso de toma de decisión interpretativa, o sobre las decisiones interpretativas

⁴⁰ Para estos conceptos, cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, cap. III, 1; *idem*, *L'interprétation en droit; théorie et idéologie*, «Archives de philosophie du droit», XVII, 1972; cfr. también R. J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, México, 1971, cap. VI.

formuladas y sus justificaciones, o sobre ambas cosas a la vez.

Antes he mencionado cuáles son los problemas principales en la descripción del proceso de la toma de decisión interpretativa (cfr. punto 5.1). Una teoría descriptiva tiene que vérselas con aquellos problemas que eventualmente apuntan a formular regularidades y predicciones concernientes a la interpretación legal.

La teoría descriptiva de las decisiones interpretativas se centra en los argumentos y razonamientos justificativos y versa sobre los estilos de las decisiones interpretativas en los contextos legales y funcionales determinados.

6.3. He demostrado que, en la justificación de decisiones interpretativas, las valoraciones desempeñan el papel más relevante. La fórmula normal de decisiones interpretativas justificadas emplea directivas interpretativas y valoraciones (cfr. punto 5.3), pero, en última instancia, las valoraciones determinan la elección y los usos de estas directivas.

Hablando en general, la valoración determina los valores básicos de la interpretación en tanto que fines interpretativos, los valores presupuestos en la elección de directivas de interpretación y los valores necesarios para utilizar al menos una de las directivas interpretativas.

Una teoría normativa se presenta como un conjunto ordenado y completo de las valoraciones y de sus respectivas directivas interpretativas que deberían encauzar la actividad interpretativa y/o expresarse en la justificación de las decisiones interpretativas. *Ex definitione*, una teoría normativa de la interpretación forma un sistema axiológico que justifica toda valo-

ración necesaria en cualquier interpretación legal en general y, en particular, en cualquier justificación de una decisión interpretativa.

Es evidente que una teoría normativa de la interpretación se presenta como una construcción ideal. Resultaría imposible encontrar una teoría semejante en la doctrina jurídica, y de cualquier manera es más bien dudoso que dicha teoría pueda construirse. Soy escéptico, pero éste es un problema completamente aparte.

En la práctica y en la doctrina jurídicas no topamos con teorías normativas de interpretación, sino más bien con conjuntos sueltos de valores y directivas que ni son consistentes, ni coherentes, ni completos. A estos conjuntos los denomino «ideologías de la interpretación».

En lo sucesivo trataré sobre las ideologías de la interpretación legal y distinguiré dos tipos básicos según sean los valores básicos que aquéllas aceptan. Estos valores se relacionan con las elecciones de directivas interpretativas y se apoyan en algunas construcciones teóricas.

6.4. La oposición entre una teoría descriptiva de interpretación y una ideología (o una teoría normativa) de interpretación tiene una importancia básica. Hablando en general, la primera responde a la cuestión de «¿cómo y por qué se hace una interpretación?», y la segunda contesta a la pregunta de «¿cómo y por qué debe hacerse una interpretación?».

Sin embargo, en la doctrina y en la práctica jurídicas, esta diferencia se hace a menudo confusa. Tomaré un ejemplo de discusiones concernientes a la concepción de interpretación en sentido estricto y la

noción de claridad con la que se conecta (cfr. punto 4.3)⁴¹. Si describimos la práctica de la interpretación operativa veremos que el argumento de *claritas* se usa como justificación para no discutir el significado de una regla, o como el punto final de la interpretación. La explicación de este hecho (por ejemplo, un uso de técnicas argumentativas para encubrir ciertas valoraciones) no excluye que haya de ser tenido en cuenta por cualquier teoría descriptiva de la interpretación operativa. Y, además, puede explicar por qué una *lex clara est* en algunos contextos situacionales. Pero cuando se dice que el uso del concepto de interpretación en sentido estricto es equivocado y que el principio de *claritas* no debería aplicarse, en tal caso se formula una directiva de una ideología de interpretación: «se debería interpretar una regla en cualquier situación» y/o «se deberían utilizar todas las DI¹ disponibles incluso cuando el significado interpretativamente atribuido sea claro». La crítica al principio *clara non sunt interpretanda* expresa una ideología y no una teoría descriptiva de la interpretación legal.

6.5. Uno de los tipos principales de ideología de interpretación legal toma como valores básicos la certeza, la estabilidad y la predictibilidad. Estos valores exigen que las reglas legales tengan un significado inmutable, y yo llamo a estos valores «valores estáticos» y a

⁴¹ Cfr., por ejemplo, M. VAN DER KERCHOVE, *La doctrine du sens clair et la jurisprudence de la Cour de cassation en Belgique*, en «L'interpretation en droit. Approche pluridisciplinaire», ed. M. VAN DER KERCHOVE, Bruselas, 1978; G. TARELLO, *Interpretazione della legge*, Milán, 1980, 51, par. 33-35, 37; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1971, 51; J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, pág. 129 y lit. cit.; *idem*, *Sadowe...*, página 117 y sigs.; K. MAKKONEN, *op. cit.*, 5.

este tipo de ideología «ideología estática de interpretación legal»⁴².

No es el momento para definir estos tres valores entre los que la certeza legal desempeña el papel central⁴³. Hablando en general, esta certeza significa que el derecho es cierto en la medida que lo sea el legislativo, o —en otras palabras— que el derecho no cambia sin el legislativo. Esta ausencia de cambio en la interpretación legal se relaciona con la idea de que el significado de una regla legal no cambia mientras no se cambie la regla en sí. El significado se atribuye al acto del legislativo, a la formulación de una regla por el legislador.

El corolario teórico de los valores estáticos es la construcción del significado de una regla como la «voluntad del legislador histórico». Esta voluntad es un hecho psicológico y este carácter factual del significado importa aquí más que cualquier explicación concreta del proceso psíquico del legislador. El significado es un hecho psíquico; la teoría del significado pertenece a las semánticas mentalistas.

De estos valores y de la correspondiente teoría del significado derivan consecuencias concernientes a la interpretación apropiada. El significado, como hecho que es, debería ser descubierto. Se aceptan todos los materiales que sirven a esta finalidad y los instru-

⁴² Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, cap. IV, 1 (38); *idem*, *L'interpretation...*, págs. 65-68.

⁴³ Cfr. L. DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milán, 1968; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milán, 1970; J. WRÓBLEWSKI, *Wartosci a decyzja sadowa* (Valores y decisión jurídica), Wrocław-Varsovia-Cracovia-Gdansk, 1973, cap. IV y lit. cit.; *idem*, *Functions of Law and Legal Certainty*, Anuario de filosofía del derecho, XVII, 1973-74; *idem*, *The Certainty of the Application of Law*, «Archivum Iuridicum Cracoviense», IX, 1976.

mentos más altamente apreciados tradicionalmente son los trabajos preparatorios como clave para decodificar las intenciones del legislador.

Se considera, por tanto, al lenguaje legal como expresión de la «voluntad» del legislador histórico. La regla que se expresa en un lenguaje legal tiene un significado determinado que podría y debería descubrirse a pesar de todas las deficiencias de las formulaciones del legislador. No se niega la contextualidad de este significado, ya que el contexto relevante influye en la decisión del legislador. Es, consiguientemente, un contexto histórico el que determina al legislador histórico.

Este punto de vista más bien retrospectivo determina la elección de directivas interpretativas. Entre las directivas de primer nivel se concede primacía a las sistémicas y lingüísticas en la medida en que favorecen la estabilidad del significado contando con que los dos contextos correspondientes no cambien, al igual que los contextos del acto legislativo histórico. Hay una profunda desconfianza hacia la interpretación funcional y, en caso de que sus directivas sean utilizadas, el contexto funcional será el contexto histórico del acto legislativo, por ejemplo, la *ratio legis* del legislador histórico, la moralidad que el legislador histórico considera relevante para fines interpretativos, etc. (cfr. punto 4.6).

Las directivas interpretativas de segundo nivel de la ideología estática sirven para primar los significados de SL y SS sobre los significados de SF (cfr. punto 4.8) por razón de la desconfianza en la interpretación funcional, la cual no es un instrumento que establezca el derecho.

La interpretación legal es considerada como un des-

cubrimiento y no hay ni adaptabilidad ni creatividad en la interpretación apropiada: la interpretación no debería cambiar el derecho porque el cambio iría contra toda certeza, estabilidad y predictibilidad del derecho. El alcance de la interpretación legal es completamente opuesto al de la actividad legislativa y hay argumentos políticos que sustentan esta actitud en cualquier versión de la doctrina de la división de los poderes estatales.

6.6. El segundo tipo principal de ideología de interpretación legal considera a la interpretación como actividad que adapta el derecho a las necesidades presentes y futuras de la «vida social» en el sentido más amplio de este término.

La «vida social» abarca las ideas concernientes a la sociedad con todas sus características estructurales y funcionales consideradas relevantes para el derecho y su interpretación. La vida social corresponde, en general, al contexto funcional de las reglas legales y tiene en cuenta el actual contexto sistémico y lingüístico. Elementos especialmente relevantes de la vida social son las soluciones de conflictos de intereses, satisfacción de las aspiraciones y necesidades reconocidas, expectativas de grupos diferentes y de la sociedad en su conjunto en las dimensiones económica, política, ética, cultural, etc. El derecho, en parte expresa la contribución del legislador a estas necesidades, pero en parte se rezaga a ellas. Por lo general, los cambios en la vida social ocurren más deprisa que los cambios en «la letra de la ley», sin que esto obste a que el derecho suscite y anticipe algunos cambios en la vida social misma⁴⁴.

⁴⁴ J. WRÓBLEWSKI, *Change of Law and Social Change*, «Rivista intern. di filosofia del diritto», 2, 1983, págs. 300, 305 y sigs.

A la interpretación legal se le exige que adapte el derecho a las necesidades de la vida social para hacerlo más «adecuado» a ésta. Esta adecuación es el valor máximo de la ideología dinámica de la interpretación legal⁴⁵. El significado de la regla legal no es, por tanto, ningún hecho del pasado conectado por vínculos ficticios con la voluntad del legislador histórico. De ser así, el derecho resultaría un gobierno de los muertos sobre los vivos. El significado de las reglas legales cambia en la medida en que cambian los contextos en los que opera.

El lenguaje legal cambia según los contextos funcionales en los que valoraciones y normas extralegales siguen a la evolución social. Cada acto de promulgación de nuevas reglas y derogación de las viejas modifica el contexto sistémico. El contexto funcional está en constante fluctuación en todas las dimensiones de la vida social. La tarea de la interpretación legal consiste en adaptar el derecho a todos esos cambios atribuyendo un significado adecuado a las reglas legales. Esta falta de adecuación es una de las fuentes de dudas interpretativas, influye en la vaguedad del lenguaje legal (cfr. punto 4.3.1) y ejerce fuertes presiones sobre cualquier actividad legal incluida la interpretación.

El significado de una regla legal es, por tanto, un fenómeno cambiante. Se le podría considerar como una respuesta a las necesidades presentes (o futuras) de la vida social, como una reacción de un intérprete que se basa en su contribución a estas necesidades o en la percepción de su propio papel. Esta concepción del significado puede ser atribuida a alguna concepción behaviorista del mismo, como respuesta de un usuario del lenguaje para su empleo en situaciones

⁴⁵ J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, cap. IV, 1 (30); *idem*, *L'interpretation...*, págs. 65-68.

concretas o en algunos tipos de situaciones. Esta reacción se expresa también en la valoración de todos los hechos relevantes, por ejemplo de los conflictos de intereses, su ponderación y articulación de acuerdo con ciertos principios rectores. También se puede utilizar la noción de «voluntad del legislador actual» como el significado de una regla, si esta voluntad está expresada en la totalidad de las reglas legales vigentes en el momento de la interpretación.

El impacto de la ideología dinámica sobre la interpretación legal se expresa, en primer lugar, en el papel que se le atribuye al contexto funcional. Este contexto del momento de la interpretación es la fuente de las valoraciones interpretativas, y determina la preferencia por las directivas funcionales y el fin básico de la interpretación, esto es, la mejor adaptación del derecho a las necesidades de la vida social. Por tanto, el resultado de una interpretación funcional, es decir, un significado SF de una regla interpretada, prevalece sobre los significados SL y SS. La interpretación lingüística, dentro de la ideología dinámica, tiene en cuenta la pragmática del lenguaje legal, a saber, la dependencia del significado de los términos —y especialmente de los términos valorativos— del contexto de su uso interpretativo actual. La interpretación sistémica, dentro del marco de esta ideología, tiene en cuenta los continuos cambios del sistema jurídico y las características del sistema jurídico actual en el momento en que la interpretación decide acerca de problemas interpretativos.

La interpretación legal, según la ideología dinámica, es una actividad «creativa» *ex definitione*. La interpretación crea el derecho de una manera específica, pero lo crea prácticamente en un sentido más esencial de lo que el legislativo lo hace: el derecho

aplicado, es decir, en acto, es aquél cuyas reglas se determinan en la interpretación.

6.7. Ambos tipos de ideología sobre la interpretación aparecen en la interpretación constitucional aunque no estén explícitamente lo bastante marcados. La ideología se esconde tras el papel asignado a la interpretación constitucional en las construcciones teóricas y sus corolarios axiológicos.

Según la ideología estática, una interpretación constitucional institucionalizada debería garantizar el cumplimiento de las reglas constitucionales. El control de constitucionalidad de la ley se considera como la garantía de una legislación conforme a la Constitución. Se supone que las reglas constitucionales tienen un significado fijo y que es políticamente necesario cumplir las reglas constitucionales debido al papel que desempeña la Constitución para el sistema jurídico en conjunto y, especialmente, para el mantenimiento de las estructuras constitucionalmente fijadas, de sus funciones y de los derechos y libertades de los ciudadanos. Hay un procedimiento especial para cambiar las reglas constitucionales, e incluso, en algunas Constituciones, ciertas reglas no pueden modificarse legalmente (por ejemplo, art. 139 Const. I). Esto es así porque la Constitución tiene que salvaguardar la estabilidad de las instituciones jurídicas más esenciales y su cambio sólo es legalmente posible mediante un procedimiento especial. A la acción parlamentaria, apropiada para cambiar leyes ordinarias, no se le atribuye poder para cambiar la Constitución. Todo este apuntalamiento institucional y político de la interpretación constitucional presupone una ideología estática de interpretación, de sus valores y de la construcción de un significado no cambiante de las reglas constitucionales.

Según una ideología dinámica, una interpretación constitucional debería adaptarse a las necesidades políticas en el contexto cambiante de las actividades del Estado. La Constitución fija algunos principios, pero el lenguaje constitucional, al menos en muchas disposiciones, es un lenguaje abierto (*open-ended*), utiliza cláusulas generales que se interpretan según la política ejecutada en el Estado. En este sentido, las reglas constitucionales carecen de significado fijo y la Constitución sólo expresa «*les lignes essentielles de la philosophie politique gouvernementale*»⁴⁶. Con respecto a esto, el Tribunal Constitucional se presenta como «*Vertrauensstelle der Regierung*»⁴⁷ porque define el lugar del gobierno *inter alia* a través de la interpretación de reglas constitucionales. La interpretación constitucional cumple funciones políticas, se basa en valoraciones políticas (cfr. punto 8.4.4). La interpretación constitucional institucionalizada otorga enormes poderes políticos a los intérpretes oficiales. Al Tribunal Supremo de EE.UU. se le tiene como un *policy-maker* y la historia de su actividad, desde los tiempos del *New Deal* hasta las recientes decisiones de *desegregation*, demuestra ese papel y el significado cambiante que se atribuye a las reglas constitucionales de EE.UU.⁴⁸. El poder de la interpreta-

⁴⁶ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, París, 1961², página 68.

⁴⁷ F. ERMACORA, *Grundriss einer allgemeinen Staatslehre*, Berlín, 1979, pág. 117.

⁴⁸ Cfr., por ejemplo, A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis-Nueva York, 1962; S. KRISLOV, *The Supreme Court in the Political Process*, Nueva York, 1965; E. V. ROSTOW, *The Sovereign Prerogative: The Supreme Court and the Quest for Law*, New Haven-Londres, 1962. Al igual que la literatura americana, yo debería tratar a todos los tribunales como instituciones políticas. Cfr., en general, Th. L. BECKER, *Comparative Judicial Politics. The Political Functioning of*

ción constitucional es tan relevante por razón del impacto del contexto funcional sobre el significado de las reglas constitucionales.

the Courts, Chicago, 1970; H. JACOB, *Justice in America*, Boston, 1972²; *idem*, *Law, Politics and the Federal Courts*, Boston, 1967; N. VINES y H. JACOB, *Studies in Judicial Politics*, New Orleans, 1963.

7. EL PROBLEMA DE LA CREATIVIDAD DE LA INTERPRETACION Y LA TESIS DE LA UNICA INTERPRETACION CORRECTA

7.1. El problema de la creatividad de la interpretación legal es un problema ampliamente discutido en todas las teorías e ideologías de la interpretación. Desde un punto de vista metateórico hay que determinar, antes que nada, el sentido del término «creatividad». O, en otras palabras, en qué sentido es creativa una decisión interpretativa respecto a la regla que se interpreta, o en qué consiste la «novedad normativa» de la interpretación, si la hubiera⁴⁹.

La decisión interpretativa podría ser creativa en dos significados básicos del término «creatividad de una regla» o «creación de una regla»: a) la decisión interpretativa es creativa si formula una regla gene-

⁴⁹ Por ejemplo, G. R. CARRIO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965, parte III, cap. 3; J. WRÓBLEWSKI, *Décision judiciaire: l'application ou la création du droit*, «Scientia», 11-12; *idem*, *Sadowe...*, cap. XI y lit. cit. Para el *common law*, cfr. L. J. JAFFE, *English and American Judges as Law-Makers*, Oxford, 1969.

ral y/o abstracta que tenga una validez-T o una validez-G y no sea una consecuencia lógica de la regla interpretada; b) la decisión interpretativa es creativa si, no teniendo una validez-T o -G de la norma legal interpretada, funciona como una norma legal porque tiene validez-F (cfr. punto 3.3).

Si la decisión interpretativa no cumple ninguna de estas condiciones, no será creativa en el sentido amplio reconstruido en las definiciones a) y b).

La definición a) presupone un significado de «creatividad» que está oculto en las discusiones jurídicas.

Primero, hay una concepción subyacente para la que la creatividad de las reglas significa una creatividad de reglas generales y abstractas, como opuestas a las decisiones individuales y concretas. En caso de que la decisión interpretativa se considere no sólo como decisoria para un caso concreto del uso de un lenguaje legal, sino como atribución de significado en un lenguaje legal, entonces dicha decisión creará una regla (cfr. punto 5.3).

La inferencia de «consecuencias lógicas» de reglas generales y abstractas, siempre que se utilice una «lógica» apropiada, no constituye ninguna «creación de reglas». Según el análisis teórico no se puede considerar a la interpretación como una operación puramente lógica, ni a las consecuencias interpretativas de una norma como sinónimo de sus consecuencias lógicas⁵⁰. Las directivas interpretativas no son reglas lógicas, sino más bien «transformaciones»⁵¹.

⁵⁰ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Reasoning...*, pág. 25 y sigs., e *idem*, *Meaning...*, pág. 97 y sigs. Sobre «consecuencias lógicas» y «consecuencias interpretativas», cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Operative Models...*, págs. 218-230; *idem*, *Fuzziness...*, pág. 319 y sigs., págs. 323-326.

⁵¹ Cfr. A. PECZENICK, *The Basis...*, cap. 2.3.6; para comparar, J. WRÓBLEWSKI, *Towards...*, págs. 234-239.

Se presupone que una regla general y abstracta, establecida por la decisión interpretativa, tenga validez-T o -G; es decir, que tenga la misma validez que la regla interpretada. En la configuración de un sistema legal se supone que: pertenecen al sistema legal las reglas que o son promulgadas por el legislador, o son sus «consecuencias lógicas» o «consecuencias interpretativas». Tal construcción de un sistema legal es aceptada usualmente porque las normas interpretadas se consideran como normas válidas en el sistema legal.

La discutida definición de creatividad puede formularse también de otro modo diciendo que una decisión interpretativa es creativa si su formulación no está determinada por el derecho, sino que exige opciones (valorativas) del intérprete. «El derecho» en este contexto incluye reglas promulgadas y sus consecuencias lógicas, suponiendo que se maneja la teoría de inferencia apropiada. Así, la creatividad depende de las opciones que se describen también como valoraciones (o «voluntad» como «decisión») del intérprete.

Podemos concluir que la decisión de interpretación es creativa según el criterio en cuestión, si no se la considera ni como establecimiento del significado de una regla sólo para una situación concreta ni como resultado de una operación puramente lógica, y si a una regla con un significado interpretativamente establecido se le atribuye la misma validez que a la regla interpretada.

Al afirmar que la decisión interpretativa es «creativa» según la definición en cuestión, se suscita la comparación entre esta creatividad y la creatividad del legislador. En un sistema de *statutory law*, basado en la oposición entre la función legislativa y la

función aplicativa del derecho, se puede decir metafóricamente que la actividad interpretativa cambia el derecho sólo «incrementadamente» (*incrementally*)⁵².

La definición *b*) de creatividad de una decisión interpretativa se refiere sólo a las funciones de esta decisión y deja de lado toda relación entre una regla con significado atribuido mediante interpretación y una regla en su significado *prima facie*.

El supuesto de la creatividad ocurre si y sólo si una decisión interpretativa influye de hecho en la aplicación del derecho de manera análoga a la de las reglas legales promulgadas o a la de sus consecuencias lógicas. En otras palabras, será creativa si tiene una validez-F. El caso de tal interpretación ocurre cuando las decisiones interpretativas del tribunal más alto o del de apelación se tienen por argumentos en actividades interpretativas futuras de los tribunales más bajos en sistemas de *statutory law* (cfr. punto 3.3). Pero no todas las decisiones interpretativas tienen esta validez-F, tanto en la interpretación operativa como en la doctrinal.

7.2. El problema de la creatividad de la decisión interpretativa puede resolverse, desde un punto de vista descriptivo, sólo dando por supuesto un significado determinado del término «creatividad», el cual está unido a una teoría general de la interpretación. No se puede responder a la pregunta de si una decisión interpretativa es o no creativa de manera general con un simple sí o no.

Desde un punto de vista postulativo, se plantea la

⁵² Cfr. M. SHAPIRO, *Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis?*, en «Law and the Behavioral Sciences», ed. L. M. FRIEDMAN y S. MACAULAY, Indianápolis-Kansas City-Nueva York, 1977.

cuestión de si la interpretación debería ser «creativa» en el sentido determinado de este término. Nos encontramos, por tanto, con una ideología de interpretación y cualquier respuesta depende del tipo de ideología en cuestión. Según la ideología estática, la interpretación no debería ser creativa, sino que debería descubrir el significado existente de una regla, oculto en su formulación lingüística. Según la ideología dinámica, la interpretación debería ser creativa y el intérprete colaboraría con el legislador creando nuevas reglas adaptadas a situaciones nuevas.

Pero estas ideologías funcionan en un contexto institucional. Usualmente se controlan las decisiones interpretativas; hay decisiones interpretativas que por lo menos tienen una validez-G y no pueden ser atacadas por instrumentos procedimentales ordinarios. Esto quiere decir que institucionalmente una regla legal interpretada es de una validez-T o -G con el significado que se le ha atribuido en la interpretación. Quien controle esta interpretación controlará el significado de las reglas legales, es decir, controlará lo que funciona como derecho. E, institucionalmente, este control funciona *ex auctoritate*. En este sentido, quizá fuera correcta la afirmación del a menudo citado obispo HOADLY: «Quien tenga la autoridad absoluta para interpretar cualquier derecho escrito o hablado será quien en verdad legisle para todo propósito y fin y no la persona que primero lo haya redactado o enunciado»⁵³.

7.3. La tesis de la única interpretación correcta se entiende aquí como la tesis que establece que: a) hay un significado S^x de una regla legal interpretada que es «real» o «verdadero»; b) este S^x es en

⁵³ Citado en H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1949, pág. 153.

principio cognoscible; c) una regla legal tiene un S^x ; d) el juicio interpretativo de la forma «una regla N tiene el significado S» es verdad si y sólo si S es S^x .

7.3.1. La tesis de la única interpretación correcta es aceptada por cualquier ideología de la interpretación legal operativa que mantenga que la tarea de la interpretación consiste en descubrir el significado de una regla legal que es, al menos en parte, independiente de la actividad del intérprete.

El caso paradigmático es el de la forma tradicional de una ideología estática para la que el significado en cuestión es la voluntad del legislador histórico. Pero tampoco las ideologías dinámicas se libran de esta tesis si consideran al significado cambiante de una regla legal como un dato objetivo, que ha de ser descubierto por una interpretación más o menos cualificada. Sólo en las formas radicales de la ideología de una decisión libre el intérprete parece gozar de una libertad casi limitada.

En los sistemas jurídicos contemporáneos, quien toma la decisión tiene el deber de decidir el caso a pesar de toda deficiencia de las reglas válidas, y presenta su decisión como la única decisión exacta, o —en otras palabras— como la única decisión correcta⁵⁴. Esto vale también para la decisión interpretativa.

Este no es el lugar para explicar las razones de la aceptación ideológica de la tesis de la única interpretación correcta. Pero esta tesis se acepta en la in-

⁵⁴ El partidario más pronunciado a favor de esta tesis es R. DWORKIN, quien niega la existencia de la discreción judicial. Cfr. para la discusión de esta tesis, por ejemplo, N. B. REYNOLDS, *Dworkin as Quixote*, «Univ. of. Pennsylvania Law Review», vol. 123, 1975 y lit. cit.; A. PECZENIK, *The Basis...*, cap. 5.2.6 y lit. cit.

terpretación operativa y, si hay interpretaciones diferentes, las divergencias serán determinadas en última instancia por un argumento *ex auctoritate*. Este es también el caso de una interpretación auténtica y legal [cfr. punto 3.2.a).b)], pero aquí no se considera relevante la cuestión de la única interpretación correcta porque la autoridad de la decisión está dada *ex lege*.

7.3.2. De cualquier modo, es asunto a discutir si la tesis de la única interpretación correcta sea aceptada también en la interpretación doctrinal. La búsqueda de la interpretación correcta está también profundamente enraizada en la interpretación doctrinal de la dogmática jurídica, por razón de su estricta analogía con la interpretación operativa. La dogmática no tiene el deber de encontrar una respuesta, ni la competencia para tomar una decisión, como sucede en la aplicación del derecho, pero, sin embargo, también persigue la interpretación correcta. Existe la posibilidad de establecer que una regla ofrece varios significados y todos igualmente justificables y que queda en manos del legislador decidirse por uno, pero esto parece más bien un caso hipotético que se presenta sólo en la reflexión teórica sobre la dogmática jurídica. De todos modos, éste es un asunto polémico.

7.3.3. La tesis de la única interpretación correcta presenta, sin embargo, serios problemas desde el punto de vista de la teoría general de la interpretación. Conforme a este punto de vista, la tesis de la única interpretación correcta debería discutirse por referencia a la fórmula normal de la decisión interpretativa justificada (cfr. punto 5.3).

La decisión interpretativa construida según la fórmula en cuestión hace patente que no hay S^x , y que

todo significado atribuido es el resultado de utilizar determinadas valoraciones y directivas interpretativas DI. La tesis en cuestión no se justifica dentro del marco de nuestra teoría, dando por supuesto que no usamos la convención por la que algún grupo de DI y V determina *ex definitione* el S^x.⁵⁵ Este tipo de convención sería, de todos modos, una formulación de una ideología de interpretación, pero no de su teoría descriptiva.

Desde el punto de vista teórico presentado, una decisión interpretativa no es ni verdadera ni falsa en el sentido de que se corresponda con algún S^x, porque este S^x no existe. Esta decisión no es, por tanto, ni verdadera ni falsa en el sentido clásico de estos términos. De todos modos, la decisión en cuestión puede justificarse en sentido amplio por las DI y V como sus argumentos y se plantea la cuestión polémica acerca de si esto es una justificación *sensu stricto* o una verificación (cfr. punto 5.2).

No puedo discutir aquí estos problemas tan altamente controvertidos, pero para considerar a la decisión interpretativa como verificada por sus argumentos es necesario que: *a*) haya una relación de inferencia entre argumentos justificados y decisión interpretativa conforme a alguna lógica aceptada; *b*) la «verdad de la decisión» adquiere significado en el sentido de verdad lógica, pero no como la verdad clásica de *adequatio rei et intellectus*; *c*) esta verdad expre-

⁵⁵ Se puede proponer la convención de que el S^x se determina por directivas interpretativas comúnmente aceptadas, las cuales no dependen de una elección entre las ideologías estática y dinámica porque están aceptadas por ambas y dependen de caracteres básicos del lenguaje legal, del sistema jurídico y del razonamiento jurídico. Sobre tales directivas, cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni...*, cap. VIII, 2. Pero si es así cada regla no tendrá un S^x.

sa, por tanto, los eslabones de la inferencia, pero no la verdad de las premisas, y es sinónimo sólo de una racionalidad interna de la decisión interpretativa (cfr. punto 5.2) que puede cuestionarse por una crítica externa de estas premisas; *d*) existen, por tanto, muchas decisiones interpretativas «verdaderas», incluso contradictorias...

Estas consecuencias demuestran que aplicar el término de «verdadero» a decisiones interpretativas lleva a consecuencias bastante desconcertantes o... expresa una ideología de la interpretación. Parece mejor, entonces, hablar sólo de decisiones interpretativas justificadas por argumentos concretos y preguntar sobre las razones para aceptarlos y presentar la cadena de razonamientos justificativos hasta donde sea pragmáticamente necesario y posible dentro de un marco de discurso jurídico concreto.

La crítica a la tesis de la única interpretación correcta desde el punto de vista teórico es también útil para tratar sobre la calificación de la interpretación como *secundum, praeter* y *contra legem* (cfr. punto 3.5)⁵⁶. Esta tipología parece presuponer la tesis de la única interpretación correcta. *Lex* es la regla que tiene el significado S^x. Cada uno de los tipos de interpretación señalados quedan identificados por relación al significado S^x que mediante interpretación se atribuye a esta regla. Esta tipología se utiliza de manera completamente diferente cuando somos conscientes de que la tesis de la única interpretación correcta es errónea. La tipología en cuestión expresa, entonces, el resultado de la comparación entre varias interpretaciones de una misma regla legal. Se aprueba una de esas interpretaciones y se la denomina *lex*,

⁵⁶ J. WRÓBLEWSKI, *Interpretation secundum, praeter et contra legem*, «Panstwo i prawo», 4-5, 1961.

las otras interpretaciones quedan calificadas por relación a esa *lex*. La cuestión de la calificación se utiliza así de una manera persuasiva porque se supone que respetar la *lex* es bueno, ir más allá de ella es malo, e ir contra ella es lo peor que puede hacer el intérprete.

La calificación de la interpretación como *secundum, praeter y contra legem* aparece cuando la comparación de decisiones interpretativas se considera como altamente relevante; entonces la conformidad de las diferentes interpretaciones es un argumento a favor de una interpretación y la disconformidad lo es en contra. Cuando la diferencia no conlleva opciones ideológicas básicas o una situación argumentativa, el caso no exigirá términos tan fuertes y será suficiente la terminología de *interpretatio extensiva, restrictiva o literalis*.

7.4. El problema de la creatividad de la decisión interpretativa y la tesis de la única interpretación correcta se aplican, evidentemente, a la interpretación constitucional y, por tanto, no requieren ningún comentario especial.

La creatividad de la interpretación constitucional es especialmente relevante por razón del lugar y de las funciones de la Constitución en un sistema jurídico. El papel de la discutida creatividad de esta interpretación es, así, muy importante para todas las áreas de regulación legal y de actividades del Estado en las que la Constitución sea relevante y/o aplicable. Esto se hace claramente patente en la oposición entre las ideologías dinámicas y estática de interpretación constitucional (cfr. punto 6.7) como en la discusión que concierne a las instituciones particulares de esta interpretación y de sus funciones (cfr. capítulo 8).

7E0000

No hay más razones teóricas para sustentar la tesis de la única interpretación correcta en el dominio de las reglas constitucionales que las existentes para otras reglas legales y en favor de esa tesis funcionan las mismas razones ideológicas. El conocimiento de las razones teóricas para rechazar la tesis en cuestión permite una clara visión de la relevancia general de las decisiones interpretativas en lo que concierne a las reglas constitucionales.

8. INSTITUCIONES Y FUNCIONES DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

8.1. La interpretación constitucional⁵⁷ tiene muchas funciones según quién sea el intérprete y cuáles sean las instituciones —si las hay— que determinan la validez —si la hubiera— de las decisiones interpretativas. Aquí es suficiente señalar tres tipos principales de funciones de la interpretación constitucional.

Primero, la «función de orientación» consiste en ofrecer una información acerca de qué comportamien-

⁵⁷ Aquí trato sobre la interpretación constitucional sólo desde la perspectiva de una teoría general de la interpretación, y, por tanto, para discutir los problemas desde el punto de vista de la ley constitucional se deberían utilizar trabajos especializados; por ejemplo, H. G. LÜCHINGER, *Die Auslegung der Verfassung*, Zurich, 1954; K. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, 1961; *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Landesberichte und Rechtsvergleichung*, ed. Max Planck Institut, Hamburgo, 1962; G. BURDEAU, *Traité de science politique*, vol. III, Paris, 1950.

to es acorde o contrario a las reglas constitucionales. Este tipo de orientación es necesario en varias situaciones. El legislador está obligado a actuar de acuerdo con las reglas constitucionales y esto, en casos de duda, depende de la interpretación constitucional. Este es especialmente el caso del Parlamento como órgano creador de leyes. Igualmente, en el régimen de legalidad, todos los órganos del Estado y demás destinatarios de una Constitución deberían actuar teniendo en cuenta las reglas constitucionales y, a veces, sus decisiones dependen de la interpretación constitucional.

Segundo, la «función de aplicación» aparece en la interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son bases normativas de decisión. Así, el Parlamento actúa sobre la base de las reglas constitucionales, como también lo hace el gobierno. Este es, por ejemplo, el caso cuando se interpretan reglas constitucionales que otorgan directamente competencias a los órganos del Estado. En algunos sistemas jurídicos, las reglas constitucionales que determinan los derechos y libertades de los ciudadanos son directamente aplicables (por ejemplo, art. 1.º, sec. 3, Const. RFA) (cfr. punto 8.4.3).

Tercero, la interpretación constitucional tiene una «función de control» en caso de que haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución. Existen dos formas principales de esta función conectadas con instituciones especiales de control: el control de constitucionalidad de la legislación en general y de la promulgación de las leyes en particular, y la institución de responsabilidad constitucional de algunas personas por un comportamiento contrario a las reglas constitucionales, y algunas veces también contrario a las reglas

legales. La interpretación constitucional es un instrumento de este control.

Los tres tipos de funciones no se excluyen entre sí. Por ejemplo, el Parlamento como órgano estatal competente para promulgar leyes, puede interpretar la Constitución para determinar las pautas de su comportamiento legislativo, puede aplicar reglas constitucionales interpretándolas como una base normativa de sus decisiones, y la constitucionalidad de las leyes promulgadas podría ser controlada por el mismo Parlamento o por otros cuerpos.

En el texto que sigue me ocuparé sólo de la función de control y de las instituciones que están conectadas con ella. Parece que la función y las instituciones susodichas son el fundamento apropiado para identificar las particularidades de la interpretación constitucional sobre la base de la teoría general de la interpretación aquí presentada.

8.2. Hay tres tipos básicos de control institucional de la legislación, a saber, el que se hace a través de un cuerpo político, a través de órganos de tipo judicial o a través del autocontrol⁵⁸.

8.2.1. El control de constitucionalidad por parte de un «cuerpo político» tiene por objeto el control a través de una institución que se considera como emanación del Parlamento, es decir, es un cuerpo que, al menos en parte, se elige por el Parlamento y entre sus miembros.

Hay varias instituciones de este tipo: por ejemplo, el Conseil Constitutionnel francés (Título VII de la Const. F). En los Estados socialistas, la función de

⁵⁸ Esta es tipología de G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, 1976¹⁷, pág. 99 y sigs.

control se enmarca, usualmente, entre las competencias del Consejo de Estado (por ejemplo, en Polonia, 1976-1982; en la República Democrática de Alemania, 1968-1974) o del Presidium del Soviet Supremo (art. 121 Const. URSS) o de la comisión parlamentaria que presenta sus resoluciones al Parlamento (Rumanía).

El control efectuado por un cuerpo político es o bien preventivo o solamente tiene lugar después de la promulgación de una ley.

Los resultados de este control se diferencian bastante entre sí. Las consecuencias más duras de la inconstitucionalidad se dan en Francia: *«une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publiques et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles»* (art. 62 Const. F).

8.2.2. El control de constitucionalidad se atribuye también a un órgano del tipo de un tribunal de justicia. O bien hay tribunales constitucionales especiales (por ejemplo, Italia; Austria; Polonia, conforme al art. 33a Const P, según la reforma de 26 de marzo de 1982; Yugoslavia) o bien el control en cuestión corresponde a la competencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, Suiza, conforme a la Ley Orgánica de 1974; EE.UU.).

Las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad son diferentes: la no aplicación de una ley en un caso concreto o *preventive injunction* (por ejemplo, EE.UU.); la devolución de la ley al Parlamento y, en caso de que el Parlamento no cambie el texto, su derogación (Yugoslavia); la solución mix-

ta, esto es, la no aplicación, el procedimiento ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (Const. de la República Española de 1931). En Polonia, según la Constitución, el Tribunal Constitucional solamente devuelve la ley inconstitucional al Parlamento para que sea examinada, y la Ley de 29 de abril de 1985 (sobre el Tribunal Constitucional) determina procedimientos adicionales.

8.2.3. El autocontrol de constitucionalidad de la ley significa que sólo el Parlamento se controla a sí mismo cuando promulga una ley. Esta es la solución adoptada por algunos sistemas (por ejemplo, Polonia, 1952-1976; República Democrática de Alemania desde 1974).

8.2.4. Todas las instituciones de control de constitucionalidad son muy discutidas.

Por un lado, el control en cuestión significa controlar la actividad legislativa del Parlamento, al que se considera como órgano soberano en toda forma republicana de Estado. Se critica el control del Parlamento porque hace del órgano de control un órgano funcionalmente superior al Parlamento. Esta es una razón a favor del autocontrol o al menos del control a través de un cuerpo político que dependa del Parlamento.

Por otro lado, se arguye que el autocontrol es un invento puramente espurio porque quien controla y el controlado son la misma institución y *nemo iudex in causa sua*. Hay, así, argumentos a favor de dar el control en cuestión a un Tribunal Constitucional especial o de imponer el deber y la competencia de control al Tribunal Supremo del Estado, siempre que dicho Tribunal sea independiente. De todos modos, se puede alegar que el tribunal competente para de-

clarar una ley como inconstitucional es, de hecho, un *policy-maker* situado por encima del Parlamento.

Este dilema del control judicial de la constitucionalidad se hace especialmente patente en los sistemas de *common law*. El Tribunal Supremo de EE.UU., en su famosa decisión de *Marbury v. Madison*, aceptó su competencia para controlar la constitucionalidad de la ley, interpretando en este sentido el artículo III, sec. II.1, de la Const. EE.UU.: «El poder judicial entenderá de todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad.» De las decisiones de los tribunales ingleses se excluye el control judicial de los actos del Parlamento. Se ha sostenido que «... el Parlamento tiene el poder supremo y no habría poder en los tribunales para cuestionar la validez de un acto del Parlamento»⁵⁹. Lord REID, hablando a la Cámara de los Lores, dijo: «Durante un siglo o más, tanto el Parlamento como los tribunales han tenido cuidado en actuar de manera que no se planteara conflicto entre ellos. Investigaciones semejantes a las pretensiones demandadas podrían fácilmente llevarnos a tal conflicto y yo lo apoyaría solamente si esa acción fuera requerida por clara autoridad. Pero se me antoja que todo el rumbo de la autoridad durante más de un siglo está claramente en contra de permitir cualquier investigación parecida a ésta»⁶⁰.

Partiendo de este ejemplo, está claro que el problema del control institucional de constitucionalidad

⁵⁹ Cfr. O. HOOD PHILIPS, *Leading Cases in Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1979⁵, pág. 1.

⁶⁰ *Ut supra*, pág. 6.

de la ley está estrictamente relacionado con la idea del lugar que ocupa el Parlamento —en tanto que legislador— en todo el sistema político y con las relaciones entre el Parlamento y el órgano de control, que se expresan en los efectos de una decisión de inconstitucionalidad⁶¹.

8.2.5. En cualquier caso, el control de constitucionalidad presupone que el órgano de control formula un juicio relacional del tipo «la regla (legal) RL es consistente (inconsistente) con una regla constitucional RC». Las propiedades semióticas de este tipo de juicios son más bien complejas⁶², pero aquí basta con tratar de dos problemas.

Primero, para formular un juicio relacional es necesario precisar tanto el significado de RL como el de RC, puesto que ello es necesario para realizar la comparación que se expresa en este juicio. Es una justa hipótesis pragmática la de que el legislador, en situaciones ordinarias, no actúa intencionalmente contra la Constitución y, por tanto, promulga leyes que, según él, son consistentes con las reglas constitucionales. Si esto es así, en cada planteamiento de constitucionalidad se partirá de una duda; duda consistente en si el significado atribuido a RL o a RC o a ambas es o no el significado apropiado: un control de constitucionalidad exige una interpretación constitucional.

Segundo, el juicio relacional tiene una estructura dicotómica, presuponiendo que RL es constitucional

⁶¹ Hay también un problema teórico de una «ley inconstitucional» conectado con la concepción de validez. Cfr. por ejemplo, H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1949, págs. 155 y sigs., 262 y sigs.; *idem*, *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960², págs. 275-280.

⁶² Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Statements...*, *pássim*.

o no es constitucional. Esta estructura corresponde a la institución del control en cuestión. Sin embargo, el problema consiste en si, aplicando algunas reglas constitucionales, esta dicotomía podría o no conservarse sin convenciones conceptuales arbitrarias. Si no es éste el caso, entonces deberíamos vérnoslas con varios grados de inconstitucionalidad, más en términos de coherencia que de consistencia (cfr. punto 4.3.2).

8.3. La función controladora de la interpretación constitucional se muestra también en casos de responsabilidad constitucional de personas que ocupan determinados puestos en el Estado y, en especial, los jefes de Estado y los altos funcionarios del gobierno. Tomemos como ejemplo típico a los miembros del Consejo de ministros de un Estado republicano.

Hay muchas formas de responsabilidad de estas personas: una responsabilidad común penal, civil o administrativa que podría o no estar relacionada con la función oficial de aquéllas; una responsabilidad parlamentaria unida a su elección y destitución por el Parlamento; una forma especial de responsabilidad política dentro de la organización política, generalmente un partido al que pertenecen y con el que se vinculan en su actividad. Por último, en orden que no en importancia, podría haber una responsabilidad constitucional referida a la observancia de reglas constitucionales y, a veces, también de reglas legales.

La responsabilidad constitucional se parece funcionalmente a la responsabilidad parlamentaria porque se refiere a la no satisfacción de expectativas que conciernen a la actividad constitucionalmente correcta de los altos funcionarios. Si se opina que basta con la responsabilidad parlamentaria más la ordina-

ria, no habrá razones para la responsabilidad constitucional. Sin embargo, hay argumentos en contra de que esto sea suficiente y, por ello, es necesaria una forma especial de responsabilidad constitucional. Esta es la causa de que existan instituciones de este tipo especial de responsabilidad a la que nos referiremos seguidamente.

8.3.1. Las reglas procedimentales determinan el órgano competente para decidir las responsabilidades constitucionales en cuestión, el procedimiento de toma de decisión y las sanciones por actuación inconstitucional.

Sin hacer un análisis de derecho comparado, pondré tan sólo unos ejemplos de los órganos que deciden los casos de responsabilidad constitucional. El órgano en cuestión es: el Tribunal Supremo (por ejemplo, art. 102 Const. E); el Tribunal Constitucional, que también entiende del control de constitucionalidad de la ley (por ejemplo, art. 134 Const. I; art. 142 Const. A); el Alto Tribunal especialmente elegido (por ejemplo, art. 68 Const. F); el especial Tribunal de Estado (por ejemplo, art. 33b Const. P); el Parlamento en el procedimiento de *impeachment* (por ejemplo, art. I, sec. II, par. 6, 7, Const. EE.UU.). Estas diversas soluciones institucionales responden a la importantísima cuestión política de *quis custodiet ipsos custodes?* Hoy en día son bastante raros los casos de responsabilidad constitucional, y para poder dar ejemplos tendríamos que retroceder en la historia. Un reciente ejemplo de funcionamiento de esta responsabilidad ha sido el proceso en Polonia contra el ex primer ministro P. Jaroszewicz y contra el ex jefe de la Comisión de Planificación T. Wrzaszczyk, que empezó en julio de 1983, pero que fue interrumpido conforme a la ley de amnistía del 21 de julio

de 1984. La posibilidad de instituir procedimientos de *impeachment* tras el caso Watergate (1972), obligó a R. Nixon a dimitir de su cargo de Presidente de EE.UU. (1974).

En cualquier caso, para decidir si la persona constitucionalmente responsable ha violado o no reglas constitucionales es necesario, *inter alia*, aplicar estas reglas. Y esta aplicación, como cualquier aplicación del derecho, presupone que la regla en cuestión se utiliza con un significado determinado. En caso de que exista alguna duda sobre si la regla en cuestión ha de aplicarse con su significado *prima facie*, habremos de enfrentarnos con una situación de interpretación y con una interpretación operativa [cfr. punto 3.2.c)]. Teniendo esto en cuenta, es una hipótesis prácticamente razonable que decidir sobre problemas de responsabilidad constitucional implica una interpretación constitucional operativa porque, en circunstancias ordinarias, ninguno de los altos funcionarios del Estado actúa contra reglas constitucionales.

8.4. Después de haber descrito el lugar que ocupa la interpretación constitucional en el control de constitucionalidad y en la fijación de responsabilidad constitucional, nos podemos preguntar cuáles son los problemas interpretativos peculiares de esta interpretación.

La interpretación constitucional comparte las características de cualquier interpretación legal señaladas de acuerdo con la teoría general, pero también tiene algunas peculiaridades.

Parece que hay cuatro peculiaridades principales: variedad de las reglas constitucionales; características de los términos utilizados en la formulación de estas reglas; aplicabilidad de las reglas constitucionales;

carácter político de la interpretación constitucional.

8.4.1. Hay una variedad de tipos de reglas constitucionales, pero antes que nada se debería presuponer el carácter normativo de la Constitución en su conjunto o, por lo menos, de algunas partes del texto constitucional.

Hay opiniones según las cuales la Constitución no es un conjunto de reglas⁶³, la Constitución formula solamente un programa político que no tiene cualidades normativas⁶⁴, o algunas partes del texto constitucional no son normativas, por ejemplo el preámbulo⁶⁵. No ha lugar para discutir estos problemas que están prácticamente resueltos, o por el derecho (por ejemplo, la aplicabilidad directa de las reglas concernientes a las libertades y derechos civiles conforme al art. 1.º, sec. 3, Const. RFA), o por decisiones interpretativas de validez-T (por ejemplo, la validez del preámbulo según la decisión del Conseil Constitutionnel francés)⁶⁶. Teóricamente, la discusión relativa a la normatividad del texto constitucional sólo es significativa después de definir el término «normatividad». Si por «normatividad» se entiende que las dis-

⁶³ Por ejemplo, M. TROPER, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, en «Mélanges Ch. Eisenman», París, 1974, pág. 150, define la constitución como perteneciente al mundo de «Sein».

⁶⁴ Por ejemplo, la doctrina constitucional en Italia trata las reglas de los títulos II, III, parte I Const. I, que determinan la moral, y las relaciones económicas y sociales, como programas; cfr. J. ZAKRZEWSKA, *Kontrola Konstytucyjna ustaw* (Control constitucional de la ley), Varsovia, 1964, página 91. Cfr. también sobre el fenómeno de *legge-manifesto*, que es contrario a las reglas constitucionales, R. BETTINI, *Il circolo vizioso legislativo*, Milán, 1983, cap. 1.

⁶⁵ Por ejemplo, H. KELSEN, *General Theory...*, pág. 260 y sigs.

⁶⁶ Cfr. J. ZAKRZEWSKA, *op. cit.*, pág. 45.

posiciones de un texto legal son o bien directamente aplicables, o aplicables tras construir algunas normas a partir de estas disposiciones (cfr. punto 2.6), se podrá decir que las disposiciones constitucionales colman esa definición. En otras palabras, las disposiciones constitucionales regulan directa o indirectamente la conducta humana a pesar de la variedad de las reglas constitucionales⁶⁷.

Para nuestros fines nos basta con distinguir los siguientes tipos de reglas constitucionales:

a) Las reglas de conducta *sensu stricto* afirman directamente que un determinado tipo de conducta es un derecho o un deber del destinatario, y tales reglas son comunes, por ejemplo, en derecho penal. Pero también hay reglas de éstas en la Constitución, como, por ejemplo, la que impone al presidente el deber de cuidar la observancia de la Constitución (art. 5, Const. F), o al Parlamento el deber de elegir al Consejo de Estado (art. 29, sec. 1, Const. P).

b) Las reglas de organización determinan la organización y competencia de los órganos del Estado, por ejemplo el número de miembros del Parlamento, del Tribunal Constitucional, o las competencias de los principales órganos estatales y sus relaciones mutuas. Estas reglas, comúnmente conocidas, pertenecen al tipo de «reglas secundarias» en la terminología de H. L. A. HART⁶⁸.

c) Las reglas teleológicas determinan los fines

⁶⁷ Sobre la concepción de regulación «indirecta» de conducta, cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Sposoby wyznaczania zachowania przez przepisy prawne* (Maneras de determinar un comportamiento a través de provisiones legales), «Zeszyty Naukowe UL, nauki społhum», ser I, 35, 1954.

⁶⁸ Cfr. nota 17.

que deberían llevar a cabo los destinatarios de las reglas constitucionales. Por ejemplo, los fines de las autoridades públicas son: la eliminación de todo obstáculo y dificultad para la satisfacción de las necesidades y para la libre participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 Const. E); el fin principal del Estado es el desarrollo universal de una sociedad socialista, desarrollo de las fuerzas creativas de la nación y de cada individuo, la mejora en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos (art. 4 Const. P). Las reglas teleológicas, como toda regla, determinan una conducta, pero estas reglas formulan el patrón del comportamiento debido mediante la determinación de los fines de esta conducta.

d) Las reglas directivas señalan las funciones que deberían realizarse mediante algún tipo de actividades o los valores que deberían conseguirse. Así, por ejemplo, hay reglas que identifican los más altos valores del orden jurídico, tales como libertad, justicia, igualdad, pluralismo político, estructuras democráticas (artículos 1, 6, 7 Const. E); las tareas de la República italiana son *inter alia* la eliminación de obstáculos de orden económico y social que limitan la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país (art. 3 Const. I). Las funciones del Estado polaco son: garantizar la participación de los ciudadanos en el gobierno, salvaguardar el desarrollo de formas varias de autogobierno de la clase trabajadora, desarrollo de las capacidades productivas y económicas del país, uso planificado y enriquecimiento de los recursos materiales, organización racional del trabajo, desarrollo continuado de la ciencia y la técnica, realización de los principio de jus-

ticia social, reacción a las violaciones de los principios de coexistencia social (art. 5 Const. P).

No hay límites claros entre los tipos de reglas constitucionales antes señalados y, especialmente, entre las reglas directivas y teleológicas. La tipología es importante para los asuntos de interpretación constitucional: la gran cantidad y la relevancia de las reglas de los tipos *b)*, *c)* y *d)* en los textos constitucionales distingue la interpretación de la Constitución de la interpretación de las restantes áreas del derecho.

8.4.2. El lenguaje legal contiene muchos tipos de términos que se diferencian conforme a criterios semióticos. La tipología de términos constitucionales, relevantes para la interpretación constitucional, distingue términos valorativos cuasidescriptivos y descriptivos, siempre que aceptemos la existencia de criterios operativos para separar la descripción de la valoración. Hago esta afirmación sin entrar en detalles⁶⁹.

a) En los textos constitucionales hay muchos términos valorativos. En casi todas las Constituciones los términos básicos (*key-terms*) definen la axiología política y social. Sin referirme a Constituciones particulares, se pueden citar términos como «libertad», «igualdad», «justicia» o «justicia social», «participación»; hay también términos valorativos que expresan una axiología del derecho, por ejemplo, «cumplimiento del derecho» o «procedimiento debido».

Los términos valorativos que se utilizan en el discurso legal requieren interpretación cuando existen dudas acerca de si son usados apropiadamente. Este es un hecho evidente de la práctica legal y que ex-

⁶⁹ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Evaluative Statements...*, págs. 605-608 y lit. cit.

plica la teoría general de la interpretación. Incluso, en el nivel de la filosofía política, se discute si el principio de libertad de opinión conoce alguna limitación razonable⁷⁰. Otro ejemplo es el de la igualdad —considerada como uno de los principios constitucionales e interpretada en varios contextos⁷¹.

b) Podemos destacar que en los «términos cuasidescriptivos» su definición es *prima facie* descriptiva, pero su estructura profunda revela un carácter valorativo. Esta estructura mixta impide cualquier definición estricta y abre la cuestión de no incluir estos términos ni entre los términos valorativos ni entre los descriptivos. Aquí no discutiré más este problema y utilizo solamente un ejemplo para ilustrar el caso.

El término «principios fundamentales» se usa en una disposición que afirma que «*la loi détermine les principes fondamentaux*» (art. 34 Const. F). La noción es teóricamente más bien vaga y hay varios significados en los que se usa el término «principio (fundamental)» según diversas teorías jurídicas y dogmáticas jurídicas (lenguaje legal de la doctrina), lenguaje legal de la práctica y los textos de diferentes reglas legales en diferentes sistemas jurídicos. Pero el término «principio fundamental» debería tener *prima facie* un significado descriptivo aunque se utilice

⁷⁰ Cfr. la disensión clásica en J. St. MILL, *On Liberty*, cap. II.

⁷¹ Por ejemplo, Ch. WOLFERS, *Note sur le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français en matière de réglementation économique*, en «L'Egalité», vol. I, ed. H. BUCH, P. FORIERS, Ch. PERELMAN, Bruselas, 1971; A. SCHNEEBLAG, *Dialectique de l'égalité des groupes et de l'égalité des individus: l'arrêt «Bakke» de la Cour suprême des Etats-Unis (1978)*, en «L'Egalité», vol. VIII, ed. Ch. PERELMAN y L. INGBER, Bruselas, 1982; *idem*, *Les récents développements en matière d'égalité des sexes dans le droit des Etats-Unis*, en *ibidem*.

de maneras completamente diferentes. La interpretación constitucional de este término, hecha por el Conseil Constitutionnel francés, demuestra claramente que el verdadero problema consiste en definir el área reservada para la regulación legal y, por tanto, el problema es normativo: ¿qué debe ser regulado mediante leyes de acuerdo con la Constitución? La respuesta delimita el área de la acción legislativa exclusivamente parlamentaria del área en la que el gobierno es un legislador competente. Y este es un problema político vital⁷².

c) Los términos descriptivos se usan también en los textos constitucionales, si bien tales términos podrían resultar inconcretos por razón del contexto funcional en el que se utilizan.

Por ejemplo, conforme al artículo 11 de la Constitución F: «*Le président de la République peut soumettre au referendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publiques.*» El término «*organisation des pouvoirs publiques*» fue interpretado como sinónimo de «*constitution*» y el Presidente De Gaulle hizo un referéndum para cambiar la Constitución⁷³.

El derecho a la huelga se formula en el artículo 40 Const. I. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 502 del Código penal italiano (1930), que imponía una pena por huelga y *lock-out*, y al mismo tiempo interpretó la disposición constitucional referida como contenedora también de este derecho al *lock-out*⁷⁴.

⁷² Cfr. B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, París, 1982, págs. 606-609; J. ZAKRZEWSKA, *op. cit.*, pág. 47 y sigs.

⁷³ M. TROPER, *La motivation des décisions constitutionnelles*, en «*La motivation...*», pág. 291.

⁷⁴ Cfr. J. ZAKRZEWSKA, *op. cit.*, pág. 90 y sigs.

Es patente que la interpretación de términos valorativos, cuasidescriptivos y descriptivos sigue el patrón general de cualquier interpretación. La peculiaridad de la interpretación constitucional, como se ha demostrado en la práctica interpretativa, consiste en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las dudas constitucionales y a las opciones interpretativas. Parece que el papel del contexto funcional y, especialmente, el de sus componentes políticos es muy fuerte. La interpretación de los términos valorativos está mayormente enlazada con la axiología política, y las controversias concernientes a los términos descriptivos y cuasidescriptivos están estrictamente unidas a los problemas políticos de funcionamiento de las estructuras sociopolíticas. Por supuesto que hay también otros elementos en el contexto funcional, como son, por ejemplo, la economía (por ejemplo, economía planificada, administración racional) o valores morales generales (por ejemplo, dignidad humana) o valores culturales (por ejemplo, racionalidad). De todos modos, es el contexto funcional el que más dudas interpretativas suscita y el que más influye en las decisiones interpretativas. Esto parece que favorece a la teoría dinámica de interpretación constitucional, pero no tiene por qué ser así necesariamente; todo depende de la proporción de cambios sociales respecto a la época en la que se promulgó la Constitución.

8.4.3. Uno de los problemas de la interpretación constitucional operativa consiste en la aplicabilidad de las reglas constitucionales.

Antes que nada, se debe presuponer el carácter normativo de la Constitución conforme al significado del término «normatividad» que se ha aceptado (cfr. punto 8.4.1). En este caso se plantea la cues-

ción acerca de si las reglas constitucionales son aplicables de la misma manera que lo son otras reglas.

Parece haber tres grupos de reglas desde el punto de vista de su aplicabilidad.

a) Las reglas que son simple y directamente aplicables, es decir, reglas cuya observancia puede ser establecida de modo dicotómico, por ejemplo, usualmente las reglas de conducta *sensu stricto* y las reglas de organización [cfr. punto 8.4.1.a).b)].

b) Las reglas que son directamente aplicables de manera gradual, es decir, su observancia puede establecerse por referencia al grado de conformidad con la regla. Este es el caso de las reglas teleológicas y el de las directivas [cfr. punto 8.4.1.c).d)].

c) Las reglas que son indirectamente aplicables, es decir, reglas que se refieren a leyes que deberían ser promulgadas y que, por tanto, sólo son aplicables a través de tales leyes; por ejemplo, la regla por la que el registro domiciliario sólo se permite en los casos determinados por la ley (art. 87, sec. 2, Constitución P) o la regla por la que el matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con los límites impuestos por la ley para el bien de la unidad de la familia (art. 29 Const. I).

La diferencia entre los tipos de reglas a) y b) requiere un comentario. La aplicabilidad de una regla depende de la formulación de un juicio relacional que establezca la consistencia o inconsistencia de una conducta con una regla constitucional (cfr. punto 8.2.5). Esta relación en el tipo de reglas a) se formula dicotómicamente siempre que se haya hecho una interpretación en caso de que fuera necesario. Sin embargo, el tipo de reglas b) presenta algunas dificultades por razón de que la conducta del destinatario de la

regla se determina o por formulación de los fines o por una dirección de esta conducta. La cuestión, por tanto, estriba en cómo formular el juicio relacional.

Hay dos posibles hipótesis. Según la primera hipótesis, la conducta es «... conforme a la regla» en cuestión si la finalidad se lleva a cabo «totalmente» (regla teleológica) o si el comportamiento sigue «completamente» la línea prescrita (reglas directivas). En caso de que se acepte esta hipótesis, el tipo de reglas b) no será diferente de las del tipo a), porque el juicio relacional es dicotómico. La segunda hipótesis supone que hay diferentes grados en el seguimiento de la regla y, por tanto, un comportamiento puede ser «más» o «menos» conforme a la regla en cuestión. Esta, *prima facie*, se corresponde con la técnica legislativa que encauza el comportamiento humano por medio de esas reglas en un grado más alto que en la primera hipótesis. Pero si éste es el caso, la interpretación constitucional de estas reglas tendrá que resolver el problema más bien difícil de cualificación de comportamiento cuando se responde a la cuestión de constitucionalidad de la ley o a la responsabilidad constitucional. Y se dan situaciones en las que ésta no es una proposición fácil.

Surgen problemas análogos fuera del área de la interpretación constitucional, pero en la formulación de textos constitucionales los casos de aplicabilidad directa gradual y de aplicabilidad indirecta son relativamente frecuentes e influyen fuertemente en la importancia de la función controladora de esa interpretación.

8.4.4. Una de las peculiaridades de la interpretación constitucional estriba en su carácter político que ha sido subrayado antes al tratar sobre diferentes problemas. Para concluir con mis observaciones sería

conveniente agrupar las características más relevantes de la interpretación constitucional que determinan su carácter político. No es necesario definir aquí el significado del término «político». Lo entenderemos en el sentido más amplio y corriente: algo es político cuando genética y/o funcionalmente está conectado con las relaciones entre diversos grupos interesados en utilizar el poder del Estado en direcciones preferidas.

La Constitución es un acto político y legal. Se puede argüir que cada regla legal es política por razón de la misma naturaleza del derecho, pero aquí importa subrayar que la Constitución es un acto normativo con el carácter político especialmente pronunciado. Esto es así por razón de la génesis de la Constitución, de su contenido y de su función. La Constitución en su conjunto expresa más o menos adecuadamente las relaciones políticas de una sociedad organizada en un Estado, fija las estructuras básicas del aparato estatal y funciona como salvaguarda del mantenimiento y desarrollo del sistema sociopolítico. La Constitución garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. La Constitución, por tanto, perfila las reglas básicas de la política que se expresan en formas legales. La estructura del Estado, las relaciones entre los cuerpos representativo y administrativo, los grados de centralización y descentralización están fijados junto con el esbozo de las tareas principales y, eventualmente, de las direcciones de la actividad del Estado.

A la Constitución se le considera como el conjunto de reglas jerárquicamente más alto de sistema jurídico y, teniendo en cuenta la consistencia y coherencia de este sistema (cfr. punto 3.2), funciona como un conjunto (o al menos un subconjunto) de principios de derecho (cfr. punto 4.5).

Las reglas constitucionales se encajan en una axiología política, por lo menos a través de términos valorativos que se refieren a valores políticos, pero estos valores influyen en la interpretación de términos descriptivos y cuasidescriptivos en caso de duda suscitada por el contexto funcional (cfr. punto 8.4.2).

Habida cuenta de ello, es evidente por qué las instituciones de control de constitucionalidad de las leyes y las que se refieren a la responsabilidad constitucional están tan estrechamente vinculadas a cuestiones políticas generales. Es el problema del lugar que ocupa el Parlamento como órgano legislador y el de su supremacía. Está el problema del control de los órganos más altos del Estado en la realización de sus funciones constitucionalmente determinadas.

La interpretación constitucional que queda sobreentendida en esta función controladora es política al menos en dos aspectos: primeramente garantiza *ex definitione* la observancia de reglas constitucionales que tienen de por sí un carácter político, y en segundo lugar, la función de las decisiones interpretativas es política cuando determina los asuntos políticamente relevantes. Y a ello se debe la prevalencia de la ideología de interpretación estática o dinámica.

Teniendo esto presente, nos podemos preguntar si mediante la interpretación constitucional se transforman los problemas políticos en problemas legales, o viceversa, se transforman los problemas legales en políticos⁷⁵. La teoría general de la interpretación explica que las valoraciones desempeñan un importante papel en la justificación de las decisiones interpretativas y en los procesos de toma de decisión interpretativa. Hay varios tipos de valoraciones de éstas, y entre ellas, no sólo en la interpretación constitu-

⁷⁵ Comparar F. ERMACORA, *op. cit.*, págs. 117, 251.

cional, se dan valoraciones políticas, morales, económicas y otras. Esta no es razón para considerar a la interpretación legal como una «transformación» de problemas extralegales en problemas legales. Lo que nos importa es señalar que la interpretación constitucional está usualmente más estrechamente unida a problemas políticos que la interpretación de otras reglas del nivel jerárquico legal e infralegal. La interpretación de reglas constitucionales decide más sobre problemas políticamente relevantes y está vinculada a más opciones políticas que la interpretación de otras reglas. Este hecho es el que influye en la institucionalización de la interpretación constitucional, es decir, si crear o no instituciones especiales que tratan con ella de una manera autoritativa, qué tipo de asuntos pueden suscitar esta interpretación y qué clase de validez tendrán estas decisiones interpretativas.

Todos estos asuntos tan cargados de política quedan decididos por el derecho y, generalmente, su perfil básico viene formulado en la Constitución debido a su importancia esencial. Si realmente «*la Constitution demande à être interprétée*»⁷⁶, nuestro postulado consiste en que la interpretación constitucional debe presentarse como una decisión interpretativa apropiadamente justificada.



⁷⁶ G. BURDEAU, *Le droit des libertés...*, pág. 67.



VI

JUSTICIA Y LEGISLACIÓN:
SOBRE EL PAPEL Y LEGITIMIDAD
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Siguiendo como hilo conductor la teoría del derecho de Dworkin hemos tratado primero el problema de racionalidad de una administración de justicia, cuyas decisiones han de satisfacer a criterios de seguridad jurídica a la vez que a criterios de aceptabilidad racional. Las propuestas de Dworkin para una interpretación constructiva del derecho vigente dirigida por una teoría, pudimos defenderlas en una lectura procedimentalista que desplaza las exigencias idealizadoras a que queda sujeta la formación de dicha teoría convirtiéndolas en el contenido idealizador de presupuestos pragmáticos necesarios del discurso jurídico. Quedó abierta la cuestión de cómo una práctica interpretativa que procede en tales términos reconstructivos puede operar dentro de los límites de la división de poderes propia del Estado de derecho sin que la administración de justicia invada competencias legislativas (y con ello entierre también la estricta vinculación de la Administración a la ley).

Como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho. Ciertamente, el discurso político y la práctica de la legislación constituyen, desde el punto de vista del derecho constitucional, un importante tema de la dogmática jurídica; pero a la teoría del derecho, al venir cortada a la medida de los discursos jurídico-profesionales, ambas cosas sólo se le empiezan abriendo desde la perspectiva de la administración de justicia y jurisprudencia. Si queremos analizar, pues, manteniendo la misma perspectiva de teoría del derecho la problemática relación entre administración de justicia y proceso legislativo, ofrécese la ju-

risdicción constitucional como punto metodológico de referencia institucionalmente aprehensible. La existencia de tribunales constitucionales es algo que no se entiende sin más. Tales instituciones están ausentes en muchos Estados de derecho. Y allí donde existen —como es el caso de Alemania y de Estados Unidos, los dos países a los que aquí me voy a limitar—, su posición en el edificio de competencias del orden constitucional, y la legitimidad de sus decisiones, son asunto controvertido. Estas encendidas y sutiles controversias son ellas mismas señal de una necesidad de clarificación que viene, cuando menos, motivada por el agavillamiento *institucional* de *funciones* que, en la perspectiva de una teoría de la Constitución, hay que distinguir bien.

En la discusión se unen por lo demás aspectos diversos, de los que en especial quisiera subrayar tres. La crítica de la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional se efectúa siempre en lo que respecta a la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia; es siempre, por tanto, una disputa en torno al principio de la división de poderes. Pero este problema se planrea de modos distintos según sea el aspecto desde el que se considere. Me referiré a tres líneas de razonamiento, de las que la primera conduce a la disputa de paradigmas que retomaré en el último capítulo, mientras que la segunda prosigue las discusiones metodológicas del capítulo anterior, y la tercera prepara el camino para una discusión acerca de una comprensión del proceso político articulada en términos de teoría del discurso, que proseguiremos en el capítulo siguiente desde la perspectiva de una teoría de la democracia.

Bajo el primer aspecto la crítica que —en especial en la República Federal de Alemania— se viene haciendo a la toma de decisiones del Tribunal Constitucional se basa en una lectura especial, a saber, en una lectura liberal del esquema clásico de la división de poderes. La ampliación de funciones, fácticamente inevitable, pero normativamente dudosa, que experimenta la administración de justicia, al encargar a un tribunal constitucional del ejercicio de funciones que compiten con las de la actividad legislativa, esa lectura la explica por la evolución que experimenta el Estado liberal de derecho convirtiéndose en Estado intervencionista y Estado benefactor (I). Bajo el segundo aspecto, se prosigue el debate sobre la indeterminación del derecho, pero centrándolo ahora en la «teoría de los valores» que constituye el núcleo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. La crítica se dirige contra una autocomprensión metodológica desarrollada por ese Tribunal, que equipara la orientación por principios con una ponderación o sopesamiento de bienes (II). Bajo el tercer aspecto, el papel del Tribunal Constitucional consistiría, así se ven las cosas sobre todo en Estados Unidos, en proteger el procedimiento democrático de la producción de derecho; se trata aquí de

la rehabilitación o renovación de una comprensión republicana, es decir, no-instrumental, del proceso político en conjunto (III).

I

(1) Los tribunales constitucionales cumplen normalmente varias funciones a la vez. Aunque las distintas competencias convergen en la tarea de decidir en última instancia cuestiones de interpretación de la Constitución y, por tanto, en mantener también la coherencia del orden jurídico, el agavillamiento de esas competencias en el marco de una única institución, no resulta obligatorio sin más desde el punto de vista de una teoría de la Constitución. En el caso del Tribunal Constitucional alemán pueden distinguirse tres ámbitos de competencias: los conflictos entre órganos estatales (incluyendo los conflictos entre el Estado central y los *Länder*), el control de constitucionalidad de las normas jurídicas (en lo que sigue nos interesará sobre todo el control de constitucionalidad de las leyes) y los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. La competencia concerniente a recursos de amparo y al control concreto de normas (es decir, la competencia relativa a los casos en que los tribunales de instancia suspenden temporalmente un proceso para obtener, con motivo de algún asunto concreto, una decisión acerca de la constitucionalidad de la norma que se tiene que aplicar) es la menos problemática desde el punto de vista de la división de poderes. Aquí el Tribunal Constitucional actúa en el sentido de una unificación y coherentización del derecho. Sin perjuicio de su facultad de declarar importantes determinadas leyes también en estas clases de procedimientos, el Tribunal Constitucional constituye en todo caso en el sistema jerárquicamente articulado de la administración de justicia, junto con los tribunales supremos de la Federación, algo así como la cúspide reflexiva que se encarga de las tareas de autocontrol. De modo similar, al gobierno como vértice del poder ejecutivo le corresponde la tarea de autocontrol de la Administración. Más problemático puede ser que al Tribunal Constitucional le compete decidir las disputas entre órganos estatales, tomadas éstas en sentido amplio. Esta competencia afecta a la separación de funciones del Estado, pero cabe justificarla con cierta plausibilidad recurriendo a una necesidad de técnica constitucional, a saber, a la necesidad de dirimir conflictos entre órganos estatales que están llamados a cooperar. Pues en última instancia la lógica de la división de poderes no queda vulnerada por la práctica de un tribunal al que faltan medios de coerción para imponer sus decisiones contra una negativa del Parlamento y del gobierno. La colisión entre las funciones del Tribunal Constitucional y lo que se diría habrían de ser funciones del

legislador legitimado democráticamente sólo se agudiza en el ámbito del control abstracto de normas. Aquí queda sometida a la comprobación y revisión judicial la cuestión de si una ley aprobada por el Parlamento es conforme a la Constitución y por lo menos no contradice un desarrollo consecuente del sistema de los derechos. Hasta la aprobación de la ley, ésta es una cuestión que ha de decidir el Parlamento. Y, en todo caso, es digna de tenerse en cuenta la consideración de si la revisión de tal decisión parlamentaria no podría efectuarse a su vez en forma de un autocontrol del legislador mismo, organizando tal autocontrol a modo de tribunal, e institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del derecho. Tal internalización de la autorreflexión acerca de las propias decisiones tendría la ventaja de mover al legislador a tener presente desde el principio durante sus propias deliberaciones el contenido normativo de los principios constitucionales. Pues éste tiende a perderse de vista cuando en el tráfico de los negocios parlamentarios las cuestiones éticas y morales quedan *redefinidas* como cuestiones susceptibles de negociarse, es decir, como cuestiones susceptibles de compromiso. En este aspecto, la diferenciación institucional de un procedimiento autorreferencial de control de normas, que fuese competencia del Parlamento, contribuiría quizá a aumentar la racionalidad del proceso de producción legislativa. Y ello resulta tanto más recomendable si, conforme al sentido de nuestro análisis, se parte de que la división de poderes tiene ante todo la finalidad de que la Administración no se autonomice frente al poder generado comunicativamente.

Desde la perspectiva de la teoría del discurso la lógica de la división de poderes exige una asimetría en el ensamblaje y entrelazamiento de poderes del Estado: el poder ejecutivo, al que ha de impedirse el poder disponer a voluntad de las razones normativas del poder legislativo y de la justicia, está sujeto en su actividad tanto al control parlamentario como al control judicial, mientras que queda excluida una inversión de tal relación, es decir, una supervisión de los otros dos poderes por el poder ejecutivo. Quien, como en su tiempo C. Schmitt, quisiera convertir en «protector de la Constitución» al presidente del *Reich*, es decir, a la cúpula del ejecutivo, en lugar de a un tribunal constitucional, estaría invirtiendo, por tanto, el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exactamente en lo contrario¹. La lógica

1. C. Schmitt, *La defensa de la Constitución* (1931), Madrid, 1983. En su aguda crítica H. Kelsen mostró que esta propuesta de Schmitt se sigue consecuentemente de su «giro al Estado total»: H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), Madrid, 1995.

de la división de poderes, a la que cabe fundamentar en términos de teoría del discurso, sugiere configurar *autorreflexivamente* al poder legislativo, al igual que a la justicia, y dotarlo de la competencia de autocontrolar su propia actividad. El legislador no dispone a su vez de la competencia de comprobar si los tribunales en su negocio de aplicar el derecho se han servido exactamente de las razones normativas que en su día entraron a formar parte de la fundamentación presuntivamente racional de una ley. Por otro lado, lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador. Por tanto, no sería totalmente desacertado reservar esta función, también en última instancia, a un autocontrol del legislador, que podría adoptar la forma de un procedimiento articulado en términos de proceso judicial. La transferencia de esta competencia a un tribunal constitucional ha menester, cuando menos, de una justificación bastante compleja. Pues «el discurso relativo a derechos fundamentales no está ligado a las decisiones que se toman en el procedimiento de producción legislativa, sino que queda preordenado a ese procedimiento y por encima de él. Esto significa que en ese discurso falta el factor de vinculación más importante para la argumentación jurídico-profesional en general, a saber, la ley simple, relativamente concreta en la mayoría de los casos. Su lugar vienen a ocuparlo determinaciones o definiciones de los derechos fundamentales, muy abstractas, abiertas y cargadas de ideología»². Alexy refiere el «discurso relativo a derechos fundamentales» a todos los ámbitos de la jurisprudencia constitucional. Pero cuando con más claridad nos encontramos ante una desvinculación explícita, aunque sólo sea puntual, respecto de la validez de toda ley en vigor es precisamente en el caso del control abstracto de normas.

En su controversia con C. Schmitt, H. Kelsen se había manifestado decididamente en favor de la institucionalización de un tribunal constitucional, y ello no sólo por razones políticas —muy convincentes en la situación de entonces— sino también por razones concernientes a teoría del derecho. C. Schmitt había puesto en cuestión que el control abstracto de normas fuese una cuestión de aplicación de normas y, por tanto, una operación genuina de la práctica de toma de decisiones judiciales, porque «las reglas generales sólo se comparan entre sí, pero no se subsumen unas bajo otras o se aplican unas a otras». Faltaba la relación entre norma y hecho³. A ello Kelsen sólo pudo replicar que el objeto del control no era el contenido de una norma problematizada, sino la constitucionalidad de su producción: «El hecho que en las decisiones sobre la constitucionalidad de una ley

2. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 532 ss.

3. C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, p. 85.

se subsume bajo la norma que representa la Constitución, no es la norma..., sino la producción de la norma»⁴. Pero este argumento sólo podría ser de recibo si al control de normas en su totalidad se le pudiese dar, como todavía veremos, una lectura procedimentalista. Mientras tanto el argumento decisivo radica en el plano de una política del derecho: «Como precisamente en los casos más importantes de vulneración de la Constitución el Parlamento y el gobierno son partidos en pugna, lo recomendable para dirimir esta disputa es recurrir a una tercera instancia que esté fuera de esa oposición y que de ningún modo esté implicada ella misma en el ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y gobierno. El que esta instancia obtenga por esta vía un cierto poder, es inevitable. Pero se da una gran diferencia entre dotar a un órgano del Estado de un poder que se reduce al poder de control institucional, o reforzar aún más el poder de uno de los dos principales portadores del poder del Estado, asignándole además la función de control constitucional»⁵.

Cualquiera sea la postura que se adopte respecto a la cuestión de la *institucionalización adecuada* de esa interpretación de la Constitución que concierne directamente a la actividad del poder legislativo, no cabe duda de que la concretización del derecho constitucional por una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia, sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente.

En un discurso relativo a derechos fundamentales el Tribunal Constitucional —y otros tribunales— entran también cuando no se trata del control posterior de las leyes ya aprobadas por el Parlamento, sino de la aplicación del derecho vigente. Ya sea porque colisionen entre sí en un caso particular varios derechos fundamentales, ya sea porque leyes simples, emitidas a la luz de un derecho fundamental, colisionen con otros derechos fundamentales, en muchos casos y en muchos niveles de la administración de justicia entran en juego principios que hacen menester una interpretación constructiva del caso particular en el sentido de Dworkin. Ciertamente, el Tribunal Constitucional sólo tiene que ver con estos casos de colisión; sus decisiones tienen casi siempre el carácter de decisiones acerca de principios. De ahí que en la jurisprudencia constitucional —al igual que tendencialmente en los tribunales superiores— se acumule y agudice esa problemática de la «indeterminación del derecho» que ya hemos discutido. El Tribunal Constitucional alemán abordó ofensivamente esta problemática (en una resolución del

14 de febrero de 1973) refiriéndose al artículo 20 sec. 3 de la GG: «El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional»⁶. De lo que en definitiva se trata es de «encontrar la solución correcta, elaborándola, como se dice después, en una argumentación racional». Otras formulaciones, que atribuyen al Tribunal Constitucional la función de desarrollar el derecho «interpretándolo y aplicándolo en términos creativos», parecen indicar, empero, una autocomprensión quizá algo más problemática del Tribunal Constitucional. Pero a tal duda K. Hesse le sale al paso con una fría consideración, que creo justificada conforme a lo dicho en el capítulo anterior: «Las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora. Pero toda interpretación tiene un carácter creador. Y sigue siendo *interpretación* aun cuando sirva a responder a cuestiones de derecho constitucional y tenga por objeto normas de la amplitud y apertura de las que son propias del derecho constitucional. La concretización de tales normas puede ofrecer mayores dificultades que la de preceptos elaborados con mucho más detalle; pero esto no cambia nada en el hecho de que en ambos casos se trata de procesos estructuralmente análogos»⁷. Desde este punto de vista las competencias, más amplias, del Tribunal Constitucional no tendrían por qué poner en peligro la lógica de la división de poderes.

(2) Los críticos tampoco se apoyan primariamente en consideraciones metodológicas, sino que adoptan una perspectiva histórica para constatar en la evolución del sistema jurídico en conjunto un cierto desplazamiento del centro de gravedad desde los parlamentos a los tribunales constitucionales, preocupante desde la perspectiva de los principios del Estado de derecho. Autores como E. W. Böckenförde, E. Denninger y D. Grimm⁸ subrayan el contraste entre la situación constitucional que representa un orden político-jurídico global que no sólo garantiza una protección comprehensiva de los derechos individuales, sino que se cuida también del bienestar y la seguridad de los ciudadanos (asumiendo, por tanto, también una especie de

6. BVerGE 34, 269, p. 304.

7. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1990, p. 219.

8. E. W. Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a. M., 1991; E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991.

4. H. Kelsen, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, p. 25.

5. *Ibid.*, p. 54.

garantía para los casos de mermas de *status* y para los casos de riesgos condicionados por el desenvolvimiento de la sociedad), por un lado, y aquella situación constitucional de partida representada por una separación entre Estado y sociedad, sobre todo cuando tal situación se describe en términos típico-ideales, por otro. Conforme a este modelo liberal de la sociedad, la Constitución tenía antaño la finalidad de establecer una separación entre la esfera que representaba una sociedad centrada en la economía, ajena al Estado, en la que los individuos buscaban su felicidad y perseguían sus intereses en términos de economía privada, y la esfera estatal de la persecución del bien común: «En todo caso no era función de la Constitución concertar la esfera del bien individual y la esfera del bien común bajo una idea cuyo contenido abrazara a ambas»⁹. Tareas y metas del Estado quedaban dejadas a la política. Conforme a la comprensión liberal no eran objeto de normación constitucional. A esto responde la comprensión de los derechos fundamentales como derechos de defensa referidos al Estado. Como sólo fundan pretensiones de omisión o no intervención que los ciudadanos entablan o pueden entablar contra el Estado, son «inmediata» o «directamente» válidos. Y esto implicaba un condicionamiento relativamente claro de la administración de justicia. También el legislador establecía una situación jurídica bien clara y abarcable. Pues podía limitarse a garantizar el orden público, a prevenir abusos de la libertad económica, así como a delimitar con precisión, mediante leyes generales y abstractas, las posibilidades de intervención de la Administración estatal y los espacios de actividad que le estaban reservados.

En el modelo liberal, de la estricta vinculación de la justicia y de la Administración a la ley resulta aquel esquema clásico de la división de poderes que tenía por objeto disciplinar en términos de Estado de derecho el arbitrio del poder estatal absolutista. La distribución de las competencias entre los poderes del Estado puede proyectarse sobre los ejes temporales de las decisiones colectivas del siguiente modo: la práctica de las decisiones judiciales puede entenderse como acción orientada al pasado, que queda vinculada a las decisiones del legislador político solidificadas en derecho vigente, mientras que el legislador toma decisiones orientadas al futuro que ligán la acción futura, y la Administración hace frente a problemas que apremian en la actualidad. Este modelo queda todo él bajo la premisa de que la Constitución de un Estado democrático de derecho tiene como objetivo primario prevenir los peligros que pueden presentarse en la dimensión Estado-ciudadano, es decir, en las relaciones entre el aparato estatal monopolizador de la violencia y per-

9. E. Denninger, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», en *Id.*, *Der gebändigte Leviathan*, p. 159.

sonas privadas desarmadas. En cambio, las relaciones horizontales entre las personas privadas, sobre todo las relaciones intersubjetivas que constituyen la práctica que los ciudadanos ejercitan en común, no tienen para el esquema liberal de la división de poderes ningún efecto formador de estructuras. Con ello casa por lo demás una idea positivista del derecho como un sistema de reglas recursivamente cerrado.

Si se parte de este modelo, el orden jurídico «materializado» que representa el Estado social, orden que no sólo se compone (y ni siquiera en primer término) de programas condicionales claramente recortados, sino que contiene objetivos políticos y en la aplicación del derecho ha menester de una fundamentación a partir de principios, puede aparecer como una socavación o conmoción, e incluso como una corrupción de la arquitectónica constitucional. Vista desde la tesis positivista de la separación la «materialización» del derecho trae consigo una «remoralización» en la medida en que la argumentación jurídica ha de abrirse a argumentos concernientes a principios morales y a argumentos concernientes a objetivos políticos que *relajan* la vinculación lineal de la justicia a lo previamente establecido por el legislador político. Las normas concernientes a principios, que ahora embeben todo el orden jurídico, exigen una interpretación constructiva del caso particular, referida al sistema de reglas en conjunto, y muy sensible al contexto. Y bien puede ser que la «situatividad» de una aplicación de normas, orientada al conjunto de la Constitución, refuerce en los ámbitos no formalizados de acción la libertad y responsabilidad de los sujetos que actúan comunicativamente; pero dentro del sistema jurídico significa un aumento de poder de la Justicia y una ampliación del ámbito de las decisiones judiciales, que amenazan con desequilibrar el armazón normativo del Estado clásico de derecho a costa de la autonomía de los ciudadanos¹⁰. Pues con la orientación por normas referentes a principios la administración de justicia tiene que aplicar a problemas del presente y del futuro una mirada que propiamente habría de estar dirigida al pasado, es decir, a la historia institucional del orden jurídico. Por un lado, es lo que también teme Ingeborg Maus, la Justicia se interfiere en competencias legislativas para las que no tiene ninguna legitimación democrática; por otro lado, fomenta y confirma una estructura flexible del derecho que viene a favorecer la autonomía del aparato estatal, de suerte que la legitimación democrática del derecho también se ve socavada por este lado.

En las decisiones del Tribunal Constitucional críticos atentos como Böckenförde, Denninger y Maus han descifrado una dogmáti-

10. I. Maus, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 191-210.

ca implícita de los derechos fundamentales, que tiene en cuenta el hecho de que el sistema de los derechos ya no puede garantizarse suponiendo como base una sociedad emancipada, suelta, centrada en la economía, que se reproduce a sí misma espontáneamente a través de las decisiones autónomas de los individuos privados, sino que ha de tornarse efectivo a través de la acción garantizadora y las operaciones de un Estado que controle en términos reflexivos, que disponga las infraestructuras necesarias, que prevenga riesgos, que regule, que posibilite y que compense. Y sobre todo, en sociedades complejas con subsistemas horizontalmente diferenciados y concatenados el efecto protector que los derechos fundamentales tienen, ya no debe quedar referido solamente al poder administrativo, sino en general al poder social de organizaciones fuertes. Además, ese efecto protector ya no debe definirse solamente en términos negativos, es decir, como defensa frente a intervenciones indebidas, sino que funda también pretensiones a contar con garantías positivas. En sus decisiones el Tribunal Constitucional alemán califica por eso a los derechos fundamentales de principios de un orden jurídico global, cuyo contenido normativo estructura al sistema de reglas en conjunto. Y partiendo de eso, la dogmática alemana de los derechos fundamentales se ocupa sobre todo de la «interacción» (*Wechselwirkung*) entre los derechos fundamentales —sólo ya intangibles en su «contenido esencial» (*Wesensgehalt*)— y las leyes simples; de las «barreras immanentes a los derechos fundamentales» (*immanente Grundrechtsschranken*) que de ello se siguen incluso para los derechos subjetivo-públicos absolutamente válidos; de la «irradiación» (*Austrahlung*) de los derechos fundamentales sobre todos los ámbitos del derecho y del «efecto sobre terceros» (*Drittwirkung*) de los deberes y derechos horizontales de las personas privadas entre sí; de los encargos de acción, y de los deberes de protección y provisión por parte del Estado, que cabe deducir del carácter de derecho objetivo que los derechos fundamentales tienen como principios elementales de orden; y, finalmente, de la «protección dinámica de los derechos fundamentales» (*dynamischer Grundrechtsschutz*), y de la conexión procesual del contenido jurídico-subjetivo con el contenido jurídico-objetivo del derecho fundamental.

En esta ramificada discusión no puedo entrar aquí¹¹. Pero es indiscutible el cambio en la concepción de los derechos fundamen-

11. H. Huber, «Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen» (1955), en Id., *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, Bern, 1971, pp. 157 ss.; P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat»: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), pp. 43-131; Id. (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976; E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation»: *Neue Juristische Wochenschrift* (1974), pp. 1529 ss.; H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, 1975; U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt a. M., 1979.

tales que se refleja en la jurisprudencia constitucional, un cambio desde unos derechos de defensa (*Abwehrrechte*) garantizadores de la libertad y de la legalidad de las intervenciones de la Administración, a unos principios sustentadores del orden jurídico que, aunque de una manera no del todo clara en lo tocante a conceptos básicos, logran conservar su contenido de derechos subjetivos de libertad dentro del contenido jurídico-objetivo de normas-principio constituidoras de estructura que todo lo impregnan. A este cambio responden desde puntos de vista metodológicos otros tantos «conceptos clave del derecho constitucional» (Denninger) como son el principio de proporcionalidad, la reserva de lo posible, la limitación de derechos fundamentales inmediatamente válidos por derechos fundamentales de terceros, la protección de los derechos fundamentales mediante organización y procedimiento, etc. Dichos conceptos sirven en caso de colisión a relacionar entre sí diversas normas, con la vista puesta en la «unidad de la Constitución»: «Con el desarrollo de conceptos clave de tipo relacional, referidos a casos y a problemas, el Tribunal Constitucional ha reconocido y subrayado la estructura «abierta» (dentro de límites a determinar) de la Constitución»¹². Estos conceptos clave, nacidos de la propia práctica de la toma de decisiones, pueden entenderse en parte como principios procedimentales en los que se reflejan las operaciones de esa interpretación constructiva del caso particular a partir de un orden jurídico racionalmente reconstruido, que Dworkin exige. Y así, pese a sus acerbas críticas de detalle, Denninger concluye con una valoración positiva en conjunto: «Con el desarrollo de los «conceptos clave» el Tribunal Constitucional junto a las figuras jurídicas clásicas de la Constitución escrita se ha confeccionado un instrumental altamente sensible, cuya estructura conceptual y grado de complejidad parecen adecuados a la estructura de los problemas planteados, en particular de aquellos que exigen una mediación entre el micronivel (nivel individual de acción) y macronivel (nivel sistémico)... Es precisamente esa su estructura relacional la que capacita a los conceptos clave para formular los problemas de derecho constitucional en un plano que permite evitar empecinarse unilateralmente en el aspecto protección-defensa-Estado o empecinarse unilateralmente en el aspecto planificación-Estado social. En ese nivel puede lograrse asociar en categorías de derecho constitucional de carácter comprensivo al Estado social, con sus «prestaciones» y funciones «redistributivas» articuladas en términos de derecho administrativo, y al Estado de derecho garantizador de las situaciones de propiedad adquiridas»¹³.

12. E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, p. 176.

13. *Ibid.*, pp. 174 s.

(3) A un juicio completamente distinto acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, descrita y diagnosticada en términos similares, llega Böckenförde. Mientras que Denninger, analizando sentencias del Tribunal, constata una *tendencia* que podría ser síntoma de un preocupante tránsito desde la dominación legal de corte liberal a una «dominación a base de una legitimidad sancionada judicialmente», Böckenförde ve en todo ello un *dilema* inevitable. Piensa que el tránsito del Estado legislador parlamentario al Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional es incontenible si no se logra restaurar aún una comprensión liberal del derecho. La *jurisdictio* está pensada aquí en el sentido premoderno del poder basado en el derecho suprapositivo, que asistía al príncipe en su calidad de juez supremo y que precedía a la disyunción que el Estado de derecho comporta entre producción y aplicación del derecho: «Bajo el signo de que en lo que respecta a derecho objetivo, los derechos fundamentales tienen el efecto de principios, se produce, considerando las cosas tipológicamente, una equiparación y aproximación de la producción parlamentaria del derecho y del desarrollo del derecho por parte del Tribunal Constitucional. La primera queda rebajada de producción original del derecho a concretización de él, y la segunda queda levantada de aplicación interpretativa del derecho a concretización creadora de derecho... La diferencia, antes cualitativa, entre producción normativa y administración de justicia, tiende a quedar neutralizada. Pues lo que ambas hacen es crear derecho en forma de concretización de él, y compiten en tal tarea. En esta relación de competencia el legislador tiene la prioridad, pero el Tribunal Constitucional tiene la primacía... La cuestión que todo ello suscita es la de la legitimación democrática del Tribunal Constitucional»¹⁴. Böckenförde está convencido de que los principios del Estado de derecho sólo son compatibles con una comprensión liberal de los derechos fundamentales como libertades subjetivas de acción inmediatamente válidas de las personas privadas frente al Estado, pues de otro modo no podría mantenerse la separación funcional entre administración de justicia y producción legislativa ni, por tanto, la sustancia democrática del Estado de derecho: «Quien en lo que respecta a la formación del derecho quiera mantener la función determinante del Parlamento, y quiera evitar la progresiva reestructuración del edificio constitucional en favor de un Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional, habrá de atenerse también a que los derechos fundamentales —judicialmente accionables— “sólo” son derechos subjetivos de libertad frente al poder del Estado y no

14. E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», en id., *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 189 ss.

simultáneamente normas-principios objetivos (obligatorios) para todos los ámbitos del derecho»¹⁵.

Pero esta alternativa sólo se plantea como un dilema inevitable cuando se atribuye un primado normativo al modelo liberal de la separación entre Estado y sociedad. Mas con ello no estaríamos sino desconociendo la posición que compete a ese modelo en las discusiones de derecho constitucional. Pues el paradigma liberal del derecho no es una *descripción* simplificadora de una situación histórica de partida, que hubiésemos de tomar *at face value*; antes dice cómo podrían realizarse los principios del Estado de derecho bajo las condiciones, hipotéticamente *supuestas*, de una sociedad liberal. Este modelo depende todo él de los presupuestos de la economía política clásica relativos a teoría de la sociedad, que ya se vieron sacudidos por la crítica de Marx, y que no pueden ya aplicarse a las sociedades postindustriales desarrolladas de tipo occidental. Con otras palabras, los principios del Estado de derecho no pueden confundirse con una de sus lecturas históricas, ligadas a determinados contextos. El propio Böckenförde nota esta diferencia cuando compara la interpretación de los derechos fundamentales como derechos de defensa referidos al Estado, con el concepto kantiano de derecho. Lo que según Kant había de asegurar la compatibilidad de la libertad de cada uno con iguales libertades subjetivas de todos, queda *recortado* y reducido en el paradigma liberal del derecho a una garantía de la autonomía privada frente al Estado: «En esos derechos fundamentales interpretados como derechos de defensa, no es la libertad del uno la que es tenida por compatible con la del otro en general conforme a una ley general de la libertad, sino la libertad del ciudadano individual con la del Estado»¹⁶. Si miramos las cosas desde la perspectiva del principio kantiano del derecho, es precisamente el cambio de paradigma que respecto al paradigma liberal representa la concepción del derecho ligada al Estado social el que hace valer de nuevo esos contenidos de derecho objetivo, anejos a los derechos subjetivos de libertad, que venían *ya siempre* contenidos en el sistema de los derechos. Pues con él la «protección de los derechos fundamentales, garantizada judicialmente, pasa a ocuparse crecientemente de la tarea de deslindar entre sí y coordinar esferas de libertad y pretensiones de libertad de las personas privadas, que colisionan entre sí»¹⁷.

A la luz de una comprensión de los derechos articulada en términos de teoría del discurso queda de manifiesto el carácter derivado que tienen los derechos de defensa referidos al Estado: sólo con

15. *Ibid.*, p. 194. A una conclusión neoformalista similar llegan también «críticos de izquierdas» del Tribunal Constitucional; cf. sobre ello D. Grimm, «Reformalisierung des Rechtsstaats?», *Juristische Schulung* 10 (1980), pp. 704-709.

16. E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», p. 189.

17. E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, p. 148.

la constitución de un poder estatal el derecho a iguales libertades subjetivas queda *transferido también* a la relación de los miembros de la comunidad jurídica («sociados» primero horizontalmente) con el Ejecutivo estatal. Los derechos que surgen de la unión políticamente autónoma de miembros de una comunidad jurídica libremente asociados, sólo tienen de entrada el sentido intersubjetivo de establecer relaciones simétricas de reconocimiento recíproco. Al reconocerse los individuos mutuamente estos derechos, cobran la posición de sujetos jurídicos libres a la vez que iguales. Este sentido originalmente intersubjetivo sólo se diferencia en contenidos de derecho subjetivo y de derecho objetivo en relación con el problema de la juridificación del poder político (al que, por lo demás, se presupone tácitamente en la constitución del código que es el derecho). El que de una parte de los derechos fundamentales *quedasen borrados* sus contenidos de derecho objetivo hay que hacerlo derivar de una determinada comprensión paradigmática del derecho en general. Y esa comprensión se explica a su vez por la percepción de una determinada situación histórica, mediada a su vez por una determinada concepción de la sociedad, situación en la que la burguesía liberal hubo de aclararse desde sus propias constelaciones de intereses acerca de cómo podían realizarse los principios del Estado de derecho. Para este problema el paradigma liberal del derecho constituyó en su momento una solución extremadamente exitosa y sumamente influyente históricamente; el mismo problema exige hoy, bajo el cambio de circunstancias históricas, que también Böckenförde registra, una respuesta *distinta*.

Ciertamente, tampoco el paradigma que representa la concepción del derecho ligada al Estado social, paradigma que mientras tanto se ha establecido, puede convencer del todo. Las dificultades de este nuevo paradigma que Böckenförde analiza con minucia y agudeza, no son, empero, motivos suficientes para una restauración del anterior¹⁸. En Estados Unidos se perciben con muchos menos prejuicios los problemas que para la administración de justicia se siguieron de los programas sociales de la era del *New Deal* y de la brusca extensión que experimentaron las pretensiones concernientes a prestaciones sociales durante los años sesenta y setenta determinados por la visión de la *Great Society*. Esta *rights revolution* es entendida como un desafío a interpretar en nuevos términos los principios del Estado de derecho a la luz de nuevas experiencias históricas. Así, por ejemplo, C. R. Sunstein, de las consecuencias socialmente contraproductivas de los programas del Estado social, sólo saca la enseñanza de que ha de llegarse a un nuevo consenso acerca de cómo pueden rea-

18. E. W. Böckenförde, «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», en *Id., Recht, Freiheit, Staat*, pp. 146-158.

lizarse los principios de la Constitución americana bajo las condiciones del Estado «regulador».

Como resultado de un análisis de la jurisprudencia de la *Supreme Court* propone una serie de «normas de fondo» que tendrían por fin cambiar la lectura paradigmática de los principios del Estado de derecho: «Donde hay ambigüedad, los tribunales deberían construir estatutos regulativos, de suerte que (1) se prohíba que decidan asuntos importantes actores a los que no se pueda pedir responsabilidad política; (2) que los problemas de acción colectiva no subviertan los programas jurídicos; (3) que las distintas leyes regulativas queden coordinadas, en la medida de lo posible, en un todo coherente; (4) que a las leyes obsoletas se las pueda hacer consistentes con los cambiantes desarrollos del derecho, de la política, y de los hechos; (5) que se mantengan estrechas las cualificaciones y restricciones procedimentales de los derechos substantivos; (6) que se tenga en cuenta el complejo efecto sistémico de la regulación; y, mucho más general, (7) que se evite la irracionalidad y la injusticia, en tanto que medidas por los propios fines y objetivos de los estatutos...»¹⁹. La propuesta de Sunstein, que ofrece paralelos con la explicación que da Denninger de los «conceptos clave» de derecho constitucional, me interesa en este lugar por dos razones. Por un lado, representa un buen ejemplo de contribución a la discusión sobre paradigmas, que no pierde de vista el sentido original, demócrata-radical, del sistema de los derechos: «Pese a su número y variedad, los principios vienen unidos por ciertos fines generales. Estos incluyen sobre todo el esfuerzo por promover la deliberación en el gobierno, por crear sustitutos de ella cuando se halla ausente, por limitar el faccionalismo y la representación autointeresada, y por promover la igualdad política»²⁰. Por otro lado, la propuesta revela una conciencia de la diferencia entre los principios del Estado de derecho y sus lecturas paradigmáticas. La tentación de retornar a la comprensión liberal de los derechos fundamentales²¹ se explica por una preterición de esa diferencia.

El paradigma liberal del derecho representó hasta el primer tercio del siglo xx un consenso de fondo ampliamente difundido entre los profesionales del derecho, con lo cual proporcionó también a la aplicación del derecho un contexto de máximas de interpretación *que no se cuestionaban*, que se consideraban obvias y fuera de toda duda. Esta circunstancia explica el espejismo (actual) de que en esa época el derecho había podido aplicarse sin necesidad de recurrir a principios necesitados de interpretación y a controvertidos «con-

19. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., 1990, pp. 170 s.

20. *Ibid.*, p. 171.

21. Cf. D. Grimm, «Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?», en *Id., Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 221-240.

ceptos clave». Pero en realidad, todo orden jurídico que se justifica a partir de principios, depende de una interpretación constructiva y, por tanto, de lo que Sunstein llama «normas de fondo». Toda decisión que verse sobre principios va más allá de una interpretación del texto de la ley y ha menester, por tanto, de una justificación externa: «El texto de la ley es el punto de partida pero sólo se torna inteligible merced al contexto y a las normas de fondo que le dan contenido. Habitualmente, el contexto es aproblemático, y las normas resultan tan ampliamente compartidas e incontrovertidas que el texto solo parece ser base suficiente de interpretación. Pero en muchos casos, el texto, en conjunción con tales normas, producirá ambigüedad, superinclusividad, o subinclusividad; en tales casos los tribunales tienen que buscar en otra parte. Las consideraciones contextuales de varios tipos —incluyendo la historia legislativa, el propósito de las leyes, y la razonabilidad práctica de un punto de vista u otro— pueden suministrar considerable ayuda en estas circunstancias. Pero la historia podría ella misma ser ambigua, o ser obra de un grupo no representativo, autointeresado, y el problema de caracterizar el propósito o finalidad en un cuerpo multimembre conducirá, en muchos casos, a los problemas habituales de ambigüedad, huecos, superinclusividad o subinclusividad. En tales casos los tribunales habrán de recurrir a menudo a “normas de fondo” altamente artificiosas y susceptibles de contestarse»²².

Más esta consideración deja abierta la cuestión de si el inevitable recurso a tales «normas de fondo» no abre al Tribunal Constitucional la puerta para una «creación de derecho» de inspiración política, que, conforme a la lógica de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático.

II

(1) Las reservas contra la legitimidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán no solamente se apoyan en una consideración de un cambio de paradigma, sino que se vinculan con supuestos metodológicos. A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, la crítica puede referirse en la República Federal de Alemania a una «teoría de los valores» desarrollada por el propio Tribunal, es decir, a una autocomprensión metodológica de los jueces, que ha tenido problemáticas consecuencias para la decisión de importantes casos de prioridad. Pero la justificada crítica de esa «jurisprudencia de valores» (*Wertejudikatur*) se endereza a menudo demasiado directamente contra las consecuencias que suscitan preocupación desde la

22. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, p. 157.

perspectiva de la salvaguarda del Estado de derecho, mas sin dejar claro que por de pronto esas consecuencias son sólo secuelas de una falsa aurointerpretación. Y con ello se pierde de vista la alternativa que representa esa comprensión correcta que es la interpretación constructiva, conforme a la cual los derechos no pueden asimilarse a valores.

El Tribunal Constitucional alemán entiende la *Grundgesetz* (la Constitución) de la República Federal de Alemania no tanto como un sistema de reglas estructurado por principios, sino, recurriendo para ello a las éticas materiales de los valores (del tipo de la de Max Scheler o Nicolai Hartmann), como un «orden concreto de valores». De acuerdo en ello con la letra y con el tenor de importantes sentencias del Tribunal Constitucional alemán, también Böckenförde entiende los principios como valores: «las normas objetivas concernientes a principios» o «normas-principios del orden jurídico objetivo» descansarían en «decisiones valorativas». Y al igual que I. Maus²³, también él se suma a la propuesta de R. Alexy en el sentido de entender los principios, de tal guisa transformados en valores, como mandatos de optimización, cuya intensidad permanece abierta. Esta interpretación viene a ajustarse a una expresión algo laxa, pero habitual entre los juristas, que hablan de una «ponderación de bienes» (*Güterabwägung*). Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una *realización de valores*, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto: «La concretización es la implementación creadora de algo que sólo viene fijado en lo tocante a orientación o a principio y que en todo lo demás está abierto y ha menester que se lo determine y se lo configure para convertirlo en una norma aplicable. Hace ya tiempo que Hans Huber llamó la atención acerca de que la necesidad de concretización de los derechos fundamentales —entendidos como normas fundamentales—, necesidad que se sigue de su multilateral validez, alcance e indeterminación, no debería confundirse con una necesidad de interpretación... Por mor de la claridad añadamos que esta actividad legislativa referida al caso concreto, al presentarse como interpretación de la Constitución, tiene rango constitucional y tiene, por

23. I. Maus «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), p. 199.

000052

tanto, el rango de ley constitucional o ley orgánica»²⁴. Böckenförde toma, pues, a la letra la autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional alemán y la critica recurriendo a la tesis de Carl Schmitt de la «tiranía de los valores», sin percatarse de que el problema propiamente dicho es la asimilación de los principios jurídicos a valores.

Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico. Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas. Los valores expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin. Las normas se presentan con una pretensión binaria de validez y son, o bien válidas, o bien no válidas; frente a los enunciados normativos, al igual que frente a los enunciados asertóricos, sólo podemos tomar postura con un «sí» o con un «no», o absteniéndonos de juzgar. En cambio, los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consienta grados. La validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal: lo debido pretende ser bueno para todos por igual. La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida: las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen qué es lo que, consideradas las cosas en conjunto, es bueno para nosotros (o para mí). Distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema. Los diversos valores, en cambio, compiten por ser los primeros; en la medida en que consiguen reconocimiento intersubjetivo dentro de una cultura o de una forma de vida, constituyen configuraciones a la vez flexibles y tensas.

Las normas y valores se distinguen, pues, primero, por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción «deontológica», es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo, por la codificación, bien binaria, bien gradual, de su pretensión de validez; tercero, por su tipo de carácter vinculante, absoluto en caso de las normas, y relativo en el caso de los valores; y,

cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas, por un lado, y los sistemas de valores, por otro. Porque las normas y los valores se distinguen en estas propiedades lógicas, de ello se siguen también importantes diferencias para su aplicación.

El que en el caso particular yo deje determinarme en mi acción por normas o por valores, tiene en cada caso por consecuencia una orientación distinta de la acción. La cuestión de qué debo hacer en una situación dada se plantea y se responde de forma distinta en ambos casos. A la luz de normas puede decidirse qué es obligatorio hacer, a la luz de valores puede decidirse cuál es el comportamiento mejor y más recomendable. El problema de aplicación exige, naturalmente, en ambos casos la selección de la acción correcta. Pero «correcta» es, si partimos de un sistema de normas válidas, la acción que es buena *para todos* por igual; en cambio, en relación con una consuetudine valorativa típica de nuestra cultura o de nuestra forma de vida, «correcto» es aquel comportamiento que en conjunto y a largo plazo es bueno *para nosotros*. En el caso de principios jurídicos o bienes jurídicos esta diferencia se pasa a menudo por alto porque siempre el derecho positivado vale solamente para un determinado ámbito y para un círculo de destinatarios correspondientemente definido. Pero sin perjuicio de esta delimitación fáctica del ámbito de validez, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular. Ciertamente, en el derecho penetran también contenidos teleológicos; pero el derecho definido por un sistema de los derechos doméstica, por así decir, los objetivos y orientaciones valorativas del legislador mediante una estricta *primacía* de los puntos de vista normativos. Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles.

Consideradas las cosas desde el punto de vista de un análisis conceptual, la distinción terminológica entre normas y valores *sólo* resulta superflua en aquellas teorías que pretenden para los valores o bienes supremos una validez universal, como sucede en las versiones clásicas de la ética de los bienes. Estos planteamientos ontológicos objetualizan los bienes y valores y los convierten en entidades en sí; pero en nuestra situación de pensamiento postmetafísico a tales planteamientos apenas si se los puede defender ya. En las teorías

24. E. W. Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, pp. 186 s.

contemporáneas de este tipo los valores o bienes presuntamente universales cobran una forma hasta tal punto abstracta, que no es difícil reconocer en ellos principios deontológicos tales como la dignidad humana, la solidaridad, la autorrealización y la autonomía²⁵. La transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundación, las normas y los valores desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a *lógica de la argumentación*. Las teorías postmetafísicas de los valores tienen, por tanto, en cuenta la particularidad de los valores, la flexibilidad de las relaciones jerárquicas que hay que establecer entre los valores, y la validez simplemente local de las configuraciones de valores. Y hacen derivar los valores, o bien de tradiciones y orientaciones valorativas a las que se está culturalmente habituado, o bien, cuando quieren acentuar el carácter subjetivo y consciente de la elección de valores, de decisiones existenciales acerca de metapreferencias y *higher order volitions*²⁶.

En la discusión paralela de los constitucionalistas americanos, se distingue con más claridad que en el debate alemán entre planteamientos que entienden los derechos fundamentales como principios jurídicos y planteamientos que los entienden como orientaciones valorativas. Así por ejemplo, P. Brest, en un artículo en el que da una visión de conjunto, marca claramente la oposición entre las *rights theories* y los planteamientos adscritos a un *moral conventionalism*²⁷. Asimismo, J. H. Ely, en su discusión con una jurisprudencia constitucional en la que se entrelazan moral y derecho, distingue entre la comprensión deontológica de los derechos fundamentales, que recurre a derechos suprapositivos, a la razón o a principios procedimentales neutrales, por un lado, y la concepción de los derechos fundamentales en términos de teoría de los valores, que se remite a la tradición y a un consenso que se ha asumido o en el que se ha crecido, por otro²⁸.

Una variante neoaristotélica de la doctrina del orden valorativo es la que, por ejemplo, defiende en Estados Unidos Michael J. Perry. Entiende el texto constitucional como documento fundacional y expresión de la autocomprensión ética de una comunidad histórica,

25. Ch. Taylor, *Sources of the Self*, Cambridge, Mass., 1989; cf. mi crítica en J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 176-185.

26. H. Frankfurt, «Freedom of the Will and the Concept of the Person», en Id., *The importance of what we know about*, Cambridge, Mass., 1988, pp. 11-25.

27. P. Brest, «The Fundamental Rights Controversy»: *Yale Law Journal* 90 (1981), pp. 1063-1109.

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

limpiando así de sus rasgos empiristas al convencionalismo moral, el cual ve enraizados los valores fundamentales de la Constitución en el consenso valorativo, dominante en cada caso, de la mayoría de la población. La Constitución funda, al igual que un texto sagrado, nuevas ideas, a cuya luz la comunidad puede reconocer sus más profundas aspiraciones y sus verdaderos intereses: «Desde este punto de vista, nuestra vida política incluye un discurso moral continuo de unos con otros, en un esfuerzo por alcanzar respuestas cada vez mejor articuladas y convincentes a la cuestión de cuál son nuestros intereses reales, en contraposición con nuestras preferencias de hecho, y, por tanto, a la cuestión de qué clase de personas, con qué proyectos, objetivos e ideales, debemos ser... La política deliberativa es un instrumento esencial de autoconocimiento»²⁹. El discurso ético-político de autocomprensión o autoentendimiento de los ciudadanos encuentra su acuñación más concentrada en una jurisprudencia constitucional orientada a valores, la cual se apropia hermenéuticamente el sentido originario de la Constitución actualizándolo creativamente frente a los cambiantes desafíos históricos. De forma aún más pronunciada que la hermenéutica jurídica que aquí en nuestro país se presenta ligada a Gadamer, Perry ve al juez constitucional en el papel de un maestro y profeta, que con su interpretación de la palabra divina de los padres fundadores asegura la continuidad de una tradición constitutiva de la vida de la comunidad. Para lo cual, el juez, ni puede atenerse a la letra estricta, ni tampoco depender de las convicciones mayoritarias: «Interpretar» alguna provisión de la Constitución es, en lo esencial, asegurarse de su sentido aspiracional y después hacer valer ese sentido, es decir, responder a la cuestión de qué significa esa aspiración para el conflicto ante el que se está y qué es lo que esa aspiración, cuando se la acepta, exige que el tribunal haga»³⁰.

Tal *jurisprudencia de valores* arroja, en efecto, el problema de legitimidad que Maus y Böckenförde analizan en lo tocante a la práctica de toma de decisiones del Tribunal Constitucional alemán. Pues hace menester ese tipo de concretización de normas, implícitamente productora de derecho, que ponen a la toma de decisiones del Tribunal Constitucional en competencia con el poder legislativo. Y Perry saca con toda desenvoltura la siguiente consecuencia de esa reinterpretación de los derechos fundamentales que los convierte de principios deontológicos en bienes jurídicos teleológicos que constituirían un orden objetivo de valores que ligaría por igual, tanto a la justicia, como al legislador, a la eticidad sustancial de una

29. M. J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988, pp. 152 ss.

30. *Ibid.*, pp. 135 s.

determinada forma de vida: «El *judicial review* es deliberadamente una institución contramayoritaria»³¹.

El Tribunal Constitucional se transforma así en una instancia autoritaria, al haberse de dejarse guiar por la idea de realización de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional. Pues si en caso de colisión *todas* las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico.

En cuanto los derechos individuales se transforman en bienes y valores, en el caso individual han de competir por la primacía en el mismo nivel que otros bienes y los valores. Pues de por sí un valor es tan particular como cualquier otro, mientras que las normas deben su validez a un test de universalización. En palabras de Denninger: «Los valores sólo pueden ser relativizados a su vez por valores; pero el proceso de preferir unos valores a otros o de posponer unos valores a otros escapa a todo rigor conceptual y lógico»³². También por esta razón entiende Dworkin los derechos como «triumfos» que en el discurso jurídico pueden jugarse contra los argumentos relativos a fines. Ciertamente, en el contexto concreto de fundamentación de la decisión de un caso particular, no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo, pero solamente no podrá imponerse cuando la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de principios. Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no una *preferibilidad particular o especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado³³.

En la medida en que un tribunal constitucional adopta la «teoría de los valores» o «teoría del orden valorativo» y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos. La «capacidad de fun-

cionamiento» del ejército o de la administración de justicia, la «paz» específica de un ámbito, la «seguridad del Estado como estructurado poder de paz y orden», el comportamiento favorable a la Federación o «fidelidad a la Federación», estos «principios» y otros semejantes constituyen, ciertamente, puntos de vista bajo los que pueden introducirse argumentos en un discurso jurídico en caso de colisión de normas; pero estos argumentos sólo pueden «contar» en el mismo grado en que «cuenten» los principios jurídicos a cuya luz se justifican a su vez tales objetivos y bienes. Pues en *última instancia* son sólo derechos los que deben convencernos en el juego argumentativo. Es este umbral el que queda neutralizado por la equiparación contraintuitiva de los principios jurídicos con bienes, objetivos y valores: «Las garantías constitucionales de libertad se encuentran en este caso en competencia con “principios” que no sólo por su contenido, sino también por toda su estructura, son principios que les son antitéticos, como son la capacidad de funcionamiento de la organización de la administración penal, la capacidad de funcionamiento del ejército o la capacidad de funcionamiento de las empresas y de la economía global... Esos (al igual que otros) bienes colectivos, el Tribunal Constitucional los transforma en encargos constitucionales directos que el legislador está obligado a ejecutar, con unos costes para los derechos de libertad, que se determinan en cada caso conforme a la situación»³⁴.

En cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis «costes-beneficios». Y esto vale también para las normas «abiertas», que, a diferencia de los programas condicionales, no están referidas a casos estándar fácilmente identificables, sino que están formuladas de suerte que hay que determinarlas en el caso de aplicación y que, por tanto, en un sentido metodológicamente inofensivo, han menester de «concretización». Pues estas normas encuentran en el discurso de aplicación su determinación unívoca. En caso de una colisión con otros preceptos jurídicos no es menester una decisión acerca de en qué grado han de cumplirse en cada caso valores que compiten entre sí. Antes, como hemos mostrado, la tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Entre la norma que venga al caso y las normas que —sin perjuicio de seguir siendo válidas— pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en conjunto. Las normas que vienen al caso y las

31. *Ibid.*, p. 149.

32. E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, p. 147.

33. Como los llamados bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables, tampoco es de mucha utilidad el tipo de ponderación que en términos de un modelo economicista de fundamentación ha propuesto R. Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 532 ss.). Cf. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 268 ss.

34. I. Maus, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 197 s.

normas que, aun habiendo sido candidatas a ello, no son de aplicación en el caso de que se trate, no se comportan entre sí como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso, sino como normas «adecuadas» e «inadecuadas». Y adecuación significa aquí validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es el que «satura» a la norma correspondiente.

Una aplicación del derecho orientada por principios ha de entenderse acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores. Ciertamente, las normas válidas constituyen una estructura flexible de relaciones, en la que tales relaciones pueden desplazarse de caso a caso; pero este desplazamiento está sujeto a la reserva de coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta. La validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido deontológico de un precepto, no el sentido teleológico de lo alcanzable en el horizonte de nuestros deseos en unas circunstancias dadas. Lo que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide *eo ipso* con lo que es bueno para todos por igual.

(2) En lo que respecta al problema de legitimidad de la jurisdicción constitucional, de estas consideraciones metodológicas resultan consecuencias críticas en lo tocante a una falsa autocomprensión y a las consecuencias prácticas de esa autocomprensión, pero no en lo tocante a la posibilidad de una decisión racional de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pues la interpretación de principios jurídicos no se distingue básicamente de la interpretación de normas simples (en la medida en que la aplicación de éstas no venga preprogramada condicionalmente a situaciones perfectamente circunscritas). En el proceso de aplicación no necesitan surgir ni en un caso ni en otro huecos de racionalidad. Los complejos pasos de una interpretación constructiva no pueden, ciertamente, normarse en términos de derecho procedimental; pero están sujetos al control que representa la racionalidad procedimental de un discurso de aplicación jurídicamente institucionalizado. En todo caso la jurisprudencia constitucional que parte del caso particular, se restringe a la aplicación de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso, la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discursos de aplicación de normas sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la Justicia y el poder legislativo.

Una actividad judicial regida por principios no tiene por qué vulnerar *per se* esa estructura decisional jerárquicamente articulada,

que tiene por fin asegurar que a cada procedimiento de decisión las razones legitimantes que en él resulten decisorias le vengan dadas por acuerdos o decisiones de una instancia de nivel superior. Ingeborg Maus ve la lógica de la división de poderes en la próspera y cuidadosa interrupción del circuito de un proceso de legitimación que de otro modo correría el riesgo de cerrarse autorreferencialmente: «En ninguna etapa del proceso de decisión puede el poder político legitimarse recurriendo simplemente al derecho que él mismo ha puesto. El legislador se legitima siguiendo los mandatos procedimentales de la Constitución a la vez que por la efectiva voluntad popular que le antecede, pero no por las leyes simples que él mismo pone. Sólo las instancias aplicadoras del derecho se legitiman por el derecho simple, que ellas empero, precisamente por eso, no necesitan establecer. Esta estructura garantiza a la vez un desconocimiento escalonado de los destinatarios concretos de la decisión en la serie de instancias en que se articula el Estado de derecho...»³⁵. La circunstancia de que el Tribunal Constitucional, al igual que el legislador político, queden ligados a «las disposiciones procedimentales de la Constitución» no significa una equiparación de poder judicial y poder legislativo, entendida en términos de competitividad. Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas. El Tribunal desata y vuelve a atar la gavilla de razones con la que el legislador legitima sus resoluciones, con el fin movilizarlas en favor de una decisión coherente del caso particular, que concuerde con los principios jurídicos vigentes; pero no puede disponer de esas razones de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita.

Tan pronto como una norma no permite tal aplicación coherente, es decir, conforme a la Constitución, se plantea, sin embargo, la cuestión del control abstracto de normas, que por principio ha de efectuarse desde la perspectiva del legislador. Mientras ese control de normas se ejerza en el marco del derecho de revisión judicial y sólo conduzca al rechazo de normas, pero no a encargos al legislador, razones pragmáticas y de política jurídica pueden hablar en favor de la distribución institucional de competencias que se da en la República Federal de Alemania y en Estados Unidos. Pero entonces se plantea la cuestión ulterior de si basta el nombramiento o confirmación parlamentarios de los magistrados del Tribunal Constitucional para satisfacer a la exigencia de una legitimación demo-

35. *Ibid.*, p. 208.

crática del ejercicio judicial de una función que, conforme a la arquitectónica de la Constitución y a la lógica de la división de poderes, ha de entenderse como un delegar en el Tribunal Constitucional las funciones de autocontrol propias del Legislativo.

Sea cual fuere la forma como se juzguen las cuestiones relativas a la *correcta institucionalización* de la división de poderes, un retorno a la concepción liberal del Estado, según la cual «los derechos fundamentales sólo representan derechos subjetivos de libertad frente al poder estatal y no a la vez normas-principio de tipo objetivo, obligatorios para todos los ámbitos del derecho»³⁶, no es ni necesaria, ni tampoco posible. A la discusión americana acerca de la Constitución le es extraña esta contraposición entre derecho subjetivo y derecho objetivo. Si bajo las condiciones del compromiso que representa el Estado social y que mientras tanto se ha convertido en hábito, no sólo queremos atenernos al Estado de derecho, sino al Estado democrático de derecho y, por tanto, a la idea de autoorganización de la comunidad jurídica, la Constitución ya no puede entenderse como un «orden-marco» que primariamente regule la relación del Estado con los ciudadanos. El poder económico y el poder social han menester de la disciplina del Estado de derecho no menos que el poder administrativo. Por otro lado, la Constitución, en nuestras condiciones de pluralismo social y cultural, tampoco puede entenderse como un orden jurídico global de tipo concreto que impusiese *a priori* a la sociedad una determinada forma de vida. Antes la Constitución fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida (lo cual quiere decir: cada vez más justas). Sólo las *condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes* aseguran la legitimidad del derecho establecido. Partiendo de esta comprensión democrática de fondo, también cabe dar a las competencias del Tribunal Constitucional un sentido que responda a la intención a que en el Estado de derecho responde la división de poderes: el Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos. El esquema clásico de la separación e interdependencia de los poderes del Estado ya no responde a esta intención porque la función de los derechos fundamentales ya no puede apoyarse en los supuestos de teoría de la sociedad que el paradigma liberal del derecho comporta, es decir, ya no puede agotarse en proteger de las intrusiones del aparato estatal a ciudadanos que de por sí gozasen de autonomía privada. Pues la autonomía privada viene también amenazada por posiciones de po-

36. E. W. Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, p. 194.

der económico y social y por su parte depende del modo y manera como, y del grado en que, los sujetos pueden efectivamente ejercitar sus derechos de comunicación y participación de ciudadanos democráticos. De ahí que el Tribunal Constitucional haya de someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas. Tal *comprensión procedimentalista de la Constitución* da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia. En este aspecto la discusión americana es mucho más instructiva que la alemana.

La concepción más pertinente a este respecto, la desarrollada por J. H. Ely, tiene sin embargo la finalidad de descargar a la actividad judicial de la orientación por principios de procedencia moral o ética, todo ello en una lectura más bien escéptica de la actividad de los tribunales. Ely parte de que la Constitución americana regula ante todo problemas de organización y de procedimiento y de que no está cortada a la medida de la elección e implementación de valores fundamentales. Conforme a su concepción, no son regulaciones materiales, sino regulaciones formales (como la *equal protection* o el *due process*) las que consituyen la sustancia de la Constitución: «Nuestra Constitución sustancialmente se preocupó siempre de preservar la libertad... Las respuestas de principio a ello han consistido en un conjunto bien extenso de protecciones procedimentales, y un esquema aún más elaborado enderezado a asegurar que al tomarse decisiones sustantivas el proceso de decisión quede abierto a todos sobre una base de igualdad, y que quienes en última instancia hayan de tomar la decisión queden atendidos al deber de tener en cuenta los intereses de todos aquellos a quienes la decisión pueda afectar»³⁷. Si la *Supreme Court* ha de vigilar la observancia de la Constitución, habrá de prestar atención *ante todo* a las normas de procedimiento y organización, de las que depende la eficacia legitimatoria del proceso democrático. El Tribunal ha de cuidar de que los «canales» por los que discurre ese proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad, mediante el que se organiza a sí misma la comunidad jurídica democrática, permanezcan indemnes: «Sobre lo que primariamente habría de versar la *judicial review* habría de ser sobre el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático»³⁸.

Desde esta perspectiva los derechos de comunicación y los derechos sociales, que son ingrediente constitutivo de la formación democrática de la voluntad, cobran una posición privilegiada. Las le-

37. J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980, p. 100.

38. *Ibid.*, p. 117.

yes que, por ejemplo, atraen sobre sí la sospecha de discriminar a minorías étnicas o religiosas, a grupos sociales marginales, a impedidos, a homosexuales, a ancianos, a jóvenes, etc., no sólo vulneran el contenido del principio de igual trato. Las clasificaciones implícitamente desiguales de grupos a los que habría que tratar igual, Ely las entiende, desde el aspecto procedimental, como resultado de un proceso político perturbado en sus *condiciones procedimentales democráticas*. De ahí que el control abstracto de normas haya de referirse ante todo a las condiciones de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación de un espacio de la opinión pública transido por el poder que ejercen los medios de comunicación de masas, siguiendo por las efectivas oportunidades de que puedan hacerse oír las voces desviantes y de que se pueda hacer un uso concreto y efectivo de los derechos de participación, en principio formalmente iguales, y concluyendo con la representación equilibrada de todos los grupos, constelaciones de intereses y orientaciones valorativas relevantes en cada caso, en el plano de los organismos parlamentarios y en el espectro de los temas, razones y problemas, de los valores e intereses, que pueden entrar en las deliberaciones parlamentarias y ser tenidos en cuenta en la fundamentación de las normas que se discuten y aprueban. Ely da a la desconfianza liberal contra las mayorías tiránicas un sorprendente giro procedimental. Se interesa por las restricciones fácticas del pluralismo formalmente admitido y utiliza la idea clásica de la representación virtual para reclamar una participación con las mismas oportunidades para las minorías técnicamente representadas, pero efectivamente excluidas o a las que sistemáticamente se ponen trabas. El *examen de la génesis de las normas* habría de tener por objeto el comprobar si se ha respetado la división de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, pero no sólo en lo que respecta a la implementación de los programas legales por parte de la Administración, sino también en lo que respecta a la impermissible pasividad de un legislador que no hace uso de sus competencias y delega en la Administración: «Los tribunales habrían de asegurar no sólo que los administradores sigan las directrices legislativas sobre la política a realizar, que ya existen, sino también que esas directrices existan»³⁹.

Ely trata de fundamentar con esta interpretación y con esta comprensión procedimentalista de la Constitución el *judicial self-restraint*. Conforme a su concepción, el Tribunal Constitucional sólo puede conservar su imparcialidad si resiste a la tentación de cubrir su ámbito de interpretación con juicios valorativos de tipo moral. El escepticismo de Ely se endereza por igual contra una «jurisprudencia de valores» y contra una interpretación orientada por principios

39. *Ibid.*, p. 133.

en el sentido de la interpretación constructiva de Dworkin. Pero esto no es consecuente, por cuanto que Ely ha de presuponer para su teoría la validez de principios y ha de recomendar al Tribunal una orientación por principios procedimentales que tienen un evidente contenido normativo. El concepto de procedimiento democrático se apoya él mismo en un principio de justicia en el sentido de igual respeto a todos: «El argumento es que la justicia básica de las instituciones encargadas de tomar decisiones ha de evaluarse en términos de si todos los afectados son tratados en consonancia con lo que los filósofos llaman universalizabilidad o reciprocidad morales»⁴⁰. Pero de ello no se sigue en modo alguno que los principios que fundan la fuerza legitimadora que poseen la organización y el procedimiento de la formación democrática de la voluntad, no sean lo suficientemente informativos a causa de su naturaleza procedimental y necesiten ser complementados por una teoría sustancial de los derechos⁴¹. Ni tampoco quedan eliminadas con ello *otras* razones, es decir, razones *de otro tipo*, en favor de una actitud escéptica en lo tocante a la actividad judicial en este aspecto.

El escepticismo de Ely se dirige con razón contra la *comprensión paternalista* de la jurisdicción constitucional, que se nutre de una desconfianza, muy extendida entre los juristas, contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estados de ánimo. Conforme a esta concepción la jurisdicción creadora de derecho, que ejerce el Tribunal Constitucional, se justificaría tanto por la distancia de éste respecto de la política, como por la superior profesionalidad de sus discursos profesionales: «Los métodos de razonamiento de otras ramas del gobierno, ni vienen estructurados por los requisitos de una articulada consistencia en la elaboración de los principios subyacentes, ni tampoco vienen asegurados por la independencia institucional en su (de esos métodos) ejercicio imparcial»⁴². De hecho los discursos jurídicos pueden reclamar a su favor una presunción de racionalidad comparativamente alta porque los discursos de aplicación están especializados en cuestiones de aplicación de normas y, por tanto, en el abarcable marco de la distribución clásica de roles, quedan institucionalizados entre las partes y un tercero imparcial. Pero por esa misma razón no pueden

40. D. A. J. Richards, «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law»: *Ohio State Law Journal* 42 (1981), p. 336; cf. también P. Brest, «The Fundamental Rights Controversy»: *Yale Law Journal* 90 (1981), pp. 1092 ss.

41. L. H. Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories»: *Yale Law Journal* 89 (1980), pp. 1063-1080.

42. D. A. J. Richards, «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law», p. 336; cf. también P. Brest, «The Fundamental Rights Controversy», pp. 1105 ss.

sustituir a los discursos políticos, los cuales están cortados a la medida de la fundamentación de normas y objetivos, y exigen la inclusión de todos los afectados. Tanto más ha menester de clarificación la racionalidad inmanente al proceso político. El concepto aquí básico de una justicia procedimental en la formación de la opinión y la voluntad políticas exige una teoría de la democracia que en Ely queda más bien en el trasfondo y, en la medida en que resulta reconocible, ofrece rasgos más bien convencionales.

III

En Estados Unidos los constitucionalistas desarrollan su disputa en torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional, más bien desde puntos de vista politológicos que desde puntos de vista de metodología jurídica. En el discurso sobre la división del trabajo entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático las opiniones se dividen sobre todo en la valoración del proceso legislativo y en la cuestión de qué grado de racionalidad exige la Constitución a ese proceso, más aún: de en qué puede y debe consistir esa racionalidad en general. Dentro de la teoría del derecho esta cuestión se trata, ciertamente, sobre el trasfondo de supuestos empíricos, pero siempre bajo el aspecto normativo de cómo en la tradición constitucional americana se ha entendido la problemática relación entre ambos poderes.

En lo que respecta a la tarea del control abstracto de las normas, Frank I. Michelman, igual que Ely, parte de la premisa de que el Tribunal Constitucional sólo puede apelar a una autoridad derivada, a una autoridad proveniente del derecho de autodeterminación del pueblo, cuando interviene en el proceso de producción legislativa y anula leyes aprobadas por la Cámara. En tales casos no puede recurrir sino a razones que en el marco de una concepción procedimental de la Constitución justifiquen una apelación a la soberanía popular como origen de todas las facultades de crear derecho: «Si la posibilidad constitucional republicana depende de la génesis del derecho en la continua disputa normativa de la gente, de ello se sigue que los jueces constitucionales sirven a esa posibilidad prestando su asistencia al mantenimiento de ese *engagement* popular iuris-generativo. La jurisprudencia constitucional republicana será así del tipo que Lawrence Tribe llama (y critica como) *process-based* (basado en el proceso), recordando la juristificación que hace Ely del *judicial review* como “un reforzamiento de la representación”⁴³. Sin embargo, el uso enfático del adjetivo «republicano» delata un deslinde frente a la

comprensión que Ely tiene de la democracia. Michelman se apoya en esa tradición de la «política» aristotélica, que a través de la filosofía romana y del pensamiento político del Renacimiento italiano⁴⁴, no sólo recibió en Rousseau una versión moderna articulada en términos de derecho natural, sino que a través del rival de Hobbes, James Harrington, penetró también en la discusión constitucional americana como una alternativa al liberalismo de Locke y determinó la comprensión que de la democracia tuvieron los padres fundadores⁴⁵. J. G. A. Pocock estiliza esta veta de pensamiento republicano convirtiéndola en un humanismo político, que no se sirve, como el derecho natural moderno, de un vocabulario jurídico, sino del lenguaje de la ética y la política clásicas⁴⁶.

Mientras que los conceptos del derecho romano sirven en la modernidad a definir *libertades negativas* de los ciudadanos y a asegurar la propiedad y el tráfico económico de las personas privadas contra las intervenciones de una dominación política ejercida administrativamente, de la que esas personas estaban excluidas, el lenguaje de la ética y de la retórica mantiene la imagen de una práctica política en la que se realizan las *libertades positivas* de ciudadanos que participan en el proceso político dotados de unos mismos derechos⁴⁷. El concepto republicano de la «política» no se refiere a los derechos estatalmente garantizados de las personas privadas a la vida, a la libertad y a la propiedad, sino ante todo a la práctica de la autodeterminación de ciudadanos orientados al bien común, que se entienden a sí mismos como miembros iguales y libres de una comunidad de cooperación que se administra a sí misma. El derecho y la ley son secundarios frente al contexto de vida *ético* de una *polis* en la que puede desarrollarse y estabilizarse la virtud de la participación activa en los asuntos públicos. Sólo en esta práctica ciudadana puede el hombre realizar el *telos* de su especie⁴⁸. Pues bien, Michelman trata de descifrar en los debates de los padres de la Constitución americana, en el texto constitucional mismo⁴⁹ y en la jurisprudencia constitucional actual⁵⁰, rastros de este republicanismo, para

44. J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, 1975.

45. P. W. Kahn, «Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism»: *Yale Law Journal* 98 (1989), pp. 449-517.

46. J. G. A. Pocock, «Virtues, Rights, and Manners»: *Political Theory* 9 (1981), pp. 353-368.

47. Sobre los conceptos de libertad «positiva» y «negativa», cf. Ch. Taylor, «What's wrong with negative liberty?», en Id., *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge, 1985.

48. J. Ritter, *Metaphysik und Politik*, Frankfurt a. M., 1969.

49. F. I. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term, Foreword»: *Harvard Law Review* 100 (1986), pp. 4-77.

50. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights»: *Florida Law Review* 41 (1989), pp. 443-490.

43. F. I. Michelman, «Law's Republic»: *The Yale Law Journal* t. 97 (1988), p. 1525.

desarrollar desde ahí un concepto normativo del proceso político y de sus *condiciones procedimentales*. Michelman estiliza la contraposición entre el paradigma «republicano» y el llamado paradigma «liberal», caracterizando así dos tradiciones de interpretación de la Constitución, y también dos tendencias que compiten entre sí en la realidad constitucional.

La diferencia decisiva estriba en la comprensión del papel del proceso democrático. Conforme a la concepción «liberal» —me serviré de esta terminología algo simplista, pero ya habitual en la discusión americana—, el proceso democrático cumple la tarea de programar el Estado en interés de la sociedad, entendiéndose por Estado el aparato de la administración pública, y por sociedad el sistema del tráfico de las personas privadas y de su trabajo social, estructurado en términos de economía de mercado. La política (en el sentido de la formación de la voluntad política de los ciudadanos) tiene aquí la función de agavillar y hacer valer los intereses sociales privados frente a un aparato estatal que está especializado en el empleo administrativo de poder político para fines colectivos. Pero conforme a la concepción republicana, la política no se agota en tal función mediadora; antes es ingrediente esencial del proceso de «sociación» considerado en conjunto. La «política» se entiende como forma de reflexión de un contexto de vida ético, como el medio en el que los miembros de comunidades solidarias más o menos cuasinatursales se percatan de su mutua dependencia y, como ciudadanos, desarrollan y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento recíproco, con las que se encuentran, convirtiéndolas en la asociación de miembros iguales y libres en que consiste la comunidad jurídica. Pero con ello la arquitectónica liberal de Estado y sociedad experimenta un importante cambio: junto a la instancia jerárquica de regulación que representa el poder jurisdiccional del Estado y junto a la instancia descentralizada de regulación que representa el mercado, es decir, junto al poder administrativo y al interés individual aparecen la *solidaridad* y la orientación por el bien común como una *tercera fuente* de integración social. Esta formación horizontal de la voluntad política, orientada al entendimiento o al consenso comunicativamente alcanzado, habría de gozar incluso de primacía, tanto si se consideran las cosas desde un punto de vista genético, como desde un punto de vista normativo. Para la práctica de la autodeterminación ciudadana se supone la *base* que representa una *sociedad civil*, autónoma, independiente de la Administración pública y del tráfico de las personas privadas regulado por el mercado, que protege a la comunicación política de ser absorbida o devorada por el aparato estatal o de ser asimilada a la estructura del mercado. En la concepción republicana, el espacio público-político y, como infraestructura suya, la sociedad civil, cobran un

significado estratégico; pues han de asegurar a la práctica del entendimiento intersubjetivo entre los ciudadanos su capacidad de integración y su autonomía⁵¹. A la desconexión de la comunicación política respecto de la sociedad económica corresponde, conforme a nuestra terminología, una conexión retroalimentativa del poder administrativo con el poder comunicativo resultante de la formación de la opinión y la voluntad políticas. De estos planteamientos contrapuestos, que compiten entre sí, se siguen para la valoración del proceso político las siguientes consecuencias:

(a) En primer lugar se distinguen los *conceptos de ciudadano*, con que ambas concepciones operan. Según la concepción liberal, el *status* de los sujetos viene primariamente determinado por los derechos negativos que tienen frente al Estado y frente a los demás sujetos. Como portadores de estos derechos, gozan de la protección del Estado mientras persigan sus intereses privados dentro de los límites establecidos por las leyes, y también de la protección contra intervenciones estatales que vayan más allá de la reserva legal de intervención. Los derechos políticos no solamente tienen la misma estructura, sino que también tienen el mismo sentido que los derechos subjetivos privados, los cuales garantizan un espacio de opciones dentro del cual las personas jurídicas quedan libres de coerciones externas. Dan a los ciudadanos la posibilidad de hacer valer sus intereses privados de suerte que, mediante los votos, mediante la composición de los organismos parlamentarios y mediante la formación de gobierno, esos intereses se agreguen al cabo con otros intereses formando o constituyendo una voluntad política capaz de operar sobre la Administración. De este modo, en su papel de ciudadanos, los sujetos pueden controlar si el poder del Estado se ejerce en interés de los ciudadanos como personas privadas⁵². Según la concepción republicana, el *status* de los ciudadanos no se determina conforme al patrón de unas libertades negativas de las que éstos

51. Cf. H. Arendt, *Sobre la revolución*, Madrid, 1988; Id., «Sobre la violencia», en Id., *Crisis de la República*, Madrid, 1973.

52. F. I. Michelman, «Political Truth and the Rule of Law»: *Tel Aviv University Studies in Law* 8 (1988), p. 283: «La sociedad política que tienen a la vista los republicanos más duros es una sociedad de portadores de derechos privados, una asociación cuyo primer principio es la protección de las vidas, libertades y haciendas de sus miembros individuales. En esa sociedad el Estado se justifica por la protección que presta a esos intereses prepolticos; la finalidad de la Constitución es asegurar que el aparato estatal, el gobierno, suministre esa protección a los miembros de la sociedad en conjunto en vez de servir a los intereses especiales de los gobernantes y de sus patronos; la función de la ciudadanía es mantener operante la Constitución y, por tanto, la de motivar al gobierno a actuar de acuerdo con esa finalidad protectora; y el valor que tiene para un ciudadano su derecho de sufragio —su derecho a votar y a hablar, de suerte que sus puntos de vista sean oídos y tenidos en cuenta— es la posibilidad que le da de influenciar el sistema de suerte que éste preste adecuada atención y protección a sus derechos particulares, pre-políticos y a otros intereses».

pueden hacer uso *en tanto que* personas privadas. Antes los derechos ciudadanos, sobre todo los derechos de participación política y de comunicación, son libertades positivas. Garantizan, no la libertad respecto de coerciones externas, sino la posibilidad de participación en una praxis común, cuyo ejercicio es lo que permite a los ciudadanos convertirse en aquellos que quieren ser, en autores políticamente autónomos de una comunidad de libres e iguales. Así pues, el proceso político no solamente sirve al control de la actividad estatal por parte de unos sujetos que en el ejercicio de sus derechos privados y sus libertades prepolíticas hubiesen adquirido ya una autonomía social previa. Tampoco cumple la función de bisagra entre Estado y sociedad, pues el poder administrativo no es un poder autóctono, no es nada dado. Antes ese poder procede del poder comunicativamente generado en la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos y se legitima por proteger esa praxis mediante la institucionalización de la libertad pública⁵³. La justificación de la existencia del Estado no radica primariamente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la garantía que ofrece de un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad, en el que sujetos iguales y libres se entienden acerca de qué objetivos y normas son en interés común de todos. Con ello al ciudadano republicano se le exige más que la orientación por su propio interés.

(b) En la polémica contra el concepto clásico de persona jurídica como portadora de derechos subjetivos privados se delata una controversia acerca del *concepto mismo de derecho*. Mientras que, conforme a la concepción liberal, el sentido de un orden jurídico consiste en que permite en el caso particular decidir qué derechos asisten a qué individuos, conforme a la concepción republicana esos derechos subjetivos se deben a un orden jurídico objetivo que posibilita, a la vez que garantiza, una convivencia asentada en iguales derechos, autónoma, y basada en el mutuo respeto. En el primer caso, el orden jurídico es construido a partir de los derechos subjetivos, en el segundo se otorga el primado al contenido que esos derechos subjetivos tienen de derecho objetivo. Por los huecos de esa conceptualización dicotomizadora cae y se pierde el contenido intersubjetivo de un sistema de derechos que los ciudadanos se otorgan mutua-

53. *Ibid.*, p. 284: «En una visión constitucional de tipo cívico, la sociedad política no es primariamente una sociedad de portadores de derechos, sino una sociedad de ciudadanos, una "sociación" cuyo primer principio es el establecimiento de un ámbito público en el que los miembros de la sociedad, reunidos, argumenten y razonen acerca del modo correcto de organizar su existencia social, modo que habrán de establecer ellos conjuntamente y que habrán de entender como su bien común... De ahí que el Estado se justifique por su finalidad de establecer y ordenar esa esfera pública dentro de la cual las personas puedan alcanzar libertad en el sentido de un autogobierno practicado mediante el ejercicio de la razón en el diálogo público».

mente, y que cabe entender muy bien en términos de teoría del discurso. En esta última concepción la observancia recíproca de derechos y deberes se funda en relaciones simétricas de reconocimiento. Sin embargo, el republicanismo se acerca por lo menos a esta concepción del derecho, la cual concede a la integridad del individuo y de sus libertades subjetivas el mismo peso que a la integridad de la comunidad, comunidad que es donde los sujetos pueden reconocerse recíprocamente como individuos a la vez que como miembros. El republicanismo liga la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis y protege así la conexión interna que se da entre la práctica de autodeterminación del pueblo y la dominación impersonal de las leyes: «Pues en último análisis los derechos republicanos no son otra cosa que determinaciones de la voluntad política prevaleciente, mientras que para los liberales algunos derechos se fundan siempre en un "derecho superior" basado en una razón transpolítica o en la revelación... Desde un punto de vista republicano, el objetivo de una comunidad, el bien común, consiste sustancialmente en el éxito de sus esfuerzos políticos por definir, establecer, por poner por obra y sostener el conjunto de los derechos (o, menos tendenciosamente, de leyes) que mejor se ajuste a las condiciones y *mores* de esa comunidad, mientras que desde el punto de vista liberal los derechos basados en aquel derecho superior son los que proporcionan las estructuras transcendentales y los correspondientes frenos al poder, que son menester para que la persecución pluralista de intereses diversos y en conflicto pueda desarrollarse de la forma más satisfactoria posible»⁵⁴.

El derecho a voto, entendido como libertad positiva, se convierte en paradigma de los derechos en general, no sólo porque es ingrediente constitutivo de la autodeterminación política, sino porque en su estructura puede verse cómo la inclusión en una comunidad de individuos dotados de unos mismos derechos se articula con el derecho que asiste al individuo a hablar autónomamente y a defender sus propias tomas de postura: «La idea es que todos estamos interesados en la emancipación de todos y cada uno y en que se conceda derecho a voto a todos y a cada uno, porque (i) nuestra alternativa es o ir juntos o ir por separado; (ii) ir juntos depende de la recíproca garantía que se da a todos y a cada uno de que todos tendrán en cuenta los intereses vitales de cada uno; y (iii) en las condiciones profundamente pluralizadas de la sociedad americana contemporánea tal garantía sólo es obtenible manteniendo por lo menos el aspecto de una política en la que a cada cual se le concede voz»⁵⁵. A

54. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation»: *Tennessee Law Review* 56 (1989), pp. 446 s.

55. *Ibid.*, p. 484.

través del proceso de producción de normas, que viene constituido y articulado por los derechos políticos, esta estructura se transmite a todos los derechos. También la facultad de derecho privado de perseguir fines privados elegidos libremente, obliga simultáneamente a respetar los límites que en igual interés de todos se hayan acordado para la acción estratégica.

(c) Las distintas conceptualizaciones del papel de ciudadano y del derecho son expresión de un desacuerdo bien profundo acerca de la naturaleza del proceso político. Conforme a la concepción liberal, la política es esencialmente una lucha por posiciones que posibilitan el poder disponer de poder administrativo. El proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas en el espacio público y en el Parlamento viene determinado por una competencia entre agentes colectivos que actúan estratégicamente con vistas a mantener o a adquirir posiciones de poder. El éxito se mide por el asentimiento de los ciudadanos a personas y a programas, medido por el número de votos. Con los votos los electores expresan sus preferencias. Sus decisiones de voto tienen la misma estructura que los actos electivos de los participantes en un mercado, participación en la que cada cual se orienta por su propio éxito. Esas decisiones de voto autorizan a acceder a posiciones de poder, por las que los partidos políticos pugnan con esa misma actitud de orientación al éxito. El *input* que representan los votos y el *output* que representa el poder responden al mismo patrón de acción estratégica: «En contraste con la deliberación, la interacción estratégica tiene por fin la coordinación más que la cooperación. En último análisis, exige de los sujetos que no presten consideración a otro interés que al suyo propio. El medio de la acción estratégica es la negociación, no la argumentación. Sus instrumentos de persuasión no son derechos y razones, sino ofertas condicionales en el sentido de prestar determinados servicios y abstenerse de determinadas cosas. Ya venga formalmente encarnado en un voto o en un contrato, o informalmente ejecutado en conductas sociales, un resultado estratégico no representa un juicio colectivo de razón, sino un vector suma en un campo de fuerzas»⁵⁶.

Conforme a la concepción republicana la formación de la opinión y la voluntad política en el espacio de la opinión pública y en el Parlamento, no obedece a las estructuras de los procesos de mercado, sino a las estructuras de una comunicación pública orientada al entendimiento, las cuales tienen su propia lógica. Para la política tomada en el sentido de la práctica de la autodeterminación ciudadana, el paradigma no es el mercado sino el diálogo o conversación: «Una concepción dialógica enfoca —o quizá sería mejor decir: idealiza—

56. *Ibid.*, p. 293.

la política como una actividad normativa. Imagina la política como una disputa acerca de cuestiones de valor y no simplemente acerca de cuestiones de preferencia. Enfoca la política como un proceso de razón, y no sólo de voluntad, de persuasión y no sólo de poder, enjerezado hacia un acuerdo concerniente a la forma buena y justa, o al modo, por lo menos aceptable, de ordenar aquellos aspectos de la vida que implican relaciones sociales y conciernen a la naturaleza social de los individuos»⁵⁷. Desde este punto de vista entre el poder comunicativo que en forma de opiniones mayoritarias formadas discursivamente surge de la comunicación política, y el poder administrativo, del que dispone el aparato estatal, se da una diferencia estructural. También los partidos que luchan por el acceso a posiciones estatales de poder han de implicarse en el estilo deliberativo y en la lógica específica de los discursos políticos: «La deliberación se refiere a una cierta actitud hacia la cooperación social, a saber, a la actitud que consiste en la apertura a dejarse persuadir por razones relativas a los derechos de los otros al igual que a los derechos de uno mismo. El medio de la deliberación es un intercambio de puntos de vista, efectuado de buena fe, que incluye las versiones de los propios participantes acerca de cómo entienden sus respectivos intereses vitales... en el que un voto, si es que se vota, representa un agavillamiento y mancomunamiento de juicios»⁵⁸. De ahí que la disputa de opiniones que se efectúa en la escena política tenga fuerza legitimadora no sólo en el sentido de una autorización a acceder a posiciones de poder; antes el discurso político desarrollado sin solución de continuidad tiene también fuerza vinculante para el tipo de ejercicio de la dominación política. El poder administrativo sólo puede ser empleado sobre la base de aquellas políticas y dentro de los límites de aquellas leyes, que surgen del proceso democrático.

(d) De la comprensión republicana de la política se sigue finalmente una precisión de las *condiciones procedimentales* que prestan a la formación de la voluntad y la opinión institucionalizadas su fuerza legitimadora. Se trata de exactamente las condiciones bajo las que el proceso político tiene a su favor la presunción de generar resultados racionales. Una competencia en torno al poder, a la que quepa representar conforme al modelo de la competencia en el mercado, viene determinada por la elección racional de estrategias de optimización. Y en medio de un indisoluble pluralismo de valores e intereses prepolíticos, que a lo sumo podrán quedar *agregados* equilibradamente en el proceso político, la política pierde su relación con el uso

57. F. I. Michelman, «Bringing the Law to Life»: *Cornell Law Review* 74 (1989), p. 257.

58. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy», p. 293.

ético y moral de la razón. A este escepticismo liberal en lo tocante al papel de la razón, se opone la confianza republicana en la fuerza de los discursos políticos. Éstos serían capaces de convertir en temas las interpretaciones de las necesidades y las orientaciones valorativas y, por tanto, también la comprensión prepolítica que de sí y del mundo tienen los participantes, y cambiarlos desde dentro mediante argumentación. Bajo condiciones de discurso que obligan a cada uno a asumir también la perspectiva de otros participantes e incluso de todos los otros participantes, es posible un cambio racionalmente motivado de las posturas iniciales. Como participantes en tal proceso de formación discursiva de la opinión y de la voluntad, los ciudadanos no están haciendo otra cosa que poner en práctica su derecho a la autodeterminación política: «Dada la pluralidad, un proceso político sólo puede validar normas societales a título de leyes que los participantes se dan a sí mismos si (i) la participación en el proceso produce ciertos desplazamientos o ajustes en las comprensiones y autocomprensiones relevantes de algunos (o de todos) los participantes y (ii) si se da un conjunto de condiciones sociales y procedimentales prescriptivas tal que el someterse uno a tales condiciones, es decir, la modulación dialógica a que ello da lugar de la comprensión que uno tiene de sí, no es considerada ni experimentada como coerción, intrusión en, o cualquier otro tipo de violación de la propia identidad o libertad de uno, y si (iii) esas condiciones han prevalecido de hecho en el proceso que se supone ser *iurisgenerativo*»⁵⁹.

(2) Si con un sentido «republicanamente» aguzado a la hora de percibir los componentes deliberativos del proceso de producción de normas, retornamos a la cuestión de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, podemos articular en términos más específicos la propuesta procedimentalista de Ely. La comprensión republicana de la política pone en primer plano la conexión interna del sistema de los derechos con la autonomía política de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una *política deliberativa*, que son las que fundan legitimidad. Esta política deliberativa está ligada a su vez a los exigentes presupuestos comunicativos que han de caracterizar a espacios de discusión política que no tienen por qué coincidir con el espectro de la formación de la voluntad política, institucionalizada en los órganos parlamentarios, sino que abarcan también tanto el espacio de la opinión pública política, como el contexto cultural de éste y su base social. Una práctica de la autodeterminación de corte deliberativo sólo puede desarrollarse

59. F. I. Michelman, «Law's Republic», pp. 1526 s.

es un juego de interacciones entre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, programada para la toma de decisiones e institucionalizada en términos de derecho procedimental, por un lado, y la formación política de la opinión en circuitos informales de comunicación política, por otro. Los impulsos, los temas y contribuciones, los problemas y propuestas relevantes provienen más bien de los márgenes que del centro establecido del espectro de la opinión. «Así, la idea es que la persecución de la libertad política mediante el derecho depende de "nuestro" (del Tribunal Supremo) constante avance en la inclusión del otro, en la inclusión del excluido hasta ahora, lo cual significa en la práctica hacer presentes en la doctrina legal las voces, ausentes hasta ahora, de grupos sociales que empiezan a cobrar conciencia de sí»⁶⁰.

El modo deliberativo de producción legislativa y la vinculación de la Administración a las leyes vigentes, vienen amenazados tanto por la autonomización de la burocracia como por el influjo privilegiado del poder social privado. Pero en EE UU, desde la famosa discusión entre federalistas y antifederalistas, el problema propiamente dicho se considera ser el influjo que ejercen *grupos de intereses* que logran imponer sus objetivos privados sobre el aparato estatal a costa de los intereses generales. En este frente clásico contra la tiranía de poderes sociales que transgreden el principio de separación entre Estado y sociedad, el republicanismo renovado entiende también el papel del Tribunal Constitucional como el de un defensor de la democracia deliberativa: «El régimen constitucional americano está construido sobre la hostilidad contra las medidas que imponen car-

60. *Ibid.*, p. 1529; y prosigue (p. 1531): «La plena lección del movimiento de los derechos civiles escapará a todo aquel que se centre demasiado en las asambleas más visibles del país, en las formalmente legislativas, es decir, en el "Congreso", en los parlamentos de los "Estados", y en los "consejos" de las ciudades principales, considerándolas como las esferas exclusivas e incluso primarias de producción política del derecho y de ejercicio de la libertad política. No quiero decir que esas esferas sean prescindibles o que carezcan de importancia. Lo que quiero decir es algo que es obvio, a saber, que buena parte del diálogo que con consecuencias normativas se produce en el país, ocurre fuera de esos principales canales formales de política electoral y política legislativa y que es posible que en las sociedades modernas esos canales formales no puedan ofrecer a buena parte de los ciudadanos demasiada experiencia directa de lo que son un compromiso y una implicación autorrevisiónistas, dialógicos. Buena parte, quizá la mayor parte, de esa experiencia tiene que ocurrir en las múltiples esferas de lo que conocemos como vida pública en sentido lato, algunas de las cuales son nominalmente políticas y otras no. En los encuentros, choques y conflictos, en las interacciones y debates que se producen en y en torno a las asambleas locales y en los organismos de los gobiernos locales; en las asociaciones cívicas y voluntarias; en los clubes sociales y recreativos; en las escuelas públicas y privadas; en los órganos de gobierno y en las cúpulas directivas de las organizaciones de todo tipo; en los puestos de trabajo y en los locales de las tiendas; en los eventos públicos y en la vida de la calle... La comprensión del mundo social que resulta de, y a la que se da forma en, los encuentros e intercambios diarios de la sociedad civil en conjunto se transmite, por supuesto, a nuestras esferas representativas... y, por tanto, deben figurar entre las fuentes y canales del autogobierno republicano y de la política generadora de derecho».

gas o garantizan beneficios simplemente a causa del poder político de grupos privados; es menester algún valor público para la acción gubernamental. Esta norma... sugiere, por ejemplo, que leyes que encarnen meros arreglos, convenios, pactos o transacciones entre grupos de intereses, deberían estar construidas en términos muy estrictos y siempre a la baja. Sugiere también que los tribunales deberían desarrollar estrategias interpretativas para promover la deliberación en el gobierno, por ejemplo devolviendo asuntos concernientes a intereses o a grupos constitucionalmente sensibles, para ser reconsiderados por el Legislativo o por los organismos reguladores de que se trate cuando la deliberación parezca haber estado ausente»⁶¹.

C. R. Sunstein discute algunas de las consecuencias que para la política deliberativa se siguen de este papel de vigilante. Sunstein parte de procesos de control constitucional de normas, en los que el Tribunal Supremo ha rechazado leyes a causa de «clasificaciones discriminatorias» fundamentando su decisión en que el legislador no ha entrado en un «análisis racional» de la materia necesitada de regulación. Sunstein generaliza este caso y lo convierte en un «requerimiento de análisis razonado» que apunta a una articulación discursiva del proceso de producción de normas: «Lo que aquí aparece es una jurisprudencia que examina el proceso de producción legislativa para determinar si los representantes han tratado de actuar deliberativamente»⁶². El criterio de enjuiciamiento es el carácter discursivo de la formación de la opinión y de la voluntad, en especial la cuestión de si en la decisión legislativa han resultado determinantes razones defendibles públicamente o intereses privados que no pueden declararse en el marco de las discusiones parlamentarias: «Uno de los rasgos distintivos de este planteamiento es que el resultado del proceso legislativo se convierte en secundario. Lo importante es si es la deliberación —no distorsionada por el poder privado— lo que ha dado lugar al resultado»⁶³. Esto tiene la ventaja de que el Tribunal, a cuya disposición, ciertamente, no están las razones políticas justificatorias, no tiene por qué referirse a razones hipotéticamente adscritas, sino que puede apoyarse en las razones aducidas de hecho. A la objeción de que bastan razones objetivas para la justificación de una ley aun en los casos en que las decisiones del legislador hayan venido efectivamente determinadas por una presión ilegítima, Sunstein responde con una consideración convincente. Para los ciudadanos mismos representa una diferencia normativamente relevante la cuestión de si los objetivos legítimos, por mor de los

61. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., 1990, p. 164.

62. C. R. Sunstein, «Interest Groups in American Public Law», *Stanford Law Review* 38 (1985), p. 59.

63. *Ibid.*, p. 58.

cuales han de asumir en determinadas situaciones algunas desventajas, son sólo consecuencia lateral de programas motivados por razones espurias, o de si esos objetivos, como *resultado* de un proceso deliberativo fundador de legitimidad, son los que de hecho han determinado la producción de la ley en cuestión.

Una consecuencia menos unívoca es la que resulta de la concepción republicana de la política en lo concerniente a la cuestión de cuán ofensivamente haya de intervenir el Tribunal Constitucional en las competencias legislativas. Según las observaciones de Sunstein la *Supreme Court* hace valer más estrictamente el «requisito de análisis razonado» frente a las disposiciones problemáticas de la Administración que frente a las decisiones del Legislativo. Esta reserva y moderación están justificadas cuando el control de racionalidad no se refiere al modo de los procesos de fundamentación, sino a razones sustanciales a las que se desenmascara como pretextos retóricos. El Tribunal no puede atribuirse frente al legislador el papel de un crítico ideológico; pues está expuesto a la misma sospecha de ideología y no puede pretender estar ocupando un lugar neutral fuera del proceso político. Pero no deja de ser interesante que el republicanismo, como quizá hubiese cabido esperar de su inspiración demócrata-radical, no se convierta en abogado del *judicial self-restraint*. Antes aboga por un activismo del Tribunal Constitucional porque la jurisdicción constitucional tendría por fin compensar el gradiente que se produce entre el ideal republicano y la realidad constitucional. Mientras la política deliberativa venga renovada desde el espíritu de la política aristotélica, tal concepto seguirá dependiendo de las virtudes de ciudadanos orientados al bien común. Y tal exigencia de virtud hace que el proceso democrático, tal como de hecho se desarrolla en las democracias de masas articuladas en términos de Estado social, aparezca envuelto en la desteñida luz de una política «caída», de una política distorsionada en términos instrumentalistas.

En un contexto distinto, pero análogo, Bruce Ackerman reacciona a esta extrema tensión entre facticidad y validez colocando al Tribunal Supremo en el papel de mediador entre ideal y realidad. Hace la interesante propuesta de entender los altibajos y vaivenes de las innovaciones políticas conforme al modelo kuhniano de la evolución de la ciencia. Al igual que el negocio «normal» de la ciencia sólo en raras ocasiones se ve interrumpido por esas «revoluciones» mediante las que se imponen nuevos paradigmas, algo similar es lo que ocurre en el curso normal del proceso político burocráticamente autonomizado, el cual responde a la descripción liberal de una lucha por el poder, conducida en términos estratégicos y guiada por intereses. Sólo cuando la historia «se calienta», sólo en «momentos de excitación en política constitucional», sale «el pueblo» de la norma-

alidad de su privatismo ciudadano-burgués, se apropia de la actividad política que le estaba burocráticamente extrañada y sienta durante esos momentos transitorios de activismo —como sucedió en la era del *New Deal*— una base legitimatoria imprevista para innovaciones que apuntan al futuro⁶⁴. Esta lectura vitalista de la autodeterminación democrática introduce una contraposición entre la voluntad popular, adormilada durante esos largos períodos de latencia, y la actividad legislativa institucionalizada de los representantes elegidos por el pueblo. Y durante esos intervalos son los jueces del Tribunal Constitucional como guardianes o protectores de una práctica de autodeterminación actualmente detenida, anquilosada en las rutinas del negocio parlamentario, los que han de ejercitar *vicariamente* los derechos de autodeterminación del pueblo: «El Tribunal aparece en fin, no como representante de la voluntad declarada del pueblo, sino como representación y *trace* de ese autogobierno del pueblo que ahora no existe»⁶⁵. Como encargado republicano de guardar el sitio a esas libertades positivas, que los ciudadanos mismos, como portadores *nominales* de esas libertades, no pueden ejercer, el Tribunal Constitucional parece caer exactamente en ese papel paternalista que Ely pretendía combatir con su comprensión procedimentalista de la Constitución. Pero también Michelman, que detesta todo paternalismo del Tribunal Constitucional, salva la sima entre idea y realidad de forma similar: «El Tribunal contribuye a proteger al Estado republicano, es decir, a los ciudadanos políticamente implicados y comprometidos, de caer en una política de autonegación. El Tribunal constituye un desafío a la tendencia de los sujetos a encerrarse en sí mismos asumiéndose a sí mismos como lo que moralmente ahora son y nada más, y, por tanto, a negarse a sí mismos la pluralidad de la que depende su capacidad de autorrenovación transformadora»⁶⁶.

Es la *descripción excepcionalista* de la práctica política tal como ésta propiamente debería ser, la que sugiere la necesidad de un lugarteniente pedagógico; pues éste sólo será menester para ejercer la regencia mientras el soberano prefiera retirarse a la vida privada en lugar de ocupar y desempeñar adecuadamente el puesto que es su herencia, a saber, el del espacio público-político. La tradición republicana sugiere tal excepcionalismo porque liga la práctica política de los ciudadanos al *ethos* de una comunidad de por sí integrada. La política correcta sólo puede ser ejercitada por ciudadanos virtuosos. Esta *exigencia* de virtud condujo ya en Rousseau a una escisión entre

64. B. Ackerman, «The Storrs Lectures; Discovering the Constitution»: *Yale Law Review* 93 (1984), pp. 1013-1072; cf. también: *Id.*, *We the People*, Cambridge, Mass., 1991.

65. F. I. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term, Foreword»: *Harvard Law Review* 100 (1986), p. 65.

66. F. I. Michelman, «Law's Republic», p. 1532.

el ciudadano orientado al bien común y la persona privada, sujeta a unas exigencias éticas que la desbordan; la unanimidad, concordia y conformidad del legislador político vendría asegurada de antemano por un consenso ético de los ánimos: «Para Rousseau la base de la legitimidad no radica en el individuo libre capaz de hacerse una opinión sopesando razones, sino más bien en el individuo cuya voluntad ya está enteramente determinada, en el individuo que tiene hecha su elección»⁶⁷.

En cambio, una interpretación articulada en términos de teoría del discurso insiste en que la formación democrática de la voluntad no extrae su fuerza legitimadora de la convergencia previa de convicciones éticas en las que se ha crecido, sino de presuposiciones comunicativas y procedimientos que en el proceso de deliberación permiten imponerse a los mejores argumentos. La teoría del discurso rompe con esa concepción ética de la autonomía ciudadana; de ahí que el modo que representa la política deliberativa, no necesite reservarlo para un estado de excepción. Y un Tribunal Constitucional que se deje guiar por una comprensión procedimentalista de la Constitución no necesita ir más allá del crédito o «cuenta corriente» de legitimación de que dispone, y puede moverse dentro de las competencias de aplicación del derecho —claramente determinadas en términos de lógica de la argumentación— si el proceso democrático, al que ese tribunal tiene el encargo de proteger, no es descrito como un estado de excepción.

Los rasgos excepcionales de ese proceso democrático que cobra tan marcado peralte normativo, se explican porque Michelman, al igual que otros «comunitaristas», entienden la ciudadanía o *citizenship*, no en términos *jurídicos*, sino en términos *éticos*. Conforme a esta concepción clásica⁶⁸, los ciudadanos buscan juntos en el espacio público-político aquello que en cada caso pueda ser lo mejor para ellos como colectivo. La aspiración a lo colectivamente bueno, la traduce Michelman (siguiendo un giro romántico) en una apropiación hermenéutica de «tradiciones constitutivas». Sólo la pertenencia adscriptiva a una forma de vida intersubjetivamente compartida y el tornarse conscientes de un contexto de tradición previo explicarían por qué los ciudadanos pueden alcanzar en general un consenso acerca de la solución de los problemas a que se enfrentan, y acerca de los criterios con los que decidir qué ha de considerarse en cada caso «la mejor» solución: «Argumentos persuasivos y discusiones persuasivas parecen inconcebibles sin una referencia consciente por

67. B. Manin, «On Legitimacy and Political Deliberation»: *Political Theory* 15 (1987), p. 347; cf. mi crítica de Rousseau en J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, cap. 12; cf. también Introducción.

68. J. Habermas, «Ciudadanía e identidad nacional», más abajo en este mismo libro, pp. 619 ss.

parte de los implicados en ellos a su mutuo y recíproco apercibirse de ser copartícipes, no justamente de este debate particular, sino de una vida común mucho más comprehensiva, que exhibe también las huellas de un pasado común, dentro de la cual y a partir de la cual surgen y cobran su sentido los argumentos, pretensiones y demandas»⁶⁹. Pero esta eticidad sustancial de un consenso de fondo, que se supone aporético, se compeadece mal con las condiciones de pluralismo cultural y social que caracteriza a las sociedades modernas.

(3) La discusión acerca del activismo o del *self-restraint* del Tribunal Constitucional no puede efectuarse en abstracto. Si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y autonomía privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no sólo no resultará perjudicial en los casos en que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida. Sin embargo, tenemos que liberar el concepto de política deliberativa de connotaciones que exijan demasiado de él o le impongan excesiva carga, pues tales connotaciones someterían al Tribunal Constitucional a la coerción de estar permanentemente definiendo y decidiendo. El Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste. Bajo el ojo crítico de un espacio público-jurídico politizado —el de una ciudadanía ya adulta y convertida «en comunidad de intérpretes de la Constitución»—, el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor⁷⁰. La idealización que de este papel algunos constitucionalistas efectúan un tanto apresuradamente, parece deberse a la necesidad de buscar y encontrar un fiduciario para un proceso político excesivamente peraltado en términos idealistas. Esta idealización se sigue a su vez de un *estrechamiento ético de los discursos políticos* que en modo alguno es algo que el concepto de política deliberativa tenga necesariamente que comportar. Ese estrechamiento ni es sostenible desde el punto de vista de la lógica de la argumentación, ni tampoco es necesario para la defensa de un planteamiento intersubjetivista.

Tal como los comunitaristas ven las cosas, entre el concepto discursivo de democracia y la referencia a una comunidad concreta,

69. F. I. Michelman, «Law's Republic», p. 1513.

70. En la República Federal de Alemania la concepción republicana que los comunitaristas tienen del derecho guarda un cierto paralelo en la concepción que de los derechos fundamentales tiene P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Frankfurt a. M., 1978; cf. también A. Blankenagel, *Tradition und Verfassung*, Baden-Baden, 1987.

éticamente integrada, se da una conexión necesaria. Pues de otro modo no se explicaría cómo es en general posible una orientación de los ciudadanos al bien común⁷¹. El individuo, así reza el argumento, sólo en una praxis ejercida en común con los demás, puede tornarse consciente de su pertenencia a una forma de vida colectiva y, por tanto, de un vínculo social previo que no queda a su disposición: «La participación efectiva en la acción, en la deliberación y en el conflicto políticos, puede tornarnos conscientes de nuestras conexiones algo más remotas e indirectas con los demás, del alcance y del significado a gran escala de lo que queremos y de lo que estamos haciendo»⁷². Sólo en el intercambio público con los demás, que deben su identidad a las mismas tradiciones y a procesos similares de formación, puede el individuo, según esta concepción, cobrar claridad sobre los elementos comunes y sobre las diferencias, es decir, cobrar claridad acerca de quién es él y quién quiere ser. En este autoentendimiento colectivo impónese también un motivo para la superación del egocentrismo y del autointerés, a saber, la experiencia de que la exclusión y represión de algunos tiene por consecuencia el extrañamiento de todos, la experiencia de una «causalidad del destino» que hace sentir a cada cual como dolor el aislamiento respecto de un contexto común de comunicación, del que no cabe escapar. De ahí que desde un punto de vista comunitarista sólo se consideren genuinamente políticos aquellos discursos que se efectúan con el propósito de un autoentendimiento colectivo.

71. Los comunitaristas tienen por necesaria esta referencia a la comunidad para explicar el sentido de los deberes políticos. Como la observancia de una obligación que vaya más allá de los intereses actuales no puede explicarse conforme al modelo de un intercambio convenido de bienes (de un intercambio de libertad natural por protección y seguridad), sustituyen el modelo del contrato por un acto original de promesas recíprocas. La elección democrática ha de poder entenderse como el equivalente actual de las promesas hechas en el momento fundacional; con ese acto los nacidos después renuevan y confirman aquella autoimposición de vínculos por parte de la generación de fundadores, de la que resultó la comunidad: «Los ciudadanos deben crear colectivamente su obligación política y autoridad política por medio de votaciones participativas en una comunidad democrática». Pero como una promesa establece una relación personal entre determinados individuos, esta explicación exige la referencia a una red de tales relaciones, tal como esa red se establece en una comunidad concreta (C. Pateman, *The Problem of Political Obligation*, Oxford, 1979, p. 174). Mas aun prescindiendo que de este modo no pueden fundamentarse obligaciones para con otras comunidades políticas, el modelo está presuponiendo tácitamente aquello que trata de explicar, a saber, el sentido obligatorio de las normas válidas. Para verlo basta recurrir al acto de habla que representa una promesa. El decisivo contenido normativo de su sentido ilocucionario una promesa lo extrae de la autonomía del hablante, el cual tiene que saber ya qué significa *ligar* su voluntad. Pero este tipo de autonomía presupone que el sujeto puede orientar su acción por expectativas normativas, es decir, puede actuar por deber. Lo mismo si se trata de una promesa unilateral que de una promesa recíproca, tal acto genera deberes de un determinado contenido, pero no el sentido de la validez de las obligaciones como tal.

72. H. Pitkin, «Justice. On Relating Private and Public»: *Political Theory* 9 (1981), p. 344.

Estas razones y otras similares vienen a agavillarse en la interpretación que se hace del discurso político en términos del elemento «ético» de la Constitución. Al igual que ya Perry, también Michelman entiende la política genuina como una reflexión sobre, y recuerdo de, el acto excepcional de la fundación de la Constitución, y como repetición afirmante de ese acto fundacional. Esta anamnesis recuperadora hace menester la referencia a los fundamentos éticos de la propia comunidad convertida en histórica: «El primer requisito es... que se logre dar sentido a la centralidad y constancia que en la práctica constitucional americana tiene el recuerdo de sus orígenes, rememorados en actos públicos de creación deliberada; pues el recuerdo refleja profundamente, a la vez que informa profundamente, la comprensión americana de lo que significa autogobernarse y estar a la vez sometida a la ley»⁷³. Con ello, Michelman eleva esa forma de política simbólica, que se expresó, por ejemplo, en la celebración del bicentenario de la declaración de independencia, a modelo de la política en general y asume el gradiente que se da entre esos actos ceremoniales de vital importancia para la integración política de una nación de ciudadanos y la prosa de la cotidianidad política. La tensión entre facticidad y validez, que habría de estabilizarse como tal dentro del medio que representa el derecho mismo, estalla de nuevo entre el ideal de una república ética y la indigna realidad constitucional. Sólo la forma de una argumentación ético-política constituye entonces el angosto puente entre la política original y la política «caída». Cuando la formación de la voluntad política se presenta como discurso ético, el discurso político habrá de efectuarse *siempre* con la finalidad de averiguar qué es lo mejor en cada caso para los ciudadanos como miembros de una comunidad concreta en el horizonte de su forma de vida y de su contexto de tradición. R. Beiner expresa perfectamente bien esta asimilación de los juicios políticos a autoentendimiento ético: «Todos los juicios políticos —implícitamente por lo menos— son juicios acerca de la forma de vida colectiva que es preferible persigamos dentro de un contexto dado de posibilidades. La comunalidad de los sujetos judicantes es interna a, o ingrediente constitutivo de, el juicio, y no algo contingente y externo a él... Esto se sigue del objeto de la deliberación, la cual se endereza a la forma misma de nuestra relación mutua o del estar mutuamente referidos unos a otros... No puedo expresar esto mejor que diciendo que de lo que se trata aquí no es de «¿qué debería yo hacer?» o de «¿cómo debería conducirme a mí mismo?», sino de «¿cómo hemos de *ser o estar* juntos y cuál ha de ser el marco institucional de ese *estar-juntos*?»⁷⁴.

73. F. I. Michelman, «Law's Republic», p. 1508.

74. R. Beiner, *Political Judgment*, Chicago, 1993, p. 138.

Esta asimilación de la formación de la opinión y de la voluntad política al autoentendimiento ético-político se compadece empero mal con la función del proceso de producción legislativa, en el que desemboca. Pues en las leyes entran, ciertamente, también elementos teleológicos, pero éstos no se agotan en fines y objetivos colectivos. Conforme a su estructura las leyes, vienen determinadas por la pregunta de conforme a qué normas quieren los ciudadanos regular su convivencia. Ciertamente, los discursos de autoentendimiento, en los que los participantes tratan de aclararse acerca de cómo quieren entenderse a sí mismos como miembros de una determinada nación, como miembros de una ciudad o de un Estado, como habitantes de una región, etc., qué tradiciones quieren proseguir, qué trato queremos de unos con otros, qué trato queremos con las minorías, con los grupos marginales, en una palabra: en qué tipo de sociedad queremos vivir, tales discursos de autoentendimiento, digo, constituyen también un importante ingrediente de la política. Pero estas cuestiones, como hemos visto, están subordinadas a cuestiones morales y guardan relación con cuestiones pragmáticas. La *primacía* la tiene la cuestión de cómo puede regularse una materia en interés de todos por igual. La producción de normas se halla primariamente sujeta al punto de vista de la justicia y por este lado tiene su criterio primario de corrección en los principios que dicen qué es bueno para todos por igual. A diferencia de las cuestiones éticas las cuestiones de justicia no están referidas de por sí a un determinado colectivo y a su forma de vida. El derecho políticamente establecido de una comunidad jurídica concreta, para ser legítimo, tiene que estar al menos en consonancia con principios morales, los cuales pretenden también validez general allende la comunidad jurídica concreta.

Pero el espacio más ancho es el que ocupan los compromisos. Bajo condiciones de un pluralismo cultural y social, tras los objetivos e intereses políticamente relevantes se esconden a menudo intereses y orientaciones valorativas que de ningún modo pueden considerarse ingrediente constitutivo de la identidad de la comunidad en conjunto, es decir, del conjunto de una forma de vida intersubjetivamente compartida. Estos intereses y orientaciones valorativas, que entran entre sí en conflicto sin perspectivas de consenso, han menester que se los equilibre y componga, cosa que no puede conseguirse mediante discursos éticos, aunque los resultados estén sujetos a la reserva de que no vulneren valores básicos de una cultura en los que se está de acuerdo. Este equilibrio y arreglo entre intereses se efectúa, como hemos mostrado, como una formación de compromisos entre partes que se apoyan en potenciales de poder y potenciales de amenaza y sanción. Las negociaciones de este tipo presuponen, ciertamente, disponibilidad a la cooperación, es decir, la voluntad de, respetando las reglas de juego, llegar a resultados que,

aunque por razones diversas, sean aceptables para todas las partes. Pero tal formación de compromisos no se efectúa ciertamente en las formas de un discurso racional que neutralice el poder y excluya la acción estratégica.

De lo que el modo deliberativo de la práctica de la legislación ha de cuidar, no es sólo de la validez ética de las leyes. Antes la compleja pretensión de validez de las normas jurídicas puede entenderse como la pretensión de, por un lado, haber tenido en cuenta de forma compatible con el bien común los intereses parciales que estratégicamente se afirman y, por otro, dar cobro a los principios universalistas de justicia en el horizonte de una forma de vida determinada, caracterizada por constelaciones valorativas particulares. Esos principios de una moral que, en cierto modo, carece de lugar por abarcar a todas las formas de vida concretas, al cobrar carácter obligatorio para una determinada comunidad jurídica, reciben también asiento en aquellos ámbitos abstractos de acción que ya no pueden quedar suficientemente integrados sólo a través de los contextos informales de acción orientada al entendimiento. Frente al estrechamiento ético de los discursos políticos, el concepto de política deliberativa sólo recibe referencia empírica cuando se toman en cuenta la pluralidad y diversidad de formas de comunicación, de argumentos y de institucionalización de procedimientos jurídicos.

Hemos visto cómo en la jurisprudencia y administración de justicia, bajo el aspecto de aplicación, se abre otra vez la gavilla de esas muy distintas clases de argumentos que penetraron en el proceso de producción legislativa y que suministraron una base racional a las pretensiones de legitimidad del derecho vigente. En los discursos jurídicos, aparte de razones inmanentes al derecho, se hacen oír también razones morales y éticas, razones empíricas y pragmáticas. Si se considera la génesis democrática del derecho desde el otro cabo, es decir, desde la aplicación del derecho, aparecen otra vez los distintos aspectos bajo los que el síndrome de la política deliberativa puede descomponerse, aclararse y diferenciarse. En la política legislativa el suministro de informaciones y la elección racional (con arreglo a fines) de medios quedan entrelazados con el arreglo entre intereses y la formación de compromisos, con el autoentendimiento ético y con la formación de preferencias valorativas, con la fundamentación moral y con el examen de coherencia jurídica. Y de este modo se imbrican de forma racional esos dos tipos de política que Michelman había contrapuesto en términos polarizadores. De ahí que, a diferencia de Michelman, Sunstein reconstruya, desde los inicios de la tradición constitucional americana, no dos vetas distintas que documenten una oposición entre una comprensión republicana y otra liberal de la política, sino una concepción integrada que él llama «republicanismo madisoniano».

Esta concepción es suficientemente fuerte como para fundamentar que el modo deliberativo del proceso de producción legislativa es condición necesaria de la producción legítima de derecho, pero lo suficientemente débil como para no perder la conexión con teorías empíricas: «Hay numerosas teorías acerca de la toma de decisiones del Legislativo. Una teoría sugiere que una considerable proporción de conducta legislativa podría explicarse si se supone que una parte de lo que los miembros del Congreso buscan, y además cada uno por su cuenta, es asegurar el objetivo de su reelección. Otro planteamiento indica que tres consideraciones primarias, a saber, la de alcanzar influencia dentro de la asamblea legislativa, la de promover el interés nacional y la de obtener la reelección, tienen más poder explicativo que cualquier otro planteamiento que opere con un único factor. En la literatura económica ha habido esfuerzos por explicar la conducta legislativa haciendo referencia solamente a intereses de los electores. Tales interpretaciones han sido atacadas por excesivamente reduccionistas. Lo que emerge de todo ello es un continuo. En un cabo están los casos en los que las presiones de los grupos de interés resultan ampliamente determinantes y las actuaciones legislativas pueden considerarse «compromisos» entre los intereses en pugna. En el otro cabo están los casos en los que los legisladores se embarcan en una deliberación en la que los grupos de intereses, convencionalmente definidos, tienen poca importancia o no tienen ninguna. En los distintos puntos a lo largo de ese continuo, se da un amplio rango de decisiones legislativas en las que los resultados dependen de una amalgama de presiones económicas, de deliberación, y de otros factores. Ningún *test* simple sería capaz de distinguir los casos que caen en los diferentes puntos del continuo»⁷⁵. Sunstein dibuja una imagen realista, pero superficial, de la política legislativa. Aun cuando no haya ningún «*test simple*», desde puntos de vista de la teoría del discurso cabe descomponer ese continuo empírico por lo menos hasta un punto en el que nos resulte posible analizar, conforme a los diversos tipos de cuestiones, los flujos de comunicación observables, y reconstruirlos conforme a las correspondientes formas de comunicación. En la superficie no pueden distinguirse sin más las diferencias de gramática profunda que ofrecen los usos pragmático, ético y moral de la razón; pero esto no significa que las formas de política que Michelman opone en términos típicos ideales se compenetren entre sí de forma indiscernible. Una reconstrucción del fragmento de comunicación de que se trate, efectuada con los medios que suministra la teoría del discurso, permite ade-

75. C. R. Sunstein, «Interest Groups in American Public Law», *Stanford Law Review* 38 (1985), pp. 48 s.

más constatar desviaciones que derivan de efectos de poder social y poder administrativo, no defendibles públicamente.

La debida diferenciación entre política y ética, que el republicanismo no efectúa con la claridad suficiente, no pone en modo alguno en peligro la comprensión intersubjetivista del derecho y la política. Ciertamente, la política deliberativa sólo permanece internamente concatenada con el contexto dado de tradición de una determinada comunidad histórica, mientras se desarrolle como un discurso ético en gran formato. Sólo como autoentendimiento ético saca la política a luz ese lazo de eticidad sustancial que mantiene en cohesión a los ciudadanos durante la disputa discursiva. Pero en cuanto los discursos políticos se extienden a negociaciones, por un lado, y a la universalización moral de intereses, por otro, el procedimiento democrático no puede extraer ya su fuerza legitimante del acuerdo *previo* de una comunidad ética presupuesta, sino sólo de sí mismo. Las consecuencias que se siguen de ello ponen en cuestión la lectura comunitarista de la tradición republicana, pero sin afectar a su núcleo intersubjetivista. Michelman teme que el sentido normativo de una política legislativa que junto con su referencia a la comunidad pierda la posibilidad de recurrir a tradiciones comunes, no puede salvarse ya si no es recurriendo a una autoridad trascendente de la razón⁷⁶. Y, sin embargo, una consecuente comprensión procedimentalista de la Constitución, en lo que busca arrimo es precisamente en el carácter intrínsecamente racional de esas condiciones procedimentales que fundan para el proceso democrático en conjunto la presunción de posibilitar resultados racionales. Pues la razón se encarna entonces tan sólo en las condiciones pragmático-formales de posibilitación de la política deliberativa y no necesita, por tanto, quedar enfrente de ésta, como una autoridad radicada allende la comunicación política.

En un modelo de discurso planteado en términos suficientemente abstractos, se mantiene la inserción de los individuos en la intersubjetividad de una *estructura* previa de entendimiento posible. A la vez, la referencia a una comunidad virtual de comunicación, que apunta por encima de la forma que pueda tener la tradición de cada comunidad particular, y que es inclusiva en términos ideales, desliga a las tomas de postura de afirmación o negación de los participantes del poder que, en su calidad de sistemas de prejuicios, ejercen los juegos de lenguaje y formas de vida en los que hemos sido socializados en términos meramente convencionales, es decir, de espaldas a la crítica. Pero con ello, en esta comprensión de la política delibera-

tiva, articulada en términos de teoría del discurso, penetra, ciertamente, un momento *transcendedor*, que de nuevo provoca dudas y reservas empíricas: «La primera crítica», es la objeción que Sunstein se hace a sí mismo, «sugeriría que es utópico creer que se puede forzar a los representantes a entrar en tal modelo madisoniano»⁷⁷. Desde el ángulo de mira de la teoría del derecho, siempre normativamente orientado, Sunstein puede, ciertamente, invalidar esa objeción. Pero sólo desde un punto de vista distinto, a saber, desde el punto de vista que representa una teoría de la democracia, pueden desarrollar toda su fuerza contra el concepto de política deliberativa introducido en términos de teoría del discurso esas objeciones, dudas y reservas de motivación empírica.

76. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation»: *Tennessee Law Review* 56 (1989), pp. 291 s.

77. C. R. Sunstein, «Interest Groups in American Public Law», p. 76.

Durante mucho tiempo, "Las Meninas", de Velázquez, ha sido considerada la primera gran obra artística que satisface las exigencias del realismo. En esa perspectiva, han llamado la atención, y mucho, la expresión verista de los rostros, la fidelidad de los trajes, la naturalidad de la escena y, por sobre todo, la presencia sorprendente, revolucionaria para la época, del artista *en* el cuadro.

Parte de la fama del cuadro descansó, por supuesto, en el hecho de que el sentido exacto de la composición nunca fue muy evidente.¹ Las dudas son innumerables: ¿A quién está pintando Velázquez? ¿Quién es la niña ubicada al centro? ¿Quién es el personaje que aparece en el dintel de la puerta del taller? ¿Es acaso el rey Felipe IV? ¿Está entrando? ¿Está saliendo? ¿Qué hay detrás de la niña? ¿Es acaso un cuadro? o ¿se trata, más bien, de un espejo que nos devuelve la imagen de la pareja que está siendo retratada por Velázquez?

Las preguntas recién anotadas, y otras muchas más suscitadas por el lienzo, han generado distintas respuestas y, a partir de éstas, han surgido, a su vez, diferentes teorías sobre el sentido del cuadro. Hay quienes creen que se trata simplemente de un retrato que captura el momento en que el Rey Felipe IV visita el taller de Velázquez. Otros ven en la obra una explícita alegoría de la creación artística.²

¹ "Las Meninas" es uno de los cuadros más importantes del Museo del Prado y, ciertamente, el lienzo más inquietante. Durante 340 años ha dividido y fascinado a los especialistas, esquivando toda interpretación final", "El Mercurio", "La Infanta Desheredada", E4, domingo 9 de febrero de 1997.

² En un libro de 1966 Michel Foucault dedicó un capítulo completo al estudio de "Las Meninas", destacando la manera absolutamente original en que esta obra aborda el tópico de la representación. Según Foucault: "en este cuadro (Velázquez) se ha representado a sí mismo, en su estudio, o en un salón del Escorial, mientras

OFICINA DE ARCHIVO

En todo caso, y durante mucho tiempo, todos los críticos coincidían en destacar que la grandeza de "Las Meninas" descansaba, precisamente, en su falta de un tema explícito. O, si se quiere, en haber hecho del acto de pintar el tema de una pintura.

En los últimos años, sin embargo, ha surgido importante evidencia que, al arrojar nueva luz sobre el origen del lienzo, podría modificar la percepción existente sobre el sentido de "Las Meninas".

En 1996, la historiadora Manuela Mena sostuvo que "Las Meninas" corresponde, en verdad, a un encargo que le habría hecho el Rey Felipe IV a Velázquez en 1656 con el objeto de anunciar que, a falta de un heredero varón, la infanta Margarita, su hija de seis años, le sucedería en el trono. Con esta interpretación, se confirma, por supuesto, la identidad de la niña. Al mismo tiempo, se explican mejor la disposición y gestualidad de las personas que la rodean. También adquiere un sentido especial la figura del monarca que, desde el fondo, parece retirarse lentamente.³

De acuerdo a Mena, en la versión original del cuadro no aparecía Velázquez. Apoyándose en la evidencia de los rayos X, la historiadora del

pinta dos personajes que la Infanta Margarita viene a ver, rodeada de dueñas, de meninas, de cortesanos y enanos... los dos personajes que sirven de modelos al pintor no son visibles, cuando menos directamente, pero se les puede percibir en un espejo; y que se trata, a no dudar, del rey Felipe IV y de su esposa Mariana". En *Las palabras y las cosas*, siglo XXI Editores, Argentina, edición de 2002, pp. 18 y 19.

Catorce años después del libro de Foucault, John Searle, filósofo del lenguaje, escribe un artículo sobre "Las Meninas", señalando: "Ahora, de vuelta al cuadro. En la interpretación ilusionista los espectadores se han vuelto idénticos a Felipe IV y María Ana. Dada la ubicación del espejo al otro lado de la habitación y nuestra posición, frente a esta escena, debiéramos poder vernos a nosotros mismos en el espejo, pero sólo vemos a la pareja real. Ahora bien, ¿qué es exactamente lo que está pintando el pintor de la izquierda? Bueno, es obvio que nos está pintando a nosotros, esto es, a Felipe IV y su esposa. Él nos está mirando directamente, examinando atentamente nuestros rasgos, antes de aplicar el pincel sobre la tela. Claramente, lo hemos sorprendido en el acto de retratarnos. ¿En qué tipo de cuadro nos está pintando? La interpretación estándar es que él está pintando un retrato de cuerpo entero de aquello que vemos en el espejo. Pero existe una objeción a dicha interpretación que me me parece bastante convincente. El lienzo sobre el cual está pintando es, en realidad, del mismo tamaño que aquel que estamos mirando, alrededor de 10 pies de alto y 8 pies de ancho (las dimensiones del cuadro son 3.19 m. de alto por 2.67 m. de ancho). Yo creo que el pintor está pintando el cuadro que nosotros estamos viendo; él está pintando "Las Meninas" de Velázquez". SEARLE, JOHN: "Las Meninas and the paradoxes of pictorial representation", *Critical Inquiry*, volume 65, number 3, Spring, 1980, pp. 477-488.

³ En "El Mercurio" de Santiago del domingo 9 de febrero de 1997, E1, E4 y E5.

arte afirma que en el lugar que hoy ocupa el pintor se ubicaba la imagen de un paje que llevaba en sus manos un símbolo del poder real.

El destino del lienzo pareció complicarse en 1657 cuando nació un heredero varón al trono (Felipe Próspero). Con su llegada, el cuadro encargado perdió toda razón de ser. Más aún, se volvió incómodo e incluso peligroso. En ese contexto, Felipe y Velázquez deben haber coincidido, sin duda, en la conveniencia de "guardar" la tela.

Tres años después, sin embargo, Velázquez decide recuperar su obra. Para evitarse problemas, el pintor efectúa importantes modificaciones. Entre los cambios, destaca la supresión de todos los símbolos de poder real y, por supuesto, la aparición de un Velázquez que, frente al caballete, luce ufano en su pecho la Cruz de Caballero de la Orden de Santiago.

Manuela Mena presenta interesantes pruebas para apoyar su hipótesis. El examen de los rayos X, como ya se ha visto, probaría que Velázquez habría realizado importantes supresiones y alteraciones al cuadro original. Se sabe que el cuadro habría sido encargado y concluido en 1656 y, sin embargo, Velázquez aparece con una insignia correspondiente a un honor recibido recién en 1659. El tamaño y proporciones de la niña que aparece en el cuadro corresponden a una criatura de seis años. Esa es la edad que tenía Margarita en 1656.

Ahora bien, ¿cuál es el verdadero significado de "Las Meninas"? ¿Aquel que razonablemente podría deducirse de la observación atenta de lo que muestra la tela que actualmente se exhibe en el Prado? O, más bien, ¿cabe seguir profundizando en las intenciones que pudo haber tenido originalmente Velázquez? ¿Cuáles intenciones? ¿Las de 1656? ¿Las de 1659? En síntesis: ¿Cuál es el cuadro? ¿Lo querido por el autor? ¿El resultado?⁴

⁴ Comentando los hallazgos de Manuela Mena, el escritor y pintor Adolfo Couve criticaba los intentos por releer "Las Meninas". Dice Couve: "Todos los cuadros del mundo si les aplicamos rayos X tienen distintos temas bajo las capas pictóricas... Muchas veces, cuando un pintor mata la cama con la aguada no vislumbra todavía el resultado definitivo de la obra. Por eso, en el boceto aparecen desdibujos, temas que no va a llevar a cabo, equivocaciones, correcciones, etc. Lo que cuenta en una obra de arte es la superficie y en este caso es grave dar otra interpretación con respecto a la interpretación de Velázquez, porque se trata del más grande pintor de caballete del mundo, del más grande pintor realista y "Las Meninas" es la obra maestra de esta escuela y patrimonio de la humanidad. Dar otra interpretación a esta obra es un equívoco". Continúa Couve: "Las Meninas" es una obra que no tiene tema, porque el maestro ha querido hacer desaparecer el cuadro. Es así como los personajes de la tela nos miran a nosotros que tomamos el papel de modelos. Por lo tanto, los personajes del cuadro estarían fuera de la pintura y nosotros más

La razón por la cual este capítulo sobre interpretación constitucional comienza con esta extensa disquisición sobre los problemas que plantea un cuadro famoso como "Las Meninas" es que, a fin de cuentas, tales dificultades no son demasiado distintas a las que plantea la interpretación de una norma jurídica. Mal que mal, y salvando todas las diferencias, se trata, en ambos casos, de creaciones del espíritu humano que, capturadas en un texto, una partitura o una tela, vienen a impactar el entendimiento y los sentimientos de personas distintas del creador.⁵

2.1. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Las normas jurídicas, igual que las obras de arte, deben ser interpretadas. En uno y otro caso, existirá una fuerte tensión entre quienes prefieran el sentido objetivo y quienes prioricen, más bien, la intención del autor. En el caso del Derecho, en todo caso, la finalidad de la reflexión debe ser la identificación de ciertas reglas, conocidas y ojalá compartidas, que reduzcan al mínimo posible los rangos del desacuerdo.⁶

En todo caso, y aun antes de revisar cuáles podrían ser los criterios para la interpretación del Derecho, conviene constatar la existencia

involucrados en ella... Creer que el cuadro tendría otra interpretación si variara el tema invisible es no entender el sentido profundo de la obra realista de Velázquez". En "El Mercurio", E9, domingo 16 de febrero de 1997.

⁵ Conviene reconocer de inmediato que, más allá de las analogías, existen importantes diferencias entre las leyes y otras producciones del espíritu (p. ej., la literatura). Las normas jurídicas tienen siempre un objetivo práctico. El arte generalmente no. Las leyes son siempre obra de la autoridad. El arte, salvo algunas malas excepciones, no. Las leyes aspiran a ser obedecidas y para ello cuentan con el aval y respaldo de la fuerza del Estado. Las producciones artísticas conquistan las mentes sin la amenaza de la sanción penal. Las normas jurídicas requieren para su éxito que todos sus destinatarios las entiendan de manera unívoca. El arte admite necesariamente, y agradece, mil interpretaciones diversas. Quien yerra en su interpretación de las normas jurídicas puede padecer un castigo. Frente al arte no hay interpretaciones válidas.

⁶ Sobre la interpretación, y en especial la constitucional, en Chile, ver:

ACCAIÑO, DANIELA: "La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Bordalí, Andrés (coordinador), Universidad Austral, LexisNexis, 2006, pp. 17-29.

ALDUNATE, EDUARDO: "Interpretación Constitucional y decisión política", Revista de Derecho, Universidad Católica, de Valparaíso, volumen 15, 1993-1994, pp. 31-65.

de muy diferentes aproximaciones generales al fenómeno de la interpretación jurídica.

Una primera respuesta, tesis de la exégesis ingenua, postula que la interpretación jurídica no es otra cosa que un proceso lógico, sometido a reglas preestablecidas y de fácil aplicación, por el cual se

ALDUNATE, EDUARDO: "Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica", Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp. 27-31.

ALDUNATE, EDUARDO: "Categorías para el análisis de la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional. Los argumentos sobre la base del tenor literal y la interpretación armónica", Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp. 115-120.

ALDUNATE, EDUARDO: "La doctrina nacional sobre interpretación constitucional; estado y crítica", Anuario, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta, Chile, 2001, pp. 59-80.

ALDUNATE, EDUARDO: "Reformulación de las reglas o elementos de interpretación para una práctica de la interpretación constitucional", Revista de Derecho, Universidad de Piura, volumen 3, 2002, pp. 259-273.

ALFONSO, PAULINO: *De la Interpretación de la ley*, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1892.

AVILÉS, VÍCTOR MANUEL: "Tópicos de la interpretación constitucional", Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, volumen 67, 2005, pp. 191-209.

BARROS, ENRIQUE, y OTROS: "Razonamiento Judicial, Verdad, Justicia, Ley y Derecho", Cuadernos de Análisis Jurídico, 18, 1991.

BULNES, LUZ: "Interpretación Constitucional", Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, volumen 64, 2002.

CEA, JOSÉ LUIS: "La interpretación auténtica de la Constitución", Revista Chilena de Derecho, volumen 6, N° 1-4, enero/septiembre de 1979.

CEA, JOSÉ LUIS: "Hermenéutica Constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa", Revista Chilena de Derecho, volumen 11, N° 1, enero/abril de 1984.

CERDA, CARLOS (Editor): "Razonamiento Judicial", Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales 5, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1995.

CONTESSE, JORGE: "Responsabilidad por la interpretación constitucional", Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 281-293.

CONTRERAS, PAMELA: "Interpretación constitucional: un régimen especial", Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 311-321.

DUCCI, CARLOS: *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

ESCONDÓN, JESÚS: "La concepción de la interpretación de la ley en Francisco Suárez, con alcances a algunas teorías contemporáneas sobre hermenéutica jurídica", Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 16, 1998, pp. 453-460.

FUENZALIDA, PABLO: "Poder constituyente e interpretación constitucional", Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 295-310.

FUEVO, FERNANDO: "Interpretación y Juez", Universidad de Chile, y Centro de Estudios "Ratio Juris", Santiago de Chile, 1976.



descubre el verdadero sentido y alcance de la ley.⁷ Para esta concepción, y habiendo buena fe, todo intérprete que conozca las reglas pertinentes debiera arribar al sentido genuino de la norma.⁸

GESCHE, BERNARDO: *Jurisprudencia Dinámica*, Editorial Jurídica de Chile, 1971.

ÍSENSEE, CARLOS: "Interpretación Constitucional: distingo entre situación de comprensión y situación de interpretación, como base para una noción crítica de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, volumen 67, 2005, pp. 210-230.

MERELLO, ÍTALO; GUZMÁN, ALEJANDRO; CEA, JOSÉ LUIS; STREETER, JORGE, y OTROS: *Interpretación, Integración y Razonamiento jurídicos*, Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

NEIRA, MARILYN: "Reflexiones sobre la cultura jurídica chilena y la interpretación de la ley en Francisco Suárez", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, 2002, pp. 583-590.

PEÑA, CARLOS: "Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales", Colección Estudios de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996.

PFEFFER, EMILIO: "Análisis de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional en Chile", en *La Jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 41, Universidad Diego Portales, pp. 109-117.

QUINTANA, FERNANDO: *Interpretación, Ratio Juris y Objetividad*, Edeval, 1994.

QUINTANA, FERNANDO: *Prudencia y Justicia en la aplicación del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

QUINTANA, FERNANDO: *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

RAMÍREZ, JOSÉ ANTONIO: "Interpretación constitucional y principio de la buena fe", *Estudios Constitucionales*, Año 1, N° 1, Universidad de Talca, 2003, pp. 739-756.

RODRÍGUEZ, PABLO: *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Edimpres Ltda., 1ª edición, 1990.

TAPIA, JORGE: *Hermenéutica Constitucional: La interpretación de la Constitución en Sudamérica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

VALENZUELA, EUGENIO: "Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Enero 2005.

VALENZUELA, RODRIGO: *Los sueños de la razón. Un ensayo sobre interpretación jurídica*, Ediciones RIL, 1999.

ZAPATA, PATRICIO: "La Interpretación de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 17, N° 1, enero-abril 1990, pp. 161-177.

⁷ Uno de los exponentes clásicos de esta perspectiva, el civilista F. Laurent, habría dicho: "Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho, el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos". Citado en PACHECO, MÁXIMO: *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 381.

⁸ Este enfoque correspondería a lo que Alisdair MacIntyre denomina método de investigación moral enciclopédico, que sería aquella visión ilustrada según la cual el conocimiento puede abstraerse completamente de la política y comprender, así, cabalmente, la realidad en cuanto universo coherente, regulado por leyes universales e inexorables. En MACINTYRE, ALISDAIR: *Three rival versions*

En las antípodas de la exégesis ingenua se ubican quienes plantean que la interpretación jurídica es un proceso esencialmente político y discrecional por el cual, sin perjuicio de algunas limitantes de hecho, los supuestos aplicadores de la ley en verdad actúan como creadores del Derecho.⁹ En esta perspectiva, y sin perjuicio de la justificación con que se revistan las decisiones, una determinada interpretación no puede sino ser el reflejo más o menos directo de los intereses o motivaciones del intérprete.¹⁰

Ambas posiciones extremas deben ser descartadas. Así como parece muy simplista pensar que puedan existir sentidos auténticos únicos para cada norma, listos para ser descubiertos por exégetas suficientemente honestos y prolijos; también resultan alejadas de la realidad aquellas visiones que, al hacer de la interpretación un acto de pura creación política, niegan toda y cualquier autonomía al Derecho y al jurista.

En realidad, la interpretación jurídica es un proceso en que coexisten la política y la ciencia.¹¹ La primera se hace presente, siempre, y quiérase o no, a través de los valores, intereses y prejuicios del juzgador. La segunda se manifiesta en el trabajo de generaciones de estudiosos que construyen, y enseñan, criterios que, a partir del cúmulo de materiales jurídicos potencialmente aplicables a un problema concreto, permiten construir respuestas razonables y coherentes. Solo así se logrará, simultáneamente, hacer inteligible

of Moral Enquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition, University of Notre Dame Press, 1990, pp. 33-58.

⁹ Esta es, por lo demás, la visión de quienes, en el contexto anglosajón, suscriben a la tendencia del *Critical Legal Studies* (p. ej., el profesor de Harvard, Roberto Unger).

¹⁰ Esta perspectiva equivale a lo que Alisdair MacIntyre llama método de investigación moral "Genealógico". La Genealogía sería aquella visión escéptica según la cual la Moral, la Justicia o el Derecho no son sino artefactos retóricos al servicio del poder. Los resultados de la investigación se explicarían, entonces, por los orígenes sociales y políticos del intérprete. Con todas sus diferencias, Marx, Nietzsche y Derrida, entre otros, podrían ser considerados representantes emblemáticos de la "Genealogía". En MACINTYRE, ALISDAIR: *Three rival versions of Moral Enquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*, University of Notre Dame Press, 1990, pp. 59-87.

¹¹ La interpretación es una actividad de la razón práctica cuyo objeto no es la mera contemplación sino la valoración o dirección de la conducta humana. Como tal, la interpretación se gobierna por la prudencia (VIGO, RODOLFO: *Paradigmas de la interpretación jurídico-judicial*, Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 135). La dimensión científica de la actividad interpretativa se expresa en la necesidad de organizar y exponer los argumentos de acuerdo a métodos conocidos, rigurosos y abiertos a la crítica.

el sistema normativo y dar alguna certeza jurídica a ciudadanos y autoridades.

La interpretación no puede desligarse de la existencia de un problema y de la necesidad de una solución. Ahora bien, dado que en un Estado de Derecho las dudas y contiendas sobre el sentido de una norma legal se dirimen, al final, por un tercero dotado de independencia e imparcialidad, la interpretación jurídica termina traducéndose no solo en una hipótesis sobre el significado, sino que, además, en una determinada argumentación que busca convencer a un juez formado, también, en la disciplina profesional del Derecho.

En suma, y para efectos de este libro, la interpretación jurídica es una actividad de la razón práctica que, puesta en movimiento a partir de dudas o conflictos concretos, se apoya en los criterios elaborados por la dogmática para construir, a partir de los materiales jurídicos disponibles pertinentes, respuestas razonables y coherentes.

En la misma medida en que se cultive de manera masiva y rigurosa la Ciencia del Derecho, el debate interpretativo tendrá contornos acotados. La existencia de una dogmática jurídica madura demanda argumentaciones necesariamente plausibles. Por el contrario, a menor desarrollo de la disciplina del Derecho, menores serán los costos o riesgos para quienes levanten argumentaciones peregrinas, inauditas o incoherentes.

Afirmada la necesidad de interpretar las normas constitucionales, y descartadas, además, tanto la tesis de la exégesis ingenua como la tesis de la creación puramente política del Derecho, lo que procede es proponer alguna metodología hermenéutica que, sin negar la subjetividad ni la política, permita, sin embargo, un diálogo productivo entre todos quienes operan el Derecho; condición indispensable para generar las convergencias y acuerdos que hacen posible la jurisprudencia relativamente predecible que demanda la seguridad jurídica. A ello se abocará la sección siguiente, 2.2. El acápite 2.3, por su parte, y mirando con atención la jurisprudencia del TCCh, postula ciertos criterios con arreglo a los cuales deben construirse los argumentos interpretativos en materia constitucional. Las secciones 2.4, 2.5. y 2.6, a su vez, dan cuenta del hecho que, más allá de los consensos, existen en Chile al menos tres grandes corrientes o escuelas interpretativas en competencia: Literalismo, Originalismo y Finalismo Sistemático; las que son explicadas, entonces, en ese mismo orden.

2.2. INTERPRETACIÓN Y TRADICIÓN

La norma jurídica es una orden. Con ella se busca dirigir, y controlar, las conductas humanas. Todas. Las de todos. Siempre.

Más allá de las intenciones, sin embargo, e independientemente del tiempo y talento invertidos en producir normas claras y unívocas, la verdad es que muchas normas jurídicas admiten más de una lectura. Frente al fenómeno descrito, que algunos han denominado "la textura abierta del Derecho", es poco lo que pueden hacer los esfuerzos legislativos por disciplinar la interpretación a través de la identificación de reglas hermenéuticas.¹²

La interpretación es, a fin de cuentas, una actividad esencialmente intelectual, y, como tal, se encuentra más allá del alcance efectivo del Derecho. En el mejor de los casos, las disposiciones legales podrán reglamentar la forma en que se fundamentan las decisiones. La interpretación propiamente tal, de la que puede o no dar cuenta fidedigna la justificación pública posterior, escapa al control del legislador.

Lo anterior no significa que la interpretación esté completamente libre de cualquier limitación extrínseca. Dicho marco existe. Está constituido por las prácticas de la cultura jurídica en la que se forma, y se desempeña, el sujeto llamado a interpretar. Así, los debates de las comunidades académicas y profesionales van perfilando los límites aceptables de la actividad interpretativa. Los Estados de Derecho, por su parte, construyen elaborados sistemas procesales que buscan aislar, neutralizar, y, a veces, sancionar las interpretaciones que contravengan de manera muy grosera los márgenes del consenso de la cultura legal de que se trata.

La interpretación, entonces, no se produce en un vacío. Ni parte de cero. Las ideas del intérprete están inevitablemente condicionadas por la tradición de la que es parte.

En términos muy generales, una tradición es una idea o práctica social del pasado que influye o determina el presente.¹³ Ahora bien,

¹² H.L.A. Hart advertía sobre el hecho que "los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden -y en eso no difieren de otras reglas- proveer a su propia interpretación", HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, segunda edición, reimpresión, Buenos Aires, 1977, p. 158.

¹³ El Diccionario de la Real Academia Española define "tradición" como "Doctrina, costumbre etc., conservada en un pueblo por transmisión de padres a hijos",

la simple comprobación de la influencia del pasado sobre el presente, en cuanto dato social, es algo que difícilmente puede discutirse. Bastante más polémico, en cambio, es el postulado normativo que afirma que las tradiciones, por el hecho de ser tales, deben ser, en algún grado, respetadas y seguidas.

En la antigüedad y la Edad Media se asumía generalmente que las costumbres inmemoriales, como depósitos de la experiencia y la sabiduría del pasado, debían ser obedecidas tal como si fueran leyes escritas. La modernidad sepultó esta pretensión. Después de Bacon y Descartes, lo difundido o arraigado de una realidad ha dejado de ser circunstancia eximente o atenuante a efectos del rigor con que la razón debe escrutarla, sea dicha realidad un arreglo institucional, una costumbre o una creencia.¹⁴ A esta rebeldía contra la tradición se refería también Kant cuando definió la "Ilustración" como: "la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad, ...esa incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro".¹⁵

Ahora bien, y sin que ello implique asumir los supuestos del racionalismo ilustrado, ni menos adherir a sus excesos; la mujer y el hombre contemporáneos, o al menos aquellos de inspiración humanista y democrática, no están dispuestos a hipotecar su autonomía de juicio crítico en aras de una tradición entendida como subordinación a la autoridad del pasado. Existe, sin embargo, otra

vigésima edición, 1984, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 1327; Black's Law Dictionary, por su parte, define Tradición como "Costumbres y usos del pasado que influyen o deciden sobre actos o prácticas del presente", sexta edición, 1991, p. 1495.

¹⁴ Escribiendo en 1947, Michael Oakeshott describió el talante de la mentalidad racionalista que vino a enterrar el apego a la tradición. Señala Oakeshott: "En el fondo está siempre a favor de la independencia de mente en todas las ocasiones, a favor del pensamiento libre de toda obligación frente a cualquier autoridad, excepto la autoridad de la 'razón'. Sus circunstancias en el mundo lo han vuelto contencioso: es el enemigo de la autoridad, del prejuicio, de lo meramente tradicional, consuetudinario o habitual. Su actitud mental es a la vez escéptica y optimista: escéptica, porque no hay ninguna opinión, ningún hábito, ninguna creencia, nada tan firmemente arraigado o tan ampliamente sostenido que facilite en cuestionar y juzgar por lo que llama su 'razón'; optimista, porque no duda jamás del poder de su 'razón' (aplicada correctamente) para determinar el valor de una cosa, la verdad de una opinión o propiedad de una acción". OAKESHOTT, MICHAEL: *El racionalismo en la Política y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, 2000, pp. 21-22.

¹⁵ KANT, IMMANUEL: *¿Qué es la Ilustración?*, Erhard, J.B., editores, Clásicos del Pensamiento, Tecnos, 2002, p. 17.

forma de entender la tradición, aquella que en vez de postular la primacía de lo antiguo *per se*, defiende el valor de un diálogo intergeneracional.¹⁶

En el mismo sentido de diálogo, Alisdair MacIntyre define una tradición como "un argumento extendido a través del tiempo en el que ciertos acuerdos fundamentales se definen y redefinen en términos de dos tipos de conflictos: aquellos con críticos y enemigos externos a la tradición, que rechazan todos, o al menos las partes clave de esos acuerdos fundamentales, y aquellos internos, debates interpretativos a través de los cuales el significado y la razón de ser de los acuerdos fundamentales vienen a expresarse y a través de cuyo progreso se constituye una tradición".¹⁷

La tradición, entendida como diálogo, se sostiene en el tiempo gracias a tres tipos de actividad. Por una parte, habrá quienes formulen, falsifiquen y reformulen los supuestos teóricos que subyacen a los acuerdos fundamentales (los investigadores). Otros, además de lo anterior, transmitirán los fundamentos de la tradición a las nuevas generaciones (los profesores). Finalmente, y muy importante, habrá quienes ejercerán activamente las técnicas de aplicación de la tradición, asegurando con su actividad que exista un mínimo de coherencia entre sus postulados y la realidad que ésta aspira a explicar y/o gobernar (los practicantes). Más que la existencia de adversarios críticos, es la inactividad o la confusión en cualquiera de estos tres campos lo que anticipa, casi con certeza, la decadencia de una tradición. Se podría producir, en

¹⁶ A esta noción de tradición se refería Edmund Burke cuando planteaba que la sociedad es una asociación de "toda ciencia y todo arte; una sociedad de toda virtud y toda perfección. Por lo que hace a los fines de tal asociación, no pueden conseguirse en muchas generaciones y por ello es una asociación no sólo entre los vivos, sino entre los vivos, los muertos y los que han de nacer". BURKE, EDMUND: *Textos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, segunda reimpresión, 1996, p. 125. En la misma línea, 150 años después de Burke, G.K. Chesterton reitera la idea de un diálogo intergeneracional: "La tradición pudiera definirse como una extensión del (sufragio). Aceptar la tradición es tanto como conceder derecho a voto a la más oscura de las clases sociales: la de nuestros antepasados; no es más que la democracia de la muerte. La tradición se rehúsa a someterse a la pequeña y arrogante oligarquía de aquellos que, sólo por casualidad, andan todavía por la tierra... Me es de todo punto de vista imposible separar estas dos ideas: democracia y tradición". CHESTERTON, G.K.: *Ortodoxia*, Colección Pensamiento Contemporáneo, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1975, pp. 70-71.

¹⁷ MACINTYRE, ALISAIR: *Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, 1988, p. 12.

este caso, lo que Kuhn llama un cambio de paradigma y una revolución científica.¹⁸

La Universidad sigue siendo el espacio más idóneo para la discusión y la transmisión de las tradiciones intelectuales.¹⁹ Es allí, en efecto, donde los profesores —algunos investigadores y otros practicantes— familiarizan a los alumnos con los usos interpretativos de la cultura jurídica. Es en las Facultades de Derecho, entonces, donde deben explicarse los acuerdos y desacuerdos que caracterizan a cada comunidad intelectual. Cualquier comprensión efectiva de los textos legales requiere conocer cuál ha sido la interpretación y aplicación que otros han dado antes a dichas reglas jurídicas.

2.2.1. HERMENÉUTICA Y TRADICIÓN

El concepto de tradición le debe mucho a los postulados de la Escuela Hermenéutica. Ésta, que nació siendo una técnica de interpretación de textos, devino más tarde en una verdadera corriente filosófica.²⁰

El precursor de la Escuela de la Hermenéutica es el teólogo calvinista alemán Friedrich Schleiermacher (1768-1834). Dedicado al estudio de los textos bíblicos, Schleiermacher va a defender teóricamente la posibilidad de comprender cabalmente el significado auténtico de un mensaje aun cuando hayan transcurrido siglos desde su emisión. Incluso, según Schleiermacher, el intérprete está en condiciones, si asume la actitud y método adecuados, de comprender el texto aun mejor que el propio autor.

Según Schleiermacher la verdadera comprensión de una pieza de arte o literatura del pasado supone, en primer lugar, volver a

¹⁸ KUHN, THOMAS: *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press, 1962.

¹⁹ Para una crítica al sistema universitario norteamericano véase: BLOOM, ALLAN: *The closing of the American mind*, Simon & Schuster, 1988. Una reflexión sobre el futuro de la Universidad europea, véase: RODRÍGUEZ, PEDRO: "Naturaleza, Cultura y Universidad", Revista HUMANITAS, N° 35, año IX, 2004, pp. 469-489. En nuestro medio véase: MILLAS, JORGE: *Idea y Defensa de la Universidad*, Editorial del Pacífico, Corporación de Promoción Universitaria, 1981. Más específicamente, sobre las facultades de Derecho, BÖHMER, MARTIN: *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, GEDISA, Barcelona, 1999.

²⁰ ECHEVERRÍA, RAFAEL: *El Búho de Minerva. Introducción a la filosofía moderna*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, mayo de 1988, pp. 195-222; TEJEDOR, CÉSAR: *Historia de la filosofía en su marco cultural*, Ediciones SM, Madrid, 1995, p. 428. RECAS, JAVIER: "Hacia una hermenéutica crítica", Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.

situarla en su contexto propio, aquel que la vio nacer. El intérprete debe estar en condiciones, luego, de revivir el momento creativo. Para ello, no sólo debe estudiar el contexto cultural en que se pronunció el mensaje, sino que, además, debe empatizar o congeniar con el autor. Este ponerse en su lugar es el que le permite al intérprete comprender las motivaciones detrás del texto. A través de la recreación, el intérprete puede conocer la intención y el sentido del texto. La distancia y el rigor analítico, a su vez, le dan la ventaja de comprender el texto en, y desde, el universo cultural en el que se origina. Por eso, el intérprete comprende mejor que el autor, típicamente absorto con lo inmediato, a veces creando inconscientemente y, en algunas ocasiones, sin perspectiva para entender todas las implicancias de sus actos.

Schleiermacher sería criticado más tarde por haber dado excesiva importancia a los elementos psicológicos del autor y por haber sobrevalorado la posibilidad de reconstruir, objetivamente, las subjetividades ajenas. Corresponderá a otro intelectual alemán, Wilhelm Dilthey (1833-1911), hacerse cargo de estas objeciones, formulando una verdadera teoría general de la Hermenéutica.²¹

Dilthey comienza proponiendo la necesidad de distinguir entre la forma en que las Ciencias de la Naturaleza (p. ej., la física o la química) conocen su objeto y la manera en que las Ciencias del Espíritu (p. ej., el derecho o la estética) lo hacen. Mientras las primeras comienzan con la observación y la experimentación, a partir de lo cual comprueban sus hipótesis, resultado que, inductivamente, les permite formular leyes que expresan un conocimiento explicativo de dicha realidad (que llama *erkenntnis*); las segundas buscan, a partir del análisis de signos externos contenidos en objetos, adentrarse en la interioridad de la vida espiritual que dichos símbolos expresan. A esta segunda manera de conocer la denomina "comprender" (*Verstehen*).

Luego de algunas vacilaciones iniciales, Dilthey se fue distanciando del subjetivismo de Schleiermacher. De esta manera, traslada el foco de atención desde el autor hacia las obras histórico-culturales. La comprensión no busca tanto entender al individuo y sus supuestas intenciones personales, sino que, más bien, aspira a captar los vestigios (*reste*) de experiencia vivencial contenidos o atrapados

²¹ DILTHEY, WILHELM: "Orígenes de la hermenéutica", Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N°s 46-47, Santiago, 1980; *El Mundo Histórico*, Fondo de Cultura Económica, 1978.



en las obras del espíritu. Los valores que allí se hayan condensado dependerán bastante más de la visión de mundo imperante en un determinado momento histórico y contexto social (*Weltanschauung*) que de las motivaciones individuales del autor. La interpretación, que es definida como la comprensión técnica de manifestaciones de vida fijadas en forma permanente, requiere del intérprete una comprensión previa de ese universo de valores. Sólo desde esa comunidad de vidas podrá comprenderse.²²

La Escuela Hermenéutica se expresa en el siglo XX a través de dos figuras principales: Emilio Betti y Hans-Georg Gadamer. Betti, cuya obra principal data de 1955, es un autor cuyo pensamiento es ampliamente conocido en el mundo jurídico nacional.²³ No es el caso de Gadamer. Quizás debido a que su obra sólo toca indirectamente lo jurídico, nuestra Ciencia del Derecho no le ha prestado la atención que merece.²⁴ Por lo mismo, me parece indispensable explicar, aunque sea muy sumariamente, sus ideas centrales.

²² QUINTANA, FERNANDO: *Interpretación, Ratio Juris y Objetividad*, EDEVAL, Valparaíso, 1994, pp. 15-18.

²³ En 1976 Fernando Fueyo se refiere al "excelente modelo del celebrado Betti". FUEYO, FERNANDO: "Interpretación y Juez", Universidad de Chile y Centro de Estudios "Ratio Juris", Santiago de Chile, 1976. En su obra sobre Interpretación, de 1977, Carlos Ducci cita a Betti 11 veces, más que a ningún otro autor, excepto Andrés Bello. DUCCI, CARLOS: *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977. En 1981, el Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, N° 50, reproduce un capítulo del libro de Betti *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (pp. 85-93 del Boletín). En 1982, en la primera edición de su Tratado de Derecho Penal, Enrique Cury define la interpretación jurídica a partir de las ideas de Betti. CURY, ENRIQUE: *Derecho Penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1982, pp. 142-143. En 2005 la Revista Chilena de Derecho publicó un texto sobre la vigencia de Betti, RABBI-BALDI, RENATO: *La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti, coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas*, Revista Chilena de Derecho, volumen 32, N° 1, enero-abril 2005, pp. 139-168. En 2006, finalmente, la Editorial LexisNexis ha publicado *La Interpretación Jurídica* de Emilio Betti, traducida por el profesor Alejandro Vergara Blanco.

²⁴ Gadamer es un filósofo alemán nacido en 1900 y fallecido en 2002. Su principal obra es *Verdad y Método* de 1960. *Verdad y Método. Fundamentos de una Filosofía Hermenéutica*, Ediciones Sígueme, Salamanca, sexta edición, 1996. Entre nosotros, véanse: YÁÑEZ, NANCY: "Reflexiones acerca de la teoría de la Interpretación en el pensamiento de Savigny y Gadamer", en *Interpretación, Integración y Razonamiento jurídicos*, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 223-227. QUINTANA, FERNANDO: *Interpretación, Ratio Juris y Objetividad*, Edeval, 1994, pp. 20-29. VIGO, ALEJANDRO: "Hans-Georg Gadamer y la filosofía hermenéutica: La comprensión como ideal y como tarea", Estudios Públicos, N° 87, invierno 2002, pp. 235-249. En los Estados Unidos, véase: MÖÖTZ, FRANCIS JOSEPH (EDITOR): "Gadamer & the Law", Ashgate Publishing, 2007.

El punto de partida de Gadamer es una reivindicación del carácter circular de la interpretación ("círculo hermenéutico"), concepto que ya había sido esbozado por Schleiermacher. La interpretación no es un acto unidireccional, que parte en el texto y que se agote en un solo momento de análisis. La hermenéutica, por el contrario, supone, siempre, numerosas idas y venidas desde, y a partir de, las ideas previas del intérprete al texto; nueva vuelta a las concepciones y, después, al texto. Con cada retorno, el examen se hace más preciso.

La circularidad no es, entonces, un defecto o problema. Es una característica ineludible de la comprensión. En palabras de Gadamer: "La comprensión del texto se encuentra determinada continuamente por el movimiento anticipatorio de la precomprensión. El círculo no es, pues, de naturaleza formal; no es subjetivo ni objetivo, sino que describe la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad, sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición. Pero en nuestra relación con la tradición, esta comunidad está sometida a un proceso de continua formación. No es simplemente un presupuesto bajo el que nos encontramos siempre, sino que nosotros mismos la instauramos en cuanto que comprendemos, participamos del acontecer de la tradición y continuamos determinándolo así desde nosotros mismos. El círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo "metodológico", sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión".²⁵

En la extensa cita recién reproducida están contenidos todos los elementos centrales del planteamiento de Gadamer. En primer lugar, la revalorización de la preconcepción. El autor nos recuerda que "sólo en la Ilustración adquiere el concepto de prejuicio el matiz negativo que ahora tiene".²⁶ A juicio de Gadamer, por el contrario, "Si se quiere hacer justicia al modo de ser finito e histórico del hombre, es necesario llevar a cabo una drástica rehabilitación del concepto del prejuicio y reconocer que existen prejuicios legítimos".²⁷

²⁵ GADAMER, HANS-GEORG: *Verdad y Método*, op. cit., p. 363.

²⁶ Gadamer agrega que "existe realmente un prejuicio de la Ilustración, que es el que soporta y determina su esencia: este prejuicio básico de la ilustración es el prejuicio contra todo prejuicio y con ello la desvirtuación de la tradición", op. cit., p. 337.

²⁷ Op. cit., p. 334.

“Autoridad” es el segundo concepto clave que Gadamer quiere rescatar de la crítica demoleadora de la Ilustración, que no puede dejar de entenderla como la negación del uso de la propia razón. En lenguaje que recuerda a D’Ors, Gadamer plantea que “la autoridad de las personas no tiene su fundamento último en un acto de sumisión y de abdicación de la razón, sino en un acto de reconocimiento y conocimiento: se reconoce que el otro está por encima de uno en juicio y perspectiva y que en consecuencia su juicio es preferente o tiene primacía respecto al propio. La autoridad no se otorga, sino que se adquiere, y tiene que ser adquirida si se quiere apelar a ella”.²⁸

A continuación, Gadamer plantea la importancia de la tradición, entendida como aquel conjunto de preguntas y respuestas que recoge el esfuerzo de comprensión de las generaciones precedentes. Esta tradición no es una negación de la razón. “En realidad, afirma Gadamer, la tradición siempre es también un momento de la libertad y de la historia. Aun la tradición más auténtica y venerable no se realiza, naturalmente, en virtud de la capacidad de permanencia de lo que de algún modo ya está dado, sino que necesita ser afirmada, asumida y cultivada. La tradición es esencialmente conservación, y como tal nunca deja de estar presente en los cambios históricos. Sin embargo, la conservación es un acto de la razón, aunque caracterizado por el hecho de no atraer la atención sobre sí. Esto es lo que explica de que sean las innovaciones, los nuevos planes, lo que aparece como única acción y resultado de la razón”.²⁹

La tradición así entendida es el vehículo que permite salvar la diferencia de horizontes temporales, producto de la distancia histórica que separa al autor del intérprete. De esta manera, la tradición vincula texto e intérprete. El texto es parte de la tradición, entre otras cosas por los efectos que produce en la historia posterior (“historia efectual”). El intérprete también es parte de la tradición, porque la aplicación del texto al presente histórico es otro aspecto esencial de su comprensión.

La comprensión desde la tradición no supone trasladarse a la época del autor del texto ni conservar algún tipo de fidelidad irrestricta al sentido original. Consiste, más bien, en buscar una fusión de horizontes en un horizonte más amplio que los abarque a am-

²⁸ Op. cit., p. 347. Álvaro D’Ors definía la *Auctoritas* como el saber socialmente reconocido. AYUSO, MIGUEL: “El pensamiento político-jurídico de Álvaro D’Ors”, en *Homenaje a un Maestro*, Universidad Santo Tomás, 2004.

²⁹ Op. cit., pp. 349-350.

bos.³⁰ Sólo así, conociendo la “historia efectual” el jurista estará en condiciones de entablar un diálogo con todos los demás que trabajan o han trabajado sobre el texto. De esta manera, sobre la base de preguntas, se abren horizontes de sentidos compartidos entre quienes deben encontrar, o conferir, algún significado al cúmulo enorme de materiales jurídicos que, con razones mejores o peores, demandan su atención (el texto, la jurisprudencia, la doctrina, el derecho comparado, etc.).³¹

Definido ya, aunque sea en términos generales, un concepto de tradición que puede ser de utilidad para el intérprete de la Constitución; lo que cabe a continuación es perfilar algunos de los rasgos de las tradiciones más concretas que caracterizan nuestra cultura jurídica nacional. Las próximas tres subsecciones explicarán tres de éstas, las cuales, pese a sus diferencias en cuanto a génesis, desarrollo y finalidad específica, presentan, sin embargo, significativos puntos de contacto y convergencia.

2.2.2. LA TRADICIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN RACIONAL

Sócrates es mercedamente recordado como el fundador de la más importante de las tradiciones intelectuales occidentales.³² La definen un método, una preocupación y una convicción.³³ El método es racional y se desarrolla a través de preguntas formuladas de manera ordenada y sistemática. La preocupación es sobre la moralidad de los actos. La convicción radica en la existencia de opciones mejores que otras, cuestión sobre la cual la razón puede entregar luces. Ya en su momento esta tradición tuvo que enfrentar una escuela alternativa: los sofistas.³⁴

³⁰ TEJEDOR, CÉSAR: *Historia de la Filosofía en su marco cultural*, Ediciones SM, Madrid, 1995, p. 429.

³¹ Sobre las posibilidades que ofrece al intérprete de la Constitución chilena el pensamiento de Hans-Georg Gadamer, véase: RISOPATRÓN, MARGARITA: “La Tradición en el proceso de Interpretación Constitucional”, Tesis de Grado dirigida por quien escribe, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.

³² JAEGER, WERNER: *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

³³ GÓMEZ-LOBO, ALFONSO: *La ética de Sócrates*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1999.

³⁴ SCHWEMBER, FELIPE: *La justicia en los sofistas y Platón*, V&V, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2004.



Karl Popper caracteriza esta tradición señalando que "Los griegos inventaron una nueva tradición, la tradición de adoptar una actitud crítica con respecto a los mitos, de hablar sobre ellos (de analizarlos), de no sólo contarlos, sino de que también estos puedan ser cuestionados por la persona que los escucha".³⁵

La aceptación de la divergencia y la creación de procedimientos para procesar el disenso son dos rasgos muy característicos de esta tradición de la argumentación. La *Malléutica* no es sino una expresión de la confianza en que el diálogo, la dialéctica, podía ser una herramienta de investigación racional. Ahora bien, y por importantes que fueran las reglas de la lógica o la retórica, ellas no son un fin en sí mismas. Esta tradición nunca perdió de vista que el objeto de estos métodos no podía dejar de ser la búsqueda de lo verdadero y lo justo.

Desde un principio, entonces, esta tradición vinculó la práctica del lenguaje con ciertos imperativos morales. Aristóteles lo expresa categóricamente en un conocido pasaje de la *Política*: "Es evidente que el hombre es más animal político que las abejas o cualquier otra criatura social. La naturaleza, como lo hemos dicho muchas veces, no hace nada sin un propósito, y el hombre es el único animal al cual ella ha beneficiado con el regalo del lenguaje. Y mientras que el meto sonido no es sino indicativo de placer, o dolor, y es, por tanto, dado a otros animales (pues su naturaleza los dirige a la percepción del placer y el dolor y la intimidad de unos con otros, pero no más allá), el poder del lenguaje tiene por finalidad poder decir lo conveniente y lo inconveniente, y, del mismo modo, lo justo y lo injusto. Y es característico del hombre ser él el único que tiene el sentido de lo bueno y malo, lo justo y lo injusto..."³⁶

El intérprete de la Constitución debe respetar las reglas del lenguaje y los principios lógicos elementales que le permiten al discurso servir de cauce a la discusión (p. ej., principio de no contradicción, dar razón de las afirmaciones, no dar por probado lo que se postula, etc.): La interpretación y explicación de los textos no es un juego que pueda jugarse de espaldas o contra el texto. El discurso

³⁵ POPPER, KARL: *En busca de una teoría racional de la tradición*, Estudios Públicos, 9, 1983, pp. 123-142.

³⁶ ARISTOTLE: "Politics", the Works of Aristotle, Richard McKeon (ed.), Random House, New York, 1941, p. 1129.

no puede ser deconstruido al gusto del lector.³⁷ En el caso de la autoridad que toma decisiones, la retórica a emplear debe contener argumentación racional y evitar las apelaciones a las emociones o pasiones del auditorio.

Ha sido Karl Popper quien ha expresado, quizás mejor que nadie, los riesgos que sufre una comunidad en la que se traicionan las bases de la tradición de la argumentación racional: "...todo esto resulta verdaderamente importante con relación a las dos funciones del lenguaje propiamente humanas, la descriptiva y la argumentativa. En su función descriptiva, podemos hablar del lenguaje como un vehículo de la verdad, pero lógicamente también puede transformarse en un vehículo de la mentira. Sin una tradición que actúe en contra de esta ambivalencia y a favor del uso del lenguaje con el objetivo de la descripción correcta (al menos en los casos donde no existe un fuerte estímulo a la mentira), se acabaría la función descriptiva del lenguaje; los niños no aprenderían nunca su uso descriptivo. Aún más valiosa es tal vez la tradición que actúa en contra de la ambivalencia relacionada a la función argumentativa del lenguaje, aquella tradición que actúa contra ese abuso del lenguaje que lleva a los pseudoargumentos y la propaganda. Esta es la tradición y la disciplina del hablar y pensar con claridad; es la tradición crítica, la tradición de la razón".³⁸

Concluye el mismo Popper: "Los enemigos modernos de la razón quieren destruir esta tradición. Quieren hacerlo destruyendo y corrompiendo la función argumentativa e incluso descriptiva del lenguaje humano mediante una regresión romántica a sus funciones emotivas, expresivas (se habla mucho de la autoexpresión) y, tal vez, estimulativas o indicativas. Notamos con claridad esta tendencia en cierto tipo de poesía, prosa y filosofía moderna —en una filosofía que no argumenta, porque no tiene problemas susceptibles de argumentación—. Los nuevos enemigos de la razón son a veces antitradicionalistas que buscan nuevas e impresionantes formas de autoexpresión o de "comunicación" y, a veces, tradicionalistas que

³⁷ La deconstrucción, popularizada por Jacques Derrida, es una estrategia de subversión de los supuestos significados de los textos. Lo que busca es poner de manifiesto la incapacidad de los mismos para servir como referencia o guía estable para el lector. Estando saturados de metáforas, los textos no admiten una lectura "buena", "correcta" o "mejor". DERRIDA, JACQUES: *Of Grammatology*, John Hopkins University Press, 1974.

³⁸ POPPER, KARL: *En busca de una teoría racional de la tradición*, Estudios Públicos, 9, 1983, p. 142.

ensalzan la sabiduría de la tradición lingüística. Ambos se basan implícitamente en una teoría del lenguaje que considera sólo la primera o, tal vez, la segunda de sus funciones (expresiva e indicativa, las que compartimos con los demás animales). En la práctica apoyan el abandono de la razón y de la gran tradición de la responsabilidad intelectual".³⁹

2.2.3. LA TRADICIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO

La tradición del constitucionalismo no es otra cosa que la historia de la lucha por colocar límites al poder y asegurar de manera institucional los derechos de las personas. Más concretamente, pues la lucha contra el abuso ha habido siempre, el constitucionalismo *stricto sensus* es una de las consecuencias históricas del nacimiento, desarrollo y posterior triunfo de las ideas y prácticas del liberalismo anglosajón (mediados del siglo XVII).⁴⁰

Existen, en todo caso, quienes cuestionan la filiación recién anotada. Rechazando el lenguaje y la política del liberalismo anglosajón, reivindican otras fuentes, remontando los orígenes del constitucionalismo al Medioevo católico o incluso a Aristóteles.⁴¹

³⁹ POPPER, KARL, op. cit., p. 142.

⁴⁰ Sobre el constitucionalismo, véanse los siguientes textos:

Los catedráticos españoles GREGORIO PECES-BARBA Y EUSEBIO FERNÁNDEZ han emprendido la tarea de coordinar una completa *Historia de los Derechos Fundamentales*. El tomo I, "Tránsito a la modernidad, Siglos XVI y XVII", fue publicado en 1998. El tomo II, en tres volúmenes, sobre el "Siglo XVIII", fue editado en 2001.

JELLINEK, GEORG; BOUTMY, EMIL; DOUMERGE, EMILE; POSADA, ADOLFO: *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

FIORAVANTI, MAURICIO: *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

RAKOVE, JACK (Editor). *Founding America. Documents from the revolution to the Bill of Rights*, Barnes & Noble Classics, Nueva York, 2006.

KEIR, SIR DAVID LINDSEY: *The constitutional history of modern Britain. 1485-1951*, Adam and Charles Black, London, 1953.

MURO MARTÍNEZ, JOSÉ: *Constituciones de España y de las demás Naciones de Europa*, La Publicidad, Madrid, 1881.

⁴¹ VILLEY, MICHEL: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitaria de Valparaíso, 1976, en especial en pp. 239-248. SOTO KLOSS, EDUARDO: "Lirismo constitucional o realismo político?", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 6, Nº 1-4, 1979, pp 361-373. BRAVO LIRA, BERNARDINO: "Honor, vida y hacienda. Estado de Derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI). Contrastes con el Rule of Law y régime de la loi Illustrado", *Revista de Derecho Público*, volumen 67, 2005, pp. 23-58.

Independientemente de la intención, sin embargo, muchas de estas narrativas alternativas son casi indistinguibles de las justificaciones o defensas del orden político despótico premoderno.⁴²

Sin perjuicio de otros antecedentes importantes, entonces, el constitucionalismo es inescindible de John Locke y se manifiesta con el triunfo de la Burguesía y el Parlamento ingleses sobre los poderes combinados de Monarca, Nobleza y Alto Clero.⁴³ A John Locke pertenece, en efecto, el honor de haber postulado los siete pilares del constitucionalismo:⁴⁴

1. Las personas tienen derechos anteriores al Estado.
2. Entre estos derechos, destacan la vida, la libertad y la propiedad.
3. Las personas constituyen los gobiernos con el objeto de asegurar precisamente tales derechos.
4. Los gobiernos funcionan sobre la base de poderes divididos y limitados.

⁴² Véanse los clásicos: DE BONALD, LOUIS: *Teoría del Poder Político y Religioso* (originalmente escrito en 1796), Tecnos, Madrid, 1988. DE MAESTRE, JOSEPH: *Consideraciones sobre Francia* (originalmente escrito en 1797), Tecnos, Madrid, 1990.

⁴³ Lo expresado no obsta a reconocer la importancia de la reflexión sobre el "buen gobierno" de autores católicos anteriores a John Locke. San Isidoro de Sevilla hizo suyo ya en el siglo VI d.C. el proverbio según el cual "Rex eris, si recto facias; si non facias non eris" (serás rey si obras rectamente; si no actúas así, no lo serás). Juan de Salisbury (siglo XII), Santo Tomás de Aquino (siglo XIII), Francisco de Vitoria y Francisco de Suárez (ambos de fines del siglo XV y principios del XVI) también reflexionan sobre la necesidad de un rey justo que cumpla con la ley y que, en caso de volverse tiránico, puede ser depuesto por la comunidad. Quentin Skinner reconoce que "Los filósofos tomistas de la Contrarreforma a menudo han sido considerados como los principales fundadores del constitucionalismo moderno y también del moderno pensamiento democrático. Suárez ha sido aclamado como 'el primer demócrata moderno'. Se ha elogiado a Belarmino por revelar 'las verdaderas fuentes de la democracia', y en general se ha dado crédito a los jesuitas por 'inventar' el concepto de contrato social y explorar por primera vez sus implicaciones para la teoría de la justicia. Desde luego, hay un elemento de verdad en estas afirmaciones". Más adelante, sin embargo, Skinner puntualiza que afirmar que estos escritores fueron los primeros originadores de una moderna visión "democrática" le parece una "considerable exageración". SKINNER, QUENTIN: *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, II. La Reforma, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª reimpresión, 1993, pp. 181 y 185.

⁴⁴ WOOTON, DAVID (editor): *Political Writings of John Locke*, Mentor, Canada, 1993.



5. Corresponde al Parlamento, integrado por representantes libremente elegidos por la comunidad, elaborar las leyes.

6. El gobierno debe sujetarse a la ley.

7. Cuando un gobierno traiciona su razón de ser, el pueblo tiene derecho a deponerlo.

Casi cien años después de Locke, sus ideas centrales fueron sintetizadas magistralmente en la "Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América" y en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". Dada su importancia, conviene recordar los párrafos más relevantes de éstos, los dos textos canónicos de la tradición:

"Nosotros sostenemos que las siguientes verdades son evidentes por sí mismas. Que todos los hombres son creados iguales, que ellos han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, y que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para asegurar estos derechos, los gobiernos son instituidos entre los hombres, derivando sus legítimos poderes del consentimiento de los gobernados. Que cuando quiera que una forma de gobierno contradiga estos fines, es el derecho del Pueblo alterarlo o abolirlo, instituyendo un nuevo gobierno..." (Declaración de Independencia, 1776).

"1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común.

2. El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir personalmente, o por medio de sus representantes, a su formación. La ley debe ser idéntica para todos, tanto para proteger como para castigar...

16. Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución". (Declaración de los Derechos, 1789).

Los extractos recién reproducidos, como se ha dicho, recogen la esencia de la tradición del constitucionalismo. La relación, más o

menos afín, con las ideas allí definidas permite identificar al conjunto de pensadores que forman el núcleo de esta tradición.⁴⁵ Precisada la esencia del constitucionalismo, también es posible reconstruir el

⁴⁵ La siguiente sería mi lista tentativa de los 40 autores principales de la tradición del constitucionalismo: Del Reino Unido (13): Sir Edward Coke, Francis Bacon, James Harrington, John Milton, George Savile (Marqués de Halifax), John Locke, William Blackstone, Edmund Burke, Thomas Paine, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Winston Churchill y Harold Laski. De Estados Unidos (7): Thomas Jefferson, Alexander Hamilton, James Madison, el juez Marshall, Abraham Lincoln, John Rawls y Ronald Dworkin. De Francia (7): Montesquieu, Voltaire, Benjamín Constant, Alexis de Tocqueville, Jean Jacques Rousseau, Jacques Maritain y Georges Burdeau. De Alemania (6): Immanuel Kant, Georg Jellinek, Hermann Heller, Karl Lowenstein, Hannah Arendt y Jürgen Habermas. De España (3): Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y José Ortega y Gasset. De Italia (2): Cesare Beccaria y Norberto Bobbio. De Austria (2): Hans Kelsen y Karl Popper. Un breve comentario sobre la selección. Dudé mucho, por diferentes razones, antes de incluir a Burke y a Rousseau. Titubeé al excluir a Hegel y a Max Weber. Lamenté dejar fuera, en el afán de priorizar, a James Mill, Ferdinand Lasalle, Woodrow Wilson, Maurice Hariau, Su Santidad Juan XXIII, Theodor Preuss, Charles de Gaulle, Robert Dahl y Louis Favoreau. No vacilé, finalmente, en excluir a Thomas Hobbes y a Carl Schmitt, los cuales, pese a ser, quizás, los pensadores jurídico-políticos más brillantes y esclarecedores, son, en la forma y en el fondo, enemigos del constitucionalismo.

El núcleo descrito define, en mi opinión, la línea fundamental de continuidad que liga 350 años de constitucionalismo. No puede negarse, por supuesto, que el Derecho Público ha experimentado importantes, y -en general- positivas, transformaciones en los últimos 60 años. Discrepo, sin embargo, de quienes piensan que estos cambios permiten contraponer un más reciente "constitucionalismo humanista" con un más antiguo "constitucionalismo del Estado". Según esta tesis, mientras el "constitucionalismo humanista" estaría volcado a la defensa y promoción de los derechos humanos, el "constitucionalismo del Estado" se habría concentrado, más bien, en la limitación del poder de los órganos estatales. Esta tesis, defendida entre nosotros por el profesor Miguel Ángel Fernández, junto con atribuir al constitucionalismo clásico un carácter más bien "ideal" o "programático", realza la eficacia normativa que, gracias a los Tribunales Constitucionales, alcanza el constitucionalismo moderno. FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL: "Bases de los Tribunales Constitucionales en el constitucionalismo humanista", en NOGUEIRA, HUMBERTO (editor): *Jurisprudencia Constitucional en Chile y América Latina*, LexisNexis, 2005, pp. 8-22. No puedo estar de acuerdo con los términos en que se hace la comparación. El constitucionalismo se ha definido, desde su origen, por una fuerte desconfianza en el poder político estatal y se ha comprometido, siempre, con los derechos del individuo y los auténticos valores del humanismo. Podemos pensar, por supuesto, que el iuspublicismo alemán de fines del siglo 19 y principios del 20 tendía a una peligrosa confusión entre Estado y Derecho. Podemos creer, además, que el constitucionalismo francés previo a 1958 confiaba demasiado en los Parlamentos. Nada de lo anterior, sin embargo, justifica que el entusiasmo por los desarrollos más recientes del Derecho Público, o por la Justicia Constitucional en particular, pueda llevarnos a relativizar las raíces históricas, liberales y democráticas, del constitucionalismo.

relato histórico de su génesis y desarrollo, identificándose sus hitos más significativos.⁴⁶

A juicio de Peter Haberle, uno de los más importantes iuspublicistas de la segunda mitad del siglo XX, la experiencia acumulada de casi 450 años de desarrollo teórico y práctico le permiten al constitucionalismo definir “un verdadero arquetipo de Constitución democrática. Dicho arquetipo se compone de elementos reales e ideales, estatales y sociales, todos ellos apenas localizables en el seno de un único Estado constitucional en forma simultánea, pero con tendencia a lograr un nivel de ‘ser’ lo más adecuado posible, y en vistas a un ‘deber ser’ óptimo”.⁴⁷

Ahora bien, pensando más concretamente en quienes están en el “negocio de la exégesis constitucional”, y ante la pregunta ¿Dónde se encuentran, en qué fuentes, los elementos efectivamente constitutivos de la tradición constitucional?, el propio Peter Haberle ofrece una respuesta, identificando un conjunto heterogéneo de “cristalizaciones u objetivaciones culturales” que proporcionan

⁴⁶ La siguiente sería mi lista tentativa de los 40 acontecimientos que han definido la tradición del constitucionalismo: *Documentos Legales* (18): Carta Magna (1215), Edicto de Nantes (1599), Acta de Hábeas Corpus (1679), Bill of Rights (1689), Declaración de Independencia (1776), Constitución de Filadelfia (1787), Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), “Marbury vs. Madison” (1803), Constitución Alemana de San Pablo (1849) Enmienda 14ª de la Constitución Norteamericana (1868), Constitución de México (1917), Constitución de Weimar (1919), Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Ley Básica de la REA (1949), “Brown vs. Board of Education” (1954), “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (1966), Pacto de San José de Costa Rica (1969), Tratado de Maastrich (1993).

Revoluciones o cambios políticos (9): Revolución Gloriosa (1688), Norteamericana (1775/80), Francesa (1789), Prohibición del tráfico de esclavos en el Imperio Británico (1807), Sufragio Universal masculino en el Reino Unido (1867), Sufragio Femenino (1918), Gandhi, Resistencia Pasiva e Independencia de la India (1919-1947), Caída del Muro (1989), Fin del Apartheid en Sudáfrica (1994).

Polémicas (7): Fray Bartolomé de las Casas contra Gonzalo Fernández de Oviedo (sobre la condición de los aborígenes de América), John Locke contra Sir Robert Filmer (sobre el derecho divino de los reyes); Thomas Paine contra Edmund Burke (sobre la revolución francesa), Los Federalistas contra los Antifederalistas (sobre la Constitución norteamericana), Lincoln contra Douglas (sobre la democracia y la esclavitud), Hans Kelsen contra Carl Schmitt (sobre el defensor de la Constitución) y Hart contra Lord Devlin (sobre la libertad y el paternalismo moral).

Juicios (6): a Tomás Moro (1535), a Giordano Bruno (1600), a Galileo (1633), el affaire Calas (1763), el affaire Dreyfus (1894-1906) y Nuremberg (1945).

⁴⁷ HABERLE, PETER: *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Tecnos, 2000, p. 33.

material más que suficiente para los efectos de una comprensión a fondo de la tradición. Resumiendo, las “cristalizaciones” posibles serían las siguientes:⁴⁸

a) Los textos que plasmen los resultados definitivos de la actuación de órganos públicos (leyes, decretos, sentencias, etc.).

b) Los textos que plasmen las posiciones de quienes han alegado ante el Estado previa la adopción de un resultado definitivo (Informes de parte, estudios de comisiones de alto rango, informes parlamentarios, etc.).

c) Los textos que plasmen las posturas de la sociedad sobre temas constitucionales (programas de partidos políticos, posición de iglesias, sindicatos, trabajos académicos, actitudes de vida de grandes personalidades, encuestas de opinión, etc.).

Todo este conjunto de ideas, documentos, fenómenos e instituciones están a disposición del intérprete. No puede dudarse que, ya sea que se trate de definir los contornos de los derechos, los límites posibles al pluralismo, las ventajas de la descentralización política o la importancia de la función judicial, por poner algunos ejemplos, la tradición del constitucionalismo constituye un valioso auxiliar hermenéutico. El intérprete de la Constitución debe aprovechar esta riqueza acumulada. Si bien ella no contiene respuestas específicas, puede, sin embargo, iluminar sobre el alcance de los derechos y la finalidad de las instituciones.

2.2.4. LA TRADICIÓN REPUBLICANA CHILENA

Existe, finalmente, una tercera tradición que puede, y debe, ser considerada por el intérprete de la Constitución Política. Nos referimos, ahora, a la forma concreta en que el constitucionalismo ha sido recogido en Chile.⁴⁹

Una revisión de la historia de Chile ayuda, en efecto, a identificar los hitos de esta evolución, así como las distintas formas en que se expresa concretamente la tensión entre autoritarismo y tradición republicana.⁵⁰ Afortunadamente, el examen de nuestra trayectoria

⁴⁸ HABERLE, PETER, op. cit., pp. 39-41.

⁴⁹ Muchas de las ideas que siguen ya se publicaron en mi *Tradición y modernidad en el Derecho*, V&V, Universidad Andrés Bello, 2004, pp. 68-74.

⁵⁰ Véanse, especialmente: CAMPOS HARRIET, FERNANDO: *Historia constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, 2005; JOCELYN-HOLT, ALFREDO: *La*

como nación independiente permite afirmar la existencia de una verdadera tradición constitucional que, coexiste, por supuesto, y en inestable relación dialéctica, con la permanente aspiración de asegurar un cierto estado de orden y seguridad.⁵¹

En este orden de ideas, y recordando nuestros orígenes republicanos, no puede olvidarse que uno de los hechos que exacerbó los ánimos autonomistas criollos previa la emancipación fue, justamente, un caso de detención arbitraria. Nos referimos a la decisión del gobernador Antonio García Carrasco, en mayo de 1810, y sobre la base de un sumario secreto con testigos anónimos, de detener y remitir a Lima para su juzgamiento a los vecinos de Santiago José Antonio Rojas, Juan Antonio Ovalle y Bernardo Vera y Pintado. La decisión provocó el rechazo general de los vecinos de Santiago. Luego de asambleas masivas, el gobernador debió renunciar, quedando el terreno abonado, objetiva y subjetivamente, para que tres meses después se constituyera la Junta de septiembre.

Constituida la Primera Junta de Gobierno, y entendiendo los vecinos de Santiago que debía recabarse el parecer de las demás localidades de Chile, procedió aquella a convocar a un Congreso de diputados que, en nombre del Pueblo, se constituyera en autoridad con "todo el decoro y consistencia que corresponde a esta importante porción de la España americana".⁵² El Congreso fue definido como "un cuerpo representante de todos los habitantes de este reino y, para que esta representación sea la más perfecta posible,

Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito, Biblioteca del Bicentenario, Planeta/Ariel, 3ª edición, 2001, en especial el Capítulo VII, pp. 197-242. ALVEZ, AMAYA: "El ideal republicano como principio jurídico-político en Chile. Evolución histórica y rol de la interpretación como modo de adecuación de la realidad", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 23, Edeval, Valparaíso, 1995, pp. 329-357.

⁵¹ Monseñor Raúl Silva Henríquez, Cardenal, Arzobispo y Abogado, destacaba este aspecto al sostener que el amor por la libertad y el respeto a la legalidad serían, ambos, elementos constitutivos de los que llamó, en recordada conferencia, "el alma de Chile". *El Alma de Chile*, Cieplán, 1986. Mucho antes de la emancipación, Alonso de Ercilla describió a los habitantes originarios como "gente que a ningún rey obedecen", insistiendo más adelante que la gente de Chile "es tan granada, tan soberbia, gallarda y belicosa, que no ha sido por rey jamás regida ni a extranjero dominio sometida", de ERCILLA, ALONSO: *La Araucana*, Editorial Andrés Bello, 1982, Canto I, pp. 11 y 12.

⁵² Reglas para la elección del Congreso de Diputados, 15 de diciembre de 1810. VALENCIA, LUIS: *Anales de la República*, tomo II actualizado, 2ª edición, 1986, Editorial Andrés Bello, pp. 1-4.

elegirán diputados los veinticinco partidos en que se halla dividido. El número de diputados de cada partido debe ser proporcionado a su población".⁵³

Y así fue que, entre los meses de febrero y mayo de 1811 se llevaron a cabo las elecciones en todas las circunscripciones. Las de Santiago, inicialmente previstas para el 1 de abril, tuvieron que postergarse para mayo en razón del intento de golpe realista encabezado por el Coronel Tomás de Figueroa.⁵⁴ Finalmente, el 4 de julio, Chile instaló su Congreso de Diputados, el primer Parlamento de Iberoamérica y uno de los más antiguos del mundo.

La preocupación por reconocer y proteger eficazmente los derechos individuales estuvo presente en los líderes autonomistas desde un primer momento. Así, el primer proyecto de Constitución encargado por el Congreso en noviembre de 1811 a Juan Egaña, recogería buena parte de las ideas centrales de Locke, Rousseau y Montesquieu, así como la retórica de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De este modo, el texto de Egaña afirma, textualmente: "La Constitución reconoce que todos los hombres nacen iguales, libres e independientes, que aunque para vivir en sociedad sacrifiquen parte de su independencia natural y salvaje, ellos conservan y la sociedad protege su seguridad y prosperidad y la libertad e igualdad".

El proyecto de Egaña contiene varias otras declaraciones que resultan de interés para el objeto de reconstruir la historia de la tradición constitucional chilena. En efecto, el texto detallaba un sistema de administración de justicia que incluía una Corte Suprema, vicarios provinciales y jueces de paz con competencia en lo civil y lo penal. El texto expresaba que "la Constitución reconoce que el hacer justicia a los pueblos es una de las principales garantías del

⁵³ De esta manera, a Santiago correspondían originalmente 6 diputados, a Concepción 3, Talca, Chillán y Coquimbo 2, y el resto uno. Cabe señalar que la asignación de escaños por ciudad fue la primera de las polémicas del nuevo Congreso. El problema se produjo cuando Santiago, disconforme con su cuota de seis, decidió, unilateralmente, elegir doce diputados al Congreso. Esta decisión de la capital fue duramente criticada por varios diputados de provincia, entre ellos O'Higgins, y también por el bando patriota o exaltado que había sido derrotado en los comicios santiaguinos.

⁵⁴ El juicio sumarísimo contra Figueroa y su inmediata ejecución generó una reacción adversa en la ciudad. El hecho de que una mayoría de los vecinos, haya rechazado el modo arbitrario y odioso con que se actuó, reafirma la existencia de una cierta conciencia de los derechos individuales.

pacto social en que se afianza la tranquilidad, la prosperidad y la seguridad”.

El anteproyecto, en palabras de Gonzalo Izquierdo, “de acuerdo con la declaración francesa y los postulados de Beccaria y Filangieri”, garantiza los derechos individuales en 16 artículos.⁵⁵

Nos hemos detenido en el primer anteproyecto de Egaña, generalmente ignorado o desdeñado, porque refleja algunas de las ideas en boga y anuncia varias de las fórmulas institucionales que se irán adoptando en las décadas siguientes.⁵⁶

Pocos meses después del trabajo de Egaña, José Miguel Carrera, ya instalado como dictador, designa una comisión para que prepare un texto constitucional. Esa propuesta, conocida como el Reglamento Provisional de 1812, contiene 8 artículos que contemplan garantías individuales.

Es sabido que en la redacción de este texto tuvo participación activa el Cónsul de Estados Unidos, Joel Poinsett. Quizás a él se deba que varias de las garantías recuerden vivamente algunas de las Enmiendas del Bill of Rights norteamericano. Así, por ejemplo, adviértase la similitud entre el artículo 16 y la 4ª Enmienda (utilizando ambas, por ejemplo, la expresión “causa probable”).

Aportando datos que confirman la conexión entre el desarrollo del incipiente constitucionalismo chileno y la reflexión humanista europea, Sebastián Donoso ha demostrado la influencia de Beccaria en los redactores del Reglamento de 1812.⁵⁷

Mientras tanto, la idea de un gobierno obligado a reconocer y respetar los derechos individuales se difundía. Por ejemplo, fray Camilo Henríquez escribía en 1813: “La seguridad consiste en la protección que concede la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión. Ninguno puede ser acusado ni preso sino en los casos determinados por la ley, y según el modo y forma que ella prescribe. Todo acto practicado contra un hombre fuera de los casos y formas prescritos por la ley, es arbitrario y tiránico”.⁵⁸

⁵⁵ IZQUIERDO, GONZALO: *Historia de Chile*, tomo II, p. 73.

⁵⁶ CASTILLO, VASCO y RUIZ, CARLOS: “El pensamiento republicano en Chile”, *Revista Ciencia Política*, volumen XXI, Nº 1, 2001, pp. 25-40.

⁵⁷ DONOSO, SEBASTIÁN: *Los derechos y garantías individuales en la evolución constitucional chilena*, Ediar Conosur, 2000.

⁵⁸ De su “Catecismo de los Patriotas”, citado en COLLIER, SIMON: *Ideas y políticas de la Independencia chilena, 1808-1833*, Editorial Andrés Bello, 1977, p. 148.

Expresiones análogas pueden encontrarse en documentos, discursos y cartas de contemporáneos como Manuel de Salas, José Miguel Infante y Bernardo O’Higgins. Coherentemente con lo anterior, las sucesivas Constituciones Políticas fueron recogiendo, cada vez con mayor y más preciso desarrollo, las principales garantías de la libertad personal.

La llamada Constitución liberal de 1828 representa la culminación de este proceso de reconocimiento creciente de las libertades individuales.

Ahora bien, frente al desarrollo de la tradición republicana, no es posible dejar de anotar, sin embargo, la posición de quienes identifican orden y seguridad con autoritarismo político y restricción de las libertades. Principal exponente de esta contratradición es, por supuesto, don Diego Portales.⁵⁹

⁵⁹ Me parece que ningún texto sintetiza mejor el ideario portaliano que una carta de don Diego a Antomo Garfías, que, fechada el 6 de diciembre de 1834, tiene la virtud de mostrar su pensamiento íntimo. Por lo mismo, vale la pena reproducirla *in extenso*: “A propósito de una consulta que hice a don Mariano, relativa al derecho que asegura la Constitución sobre prisión de individuos sin orden competente de juez, pero en los cuales pueden recaer fuertes motivos que traman oposiciones violentas al Gobierno, como ocurre en un caso que sigo con gran interés y prudencia en este puerto, el bueno de don Mariano me ha contestado no una carta sino un informe, no un informe sino un tratado, sobre la ninguna facultad que puede tener el Gobierno para detener sospechosos por sus movimientos políticos. Me ha hecho una historia tan larga, con tantas citas, que me he quedado en la mayor confusión, y como si el papelote que me ha remitido fuera poco, me ha facilitado un libro sobre el Hábeas Corpus. En resumen, de seguir el criterio del jurisperito Egaña, frente a la amenaza de un individuo para derribar la autoridad, el Gobierno debe cruzarse de brazos, mientras, como dice él, no sea sorprendido in fraganti.

Con los hombres de ley no puede uno entenderse; y así, para qué carajo sirven las Constituciones y papeles, si son incapaces de poner remedio a un mal que se sabe existe, que se va a producir, y que no puede conjurarse de antemano tomando las medidas que pueden cortarlo. Pues es preciso esperar que el delito sea in fraganti.

En Chile la ley no sirve para otra cosa que no sea producir la anarquía, la ausencia de sanción, el libertinaje, el pleito eterno, el compadrazgo y la amistad. Si yo, por ejemplo, apreso a un individuo que se está urdiendo una conspiración, violo la ley. ¡Maldita ley entonces si no deja al brazo del Gobierno proceder libremente en el momento oportuno! Para proceder, llegado el caso de delito in fraganti, se agotan las pruebas y contrapruebas, se reciben testigos que muchas veces no saben lo que van a declarar, se complica la causa y el juez queda perplejo. Este respeto por el delincuente o presunto delincuente, acabará con el país en rápido tiempo. El gobierno parece dispuesto a perpetuar una orientación de esta especie, enseñando una consideración a la ley que me parece sencillamente indígena. Los jóvenes aprenden que el delincuente merece más consideración que hombre probo; por



Aun cuando una parte de la clase dirigente coincidía con Portales en la necesidad de priorizar el orden y la seguridad pública, aun a expensas del pleno ejercicio de las libertades públicas, la mayoría no compartía su desprecio por las formalidades constitucionales y legales. Así se explica que, más allá de los cambios políticos, la Constitución Pelucona de 1833 haya permanecido fiel, en lo grueso, a los compromisos garantistas de la Carta Pipiola de 1828.

La preocupación permanente de Mariano Egaña, principal redactor de la mencionada Constitución de 1833, por garantizar los derechos de las personas se manifiesta en su interés por elaborar nuevas reglas procesales ("Las leyes Marianas", 1837).⁶⁰ El afán por conciliar orden y libertad, característico de nuestra tradición republicana, es, por otra parte, una constante en el pensamiento de Andrés Bello, para quien: "el mejor gobierno será el que presta confianza y seguridad a los ciudadanos respetando las leyes, y los deja gozar de la libertad".⁶¹

Me parece, en suma, que desde muy temprano el Chile republicano fue dando origen a una tradición constitucional respetuosa de las libertades y preocupada de evitar los abusos de poder.⁶² Incidiendo

esto los abogados que he conocido son cabezas dispuestas a la conmisericordia en un grado que los hace ridículos. De mí sé decirle que ¡Con ley o sin ella, esa señora que llaman Constitución, hay que violarla cuando las circunstancias son extremas! ¡Y qué importa que lo sea, cuando en un año la parvulita lo ha sido tantas por su perfecta inutilidad!

Escribí a Tocornal sobre este mismo asunto, y dígame usted lo que pienso. A Egaña que se vaya al carajo con sus citas y demostraciones legales. Que la ley la hace uno procediendo y sin espíritu de favor. A los tontos les caerá bien la defensa del delincuente; a mí me parece mal que se les pueda amparar en el nombre de esa Constitución, cuya majestad no es otra cosa que una burla ridícula de la monarquía de nuestros días.

Hable con Tocornal, porque él ya está en autos de lo que pienso hacer. Pero a Egaña dígame que sus filosofías no venían al caso ¡Pobre Diablo!

⁶⁰ Sobre Mariano Egaña véase: BRAHM, ENRIQUE: "Mariano Egaña: los inicios liberales y patriotas del jurista del régimen pelucón", Revista Chilena de Derecho, volumen 28, N° 3, julio-septiembre de 2001, pp. 593-598.

⁶¹ En SQUELLA, AGUSTÍN: "Andrés Bello: Ideas sobre el Orden y la Libertad", Estudios Públicos, N° 11, 1983, pp. 228-243; también véase: DOYHARGABAL, SOLANGE: "El pensamiento de Bello en el Derecho Penal", Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, N° 43, 1979, pp. 20-71.

⁶² Mi acercamiento al tema de la Tradición data de 1995; véase mi tesis para optar al Grado de Master en Derecho (LIM) por la Universidad de Harvard, dirigida por el profesor Richard Fallon ("The uses of tradition in American Constitutional Law", junio de 1995). Mis ideas preliminares sobre la tradición republicana chilena,

en este mismo tema, los profesores Pablo Ruiz Tagle y Renato Cristi han publicado recientemente un libro notable, *La República en Chile*, conteniendo el resultado de investigaciones realizadas en el período 2002-2005. Esta obra constituye, sin duda, el mejor esfuerzo que se haya realizado para analizar críticamente nuestra historia constitucional.⁶³ Especialmente iluminadores, a efectos del tópico que nos ocupa, resultan ser los capítulos I y IV. Ahora bien, y sin perjuicio de coincidir con muchas de las tesis de Ruiz Tagle y Cristi, no puedo dejar de anotar mis tres discrepancias fundamentales con ellos.

Mientras Ruiz Tagle y Cristi sostienen que, pese a ser el más sustancial de nuestros esfuerzos colectivos en materia de derecho, el constitucionalismo no habría alcanzado en Chile el rango de una tradición jurídica, sino que, más bien, señalan, ha sido "un esfuerzo individual, fragmentario y esporádico, que no se organiza como una transferencia sistemática de ideas entre generaciones"; yo creo que el constitucionalismo sí constituye una tradición. Sobre este punto, me remito a Simon Collier, Ricardo Donoso, Julio Heise, Leopoldo Castedo y Hernán Godoy, quienes, entre otros, han estudiado la manera en que las ideas centrales del constitucionalismo no sólo se han plasmado en textos legales sino que, además, se han incorporado en la cultura nacional.⁶⁴ Los demasiado frecuentes, y siempre dramáticos, brotes de autoritarismo no alcanzaron nunca, aunque fueran largos, a destruir la fuerza cultural de esta tradición.⁶⁵

na, por su parte, fueron escritas durante 1999. "Chile una década de restauración democrática", Cuadernos del Segundo Centenario, N° 13, Centro de Estudios para el Desarrollo, 2.000, pp. 47-61.

⁶³ RUIZ TAGLE, PABLO Y CRISTI, RENATO: *La República en Chile*, LOM Ediciones, 2006.

⁶⁴ COLLIER, SIMON: *Ideas y Política de la Independencia chilena, 1808-1833*, Editorial Andrés Bello, 1977; *La Construcción de una República, 1830-1865, Política e Ideas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005; DONOSO, RICARDO: *Las ideas políticas en Chile*, Fondo de Cultura Económica, Colección Tierra Firme, 23, México, 1946; HEISE, JULIO: *Historia de Chile. El Período parlamentario*, tomo I (Editorial Andrés Bello, 1974) y tomo II (Editorial Universitaria, 1982); CASTEDO, LEOPOLDO: *Resumen de la Historia de Chile, 1891-1925*, Zig-Zag, 1982; GODOY, HERNÁN: *La Cultura Chilena*, Editorial Universitaria, 1982.

⁶⁵ Una y otra vez, a lo largo del siglo XX, la fuerza cultural de la tradición constitucional se mostró más fuerte que el autoritarismo. Así, por ejemplo, y a pocos meses del golpe militar de septiembre de 1924, y cuando Arturo Alessandri convoca a una Comisión amplia para estudiar una nueva Constitución, prácticamente no hay ninguna voz que reniegue del ideario republicano. En 1952, el ethos constitucional fue lo suficientemente fuerte como para desplazar a quienes le sugerían,

Mi segundo desacuerdo con Ruiz Tagle y Cristi dice relación con la forma en que hacen depender los avances del constitucionalismo chileno, casi en exclusiva, del aporte de la Universidad de Chile, y del laicismo en general. El problema no es, por supuesto, que los autores reivindicuen la decisiva contribución de la Casa de Bello y del pensamiento liberal.⁶⁶ Lo que puede objetarse, a mi juicio, es el que los autores hayan menospreciado el papel que ha cabido a la Iglesia Católica, y a los católicos en general, en la configuración de nuestra tradición republicana.⁶⁷

al general Ibáñez que transformara su popularidad en caudillismo autoritario. La dictadura del general Pinochet, que impulsó grandes transformaciones sociales y económicas, no pudo, sin embargo, cambiar la cultura política chilena. Y así, comenzando en 1981, los estudiantes de las Universidades de Chile, Católica de Chile, de Concepción, de Valparaíso, Católica de Valparaíso y de Santiago, legítimos herederos y continuadores de la tradición republicana, comenzaron la reconstrucción de la institucionalidad democrática en cada uno de sus Centros de Estudio (estatutos, tribunales-calificadores, separación de funciones y reconocimiento de derechos a las minorías). Quienes habían tenido 8 o 10 años de edad cuando murió el régimen institucional democrático en 1973, proponían y aplicaban, una década después, listas de partido para el legislativo universitario y segunda vuelta presidencial. El testimonio de los padres y la enseñanza de los maestros, en liceos laicos y colegios católicos, habían mantenido viva la tradición. En lo personal, recuerdo que a mediados de 1979, en plena dictadura, y cursando yo 8º básico, un profesor de historia, radical, bombero y ovallino, nos enseñó, y con lujo de detalles, el sistema de la Cifra Repartidora. Lo que podía parecer en ese momento completamente inútil, era enseñado, sin embargo, como lo normal: aquello hacía lo cual Chile habría de volver. 6 años después, ya como estudiante de Derecho, yo recorría las salas de clases de la Universidad Católica explicando en las distintas carreras el complicado método D'Hont, con arreglo al cual se eligieron en 1985 los 100 miembros del Claustro Pleno Estudiantil.

⁶⁶ Nadie puede desconocer, o minimizar, dicho aporte. Véase: SERRANO, SOL: *Universidad y Nación*, Editorial Universitaria, Santiago, 1993. Esta misma historiadora, sin embargo, ha documentado la forma en que las leyes laicas de fines del siglo 19, lejos de encerrar al catolicismo en las sacristías, lo empujaron a un papel activísimo en la esfera pública (educación, cofradías, beneficencia, prensa, partido político, etc.). SERRANO, SOL: *¿Qué hacer con Dios en la República?*, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2008.

⁶⁷ Permítaseme, simplemente por vía ejemplar, mencionar algunos de los aportes del catolicismo chileno a la tradición republicana chilena: a) El catolicismo político chileno de fines del siglo 19 y principios del siglo 20, expresado fundamentalmente en el Partido Conservador, fue un activo defensor y promotor de las libertades de prensa, de asociación, enseñanza y electoral. El Partido Conservador, y no los liberales, se comprometió a fondo con la descentralización política (ley de la comuna autónoma de 1893) y con el sufragio femenino en todos los niveles. VALENZUELA, SAMUEL: *Democratización vía Reforma*, IDES, Buenos Aires, 1985. Sobre este aporte a la libertad véanse los nombres de Manuel Antonio Tocornal, Manuel

Mi tercera discrepancia se refiere al juicio que Ruiz Tagle y Cristi formulan sobre lo que denominan la Quinta República chilena, la que abarcaría desde 1990 hasta el momento en que publican su libro (fines de 2006). Los autores son categóricos para descalificar las credenciales democráticas y republicanas del orden institucional vigente. En su opinión, se trata de una Constitución "Gatopardo", que, pese a las reformas de 2005, seguiría presentando, esencialmente, los mismos rasgos neoliberales y autoritarios del texto original de 1980.⁶⁸ Discrepo de tal conclusión. Más allá de las críticas que pueda seguir mereciendo la Constitución Política, el efecto acumulativo de las reformas de 1989 y 2005 no puede ser caracterizado como un conjunto de cambios menores o cosméticos.⁶⁹

José Irrazábal, Carlos Walker Martínez, Abdón Cifuentes, Rafael Gumucio y Horacio Walker. b) Durante la dictadura militar del general Pinochet la Iglesia Católica y algunas denominaciones evangélicas tuvieron un rol fundamental en la defensa de los derechos humanos. Mientras el Cardenal Raúl Silva Henríquez y la Vicaría de la Solidaridad cumplían una tarea valiente y necesaria; la institución histórica laica por antonomasia, la Masonería, guardó un silencio lamentable y c) Desde su génesis en 1957, el Partido Demócrata Cristiano, de claras raíces en el mundo cultural católico, ha prestado, a través de algunos de sus líderes, un servicio activo a la defensa de las libertades públicas y a la restauración democrática y republicana (p. ej., Alejandro Silva Bascañán, Enrique Evans de la Cuadra, Francisco Cumplido, Patricio Aylwin, Máximo Pacheco, Jaime Castillo Velasco, etc.).

⁶⁸ RUIZ TAGLE, PABLO y CRISTI, RENATO: *La República en Chile*, LOM Ediciones, 2006, pp. 130-137.

⁶⁹ Sobre el particular, he planteado: "Las reformas constitucionales aprobadas en 2005 constituyen cambios amplios y profundos al Texto Fundamental. Las reformas están articuladas en torno a un eje central: completar el restablecimiento de las bases liberal-democráticas del régimen republicano chileno. Todas las modificaciones centrales (eliminación de los senadores designados, fin de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe y rediseño radical del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) responden, efectivamente, a una filosofía común. Se trata, ni más ni menos, que de erradicar del Código Político los últimos vestigios de la concepción autoritaria del constituyente de 1980.

Las reformas de 2005 fueron el resultado de un largo esfuerzo democratizador. Los fundamentos de los cambios pueden encontrarse ya en las primeras y fundadas críticas que el Grupo de Estudios Constitucionales (de los 24) dirigiera a la Constitución de 1980 en marzo de 1981. Las reformas aprobadas en 2005 no son muy distintas a las enmiendas propuestas al país en plena dictadura militar por el denominado Acuerdo Nacional (1986). No deja de llamar la atención, en todo caso, que hayan debido pasar casi 20 años desde el Acuerdo Nacional para que los defensores a ultranza de la llamada democracia protegida (principalmente la UDI) hayan finalmente aceptado la derogación de los enclaves autoritarios.

La existencia de esta modificación sustantiva no obsta, por supuesto, al hecho de que la actual Carta Fundamental conserva, sin modificación, algunos de los principios

2.3. EL TCCH Y LOS CRITERIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El intérprete de la Constitución debe adoptar algún criterio a efectos de poder evaluar el peso específico que reconocerá a los distintos materiales que se le ofrecerán como guía para su decisión: texto, historia fidedigna, jurisprudencia anterior, tradición, derecho comparado, etc. En las páginas que siguen se presentan algunos de los criterios que, sobre el particular, ha ido esbozando la jurisprudencia del TCCh.⁷⁰

a) La interpretación constitucional posee una especificidad propia y, por ende, no puede quedar sujeta, pura y simplemente, a las reglas de interpretación del Código Civil.

La primera tentación a la que está expuesto el intérprete chileno de la Constitución consiste en adoptar como metodología única y exclusiva el conjunto de reglas de hermenéutica que contiene el

del texto original de 1980. Podría discutirse largamente si, en un balance final, los elementos de continuidad son más o menos fuertes que los aspectos reformados. Lo importante, en mi perspectiva, es que el resultado global de las reformas es el abandono de un paradigma político: la llamada 'democracia protegida'.

En mi opinión, el tema de la continuidad o cambio puede ser enfocado también de otra manera. La verdadera continuidad histórica, me parece, es aquella que remite, no a la experiencia de los años setenta en Chile, sino que, más bien, es aquella que se reconoce en la historia larga de nuestra casi bicentenaria República. Desde este punto de vista, la reforma de 2005 nos devuelve a nuestro cauce natural, poniendo fin a un experimento político autoritario que nunca echó raíces en nuestra cultura política. Ni los senadores designados ni la inamovilidad de los Comandantes en Jefe podían perdurar en el país que tuvo el primer Congreso de América del Sur y que, sacrificio de Portales mediante, institucionalizara temporalmente sus Fuerzas Armadas.

Más que hablar de una 'nueva' filosofía constitucional, entonces, cabría decir que las reformas de 2005 han vuelto a instalar en la Constitución la 'vieja' filosofía constitucional de nuestra República, la de 1810, 1833, 1925 y 1988: la democracia". ZAPATA, PATRICIO: "Reformas del año 2005 a la Constitución Política de la República de Chile", Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, pp. 82-83. Véase también: ZAPATA, PATRICIO: "Génesis de una Reforma", en *La Reforma Constitucional*, LexisNexis, 2005, pp. 751-759.

⁷⁰ Véase: VALENZUELA, EUGENIO: "Criterios de Hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional", Cuadernos del Tribunal Constitucional. Enero 2005. Un poco más abajo, a propósito de la interpretación sistemática y finalista, se profundiza en los criterios hermenéuticos del TCCh.

Código Civil en sus artículos 19 al 25. En el caso de jueces y autoridades en general, tal parece ser, por lo demás, la única solución ajustada a Derecho. Mal que mal, el Código Civil es una ley, y, como tal, obliga a todos los órganos del Estado.

La idea de atar la interpretación constitucional a las reglas de la legislación común se ha planteado también en aquellos otros países cuyos Códigos Civiles contienen, igual que el chileno, reglas sobre interpretación. Es el caso, por ejemplo, de España, Austria e Italia.⁷¹ El problema de esta fórmula es que no resulta claro por qué razón la interpretación de las normas jurídicas supremas debiera someterse o subordinarse a reglas contenidas en normas jurídicas de jerarquía inferior. Algunos han intentado superar este problema sosteniendo derechamente que las reglas de interpretación, aun cuando formalmente estén ubicadas en una ley simple, serían, sin embargo, materialmente, parte de la Constitución Política.⁷²

La noción de constitución material resulta muy difícil de aceptar en nuestro Derecho. No queda claro, por lo demás, si esa especialidad le está reservada en exclusiva a las reglas redactadas por Andrés Bello, o si, también, sería extensiva a un conjunto nuevo de criterios que pudiera aprobar el legislador actual.⁷³

Es cierto, en todo caso, que las normas del Código Civil sobre la interpretación de las leyes tienen una naturaleza *sui generis*. Tanto así, que muchos dirían que, en verdad, no se trata de leyes. En efecto, y por el hecho de aspirar a mandar, prohibir o permitir sobre la forma en que se razona, estas normas presentan complejidades prácticas y teóricas no menores. Natural consecuencia de esta situación peculiar es el hecho de que no pueda impugnarse por la vía de la casación una errada interpretación sobre las normas de interpretación.

No obstante, y sin perjuicio de su especificidad evidente, las reglas de interpretación del Código Civil siguen teniendo jerarquía de ley

⁷¹ En el caso de España, por ejemplo, el Código Civil contiene desde 1974 una disposición que señala que "las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con su texto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

⁷² En España, Herrero de Miñón y Lucas Verdú habrían sostenido esta tesis. ALONSO, ENRIQUE: *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 80.

⁷³ Conviene anotar que en 1991 el entonces diputado Hernán Bosselín introdujo en la Cámara de Diputados una moción parlamentaria para sustituir las reglas de interpretación vigentes por otras distintas.



y, como tales, están sujetas a la supremacía constitucional. Por lo mismo, si la Constitución Política contuviere, explícita o implícitamente, sus propias reglas de interpretación jurídica, éstas debieran ser preferidas antes que las reglas del Código Civil.

El TCCh ha reivindicado expresamente la existencia de criterios de interpretación dimanados directamente de la Carta Fundamental, los que deben ser seguidos aun cuando aparecieren en conflicto con las reglas del Código Civil. Así, en "Restricción Vehicular", el TCCh señaló: "Que, una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes, no reciben aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del texto que se interpreta, 'pues a diferencia de las leyes ordinarias, la Constitución es una superley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho' (Lucas Verdú, Pablo, 'La interpretación Constitucional', Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, p: 143)".⁷⁴

En la misma sentencia citada, el TCCh recuerda que "aunque resulte obvio decirlo, la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil"⁷⁵.

b) Las palabras que utiliza la Constitución Política pueden tener varios significados posibles. Para la elección de uno u otro deben

⁷⁴ 26 de junio de 2001, Rol 325, Considerando 13.

⁷⁵ En su voto disidente en "Funciones críticas" (28 de julio de 1998, Rol 276, RF v4-p. 286), los Ministros Colombo, Verdugo y Álvarez habían afirmado que "la doctrina y la jurisprudencia comparada y de este propio Tribunal han precisado con mucha claridad que la interpretación se rige por principios diferentes a los de la interpretación de la ley en general, todos los cuales no son del caso entrar a recapitular en esta sentencia".

considerarse el contexto en que se emplea el término y el objetivo o ratio legis de la norma constitucional.

El primer problema que debe resolver el TCCh, en cuanto intérprete jurídico, consiste en determinar el significado de las palabras que utiliza la Carta Fundamental.

La dilucidación del sentido de las palabras, sin embargo, es un asunto bastante más complejo de lo que parece a primera vista. En efecto, en la Constitución Política las palabras pueden tener hasta tres distintos tipos de significados: el "natural y obvio", el "técnico" y el "jurídico-constitucional".

Toca al intérprete la difícil tarea de determinar, para cada caso concreto, en cuál de los tres sentidos indicados ha de ser tomada una determinada palabra de la Carta Fundamental.

La noción del sentido "natural y obvio" es introducida en nuestro Derecho por Andrés Bello. En efecto, en el artículo 20 del Código Civil de 1857 se consigna: "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras".⁷⁶

En el medio jurídico chileno existe una fuerte predisposición a identificar este sentido "natural y obvio" con las definiciones contenidas en el Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española.

Más aún, la referencia al citado Diccionario se ha transformado en una práctica generalizada entre jueces y abogados. No es extraño, entonces, que las sentencias del TCCh recurran frecuentemente al Diccionario de la Real Academia Española para los efectos de definir el sentido de las palabras de la Constitución y la ley.⁷⁷

⁷⁶ La inspiración de Bello parece encontrarse en el Código Civil de Lousiana de 1825, en cuyo artículo 14 se dispone: "Las palabras de una ley serán entendidas en su sentido más conocido y usual, sin atender tanto al preciosismo de las reglas gramaticales como al uso general y popular de las palabras". DUCCI, CARLOS: *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1977. Es difícil precisar la fuente de este criterio de hermenéutica, pero no deja de llamar la atención que ya en 1625 Hugo Grocio, en su monumental "Derecho de la Guerra y de la Paz", afirme, aludiendo a la interpretación, que "No existiendo un elemento que sugiera una conclusión distinta, las palabras deben ser entendidas en su sentido natural, no tanto en consideración a su sentido gramatical... sino de acuerdo a su uso corriente". GROCIO, HUGO: *The Law of War and Peace*, The Bobbs-Merrill Co. Inc., USA, 1925, p. 409.

⁷⁷ Así, por ejemplo, se recurrirá expresamente al Diccionario de la Real Academia Española para definir las siguientes palabras: "duración" (Sentencia del 26 de noviembre de 1981, Considerando 8°); "planta" (Disidencia de 24 de septiembre de 1982,



En apoyo de esta práctica puede señalarse que el uso de las definiciones de la Real Academia Española garantiza certeza y estabilidad en el significado de las palabras, evitándose los riesgos que presentan los localismos, el desuso, las nuevas acepciones o las variaciones idiomáticas.

El reconocimiento más o menos formal de un léxico uniforme impide, además, que cada intérprete dé a las palabras el sentido que a él le parezca subjetivamente como el más natural.

Pese a lo anterior, sin embargo, la utilización acrítica del Diccionario de la Real Academia Española puede llegar a presentar ciertos inconvenientes.

No parece razonable que en una materia tan compleja y especializada como la hermenéutica constitucional se deba aceptar la validez absoluta y mecánica de un conjunto de definiciones elaboradas con criterios y fines distintos a los propios de la Ciencia del Derecho.⁷⁸

razón 4ª); "propagar" (Sentencia de 2 de junio de 1983, Considerando 9º); "adherente" (Sentencia de 31 de enero de 1985, Considerando 27); "propugnar" (Disidencia de 31 de enero de 1985, razón 5ª); "expresa" y "completamente" (Sentencia de 4 de diciembre de 1984, Considerando 4º); "operación", "misma" y "naturaliza" (Disidencia de 8 de abril de 1985, Razón 9ª); "suspender", "restringir" y "del todo" (Sentencia y Disidencia de 7 de junio de 1985, Considerando 3º y Razones 3ª, 4ª y 8ª); "ocasión" (Disidencia de 24 de septiembre de 1985); "tramitar" (Disidencia de 18 de enero de 1990, razón 3ª); "básicas" (Sentencia de 15 de febrero de 1990, Considerando 4º), y "regular" (Sentencia de 21 de abril de 1992, Considerando 9º).

⁷⁸ Hace casi treinta años, el profesor Alfredo Etcheberry planteaba objeciones al uso acrítico del Diccionario de la Real Academia Española. De acuerdo a Etcheberry: "...es cosa sabida que el Diccionario de la Lengua Española, en su afán de proteger el esplendor lingüístico, es muy conservador en cuanto a la admisión de nuevos vocablos y camina con muchos años de retraso con relación al uso general de los mismos. Además, el diccionario es hecho en España y fundamentalmente para los españoles; pese a que en los últimos tiempos se ha dado cabida a las voces americanas, lo dicho sigue siendo cierto. Las palabras españolas tienen a veces en Chile un sentido o matiz diferente de los que tienen en España". ETCHEBERRY, ALFREDO: *Derecho Penal*, Santiago, 1965, p. 84.

En el mismo sentido se manifiesta el profesor Enrique Cury, quien, comentando la identificación entre sentido "natural y obvio" y las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española, señala: "...este punto de vista me parece equivocado, en primer lugar, porque difícilmente sería posible sustentar que, en caso de apartarse de las significaciones más populares, pueda sostenerse que son más naturales y, sobre todo, "obvias" las estereotipias por lo general algo anquilosadas de dicho Diccionario". A juicio de Cury: "...debe entenderse que el sentido natural y obvio de las palabras es aquel que se les concede en el uso común de las mismas". CURY, ENRIQUE: *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 153-154.

En efecto, los conceptos constitucionales están cargados de connotaciones ideológicas, históricas, políticas y sociales, escapando, por ende, a los criterios propios de cualquier diccionario.

Ningún diccionario, por lo demás, puede evitar quedar atrasado respecto al desarrollo siempre dinámico que tienen los idiomas.

El verdadero sentido "natural y obvio", entonces, será aquel efectivamente asumido por la comunidad en que las normas respectivas han de regir. Desde esta perspectiva, los diccionarios indudablemente son un elemento que debe ser considerado, pero al estudio de éstos deberá agregarse el examen de los usos lingüísticos de la comunidad.⁷⁹

Distinto al sentido natural y obvio, es el significado "técnico de las palabras". De acuerdo al artículo 21 del Código Civil: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".⁸⁰

Esta regla tiene gran importancia práctica para la interpretación de la Constitución. En efecto, son numerosos los conceptos técnicos incorporados en el texto constitucional.⁸¹

⁷⁹ ZAPATA, PATRICIO: "Interpretación de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 17, Nº 1, 1990, p. 162.

⁸⁰ El criterio citado reproduce casi literalmente el artículo 15 del Código Civil de Louisiana de 1825. Resulta de interés indicar que Grocio en la obra citada más arriba dice al respecto: "En el caso de los términos técnicos, que la gente escasamente entiende, se utilizará la explicación de aquellos que sean expertos en ese arte particular". GROCIO, HUGO: *The Law of War and Peace*, The Bobbs-Merrill Co. Inc., USA, 1925, p. 410.

⁸¹ La mayoría de los conceptos técnicos proviene de la Ciencia Jurídica: a) Del Derecho Administrativo provienen los conceptos "descentralización" (artículo 3º) y "desconcentración" (artículo 103); b) Del Derecho Penal, las palabras "amnistía" (artículo 9º), "indulto" (artículos 9º y 32, Nº 16), "pena aflictiva" (artículos 16 y 17), "delito flagrante" (artículos 19, Nº 7; 58 y 78), "confiscación" y "comiso" (artículo 19, Nº 7); c) Del Derecho Laboral, los conceptos "negociación colectiva" y "huelga" (artículo 19, Nº 16); d) Del Derecho de Seguridad Social, los términos "derechos previsionales" (artículo 19, Nº 7), "cotizaciones" (artículo 19, Nº 18) y "jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia" (artículo 32, Nº 13); e) Del Derecho Tributario, la locución "tributos" (artículo 19, Nº 20); f) Del Derecho Internacional, los conceptos "tratados" (artículos 5º, 32, Nº 17, y 50, Nº 1), "embajadores y ministros diplomáticos" (artículo 32, Nº 10) y "agente diplomático" (artículo 56).

Pero la Constitución también recogió conceptos propios de otras ciencias. Son términos propios de la Medicina: "Acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo" (artículo 19, Nº 9), "salubridad pública" (artículo 19, Nºs 16 y 24) y "enfermedad" (artículo 29). De la Ecología derivan los términos "medio ambiente" y "contaminación" (artículo 19, Nº 8). Proviene de la Geología, por último, los conceptos "covaderas", "arenas metalíferas", "salares", "depósitos de carbón", "hidrocarburos", "sustancias fósiles" y "arcillas superficiales" (artículo 19, Nº 24, inciso 6º).

Existen, por último, ciertos casos en que el sistema de fuentes constitucionales otorgará a una palabra un sentido específicamente "jurídico-constitucional" distinto al "natural y obvio" y al "técnico".

Es posible, en primer lugar, que sea la propia Constitución la que conceptualice el significado de un término.⁸²

En otros casos, el sentido constitucional específico de un vocablo, si bien no es definido ni conceptualizado expresamente por la Carta Fundamental, puede desprenderse del examen del contexto y de los valores de la Constitución.⁸³

⁸² Un caso de definición o concepto constitucional se presenta en relación con el concepto de "bien común". De acuerdo a la Constitución, éste consiste en el conjunto de "condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible" (artículo 1º, inciso 4º). Otro ejemplo de definición o concepto constitucional se produce respecto al término "función social" de la propiedad. En efecto, la propia Constitución se preocupa de precisar que "ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental" (artículo 19, Nº 24). Un tercer caso de definición o concepto constitucional lo constituye la descripción de las "municipalidades" que hace el artículo 107, al señalar que "son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna".

⁸³ La palabra "persona", por ejemplo, tiene en el contexto de nuestra Constitución un significado distinto y más amplio que aquel que le reconoce el derecho privado. Para el Derecho Civil, la persona es el ser humano nacido. A esta conclusión se llega a partir de las disposiciones del Código Civil referentes al punto.

Para el Derecho Constitucional, en cambio, son "personas" todos los seres humanos desde el momento de su concepción. Esta conclusión está en perfecta armonía con el hecho de que cuando la Constitución "asegura a todas las personas" un conjunto de derechos (artículo 19) lo hace respecto de toda persona humana, sin hacer distinción. La Constitución Política no define expresamente a esta "persona" —destinatario único de su servicio—, pero nos recuerda que ésta "nace libre e igual en dignidad y derechos". Quizás la mención más reveladora es aquella que alude a la "realización material y espiritual" de la persona humana. Cada uno de estos seres libres e iguales, a la vez espirituales y materiales, es acreedor a la protección del derecho. Es evidente, entonces, que, aceptando la naturaleza humana del que está por nacer, para la Constitución de 1980 el embrión es una persona, que goza, por ende, de todos los derechos que la Constitución reconoce y protege.

El análisis del contexto de la Constitución de 1980 nos permite, entonces, afirmar que el concepto constitucional de "persona" difiere del legal, pues comprende a quienes están por nacer. ZAPATA, PATRICIO: "Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno", Revista Chilena de Derecho, volumen 15, Nºs 2-3, mayo-diciembre de 1988.

Algo similar ocurre con el concepto "hogar" (artículo 19, Nº 5). Según el Diccionario de la Real Academia Española, "hogar" es "casa o domicilio", es decir, vivienda donde habita o se hospeda de manera estable una persona o

La triple clasificación sobre el sentido en que la Constitución utiliza las palabras, pese a ser útil, no alcanza a resolver todos los problemas. En efecto, ya sea que se trate del sentido natural y obvio, técnico o constitucional, puede ocurrir que una palabra admita más de un significado.

Ahora bien, respecto de la situación descrita, el TCCh ha señalado que "siempre debe preferirse aquel que mejor se aviene con la finalidad perseguida por la norma, obtenida del contexto de la Constitución o de los antecedentes que se tuvieron en vista para establecerla, cuidando siempre que ella armonice con principios tan fundamentales como los contenidos en los artículos I, IV, V, VI, VII de nuestra Carta Fundamental".⁸⁴

c) Existen situaciones en que el TCCh puede recurrir a la historia fidedigna como un elemento interpretativo auxiliar que le permita discernir con mayor precisión el sentido objetivo de la norma en examen.

En efecto, hay ciertos casos en que los antecedentes históricos de una determinada norma jurídica son un valioso elemento auxiliar para los efectos de precisar su verdadero sentido y alcance.

Este pareciera ser, por lo demás, el criterio recogido por el Código Civil chileno cuando autoriza, en caso de un precepto oscuro, que se recurra a "la intención o espíritu de la ley, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Desde esta perspectiva, parece razonable que el intérprete constitucional recurra a los documentos en que se recogen las razones que impulsaron la tarea del constituyente.

El propio TCCh ha escogido este camino en más de una oportunidad. En el ya citado "Restricción Vehicular", el Tribunal señala que en algunos casos es "necesario e indispensable indagar sobre el origen de las normas o sus evidencias intrínsecas con el objeto de saber con

una familia. El propio Código Civil le atribuye dicho significado cuando alude en el artículo 63 al "hogar doméstico". Este es, por lo demás, el uso general de la palabra.

Para el Derecho Constitucional chileno, en cambio "hogar" equivale a "recinto privado" y abarcará, por tanto, no sólo a la vivienda de la familia, sino que también a las oficinas, los lugares de trabajo, los hoteles y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso de público o de bien nacional de uso público. EVANS, ENRIQUE: *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1986, p. 176.

⁸⁴ "Restricción Vehicular", de 26 de junio de 2001 (Rol Nº 325).



certeza jurídica cuál es la finalidad de los preceptos en análisis”.⁸⁵ Ahora bien, es indispensable no confundir el recurso a la historia fidedigna con el “originalismo” que, como se verá más adelante, constituye un uso exagerado, y cuestionable, del elemento histórico. También en “**Restricción Vehicular**”, el TCCh defendió el empleo de los antecedentes históricos explicando que “resta señalar que el sistema interpretativo empleado se funda en antecedentes históricos fidedignos del establecimiento de las normas en estudio y en hechos reales y objetivos que fueron sucediéndose en el tiempo durante la gestación de la Constitución y que culminaron con su texto actual, después de las reformas que se le han introducido desde su entrada en vigencia y no en apreciaciones subjetivas no razonables”.⁸⁶

d) La Constitución Política debe ser interpretada de manera sistemática, de modo que cada una de sus partes sea entendida como un elemento útil y relevante dentro de un sistema coherente.

Este es, sin duda, uno de los criterios interpretativos invocados más frecuentemente en la jurisprudencia del TCCh.

Ya el 9 de noviembre de 1981, el TCCh se refería a la “correspondencia y armonía” que debe existir entre las distintas oraciones de un mismo precepto, asociando esta idea a “clásicos principios de hermenéutica jurídica”.⁸⁷

En enero de 1985, el TCCh vuelve a aludir a la “debida correspondencia y armonía que debe existir entre los diversos preceptos de la Carta Fundamental”.⁸⁸ Nueve meses después, el TCCh profundiza aún más este concepto al expresar que “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella”.⁸⁹

⁸⁵ 26 de junio de 2001, Rol 325, Considerando 14.

⁸⁶ 26 de junio de 2001, Rol 325, Considerando N° 29.

⁸⁷ “**Concesiones Mineras**”, 9 de noviembre de 1981, Rol 5, Considerando 2. Conviene anotar que el mismo fallo cita una sentencia de la Corte Suprema según la cual: “el sentido de una ley no resulta de un precepto considerado aisladamente, sino del conjunto de prescripciones de la misma naturaleza que se refieren a una misma institución”.

⁸⁸ “**Requerimiento contra MDP**”, 31 de enero de 1985, Rol 21, Considerando 17.

⁸⁹ “**Tribunal Calificador de Elecciones**”, 28 de septiembre de 1985, Rol 33, Considerando 19.

La jurisprudencia posterior del TCCh recogerá una y otra vez tanto la idea de la “armonía contextual” como la noción de “eficacia de las normas”.⁹⁰

2.4. EL “LITERALISMO”

Para todo intérprete constitucional la determinación del significado de las palabras constituye un paso primero e indispensable en la función general de precisar el significado de las normas. Existe, sin embargo, un método de interpretación que exagera esta importancia y termina identificando, sin más, el tenor literal de las palabras con el sentido de las normas. Se trata del llamado “literalismo”.⁹¹

En su favor, el “literalismo” puede esgrimir, a lo menos, dos argumentos:

El apego estricto a los términos empleados por el constituyente o el legislador sería la consecuencia lógica de reconocer en aquél el legítimo representante de la voluntad soberana. Más aún, cualquier intento del Tribunal por apartarse del texto encierra, a juicio del literalismo, un desconocimiento de las potestades y competencia del autor de las normas.

La sujeción al tenor de los textos garantizaría la estabilidad y la predictibilidad en las interpretaciones. Se reducirían, de esta manera, los márgenes para las “sorpresas” y los giros jurisprudenciales inesperados. Más aún, la interpretación literal impediría que los jueces pudieran recurrir a valoraciones subjetivas para precisar el sentido y alcance de las normas.

En contra del “literalismo”, por su parte, se plantean dos tipos de objeciones fundamentales:

Reducir el sentido de los preceptos constitucionales a su mero tenor literal significa ignorar el carácter político, histórico y cultural de dichas normas. Tal postura, además, constituye una manera simplista de entender el fenómeno hermenéutico.

⁹⁰ Véanse, entre otros: “**Partidos Políticos**”, 24 de febrero de 1987, Rol 43, Considerando 50, “**Juntas de Vecinos**”, 14 de mayo de 1991, Rol 126, Considerando 6, y “**Restricción Vehicular**”, 26 de junio de 2001, Rol 325, Considerando 10.

⁹¹ Enrique Alonso García define al “literalismo” como “una corriente de interpretación que estima que el lenguaje de la Constitución en sí mismo es lo único a lo que hay que atender”. ALONSO, ENRIQUE: *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 91.



El "literalismo" no resuelve los problemas que plantea la determinación del sentido de los preceptos de "textura abierta", "indeterminados" o de "geometría variable". En aquellos casos, y dada la generalidad de la norma (muchas veces inevitable en una Constitución), el intérprete necesitará especificar el sentido literal, para lo cual deberá recurrir a elementos tales como la finalidad, el contexto o la historia.⁹²

Conviene cerrar esta breve reflexión sobre el "literalismo" examinando una sentencia del TCCh que adoptó un enfoque literalista.

"Votaciones Populares (III)"

12 de mayo de 1989

Rol N° 67; R.E.J. v2-p. 181

La Constitución Política de 1980 establece en su propio texto la composición de las Cámaras legislativas.⁹³ La determinación del sistema electoral parlamentario, sin embargo, ha sido encomendada al legislador orgánico.⁹⁴

⁹² En nuestro país, Jorge Tapia critica el "literalismo" expresando "la insuficiencia de tal medio de interpretación queda de manifiesto con sólo considerar las variaciones de significado del lenguaje y la dependencia en que se encuentra cada norma respecto del sistema u ordenamiento de que forma parte". TAPIA, JORGE: *Hermenéutica Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1973, p. 21.

⁹³ El artículo 43 de la Carta Fundamental establece que "la Cámara de Diputados está integrada por 120 miembros elegidos en votación directa...". El artículo 45 de la Constitución, por su parte, indica que "El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las trece regiones del país... A cada circunscripción corresponde elegir dos senadores".

⁹⁴ El artículo 18 de la Constitución Política establece: "Habrá un Sistema Electoral Público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento...".

Por Sistema Electoral Público debe entenderse aquel conjunto de instituciones y normas que hacen posible que el electorado ejerza periódicamente su derecho a sufragio, y que dicho ejercicio genere efectivamente los efectos buscados por la voluntad ciudadana.

El Sistema Electoral Público, así definido, comprende los siguientes aspectos:

a) Un Registro Electoral actualizado y permanente de todos los ciudadanos con derecho a participar en los actos electorales (materia regulada por la ley orgánica constitucional 18.556).

b) Un servicio público encargado de administrar el referido Registro de inscripciones electorales y de proporcionar los locales y recursos materiales para la realización material del acto electoral (materia reglamentada por la ley orgánica constitucional 18.556).

En 1984, tres años después de la entrada en vigencia de la Carta Fundamental, el gobierno del general Pinochet designó una Comisión de especialistas encargada de elaborar la legislación complementaria de carácter político. Desde que la Comisión inició su trabajo, pudo advertirse que uno de los temas más polémicos y delicados era la definición de la forma en que habrían de ser elegidos los 120 miembros de la Cámara de Diputados.⁹⁵

Hacia fines de 1987, y después de ponderar varias fórmulas alternativas, la Comisión de Estudios optó por proponer la creación de sesenta distritos electorales que eligen dos diputados cada uno ("Binominalismo"). El trazado específico de los sesenta distritos, por su parte, sólo sería resuelto después del Plebiscito de 1988.⁹⁶

En abril de 1989, la Junta de Gobierno dio su aprobación a las normas propuestas por el Ejecutivo. Inmediatamente a continuación, le correspondió al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la constitucionalidad de los cambios aprobados.

c) Un procedimiento de votación y un sistema electoral que reglamenten la forma en que se expresa y los efectos que tiene la voluntad popular (cuestión regulada por la ley orgánica constitucional 18.700).

d) Un órgano independiente e imparcial encargado del cómputo definitivo y calificación de los sufragios (materia reglamentada por la ley orgánica constitucional 18.460).

e) Un estatuto jurídico que reglamente la actividad de los partidos políticos (materia reglamentada por la ley orgánica constitucional 18.603).

Por otra parte, los artículos 43 y 45 de la Carta Fundamental encargan a una ley orgánica la determinación de los distritos y circunscripciones electorales.

⁹⁵ Algunos antecedentes sobre el estudio de sistemas electorales alternativos para Chile pueden encontrarse en: Revista de Ciencia Política publicada por la Universidad Católica de Chile, edición especial de septiembre de 1988, con trabajos de José Luis Cea, Raúl Bertelsen, Tomás Moulán, Francisco Cumplido y Francisco Bulnes.

También sobre "Sistemas Electorales": CEA, JOSÉ LUIS: "Ciudadanía, sufragio y sistema electoral", Revista Chilena de Derecho, volumen XVI, N° 1, 1989; CRUZ COKE, CARLOS: "Análisis del Futuro sistema Electoral", Política, N° 6, 1984, y NOGUEIRA, HUMBERTO: "Consideraciones sobre los sistemas electorales", XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988, pp. 171-182.

⁹⁶ Con posterioridad a dicho Plebiscito, el gobierno introdujo varios cambios al diseño distrital propuesto previamente por la Comisión de Estudios sobre leyes orgánicas. De esta manera, en el proyecto definitivo se le restaron 10 diputados a las Regiones Metropolitana y Octava. A las Regiones Primera, Tercera, Cuarta, Sexta y Novena, en cambio, se les asignaron diez parlamentarios adicionales.



Respecto a la configuración de los distritos electorales y a su carácter binominal, un grupo de profesores de Derecho Público solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de las normas respectivas, por cuanto éstas atentarian contra los principios de representatividad democrática e igualdad en la participación.⁹⁷

En “**Votaciones Populares (III)**”, sin embargo, el Tribunal Constitucional declara la conformidad con la Constitución Política tanto del sistema electoral como del diseño de los distritos electorales contenidos en el proyecto.

Para arribar a su conclusión, “**Votaciones Populares (III)**” se apoya exclusivamente en el análisis literal de la Constitución Po-

⁹⁷ El escrito en cuestión fue presentado por los profesores Carlos Andrade, Francisco Cumplido, Humberto Nogueira, Jorge Precht, Germán Urzúa y Mario Verdugo.

En la presentación se afirma que para los efectos de diseñar los distritos electorales el legislador se encuentra sujeto a las normas constitucionales que establecen la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional (artículo 1^º), el carácter democrático de la República Chilena (artículo 4^º), la igualdad del sufragio (artículo 15) y la igualdad en y ante la ley (artículo 19 N^º 1 y 2).

Del “**Téngase Presente**” se desprende que “Es por lo tanto imprescindible para cumplir con el mandato constitucional no sólo que cada ciudadano disponga de un sufragio de igual valor al de cualquier otro ciudadano, sino que, a la par, cada sufragio tenga la misma posibilidad de ganar o tener éxito, es decir, que tenga un poder igualitario en el resultado, o igualdad de oportunidades para decidir quiénes son las autoridades elegidas”.

La presentación incluye un anexo estadístico en que se muestran las “muy significativas diferencias poblacionales por distrito electoral”. En base a tal análisis estadístico el escrito destaca los casos de desproporción más notables: “... si asignamos valor 1 al distrito con menor población (distrito 59) a la población del distrito 18 (Comunas de Cerro Navia, Quinta Normal y Lo Prado) le correspondería un valor 5,58, y ambos distritos eligen, sin embargo, los mismos 2 diputados. Si se entiende que para los efectos estadísticos el distrito 59 (Comunas de Coyhaique, Aysén, General Carrera y General Prat) es atípico, podemos tomar como distrito de menor población el distrito 15 (Provincia de San Antonio y Comuna de Casablanca) y asignarle valor 1, en cuyo caso a la población del distrito 18 le correspondería un valor de 3,43, eligiendo ambos 2 diputados cada uno”.

A juicio del “**Téngase Presente**”, tal desproporción rebasa, con mucho, los límites que razonablemente pueden ser tolerados. Agrega el libelo: “Si tomamos países con sistemas mayoritarios y examinamos la jurisprudencia de los órganos de control de Constitucionalidad, encontramos en ellos una constante repulsa por inconstitucionalidad de las diferencias distritales de tal envergadura. Mientras en el sistema propuesto la diferencia promedio de población de los distritos electorales es de 49,1% en el proyecto de ley en estudio, en Francia sólo se tolera el 20% y en Alemania el 30% (1 a 1,2 en Francia; 1 a 1,3 en Alemania). De aplicarse el criterio del Tribunal de Karlsruhe al caso chileno en estudio, 40 de los 60 distritos serían declarados inconstitucionales por no igualitarios y de aplicarse el criterio francés, 49 sobre 60 distritos (más del 80% de los distritos) también lo serían.

lítica. Sobre esa base, la sentencia postula que el legislador tiene plena libertad para configurar a su arbitrio el sistema electoral y los distritos electorales.

En efecto, respecto al sistema electoral, “**Votaciones Populares (III)**” expresa: “La Constitución de 1980, al dejar por entero entregado al legislador de la ley orgánica constitucional el sistema de elección de los diputados y senadores, se apartó del criterio que contemplaba el artículo 25 de la Constitución anterior, que establecía que en dichas elecciones se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos”.

De acuerdo al fallo, por tanto, no existe ningún marco constitucional a que deba sujetarse el legislador al establecer el sistema electoral. Su “autonomía”, en esta materia, sería total.⁹⁸

Más aún, “**Votaciones Populares (III)**”, justificando el sistema mayoritario contemplado en el proyecto de la Junta de Gobierno, cree pertinente referirse al “espíritu del constituyente”, indicando: “el constituyente —según consta de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución N^º 337 y siguientes estimó que (la proporcionalidad) conducía a una creciente proliferación de los partidos políticos, con perjuicio de la estabilidad democrática”.

En cuanto a la configuración de los distritos electorales, la sentencia defiende, también, la libertad del legislador: “El reparo de constitucionalidad en referencia, carece de todo fundamento, ya que el constituyente entregó al legislador de la ley orgánica constitucional respectiva la determinación de los distritos electorales. En efecto, el artículo 43 de la Carta Fundamental prescribe textualmente: “La Cámara de Diputados está integrada por ciento veinte miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva”. Concluye el Tribunal: “La Constitución dejó, así, amplia facultad al legislador para determinar los distritos electorales. Ni siquiera consideró conveniente fijarle criterios o pautas de modo que el legislador ha tenido libertad de considerar factores de carácter geográfico, territorial, poblacional, socioeconómicos, estratégicos, etc.”.

Esta última conclusión representa un ejemplo del “literalismo” llevado a sus últimas consecuencias. En efecto, por el solo hecho de

⁹⁸ Sobre el concepto de “autonomía” del legislador, sus alcances y límites, véase el Capítulo 3.



no haber en la Carta Fundamental un texto expreso que enuncie ciertos principios de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional concluye que no existe en la Constitución Política ningún límite, criterio o marco, explícito o implícito, que pueda aplicarse en la configuración del Sistema Electoral Público.

El criterio literalista de “**Votaciones Populares (III)**” desconoce el valor interpretativo de las “**Bases Fundamentales de la Institucionalidad**” y omite todo examen sistemático de la Carta Fundamental. Esta misma circunstancia explica la pobreza doctrinaria de la sentencia.⁹⁹

⁹⁹ En un artículo publicado en noviembre de 1989 el profesor Jorge Precht comenta críticamente este fallo. De acuerdo a Precht: “el Tribunal evita pronunciarse derechamente sobre la violación del inciso final del artículo primero constitucional (‘promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional’), sobre la violación del artículo 4º (‘Chile es una República democrática’); acerca de la violación del artículo 15 constitucional (‘En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio’), entre otros y se parapeta detrás de los artículos 43 y 45 mencionados que habrían dado al legislador carta blanca para fijar el sistema electoral y configurar los distritos como le pluguiese”.

La decisión del Tribunal de no considerar en su interpretación los citados artículos 1º, 4º, 15 y otros de la Carta Fundamental, según el profesor Precht, “los dejó... como preceptos meramente declarativos frente a la voluntad omnimoda del legislador”.

La tesis central planteada por el profesor Precht es que la configuración de los distritos electorales y el sistema electoral aprobados en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de contradecir los artículos constitucionales antes citados, violan, además, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos publicado en el Diario Oficial de Chile el 26 de abril de 1989. PRECHT, JORGE: “Los efectos de la vigencia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Derecho Electoral Chileno”, Revista Chilena de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Nº 11, noviembre de 1989, pp. 42-67.

Es interesante notar que, un año antes de dictarse el fallo sobre el sistema electoral y la configuración de distritos, el destacado político y ex parlamentario Francisco Bulnes había manifestado que un sistema que no contemplara la proporcionalidad o que estableciera distritos muy distintos sería inconstitucional.

Refiriéndose a la relativa igualdad que debe existir entre el número de habitantes de cada distrito y el número de diputados a elegir, Bulnes plantea: “Los desniveles a este respecto pueden estimarse contrarios al artículo 4 de la Constitución, que establece que Chile es una República democrática; al artículo 15, que exige que el sufragio debe ser igualitario, y al artículo 19 Nº 2, que asegura la igualdad ante la ley y prohíbe a ésta establecer diferencias arbitrarias”.

Concluye Bulnes: “Si el Tribunal Constitucional, al conocer un proyecto sobre distritos electorales, recurriera al contexto de la Constitución como lo hizo al pronunciarse sobre el proyecto de ley orgánica del Tribunal Calificador, podría, a

Si en este caso el TCCh hubiera escapado del literalismo, habría tenido que reconocer que la Constitución Política de 1980 contiene un conjunto de normas y principios que fijan las características fundamentales que debe reunir el Sistema Electoral Público.

Ahora bien, ¿cuál debe ser el sentido o inspiración del Sistema Electoral Público? El artículo 1º de la Carta Fundamental contiene la respuesta: “Es deber del Estado... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

No podría ser de otra manera. En la medida en que “Chile es una República Democrática” (artículo 4º de la Constitución), el Estado tiene la obligación constitucional de establecer cauces expeditos y equitativos que permitan a todos los ciudadanos participar efectivamente en la vida política del país.

La propia Constitución Política se ocupa de detallar ciertas condiciones indispensables para que la participación popular sea efectivamente libre e igual. Así, el artículo 15 define el sufragio como un acto “personal, igualitario y secreto”, el artículo 18 encarga el resguardo del orden público durante los actos electorales a las Fuerzas Armadas y Carabineros y los artículos 19 (Nºs 15 y 19) y 23 establecen una prohibición para que sectores o grupos ajenos a lo político realicen actividades proselitistas o partidistas.¹⁰⁰

Relación muy directa con la igualdad de oportunidades que debe garantizar el Sistema Electoral Público tiene el mandato

mi juicio, declarar inconstitucionales las disposiciones que no establecieran una adecuada proporcionalidad”. BULNES, FRANCISCO: “Los distritos electorales y su representación en la Cámara de Diputados”, Revista de Ciencia Política, edición especial, septiembre de 1988; p. 55.

¹⁰⁰ Un examen de las normas referidas al Sistema Electoral Público, debe considerar, entre otros, los siguientes preceptos constitucionales: **Artículo 1º, inciso 5º**: “Es deber del Estado... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”; **Artículo 4º**: “Chile es una República democrática”; **Artículo 5º**: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo... Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”; **Artículo 15**: “En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto...”; **Artículo 18**: “Habrá un sistema electoral público... garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en la participación en los señalados procesos (electorales)”; **Artículo 19, Nº 2**: “La Constitución asegura a todas las personas... La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupo privilegiados... Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, y **Artículo 19, Nº 3**: “La Constitución asegura a todas las personas... La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.



del artículo 18 de la Constitución Política, que señala: "(se) garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos (electorales)".¹⁰¹

Lo anterior no obsta, evidentemente, a que se reconozca que, dentro de los marcos constitucionales reseñados, el legislador dispone de un ámbito de autonomía para determinar en concreto, con un margen relativo de libertad, tanto el sistema electoral como el trazado de los distritos electorales.

¹⁰¹ Son muchas las circunstancias que pueden atentar contra la señalada igualdad de oportunidades. Un factor clave es, por ejemplo, el dispar poder económico de que disponen las diferentes candidaturas que aspiran a lograr el sufragio ciudadano. Aun cuando resulte imposible uniformar todas las postulaciones, al menos, puede y debe garantizarse un cierto mínimo común a todas las posturas que se presenten ante la ciudadanía.

El 9 de agosto de 1988, en "**Votaciones Populares (II)**", el Tribunal Constitucional debió pronunciarse respecto a la constitucionalidad de medidas a través de las cuales el Estado contribuye a cautelar la igualdad de las ofertas políticas en los actos electorales. Concretamente, el control de constitucionalidad recayó en las reformas a la ley orgánica constitucional sobre **Votaciones Populares y Escrutinios** que imponen a los canales de televisión de libre recepción el deber de transmitir gratuitamente y equitativamente propaganda política en los períodos preelectorales.

En "**Votaciones Populares (II)**" el Tribunal concluye que *"las normas del proyecto relativas a la televisión de libre recepción no merecen reparo constitucional, ... bien puede también esa ley imponer obligaciones y limitaciones mesuradas y razonables como son las que las normas el proyecto contemplan. Lo anterior se justifica plenamente... porque ellas en definitiva las exige el interés general de la colectividad, a fin de dar una estricta aplicación al precepto del artículo 18 de la Carta Fundamental, en orden a que la ley garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los partidos políticos en la participación de los procesos electorales y plebiscitarios, igualdad que, obviamente, no se conseguiría si la ley permitiera un uso ilimitado de la televisión en períodos electorales"*.

Más adelante, "**Votaciones Populares (II)**" insiste en la necesidad de garantizar una participación igualitaria en los procesos electorales, señalando: *"esta interpretación es la que mejor se aviene no sólo con la letra de la Constitución, sino, también, con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones, el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía"*.

Es indudable que el tipo de razonamiento utilizado en "**Votaciones Populares (II)**" para validar la franja gratuita de televisión —el deber del Estado de velar por la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional— habría permitido al Tribunal en 1989 superar el "literalismo", declarando las bases constitucionales sustantivas que la misma ley orgánica debe respetar al momento de establecer un sistema electoral y fijar los distritos electorales.

Muy distinta a la posición del TCCh ha sido, en esta materia, la jurisprudencia de los máximos órganos de jurisdicción constitucional en el derecho comparado.

La Corte Suprema norteamericana, basándose exclusivamente en una norma muy similar al artículo 19 N° 3 de la Constitución chilena: la Enmienda 14ª ("Los Estados... no denegarán a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes"), no ha trepidado en invalidar las leyes de aquellos Estados que fijan los distritos electorales de un modo caprichoso, injusto o arbitrario. Esta doctrina, que se inaugura en 1962 con "**Baker vs. Carr**", se profundiza en "**Reynolds vs. Sims**" (que afirma el principio "un hombre — un voto").¹⁰²

La Corte norteamericana ha extendido el mismo principio, desde 1969 ("**Kirpatrick vs. Preisler**"), a la configuración de los distritos electorales para elegir Representantes al Congreso Nacional.¹⁰³

El Consejo Constitucional francés también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de un determinado diseño de los distritos electorales. En efecto, el 18 de noviembre de 1986 el máximo órgano jurisdiccional galó debió resolver una cuestión de constitucionalidad promovida por un centenar de parlamentarios socialistas, impugnando un proyecto de ley que redibujaba las circunscripciones para elegir los miembros de la Asamblea Nacional.¹⁰⁴

En primer lugar, la sentencia del Consejo Constitucional alude a los preceptos constitucionales aplicables al problema: "Considerando que en los términos del artículo 2º inciso primero de la Constitución,

¹⁰² Más adelante, en 1970, "**HADLEY VS. JUNIOR COLLEGE DIST.**", la mayoría de la Corte Suprema norteamericana extendió el principio a las elecciones locales no políticas: *"Cada vez que un gobierno estadual o local decide elegir personas a través de una elección popular para desempeñar funciones gubernamentales... (el principio de la igual protección de la ley) requiere que cada votante tenga una igual oportunidad de participar en la elección, y que cuando los miembros de un cuerpo colegiado son elegidos por distintos distritos, cada distrito debe ser fijado sobre bases que aseguren, tanto cuanto sea posible, que un número igual de votos pueda votar por un número proporcionalmente igual de cargos"*.

¹⁰³ GUNTHER, GERALD: *Constitutional Law*, Foundation Press, Eleventh Edition, 1985, pp. 1615 ss.

¹⁰⁴ El artículo 61 de la Constitución Francesa establece: "Las leyes orgánicas antes de ser promulgadas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias antes de cobrar vigencia, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará respecto a su conformidad con la Constitución. A este mismo fin, las leyes pueden ser remitidas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o 60 diputados o 60 senadores..."

la República 'asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, de raza o religión'; que el artículo 3º de la Constitución dispone en su primer inciso que 'la soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejerce por sus representantes y por medio del referéndum' y en su tercer inciso que el sufragio 'es siempre universal, igual y secreto'; que, según el segundo inciso del artículo 24 de la Constitución 'los diputados de la Asamblea Nacional son elegidos por sufragio directo'; que el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclama que la ley 'debe ser siempre la misma para todos, sea que ella proteja, sea que ella castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos; según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos'".

Del examen de las disposiciones citadas, el Consejo Constitucional concluye que "la Asamblea Nacional, designada por sufragio universal directo, debe ser elegida sobre bases esencialmente demográficas; que, si el legislador puede tener en cuenta imperativos de interés general susceptibles de atenuar el alcance de esta regla fundamental, no podría hacerlo sino en una medida limitada y en función de imperativos precisos".

De esta manera, el Consejo Constitucional francés, igual que la "Suprême Court" —y a diferencia del Tribunal Constitucional chileno— reconoce que el legislador debe respetar ciertos márgenes de "proporcionalidad" para los efectos de diseñar los distritos electorales. El fallo del Consejo, aplicando el criterio expuesto, analiza a continuación el diseño de los distritos contenido en la ley impugnada, concluyendo que no existe entre ellos "desproporción excesiva".

Dicho lo anterior, el Consejo Constitucional formula una reflexión en torno a su competencia para conocer de este tipo de asuntos, expresando: "... la Constitución no confiere al Consejo Constitucional un poder general de apreciación y de decisión idéntico al del Parlamento; que no le corresponde, pues, examinar si las circunscripciones han sido objeto de la más equitativa delimitación posible; que no le incumbe tampoco hacer propuestas en este sentido, como puede ser invitado a hacerlo el Consejo de Estado en el ejercicio de sus funciones administrativas;".

Más adelante, la sentencia agrega: "... cualquiera sea la pertinencia de ciertas críticas dirigidas por los diputados autores del recurso a la delimitación de las circunscripciones operada por la ley, no aparece, en el estado del expediente, y habida cuenta de la variedad

y complejidad de situaciones locales, las cuales podrían dar lugar a soluciones diferentes que respeten la misma regla demográfica, que las opciones efectuadas por el legislador hayan desconocido manifiestamente las exigencias constitucionales".

La sentencia del Consejo Constitucional concluye declarando que el sistema objetado "no es contrario a la Constitución".¹⁰⁵

El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, y examinando la constitucionalidad de las normas que fijan el trazado de los distritos electorales, ha declarado que cualquier diferencia "significativa" en la población de los distintos distritos electorales violaría el principio de igualdad.¹⁰⁶

El Tribunal Constitucional español, finalmente, y sin abordar el problema del distritaje, ha reconocido que el principio de la igualdad constitucional está abierto a las fórmulas electorales más diversas. En todo caso, el Tribunal español, junto con reconocer libertad al legislador para escoger el sistema electoral, ha recordado que el señalado principio de igualdad proscribía las diferencias arbitrarias.¹⁰⁷

2.5. EL "ORIGINALISMO"

El "originalismo" tiende a homologar el sentido de la ley con la intención del legislador. Como tal, se diferencia nítidamente de la regla interpretativa de nuestro Código Civil. Mientras el Código de Bello autoriza a recurrir a la historia fidedigna para entender mejor la intención de la ley, el originalismo va mucho más lejos, e identifica mecánicamente la reconstrucción a posteriori de la voluntad del legislador con el verdadero sentido y alcance de la norma.

¹⁰⁵ El texto del fallo citado en: *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la V^e République*, textos reunidos por Didier Maus, Colección "Notes & Études Documentaires", N° 14, La Documentation Française, 1988, pp. 267-268.

¹⁰⁶ 13 BVerfGE 127 (1961), citado en KOMMERS, DON: *Constitutional Jurisprudence of the German Federal Republic*, Duke University Press, 1989, p. 192.

¹⁰⁷ STC 5/1985 de 21 de junio de 1985 en B.O.E. del 17 de julio de 1985.

En relación a la configuración de las circunscripciones electorales españolas, el profesor José María Martínez, escribiendo en 1985, denunciaba como violatoria de la garantía de igualdad, y por ende inconstitucional, la desigual configuración de los distritos para elegir diputados. Martínez pone como ejemplo de distorsión el hecho que mientras un diputado por Soria representaba a 21.155 votantes, en el caso de Valencia la relación era de 81.440 ciudadanos por parlamentario. MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA: "El sistema electoral español ante el Tribunal Constitucional", *Revista General de Derecho*, Año XLII, N° 495, diciembre de 1985, p. 3745.



El originalismo descansa en un fundamento teórico básico: el deber de todo intérprete, en especial del juez, de ceñirse a las decisiones adoptadas por quienes tienen la potestad legislativa. El respeto a las determinaciones del legislador, a su vez, es una consecuencia del principio de separación de los poderes.

Los más persuasivos argumentos originalistas enfatizan, además, la necesidad de reconocer en los representantes democráticamente elegidos, Presidente y Parlamento, el derecho a manifestar la voluntad soberana del pueblo. En tal sentido, acatar la intención del legislador, sería, también, una forma de respetar la voluntad de las mayorías ciudadanas, actitud a que estaría obligado todo juez inserto en un régimen político democrático.

Normalmente, la referida voluntad del legislador se habrá plasmado con claridad en el texto de la norma. En tal caso, el originalismo postula la estricta y rigurosa sujeción judicial al tenor literal.

Sin embargo, puede ocurrir que la ley sea poco clara o que admita varias interpretaciones. En este evento, de acuerdo al originalismo, sólo cabrían dos alternativas: intentar recuperar el sentido pensado por el autor de la norma o reconocer al juez ámbitos de discrecionalidad para crear una solución. Ante la disyuntiva descrita, el originalismo, —siempre desconfiado del activismo judicial— opta por la búsqueda de la intención original del legislador.

La refutación del originalismo asume, a su vez, dos líneas de argumentación: la objeción práctica y la objeción teórica.

Desde el punto de vista práctico, el gran defecto del originalismo radica en la imposibilidad de conocer a ciencia cierta la "voluntad del legislador". Dicha imposibilidad, a su vez, deriva, entre otras razones, de las numerosas y naturales discrepancias que surgen entre quienes elaboran la Carta Fundamental durante el proceso constituyente.

Hay materias, por otra parte, en que la intención del constituyente es completamente desconocida, pues no siempre existen actas oficiales de las discusiones y ratiocinios que subyacen a un determinado precepto.¹⁰⁸

De lo anterior se desprende, entonces, que no resulta posible atribuir al "espíritu del constituyente" una voluntad coherente, clara y siempre cognoscible. Por el contrario, las contradicciones

¹⁰⁸ Es el caso, por ejemplo, de la falta de registros que documenten el trabajo de la Junta de Gobierno en la última etapa del proceso constituyente chileno (agosto de 1980).

y los vacíos hacen que, a veces, la intención del constituyente sea ininteligible.

El originalismo no sólo es objetable por la imposibilidad de conocer siempre y con precisión el verdadero ánimo o intención del constituyente; sino también porque, en los casos en que éste puede ser determinado, ceñirse a él como criterio interpretativo puede conducir a injusticias y absurdos.¹⁰⁹

En efecto, si se pretende que una Constitución Política regule de un modo permanente la vida social de un pueblo, no se puede "congelar" el sentido de sus disposiciones, anclándolo en el significado "pensado" por sus redactores originales.¹¹⁰ El originalismo

¹⁰⁹ Sirva un ejemplo jurisprudencial para mostrar las limitaciones inherentes del "originalismo" y las situaciones a que puede conducir su empleo como criterio interpretativo.

Apenas tres meses después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, el 30 de junio de 1981, la Corte Suprema de Justicia debió resolver si un grupo de personas naturales sin entidad jurídica, una persona moral, estaba facultado para deducir válidamente un Recurso de Protección ("Espinoza, Pablo, y otros", Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVIII, N° 2, 1981, sección 5ª, pp. 92 y s.).

Los recurrentes, apoyándose —entre otras cosas— en la historia fidedigna del establecimiento de la norma que reglamenta la acción de protección, sostuvieron que dicho recurso puede ser interpuesto por o a nombre no sólo de personas naturales o jurídicas, sino de todo grupo organizado que resulte del ejercicio del derecho de asociación, aunque carezca de personalidad jurídica. Concretamente, el recurso cita en abono de su postura la discusión habida durante la sesión 215ª de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

En favor de esta tesis se hizo valer un informe en derecho de Alejandro Silva Bascuñán, integrante durante cuatro años de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y uno de los miembros presentes cuando se discutió específicamente el punto controvertido.

La parte recurrida sostiene, por el contrario, que los entes de hecho no están habilitados para deducir el Recurso de Protección. Para fundar tal posición el recurrido se apoya, también, al igual que los recurrentes, en el debate que se produjo en la sesión 215ª de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

En favor de su planteamiento, el recurrido esgrime un infortunio en Derecho de Enrique Ortúzar, Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y uno de los protagonistas de la manida sesión 215ª.

¿Qué debe decidir en este caso un juez originalista? ¿Cuál es el verdadero "espíritu del constituyente"?

¹¹⁰ En todo caso, la crítica al "originalismo" no implica desconocer el valor y la utilidad que puede tener para el intérprete constitucional la historia fidedigna de la ley. Sirva dicha crítica, más bien, como una advertencia contra usos excesivos o abusivos de tal antecedente. ZAPATA, PATRICIO: "Interpretación Constitucional", Revista Chilena de Derecho, volumen XVI, 1990, pp. 161 ss.



esteriliza la tarea del intérprete, transformándolo a él —y a todos quienes sufran la aplicación de la norma— en esclavos de los juicios y prejuicios personales del redactor de la ley.¹¹¹

Pese a la contundencia de las objeciones al originalismo, debe reconocerse que éste goza de buena salud en Chile.¹¹² A esto último ha contribuido, sin duda, la forma en que se originó el texto constitucional vigente.

Como se sabe, la Carta Fundamental de 1980 es el fruto intelectual de varios años de estudio y discusión por parte de un grupo importante de especialistas en Derecho Público. Pues bien, tanto

¹¹¹ También se expresan críticamente respecto del "originalismo": DUCCI, CARLOS: *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1977, y RODRÍGUEZ, PABLO: *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Edimpres Ltda., Primera edición, 1990.

¹¹² En 1977, Carlos Ducci escribió al respecto: "ha sido tanta la fuerza ejercida por la escuela tradicional francesa en nuestros autores y jurisconsultos, y a través de ellos, en nuestros jueces, que la voluntad del legislador se ha transformado en un dogma muy rara vez combatido".

Luego de citar a destacados autores nacionales que defienden el "originalismo", Ducci agrega: "El mismo criterio ha sido aceptado casi sin reservas por nuestra jurisprudencia. Así se ha fallado que las palabras de la ley deben ser interpretadas de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 25, sección 1ª, p. 317). Que es lícito recurrir a otros métodos de interpretación, que no sea el sistema gramatical, sólo cuando no aparezca en ella misma claramente manifestado el pensamiento del legislador (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 27, sección 1ª, p. 101 y tomo 33, sección 1ª, p. 337). Una sentencia que ya hemos citado, y que hace un acucioso estudio de nuestras normas de interpretación, habla de 'buscar el pensamiento y los móviles del legislador'; de 'cuando el pensamiento del legislador no ofrece dudas'; de la 'idea del legislador' (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 56, sección 1ª, p. 207)". DUCCI, CARLOS: *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, segunda edición, 1977, pp. 126-127.

Cabe señalar, en todo caso, que el "originalismo" está lejos de ser la única técnica interpretativa aceptada por los tribunales de justicia chilenos. Demostración de lo anterior es, por ejemplo, una sentencia redactada por el Ministro de la Corte de Apelaciones Marcos Libedinski, en que se expresa: "la lectura de las Actas correspondientes (de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución), a las que se aludirá frecuentemente en este fallo, constituye un valioso antecedente en la tarea de determinar el correcto sentido del precepto constitucional que la Comisión despachó en los mismos términos que el actualmente en vigencia. La investigación anterior será hecha; por supuesto, sin perder de vista que la voluntad de la ley debe ser considerada objetivamente, desligada e independientemente de la voluntad de todas y cada una de las personas naturales que puedan haber intervenido en su proceso de formación" (resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago de 2 de junio de 1983, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXX, N° 2º, sección quinta, p. 114).

abogados como jueces tienden a considerar que la intención del constituyente se encuentra contenida en los debates de las entidades en que se produjo dicha reflexión: la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución ("Comisión Ortúzar") y el Consejo de Estado.

La referida creencia se ha visto reforzada por la existencia de registros documentales exhaustivos y fidedignos que recogen los debates producidos en la Comisión Ortúzar y en el Consejo de Estado. Esta disponibilidad, sin duda, ha contribuido a legitimar y a facilitar en Chile el "originalismo".¹¹³

De este modo, la particular manera en que se gestó la Constitución Política de 1980 ha permitido disponer de fuentes documentales muy completas en que consta la reflexión de quienes —profesores en su mayoría— trabajaron por casi siete años en la redacción de la Carta Fundamental. Esta misma circunstancia ha contribuido a que la identificación entre la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado por una parte, y el "Constituyente" por la otra, se haya generalizado de manera tan universal en el medio jurídico nacional.

Identificar la "intención del constituyente" con la opinión de los organismos asesores, sin embargo, es un error, que no por ser común deja de ser tal. En efecto, el verdadero constituyente de la Carta Fundamental de 1980 fue la Junta de Gobierno, institución que de acuerdo a los Decretos Leyes 128, 527 y 788, ejerció la titularidad del Poder Constituyente en Chile entre los años 1973 y 1980.¹¹⁴

De allí que los juicios vertidos en la Comisión Ortúzar o en el Consejo de Estado, muchos de ellos ilustrativos y versados, no dejan por ello de ser la opinión de asesores jurídicos.

No puede olvidarse, en el mismo orden de ideas, que muchas de las sugerencias de la Comisión Ortúzar o del Consejo de Estado fueron al final desestimadas por la Junta de Gobierno. Más aún, la

¹¹³ Piénsese que las Actas de la Comisión Ortúzar comprenden cerca de cuatro mil páginas y contienen una relación circunstanciada de los debates producidos durante las 417 sesiones celebradas.

En el caso del Consejo de Estado existe un registro que, aunque menos minucioso, describe de manera bastante completa las sesiones de trabajo en que se discutió el Anteproyecto constitucional.

De esta manera, la sola existencia de Actas tan completas y explicativas puede ayudar a explicar el hecho de que muchos intérpretes privilegien el "originalismo" y desdeñen otras técnicas de hermenéutica, aparentemente más complejas e inseguras.

¹¹⁴ La aprobación de la Constitución Política fue una decisión soberana de la Junta de Gobierno. Por decisión propia la Junta sometió luego el texto a una muy discutible ratificación plebiscitaria.

Junta de Gobierno incluyó en el texto definitivo algunas disposiciones que no fueron nunca debatidas por las entidades asesoras.

Precisar, como se ha hecho, la verdadera identidad del constituyente de 1980 permite evaluar adecuadamente la plausibilidad y viabilidad del "originalismo" en Chile.

Si se aceptara que la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado son el constituyente de 1980, sería posible, dada la disponibilidad de las Actas respectivas, intentar desentrañar la presunta intención del redactor de la Constitución de 1980.

Si, en cambio, se asume correctamente que la calidad de constituyente sólo corresponde a la Junta de Gobierno, debe abandonarse todo intento de conocer a ciencia cierta la voluntad del constituyente. En efecto, las Actas que registran las decisiones de la Junta de Gobierno no dan cuenta del debate que allí se pudo haber producido.

Aclarados los conceptos de esta manera, se advierte que, ignorándose absolutamente las motivaciones y razones del constituyente auténtico, el originalismo, al menos en nuestro país, enfrenta obstáculos prácticos insalvables.¹¹⁵

Hechas todas las consideraciones anteriores sobre el originalismo, procede examinar la manera en que el TCCh ha enfrentado el tema de la "intención del constituyente".¹¹⁶

¹¹⁵ En contra de lo señalado, alguien podría sostener que, respecto de todas aquellas normas que la Junta de Gobierno aprobó en los mismos términos propuestos por las instancias asesoras, el constituyente no sólo refrendó las redacciones sugeridas, sino que, además, hizo suyas también —de un modo tácito— las razones e intenciones de los asesores.

Parece demasiado ficticio, sin embargo, suponer que la Junta de Gobierno, entre julio y agosto de 1980, tuvo tiempo para interiorizarse del contenido de todas las Actas de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado. Lo que sí podría aceptarse es que la Junta de Gobierno consideró y evaluó aquellas razones que se acompañaron a los respectivos anteproyectos en calidad de Informes introductorios.

¹¹⁶ Posiblemente sea Enrique Ortúzar el Ministro del Tribunal Constitucional más inclinado a fundar sus decisiones en la "intención del constituyente". Es difícil no vincular esta predisposición de Ortúzar con el papel protagónico que a él personalmente le cupo en la elaboración de la Carta Fundamental de 1980. En efecto, el haber integrado tanto la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución como el Consejo de Estado coloca a Ortúzar en una inmejorable situación para conocer y reivindicar el "espíritu del constituyente".

Enrique Correa Labra, por su parte, es otro Ministro que concede gran importancia al "Espíritu del constituyente" en la interpretación constitucional. Pareciera que ello responde a una concepción jurídica. En efecto, en sus fallos como Ministro de la Corte Suprema, Correa Labra recurre muy frecuentemente a la historia fidedigna de la Constitución Política para determinar el sentido de alguno de sus preceptos. Así, por ejemplo, Correa Labra cita las Actas de la Co-

En primer lugar, corresponde destacar que son numerosas las sentencias del TCCh que se refieren a la "intención del constituyente".¹¹⁷ En ninguna de ellas, sin embargo, se definirá expresamente el sentido y alcance de tal concepto.

Una segunda observación que cabe hacer respecto a las referencias a la "intención" en la jurisprudencia del TCCh, es que no siempre se utiliza tal término con el mismo alcance.¹¹⁸

En tercer lugar, conviene señalar que, sin perjuicio de las alusiones reiteradas a la "intención del constituyente", en al menos una ocasión el TCCh procedió a repudiar expresamente el criterio originalista.¹¹⁹

Existen también, finalmente, algunos casos en que el TCCh ha ignorado completamente importantes y útiles antecedentes histó-

misión de Estudios de la Nueva Constitución en sentencia del 1º de junio de 1983 para definir el alcance del Recurso de Amparo, en resolución del 14 de agosto de 1984 para fijar el sentido del precepto constitucional sobre la pena de muerte, en fallo del 4 de octubre de 1984 para precisar el significado de la libertad de trabajo y en resolución del 30 de octubre de 1987 para determinar cuándo una sentencia es "injustificadamente errónea" (Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomos LXXX Nº 2, LXXXI Nº 2, LXXXI Nº 3 y LXXXIV Nº 3, respectivamente).

¹¹⁷ Así, por ejemplo: "Concesiones Mineras" (26 de noviembre de 1981, Rol Nº 5), "Sanciona Tráfico de Drogas (II)" (4 de diciembre de 1984, Rol Nº 24) y "Requerimiento contra CLODOMIRO ALMEYDA" (21 de diciembre de 1987, Rol Nº 46) y "Colonia Dignidad" (18 de junio de 1991, Rol 124).

¹¹⁸ Así, por ejemplo, cuando el Ministro Julio Philippi emplea el concepto en "Protesto de Letras", recurre a lo que podría denominarse un "originalismo atenuado", esto es, aquel que se remite a la intención del constituyente sólo en la medida en que ésta se plasma en la norma que se interpreta. En efecto, el Ministro Julio Philippi señala en dicho fallo que "para establecer el contenido específico de las materias reservadas a las leyes orgánicas constitucionales es fundamental tener presente el espíritu del constituyente al incorporarlas a nuestro sistema jurídico, reflejado en los preceptos que las consagran, en su objetivo y en sus características esenciales".

Este originalismo atenuado no se remite a la historia fidedigna en búsqueda de la intención subjetiva del redactor de la Carta Fundamental. A Philippi, en este caso, no le interesa cualquier "espíritu del constituyente", sino aquel que ha quedado "reflejado en los preceptos que las consagran, en su objetivo y en sus características esenciales".

Existe, sin embargo, una versión más "estricta" del "originalismo", que recurre al "espíritu del constituyente" independientemente de si éste ha quedado o no reflejado en las normas de la Carta Fundamental. Es el caso, por ejemplo, del empleo del elemento histórico en "Colonia Dignidad" (18 de junio de 1991, Rol Nº 124). Respecto a dicho fallo, ver el comentario pertinente en el Capítulo 7.

¹¹⁹ "Requerimiento contra Clodomiro Almeyda" (21 de diciembre de 1987, Rol Nº 46). Ver más abajo el comentario a dicho fallo.



ricos, cuyo examen hubiera permitido una mejor comprensión del texto constitucional.¹²⁰

Esta sección sobre el elemento histórico como factor interpretativo, cierra con el comentario de un fallo que contiene una fuerte impronta originalista: “Sanciona Tráfico de Drogas (II)”.

“Sanciona Tráfico de Drogas (II)”

4 de diciembre de 1984

Rol N° 24; R.E.J. v1-p. 168

Durante el curso de la tramitación del proyecto de ley que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes se produjo dentro de la Junta de Gobierno una importante diferencia de criterios respecto a la constitucionalidad de uno de los preceptos de la iniciativa. La discrepancia se produce respecto de una norma penal que, sancionando la elaboración y tráfico no autorizado de ciertas sustancias estupefacientes, entrega al reglamento, sin embargo, la enumeración detallada y precisa de las drogas cuya comercialización se penaliza.¹²¹

¹²⁰ En “Concesiones Mineras”, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, aun cuando alude a la “intención del constituyente”, prefirió desentenderse de los abundantes antecedentes que indicaban que la Junta de Gobierno, en la última etapa constituyente, había optado por reforzar la propiedad estatal sobre la minería, desechando la tesis del dominio eminente (26 de noviembre de 1981, Rol N° 5). PRECHT, JORGE: “Naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas y de la concesión minera en la Constitución de 1980”, Revista Chilena de Derecho, volumen 10, 1983. VERGARA, ALEJANDRO: *Principios y Sistema del Derecho Minero*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 238-247.

Nueve años después, en “Ley de Fuerzas Armadas”, el Tribunal Constitucional validó las normas que entregan al Comandante en Jefe de cada rama castrense la facultad de proponer al Presidente de la República los ascensos y retiros institucionales. Para arribar a tal conclusión, “Ley de Fuerzas Armadas” debe ignorar el hecho de que una norma idéntica contenida en el anteproyecto constitucional de la Comisión Ortúzar fue expresamente descartada por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. En CARMONA, CARLOS: “La historia fidedigna de las facultades que el artículo 32, N°s 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política entrega al Presidente de la República”, 1992, inédito.

¹²¹ La sanción penal propuesta configura lo que la doctrina penal ha denominado “ley penal en blanco”. Este es un precepto legal que se limita a describir sólo una parte de los elementos esenciales de una ley penal (conducta típica, presupuestos, resultado y pena), mientras el resto de la descripción queda entregada a otra norma (normalmente de rango reglamentario). Ver: CURY, ENRIQUE: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1982, pp. 132 ss., y ETCHEBERRY, ALFREDO: *Derecho Penal*, Santiago, 1976, tomo I, p. 53.

Para los presidentes de las Comisiones Legislativas Segunda y Cuarta de la Junta de Gobierno la norma propuesta vulnera el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución de 1980, que preceptúa que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Quienes alegan la inconstitucionalidad plantean que la enumeración de las sustancias cuya elaboración y tráfico no autorizado se sanciona “debía consignarse en la propia ley con el objeto de no incurrir en la dictación de una ley penal en blanco, que se configuraría por el hecho de omitirse, de ese modo, una descripción expresa de la conducta que se sanciona como delito”.

Los presidentes de las Comisiones Legislativas Primera y Tercera, en cambio, sostienen que aprobar una norma que se limite a describir expresamente el núcleo esencial de la conducta que se sanciona, remitiéndose a un reglamento para que complete el tipo penal, no vulnera la citada prohibición del artículo 19 N° 3.

A fin de dilucidar la cuestión debatida, el asunto fue sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional.¹²²

La sentencia unánime del Tribunal, redactada por el Ministro Enrique Ortúzar, declara la constitucionalidad de la norma penal en examen. El aspecto que interesa destacar aquí es el hecho de que el fallo se apoye fundamentalmente en la “intención del constituyente”.

En efecto, “Sanciona Tráfico de Drogas (II)” comienza señalando que “para efecto de establecer el verdadero sentido del actual precepto, es conveniente referirse a la historia fidedigna de su establecimiento”. Con tal objeto, la sentencia examina las Actas de sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y recuerda la redacción original del inciso final del artículo 19 N° 3 (“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella”).

En base al examen histórico, el Ministro Ortúzar, que más de algo sabía sobre la intención original, expresa: “No cabe duda... que la intención de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución

¹²² El Tribunal Constitucional, en resolución anterior a ésta, había declinado pronunciarse ante un primer requerimiento de la Junta de Gobierno sobre el mismo tema en atención a defectos en la presentación del recurso (“Sanciona Tráfico de Drogas (I)”).

En esta oportunidad, en cambio, el Tribunal Constitucional admite a tramitación el requerimiento considerando que cumple con los requisitos constitucionales.



ricos, cuyo examen hubiera permitido una mejor comprensión del texto constitucional.¹²⁰

Esta sección sobre el elemento histórico como factor interpretativo, cierra con el comentario de un fallo que contiene una fuerte impronta originalista: "Sanciona Tráfico de Drogas (II)".

"Sanciona Tráfico de Drogas (II)"

4 de diciembre de 1984

Rol N° 24; R.E.J. v1-p. 168

Durante el curso de la tramitación del proyecto de ley que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes se produjo dentro de la Junta de Gobierno una importante diferencia de criterios respecto a la constitucionalidad de uno de los preceptos de la iniciativa. La discrepancia se produce respecto de una norma penal que, sancionando la elaboración y tráfico no autorizado de ciertas sustancias estupefacientes, entrega al reglamento, sin embargo, la enumeración detallada y precisa de las drogas cuya comercialización se penaliza.¹²¹

¹²⁰ En "Concesiones Mineras", por ejemplo, el Tribunal Constitucional, aun cuando alude a la "intención del constituyente", prefirió desentenderse de los abundantes antecedentes que indicaban que la Junta de Gobierno, en la última etapa constituyente, había optado por reforzar la propiedad estatal sobre la minería, desechando la tesis del dominio eminente (26 de noviembre de 1981, Rol N° 5). PRECHT, JORGE: "Naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas y de la concesión minera en la Constitución de 1980", Revista Chilena de Derecho, volumen 10, 1983. VERGARA, ALEJANDRO: *Principios y Sistema del Derecho Minero*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 238-247.

Nueve años después, en "Ley de Fuerzas Armadas", el Tribunal Constitucional validó las normas que entregan al Comandante en Jefe de cada rama castrense la facultad de proponer al Presidente de la República los ascensos y retiros institucionales. Para arribar a tal conclusión, "Ley de Fuerzas Armadas" debe ignorar el hecho de que una norma idéntica contenida en el anteproyecto constitucional de la Comisión Ortúzar fue expresamente descartada por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. En CARMONA, CARLOS: "La historia fidedigna de las facultades que el artículo 32, N°s 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política entrega al Presidente de la República", 1992, inédito.

¹²¹ La sanción penal propuesta configura lo que la doctrina penal ha denominado "ley penal en blanco". Este es un precepto legal que se limita a describir sólo una parte de los elementos esenciales de una ley penal (conducta típica, presupuestos, resultado y pena), mientras el resto de la descripción queda entregada a otra norma (normalmente de rango reglamentario). Ver: CURY, ENRIQUE: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tomo I; 1982, pp. 132 ss., y ETCHEBERRY, ALFREDO: *Derecho Penal*, Santiago, 1976, tomo I, p. 53.

Para los presidentes de las Comisiones Legislativas Segunda y Cuarta de la Junta de Gobierno la norma propuesta vulnera el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución de 1980, que preceptúa que "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

Quienes alegan la inconstitucionalidad plantean que la enumeración de las sustancias cuya elaboración y tráfico no autorizado se sanciona "debía consignarse en la propia ley con el objeto de no incurrir en la dictación de una ley penal en blanco, que se configuraría por el hecho de omitirse, de ese modo, una descripción expresa de la conducta que se sanciona como delito".

Los presidentes de las Comisiones Legislativas Primera y Tercera, en cambio, sostienen que aprobar una norma que se limite a describir expresamente el núcleo esencial de la conducta que se sanciona, remitiéndose a un reglamento para que complete el tipo penal, no vulnera la citada prohibición del artículo 19 N° 3.

A fin de dilucidar la cuestión debatida, el asunto fue sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional.¹²²

La sentencia unánime del Tribunal, redactada por el Ministro Enrique Ortúzar, declara la constitucionalidad de la norma penal en examen. El aspecto que interesa destacar aquí es el hecho de que el fallo se apoye fundamentalmente en la "intención del constituyente".

En efecto, "Sanciona Tráfico de Drogas (II)" comienza señalando que "para efecto de establecer el verdadero sentido del actual precepto, es conveniente referirse a la historia fidedigna de su establecimiento". Con tal objeto, la sentencia examina las Actas de sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y recuerda la redacción original del inciso final del artículo 19 N° 3 ("Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella").

En base al examen histórico, el Ministro Ortúzar, que más de algo sabía sobre la intención original, expresa: "No cabe duda... que la intención de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución

¹²² El Tribunal Constitucional, en resolución anterior a ésta, había declinado pronunciarse ante un primer requerimiento de la Junta de Gobierno sobre el mismo tema en atención a defectos en la presentación del recurso ("Sanciona Tráfico de Drogas (I)").

En esta oportunidad, en cambio, el Tribunal Constitucional admite a tramitación el requerimiento considerando que cumple con los requisitos constitucionales.



y del Consejo de Estado fue prohibir las llamadas leyes penales en blanco".¹²³

A continuación, "Sanciona Tráfico de Drogas (II)" intenta explicar el cambio producido en la última etapa del proceso constituyente: "Pero la H. Junta de Gobierno modificó este precepto eliminando la expresión 'completa' y dejándolo en los términos del actual inciso final del N° 3 del artículo 19, que sólo exige que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en la ley. Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa".¹²⁴

Para llegar a esta conclusión, esta sentencia ha debido intuir o inferir la intención de la Junta de Gobierno. Ello, por cuanto no existen Actas que ilustren sobre la tarea constituyente de la Junta de

¹²³ Debe recordarse que Enrique Ortúzar presidió entre 1973 y 1978 la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y que posteriormente participó en el Consejo de Estado durante la segunda fase del proceso constituyente.

¹²⁴ El fallo de Ortúzar también recurre al análisis literal. En efecto, expresa la sentencia: "la interpretación emanada de la historia fidedigna de la norma constitucional en estudio concuerda con el sentido natural y obvio de las palabras 'expresa' y 'completamente'. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra 'expresa' significa claro, patente, especificado; y la expresión 'completamente' quiere decir: cumplidamente, sin que nada falte, lo que guarda relación con el sentido de la palabra completo-completa, que significa: lleno, cabal, acabado y perfecto".

El referido examen literal de las palabras lleva al Tribunal a sostener que "de acuerdo a los términos del inciso final del N° 3 del artículo 19, basta, pues, que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales".

Sobre la base de los argumentos reseñados el fallo continúa: "analizados los preceptos del proyecto... a la luz de lo expuesto en los considerandos precedentes, fuerza es concluir que ellos cumplen con las exigencias establecidas en el inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, por cuanto el núcleo esencial de la conducta que se sanciona está expresa y perfectamente definido...".

La sentencia concluye: "Estas normas, pues, respetan plenamente la garantía constitucional... ya que será la ley la que contemple la descripción expresa de la conducta que se sanciona y será también esa ley la que 'alerte' a los súbditos sobre el hecho de que pueden ser sancionados por la acción u omisión de elaborar, fabricar, transformar, preparar o extraer, sin contar con la competente autorización, alguna de las substancias que específicamente señale el reglamento dentro del género determinado en la ley de 'substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública', como asimismo, 'substancias o drogas de la misma índole' que no produzcan los efectos antes indicados".

Gobierno durante agosto de 1980, desconociéndose, en consecuencia, las razones concretas que ésta tuvo para introducir éste y otros cambios al texto del anteproyecto de Constitución Política propuesto por el Consejo de Estado. Esta última circunstancia genera un serio problema para quien pretenda encontrar la intención del constituyente. En efecto, no existiendo documentos ni registros auténticos, la búsqueda a tientas de la intención del constituyente bien puede conducir a resultados contradictorios.

Y así, mientras "Sanciona Tráfico de Drogas (II)" interpreta la supresión de la palabra "completamente" del inciso final del artículo 19 N° 3 como una manifestación "evidente" de la voluntad de la Junta de Gobierno en orden a permitir las llamadas "leyes penales en blanco", el Ministro de la Corte Suprema Rafael Retamal, fallando un recurso de Inaplicabilidad, y siguiendo el mismo método histórico, ha llegado a la conclusión exactamente contraria.

De acuerdo a la interpretación del Ministro Retamal, contenida en un voto disidente de 1986, "la supresión de la palabra 'completamente' en el texto constitucional enviado al órgano legislativo, no significa que este órgano olvidara el propósito del constituyente y dejara vigente el defecto de las leyes penales que trataba de evitar, sino que, a juicio del disidente, el texto constitucional, como lo aprobó el órgano legislativo exige que la ley se baste a sí misma en la configuración del hecho punible cuando dice que debe 'describirlo', porque describir es 'representar a persona o cosa por medio del lenguaje con sus distintas partes, cualidades y circunstancias' y era, por lo tanto, innecesario por pleonástico que, además se dijera que la descripción debía ser completa".

Independientemente de cuál pudiere ser la "lectura correcta" de la intención de la Junta de Gobierno, el estudio de este caso demuestra que la utilización del método originalista presenta más problemas que ventajas.¹²⁵ Existen otras formas de analizar

¹²⁵ De alguna manera, el Tribunal Constitucional perdió en "Sanciona Tráfico de Drogas (II)" la oportunidad de haber sentado un precedente de mayor fuerza. La falta de claridad dogmática y jurisprudencial, por su parte, ha contribuido a que subsista una cierta confusión respecto del sentido del inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Demostrativa de esta confusión, por ejemplo, es aquella resolución del Pleno de la Corte Suprema, de 7 de octubre de 1988, en que se declara, en forma unánime, que la Ley N° 18.015 es coherente con la normativa constitucional.

La citada Ley N° 18.015 disponía textualmente: "La infracción a las medidas adoptadas en virtud de las facultades conferidas por el artículo 41 N° 4, o por la

el mismo precepto, p. ej., desde una perspectiva sistemática, que hubieran permitido al Tribunal una más sólida justificación para su decisión.¹²⁶

disposición 24ª transitoria de la Constitución Política de la República de Chile que se refiere a la libertad de información, será sancionada con la pena de multa de 10 a 100 Unidades Tributarias anuales”.

Es evidente que la norma penal en cuestión no sólo es “en blanco”, sino, además, absolutamente “abierta”. En efecto, el precepto no “describe expresamente” la conducta que se sanciona. Por el contrario, declara delicto toda acción u omisión que infrinja las medidas que por vía reglamentaria decreta el Presidente de la República durante la vigencia del Estado de Excepción.

En el caso examinado por la Corte Suprema, un decreto exento del Ministerio del Interior (Nº 6.255) vino a completar la figura penal al ordenar a los Medios de Comunicación “abstenerse de difundir, en cualquier forma y por cualquier medio, informaciones u opiniones relacionadas con: a) Las actividades de las personas, organizaciones a que se refiere el artículo 8º de la Constitución Política de la República, b) las conductas delictuales descritas y sancionadas por la letra i) del artículo 6º de la Ley Nº 12.927 sobre Seguridad del Estado.

La Corte Suprema, sin embargo, se pronuncia por la constitucionalidad de esta norma penal. Según el fallo, la Ley Nº 18.015 no es una “ley penal en blanco” pues: “señala cuáles son las conductas ilícitas sancionadas con multas que allí mismo se señalan. Estas conductas constituyen las infracciones a las medidas adoptadas por el Presidente de la República...”. Agrega la Corte Suprema: “El decreto Exento 6.255... aclaró aún más las conductas penales descritas en los textos penales antedichos”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, Nº 3, 1988, sección V (Recurso de Inaplicabilidad), pp. 241 ss.

¹²⁶ Para una interpretación más completa de la misma norma, véase la opinión del profesor Cea Egaña: “La Constitución exige que la conducta que se sanciona, es decir el tipo, esté de antemano expresa y claramente figurado en la ley, por medio de la explicación que ella misma haga de sus cualidades y circunstancias definitivas. De manera que la Carta es exigente y no se cumple su prohibición si el legislador entiende que describir la conducta punible es sólo nombrarla, sin precisar las características de ella y los supuestos de hecho que la hacen típica o encuadrable. Por ende, aunque la Constitución no ha excluido la posibilidad de aprobar una ley penal en blanco, si ha prohibido leyes abiertas con enunciados o bosquejos ambiguos, configurados en concreto discrecionalmente por la Administración y sin la publicidad de las leyes. Y la interpretación del texto constitucional debe ser severa en requerir el cumplimiento de la descripción precisa, aunque no exhaustiva, del tipo por el Legislador, rechazando toda delegación de sus facultades en la Administración, como asimismo, colocar elementos normativos del tipo en el terreno de la discreción y omitir la publicación de los actos administrativos correspondientes en el Diario Oficial”. CEA, JOSÉ LUIS: “La igual protección de los derechos”, Revista Chilena de Derecho, volumen 9, Nº 3, 1982, pp. 521 ss.

2.6. LA INTERPRETACIÓN SISTÉMICA Y FINALISTA

La interpretación constitucional no se agota en el análisis gramatical de las palabras de la Carta Fundamental ni en el estudio de la intención que tuvo el constituyente al formularlas. La determinación del significado de un precepto constitucional requiere, además, discernir las relaciones entre dicha norma y el resto de los artículos de la Constitución Política.

El estudio del contexto, a su vez, permite descubrir cuál es el papel o función distintiva que cumple dentro del sistema constitucional el precepto cuyo sentido se indaga. Con la finalidad de la norma a la vista, el intérprete estará en condiciones de reconocer a aquélla su sentido más auténtico y genuino, es decir, el sentido objetivo, aquél que trasciende la intención que pudo haber tenido el constituyente. A este criterio se le denomina “finalismo”.¹²⁷

En el caso de la Carta Fundamental de 1980, su Capítulo I, sobre “Bases Fundamentales”, constituye el principal criterio orientador para fijar la finalidad de los distintos preceptos constitucionales.¹²⁸ En alguna medida, los valores y principios allí recogidos constituyen el alma o “espíritu de la Constitución”.¹²⁹

¹²⁷ Existe alguna similitud entre este criterio interpretativo y la regla de hermenéutica del artículo 24 del Código Civil chileno. Allí, luego de haber enunciado los llamados elementos gramatical, histórico, lógico y sistemático, el Código agrega: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al *espíritu general de la legislación* y a la equidad natural”.

*El paralelo, sin embargo, está muy lejos de ser completo. Mientras el Código Civil autoriza a recurrir al espíritu general de la legislación en caso de no poder aplicarse las otras reglas de hermenéutica y ante pasajes oscuros o contradictorios, el finalismo impone la obligación de considerar en todos los casos los valores o “Espíritu de la Constitución”. ZAPATA, PATRICIO: *La Interpretación de la Constitución*, Revista Chilena de Derecho, volumen 17, Nº 1, 1990, pp. 167-178.

¹²⁸ Ver CALDERA, HUGO: “Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el Capítulo I “Bases de la Institucionalidad” de la Constitución Política de 1980”, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXXVII, Nº 1, enero-abril de 1990, Primera Parte, pp. 25-34.

¹²⁹ El profesor José Luis Cea se ha referido al papel fundamental que tienen en la interpretación constitucional los principios jurídicos de carácter dogmático. Para Cea dicha función interpretativa es incluso anterior a la explicitación positiva del principio pues: “En el fondo de las normas jurídicas positivas hay siempre latente un principio de derecho que, una vez descubierto, tiene en sí un impulso suficiente para cobrar rango igual a la ley misma. Ningún principio, sin embargo, actúa como creador de normas, sino que su valor constructivo lo alcanza en unión con el conjunto del ordenamiento reconocido, dentro del cual le incumbe una



Sin perjuicio de las finalidades o *ratio legis* concretas que pueda tener cada precepto constitucional considerado individualmente, cuestión importante de dilucidar en cada caso, no debe olvidarse que todas las normas de la Constitución comparten un fin común: resguardar los derechos fundamentales de la persona humana.¹³⁰

En relación al literalismo y el originalismo, el finalismo presenta importantes ventajas teóricas y prácticas. En efecto, no sólo permite al intérprete ponderar los valores imbricados en un texto consti-

función definida. Pero tal aptitud formativa de normas por la vía interpretativa o integradora es posible sólo si las decisiones valorativas que aún son necesarias para su configuración no pertenecen a un programa político en curso de realización. Un principio cuya misión está todavía pendiente de una decisión política no está maduro para ser fijado en sentido jurídico".

Destacando la importancia de los principios, Cea agrega: "Fuerza es agregar que (ellos) constituyen la base de complejos enteros de reglas e instituciones, hasta el punto de que si no son reconocidos, el ordenamiento completo quedaría falseado en su sentido y ninguna de sus disposiciones concretas podría dejar de ser afectada. Por ello los principios son fuente directa del derecho positivo. Justamente, el concepto material de la Constitución descansa en la admisión de tales principios inmanentes y obligatorios, estén o no formalmente aludidos o desarrollados por la normatividad positiva".

Concluye al respecto Cea: "Ahora bien, la cualidad de los principios de informar axiológicamente todo el ordenamiento constitucional y la hermenéutica del mismo, tendría que generar su unidad y la homogeneidad entre dicho ordenamiento y el resto del sistema jurídico, aproximándose a la quimérica idea de 'sistema' que se ha defendido por el racionalismo. La relevancia de los principios, en todo caso, concretamente reside en que sirven de claves interpretativas de las normas constitucionales, fijando consecuentemente el fundamento y límites de las reglas complementarias y de la aplicación de éstas con subordinación a aquéllas". CEA, JOSÉ LUIS: "Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa", Revista Chilena de Derecho, volumen 11, N° 1, enero-abril de 1984, pp. 7-16.

¹³⁰ En el fallo "Restricción Vehicular", de 26 de junio de 2001, Rol 325, y sobre este punto preciso, el TCCh reprodujo una extensa cita del profesor Linares Quintana: "En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquella debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado".

tucional, sino que abre posibilidades para superar el formalismo excesivo.¹³¹

En las próximas páginas, dedicadas al estudio de dos sentencias del TCCh, se destacan precisamente las potencialidades del finalismo como criterio útil en la búsqueda de soluciones jurisprudenciales razonables y coherentes.¹³²

"Tribunal Calificador de Elecciones"

24 de septiembre de 1985

Rol N° 33; R.E.J. v1-p. 205

La trascendencia de un fallo puede ser medida según diversos parámetros: su impacto en la jurisprudencia del futuro, la originalidad de los raciocinios o las conclusiones, la calidad técnica del fallo o, incluso, la relación entre la sentencia y el bien común de la comunidad en que éste será aplicado.

Cualquiera sea el criterio que se emplee, es innegable que la sentencia "Tribunal Calificador de Elecciones" constituye uno de los momentos auténticamente brillantes del TCCh, representando, además, la más nítida aplicación de la interpretación "sistémica y finalista".¹³³

¹³¹ El profesor Jorge Precht, reivindicando los principios del Estado de Derecho como criterios interpretativos, expresa: "...el temor que guardo es que el positivismo jurídico haga tabia rasa de estas bases fundamentales de la institucionalidad y de lugar a fórmulas interpretativas que ahoguen estas semillas. Ya Radbruch nos enseñó que el positivismo estuvo en las raíces del totalitarismo".

De acuerdo a Precht: "Debemos interpretar la Constitución de acuerdo con criterios democráticos y, aún más hondo, con criterios compatibles con el Estado de Derecho, porque si la democracia es importante, el Estado de Derecho es su cimiento y ninguna fórmula democrática tiene sentido si no está basada en valores éticos".

Concluye el profesor Precht: "La reafirmación de los principios ético-jurídicos es la gran lección del artículo 1° de la Constitución de 1980, pieza angular del edificio normativo y clave de interpretación de sus normas. Ese es el único seguro contra el Leviathan". PRECHT, JORGE: "Potestad reglamentaria y equilibrio constitucional en la Constitución chilena de 1980", Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, N° 48-49, abril-agosto de 1981, pp. 21-22.

¹³² Para una evaluación de la polémica entre finalismo y originalismo en el Tribunal Constitucional chileno, con especial referencia al aporte fundamental del Ministro Eugenio Valenzuela, ver ZAPATA, PATRICIO: "La Interpretación de la Constitución", Revista Chilena de Derecho, volumen 17, N° 1, 1990, pp. 161 y ss.

¹³³ No se trata, en todo caso, de la primera vez en que el Tribunal Constitucional desarrolla una argumentación finalista. El primer atisbo de finalismo se insinúa en

El fallo que se comenta se pronuncia el 24 de septiembre de 1985, con ocasión del control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones.¹³⁴

El principal problema abordado por "Tribunal Calificador de Elecciones" se refiere al artículo final del proyecto aprobado por la Junta de Gobierno. En dicho precepto se fija la oportunidad en que debe constituirse el Tribunal Calificador de Elecciones, señalándose: "El artículo 84 de la Constitución Política y la presente ley entrarán en vigencia sesenta días antes de la fecha en que debe realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados".

A primera vista, el texto reproducido parece ajustarse a la Carta Fundamental, puesto que virtualmente se limita a reproducir lo dispuesto en el artículo 11 transitorio de la propia Constitución Política, que señala textualmente: "El artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que corresponda de acuerdo con la ley respectiva, con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha".

Una mayoría del Tribunal (Valenzuela, Philippi, Eyzaguirre y Maldonado), sin embargo, consideró que la norma constitucional transcrita, de una claridad y transparencia más aparente que real, debía ser objeto de un examen que superara el mero estudio literal.

"Inhabilidad del Ministro Jarpa" (27 de octubre de 1983). Allí, el Tribunal se preocupó de definir el significado de algunas de las Bases de la Institucionalidad. Sobre el artículo 1º de la Carta Fundamental, por ejemplo, "Inhabilidad del Ministro Jarpa" señaló: "es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional".

En cuanto al sentido y alcance del artículo 6º de la Constitución, "Inhabilidad del Ministro Jarpa" afirma que éste "consagra principios vitales, en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la 'supremacía constitucional' sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la 'vinculación directa' de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados".

"Inhabilidad del Ministro Jarpa" se limita, en todo caso, a enunciar el potencial interpretativo de los artículos 1º y 6º, pero no desarrolla las consecuencias del finalismo.

¹³⁴ Un comentario general sobre el fallo en CRUZ-CORE, CARLOS: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de septiembre de 1985", Revista de Derecho Público, Nº 37/38, enero-diciembre de 1985, pp. 143-148.

La sentencia, redactada por el Ministro Valenzuela, comienza señalando que "un primer análisis de este precepto, en conformidad a su estricto tenor literal, y con prescindencia del resto de las disposiciones de la Carta Fundamental, conduce a pensar que el artículo 84 de la Constitución y las normas legales que lo complementan entrarán a regir, sin excepciones ni limitaciones de ninguna especie, en la fecha que señale la ley orgánica constitucional respectiva, con motivo de la primera elección de diputados y senadores. De esta manera, la vigencia del artículo 84 se vincularía exclusivamente y directamente con la referida elección de parlamentarios".

En virtud de dicha interpretación, el plebiscito presidencial de 1988 establecido en el artículo 27 transitorio de la Constitución debería efectuarse sin la supervisión del Tribunal Calificador de Elecciones. "Tribunal Calificador de Elecciones" rechaza expresamente esta solución y rompe con el "literalismo", expresando: "esta rígida interpretación del texto constitucional resulta inadmisibles, porque ella está en pugna o contradice el artículo permanente y las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental que a continuación se señalan...".

En los considerandos siguientes, "Tribunal Calificador de Elecciones" revisa el significado y alcance de los artículos 18 permanente y 13, 18, 21 y 27 transitorios de la Constitución Política. De su examen la sentencia desprende que la Constitución ha querido que los actos electorales y plebiscitarios estén revestidos siempre de garantías tales que aseguren, más allá de toda duda, su pureza y transparencia.

La sentencia enfatiza la importancia que tiene el Tribunal Calificador de Elecciones para velar, precisamente, por la legitimidad de las votaciones populares. Señala el fallo: "la doctrina y la jurisprudencia del propio Tribunal Calificador de Elecciones demuestran con nitidez que éste constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima".

En base a dicho raciocinio, la mayoría concluye que el plebiscito presidencial considerado en el artículo 27 transitorio de la Carta Fundamental debe efectuarse de acuerdo a la ley orgánica constitucional sobre Sistema Electoral Público y que para tal evento el Tribunal Calificador de Elecciones deberá estar ya en funciones.

La sentencia afirma la necesidad de contemplar el Tribunal Calificador de Elecciones para el plebiscito presidencial, apoyándose, además, en consideraciones de tipo político-constitucional: "la con-



clusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental".

Profundizando esta reflexión en torno a los requisitos que debe reunir el plebiscito presidencial contemplado en el artículo 27 transitorio, "Tribunal Calificador de Elecciones" señala: "...la especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones *ad hoc*, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a 'un' tribunal determinado".

Como corolario de los razonamientos reproducidos, la sentencia del Ministro Valenzuela declara que la norma que posterga la vigencia del Tribunal Calificador de Elecciones, sin excepciones, hasta las elecciones parlamentarias es inconstitucional.

Como puede advertirse, "Tribunal Calificador de Elecciones" hace primar inequívocamente el "espíritu de la Constitución" por sobre el sentido literal y aislado de una norma constitucional. Una solución como esta se inspira, claramente, en una concepción interpretativa "sistémica" y "finalista". Así se declara, por lo demás, en el considerando 19 del fallo: "La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose aquella interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella".

La decisión mencionada se acuerda contra la opinión de una minoría importante del Tribunal (Ortúzar, Aburto y Urzúa). La disidencia, redactada por el Ministro Ortúzar, se apoya fundamentalmente en el tenor literal del artículo 11 transitorio de la Constitución Política.

En efecto, a juicio del voto de minoría, la referida norma constitucional, que dispone la entrada en vigencia del Tribunal Calificador de Elecciones con ocasión de la primera elección de parlamentarios, es: "de meridiana claridad". No cabría, por ende, que la ley orgánica sobre el Tribunal mencionado interprete, o altere un mandato constitucional claramente expresado.

Los Ministros disidentes sostienen que el artículo final del proyecto, al fijar la fecha de constitución del Tribunal Calificador de Elecciones "sesenta días antes... de la primera elección de senadores y diputados", no hace sino reproducir, casi textualmente, la disposición constitucional pertinente. En consecuencia, afirma la minoría, no es posible declarar la inconstitucionalidad del artículo cuestionado.

A la consideración "literalista" reseñada, el voto disidente agrega, por último, una referencia a la historia fidedigna del proyecto de ley orgánica.¹³⁵

La decisión de la mayoría del Tribunal Constitucional, y la concepción "finalista" y "sistémica" que la inspira, han sido acogidas favorablemente por la unanimidad de la doctrina nacional.

Así, por ejemplo, el profesor Mario Verdugo, quien integraría el TCCh entre 1997 y 2001, califica el raciocinio de "Tribunal Calificador de Elecciones" como "interpretación hermosa". Explicando el calificativo, Verdugo agrega: "...para mí este fallo tiene singular riqueza porque abre innumerables posibilidades al intérprete constitucional; se soslaya, no quiero decir que se vulnera, un precepto constitucional, pero frente a un texto que expresamente indica cuál es el momento para entrar en función un tribunal, prefiere darle una interpretación orgánica, finalista a la Constitución, y opta entonces, precisa y justamente, por hacer referencia a la vigencia de este tribunal en un momento que se estima de trascendencia para la Nación".¹³⁶

A juicio de Verdugo, "No hay aquí, ni podría decirse que hay, un fraude a la Constitución y una violación de la Constitución porque en cierta medida se desconoce el tenor literal de una disposición, ¿por qué?, volvemos al problema finalista, se está interpretando la Constitución de acuerdo con sus fines, y en este caso el fin está representado por dar la más amplia seguridad a un acto de voluntad del pueblo. Ese es el "telos" en esta interpretación. Si queremos darle

¹³⁵ Luego de citar extensamente el informe de la Comisión Conjunta Legislativa de la Junta de Gobierno, el Ministro Ortúzar señala: "Los Ministros que suscriben este voto de minoría concuerdan plenamente con el criterio de las Comisiones Conjuntas y de la Honorable Junta de Gobierno señalados precedentemente y estiman que los preceptos indicados son constitucionales, ya que se limitan a dar cabal cumplimiento al mandato contenido en la disposición decimotercera transitoria de la Constitución".

¹³⁶ VERDUGO, MARIO: "Comentario a un fallo del Tribunal Constitucional de 1985", La Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Central, enero-junio de 1989, año III, pp. 197-198.

solvencia a la voluntad que se exprese, a la voluntad del pueblo en una forma más pura, deben tomarse todas las prevenciones para que ello así resulte. En tal sentido nadie podría acusar al Tribunal Constitucional de haber incurrido en un fraude a la Constitución".¹³⁷

La profesora Luz Bulnes –quien se incorporaría al TCCh en vez del Ministro Valenzuela– ha señalado que en este fallo: "El Tribunal Constitucional se aparta... del tenor literal y del texto expreso de la norma y para interpretarlo busca encontrar el espíritu del constituyente, llegando a una interpretación donde se expresan con evidencia factores no sólo jurídicos, sino que más bien políticos y sociológicos. La Constitución es una ley, pero es a la vez un texto político en el que se sustenta todo un sistema de gobierno. Su intérprete no puede apartarse del espíritu y los valores que lo inspiran. Si bien el fallo que hemos analizado se aparta del texto expreso de la norma y se sustenta en factores distintos al tenor literal de ella, no hay duda que está llamado a tener una importancia enorme como jurisprudencia constitucional, considerando especialmente que la Constitución de 1980 está sustentada en ciertos valores o principios que se expresan en las Bases de la Institucionalidad y que siguiendo este criterio deben siempre considerarse en la interpretación de sus disposiciones constitucionales".¹³⁸

Para el profesor José Luis Cea, el fallo "**Tribunal Calificador de Elecciones**" es representativo de un tipo de *Jurisprudencia Dinámica*. A juicio de Cea, al fallar de esta manera el Tribunal demostró "coraje, autonomía e imparcialidad, a la vez que capacidad integradora de los preceptos constitucionales en un sistema por la hermenéutica de contexto, finalista y creadora...".¹³⁹

De acuerdo a Cea: "el fruto de la tarea jurisdiccional referida en dos palabras, ha sido contribuir a la conciencia constitucional a través del incremento de la legitimidad de la nueva Constitución". Agrega el profesor Cea: "Ahora, por obra del Tribunal Constitucional, puede confiarse que el régimen jurídico aplicable al plebiscito presidencial que se aproxima, y a los que eventualmente ocurran sobre reformas constitucionales, será legítimo".¹⁴⁰

¹³⁷ VERDUGO, MARIO, op. cit., pp. 197-198.

¹³⁸ BULNES, LUZ: "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Interpretación Constitucional", XVIII Jornadas de Derecho Público, 1988, Concepción, pp. 159 ss.

¹³⁹ CEA, JOSÉ LUIS: "Influencia del Tribunal Constitucional en el proceso de institucionalización política", Revista Chilena de Derecho, volumen 15, N° 2/3, mayo-diciembre de 1988, pp. 205-211.

¹⁴⁰ CEA, JOSÉ LUIS, op. cit., pp. 205-211.

"Cabe esperar, concluye el profesor Cea, que el Tribunal Constitucional persevere en su doctrina y que lo haga no sólo en punto a las leyes, sino respecto de todas sus importantes atribuciones... Exprimiendo así al máximo las posibilidades de una jurisprudencia creativa y dinámica, será posible que los preceptos constitucionales conflictivos resulten suavizados y que las normas rígidas cobren flexibilidad".¹⁴¹

El profesor Carlos Cruz Coke, refiriéndose a las consecuencias jurídicas de "**Tribunal Calificador de Elecciones**", afirma que "el plebiscito de ratificación presidencial del año 1989 o cualquier otro que se realice con antelación a este último, será una consulta libre, informada, sincera y secreta. En consecuencia, nadie podrá poner en duda su legalidad y legitimidad...".¹⁴²

El profesor Alejandro Silva Bascuñán, por último, no duda en calificar esta decisión jurisprudencial como "una de las doctrinas más trascendentales del Tribunal Constitucional".¹⁴³

La importancia de "**Tribunal Calificador de Elecciones**" trasciende de su innegable significación histórica. No puede dejar de notarse que, con posterioridad a este fallo, el TCCh ha vuelto, en más de una ocasión, a desestimar el tenor literal de un artículo de la Carta Fundamental en favor de una interpretación sistémica y finalista del ordenamiento constitucional.¹⁴⁴

¹⁴¹ CEA, JOSÉ LUIS, op. cit., pp. 205-211.

¹⁴² El profesor Cruz Coke destaca también las consecuencias políticas de esta sentencia del Tribunal Constitucional. A su juicio: "El fallo demuestra en forma enfática que la Constitución Política de 1980 opera en forma perfecta en el camino hacia la plena vigencia de sus disposiciones. En efecto, un órgano fiscalizador electoral como el Tribunal Calificador de Elecciones establecido por el constituyente de 1980 entra a operar 'ipso jure', con ocasión del próximo período presidencial. Es el Tribunal Constitucional establecido en este ordenamiento constitucional quien ha abierto este camino, lo que demuestra a las claras que la Constitución Política del Estado se basta a sí misma para caminar por la buena vía hacia la plena democracia". CRUZ COKE, CARLOS: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de septiembre de 1985", Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 37-38, enero-diciembre de 1985, pp. 143-148.

¹⁴³ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, y SILVA, MARÍA PÍA: "Efectos de la resolución de constitucionalidad", Revista Chilena de Derecho, volumen 15, N° 2-3, mayo-diciembre de 1988, pp. 311-340.

¹⁴⁴ En 1988, en *Faculta a la Municipalidad de Calama para transferir Inmuebles*, el TCCh afirma expresamente: "es cierto que en el presente caso una interpretación estrictamente literal de las normas contenidas en los artículos 107 inciso 3° y 60 N° 10 de la Constitución lleva a la conclusión de que ambos preceptos pueden concurrir copulativamente, pues mientras el artículo 60, N° 10, se refiere a las normas sobre enajenación de los



“Requerimiento contra Clodomiro Almeyda”

21 de diciembre de 1987

Rol N° 46; R.E.J. v2-p. 54

Como se ha comentado, “Tribunal Calificador de Elecciones” tuvo el mérito de privilegiar el finalismo en desmedro del tenor literal de la Carta Fundamental. Dos años más tarde, en “Requerimiento contra Clodomiro Almeyda”, el TCCh ratifica expresamente su opción finalista, desechando, esta vez, además, los criterios interpretativos del originalismo.

En “Requerimiento contra Clodomiro Almeyda” el Tribunal debe pronunciarse sobre un requerimiento presentado por el Ministerio del Interior contra el Secretario General del Partido Socialista de

bienes municipales, el artículo 107, inciso 3º, trata solamente sobre las atribuciones de las Municipalidades para enajenarlos. Sin embargo, sobre tal interpretación debe prevalecer aquella que armonice la normativa constitucional en términos tales de evitar que materias tan íntimamente vinculadas entre sí... sean reguladas por preceptos legales de diferente clase... Una interpretación de conjunto evita que ello ocurra y permite concluir que debe ser una sola clase de ley la que legisle sobre ambas materias, y ésta debe ser la ley ordinaria o común, habida consideración que la facultad para enajenar es uno de los aspectos que deben contener las normas que regulan la enajenación” (Rol N° 52, 29 de enero de 1988, R.E.J., v2-p. 125).

Once años después, en “Ministerio Público”, el TCCh volvería a descartar el literalismo en la interpretación de la Carta Fundamental (28 de septiembre de 1999, Rol 293).

En “Ministerio Público” el TCCh debió ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Conviene recordar que el Ministerio Público es el producto de una reforma constitucional de 1997 que incluyó un nuevo capítulo sobre esta institución, el VI-A, en la Carta Fundamental. Pues bien, el problema que enfrenta el TCCh en 1999 es que el artículo trigésimo sexto transitorio de la Constitución Política establece textualmente que: “Las normas del Capítulo VI-A ‘Ministerio Público’, regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público”.

Tal como lo reconoce “Ministerio Público”: “...del tenor literal de la primera parte de la disposición transitoria señalada podría estimarse que los preceptos constitucionales que incorporaron en su integridad al Ministerio Público en la Constitución Política... tendrían supe-
ditada su aplicación a la dictación previa de la ley orgánica constitucional respectiva, situación que impediría a este Tribunal ejercer en plenitud su control obligatorio por no existir marco de referencia inmediato” (considerando 4).

El TCCh, sin embargo, descarta la interpretación literalista y opta por interpretar el 36º transitorio “...en consonancia y armonía y dentro del contexto de las restantes normas constitucionales; en especial, la del artículo 82, N° 1, que hace obligatorio que las leyes orgánicas constitucionales se sometan al trámite de control constitucional de esta Magistratura...” (considerando 5).

Chile, señor Clodomiro Almeyda, a quien se acusa de infringir el artículo 8º de la Constitución Política.¹⁴⁵

Antes de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la inocencia o culpabilidad del señor Almeyda, el Tribunal debió dilucidar una duda respecto a los efectos en el tiempo del entonces vigente artículo 8º.

El problema interpretativo consistió en determinar si las conductas que se sancionan por el artículo citado son sólo las cometidas con posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1980 o si también quedan comprendidas y sancionadas las ejecutadas con anterioridad a ella. En otras palabras, se trataba de resolver si el artículo 8º tenía o no efecto retroactivo.

Lo primero que hace el TCCh es examinar el aspecto gramatical del artículo 8º: “la cuestión surge con motivo de las expresiones ‘incurran o hayan incurrido’ que emplea el mencionado artículo 8º, para referirse a las personas que quedarán afectas a las sanciones que la norma establece en caso de declararse su responsabilidad por este Tribunal”. De allí que, según “Requerimiento contra Clodomiro Almeyda”: “Para algunos las fórmulas verbales en pasado ‘hayan incurrido’ o ‘hayan atentado’ revelan que el precepto se extiende, no sólo a las conductas presentes, sino también a las preteritas, anteriores y posteriores a la vigencia de la Constitución”.

El TCCh advierte, por tanto, que un simple estudio exegético de las palabras conduciría, necesariamente, a aceptar el efecto retroactivo del artículo 8º. Pero, lejos de admitir dicha conclusión, la sentencia entra al análisis de los principios básicos de la Carta Fundamental que tienen relación con el problema planteado. Es así como “Requerimiento contra Clodomiro Almeyda” alude a los artículos 1º, 4º, 5º y 19º de la Constitución, afirmando: “estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”.

¹⁴⁵ El artículo 8º de la Constitución Política ordenaba la sanción de aquellos actos destinados a propagar doctrinas contrarias a la familia, fundadas en la lucha de clases o en visiones totalitarias. El referido artículo 8º fue derogado en agosto de 1989 en virtud de la ley de reforma constitucional N° 18.825. Para un análisis específico sobre el artículo 8º véase ZAPATA, PATRICIO: “¿Protección de la Democracia? El sentido del artículo 6º”, XX Jornadas de Derecho Público, Colección Jornadas Académicas, Universidad de Valparaíso, 1990, pp. 89-102.

De este estudio contextual y sistémico de la Constitución Política el TCCh deduce importantes consecuencias jurídicas relacionadas con el artículo 8º. Señala el fallo: "se hace necesario traer a colación el principio de "nulla poena sine lege" que expresa el artículo 19 Nº 3 inciso séptimo de la Carta Fundamental, ya que si bien es cierto que dicho precepto sólo se refiere a los delitos penales, no lo es menos que él debe estar presente para determinar el alcance del artículo 8º, ya que difícilmente, en una interpretación razonable, pueden substraerse al concepto de pena las graves sanciones que el precepto impone a quien incurre en el ilícito constitucional que contempla".

Aplicando los criterios reseñados, el TCCh concluye en forma unánime: "la voluntad de Carta Fundamental es sólo sancionar aquellas conductas que se hayan cometido con posterioridad al 11 de marzo de 1981, no dando a dicho precepto un efecto retroactivo, porque esta es la interpretación que mejor se aviene con los principios contenidos en las normas constitucionales citadas. La tesis contraria conduce a aceptar un estado de inseguridad jurídica que impide a los individuos un desarrollo integral de su personalidad frente al temor que naturalmente conlleva el no saber con certeza las consecuencias jurídicas de sus actos por la eventual aplicación de penas, o sanciones constitucionales que se asemejan a ellas".

El TCCh no puede sino reconocer que su conclusión pugna abiertamente con la intención que tuvieron los integrantes de la Comisión Ortúzar al momento de redactar el precepto. Sin embargo, "Requerimiento contra Clodomiro Almeyda" desestima explícitamente la intención conocida del constituyente afirmando: "Que a la conclusión anterior (efecto sólo hacia el futuro del artículo 8º) no obsta lo expuesto en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en las sesiones 359 y 415 de 26 de abril y 28 de septiembre de 1978, ya que "la voluntad de la Constitución", claramente expresada en su texto, prevalece sobre ello. Como bien lo afirma el tratadista Sebastián Soler, no basta que el autor de la iniciativa haya dicho o pensado un determinado concepto, "para que su voluntad se haya efectivamente introducido e incorporado en el cuerpo dinámico del derecho". Con suma frecuencia ocurre que el sistema jurídico absorbe sólo aparentemente una pretendida novedad, pero luego la rechaza por incompatibilidad sistemática con otros principios jurídicos superiores".

En el párrafo que acaba de transcribirse, el TCCh, explícitamente, privilegia el "finalismo" por sobre el "espíritu del constituyente". La

declaración adquiere aún más relevancia considerando que constituye una decisión unánime del Tribunal.

ELEMENTOS DE DERECHO COMPARADO

ESTADOS UNIDOS

La interpretación jurídica ha devenido en uno de los tópicos más discutidos por el constitucionalismo norteamericano. Buena parte del debate ha girado en torno a la legitimidad y utilidad de los distintos métodos interpretativos. Esta polémica, a su vez, está muy influida por las distintas reacciones que provocó la innovadora producción jurisprudencial de la Corte Suprema norteamericana durante la presidencia del *Chief Justice* Earl Warren (1953/1969).

De esta manera, los sectores de la doctrina norteamericana que simpatizan con las soluciones liberales de la Corte Warren tendían, por lo menos hasta 1985, a defender métodos interpretativos que dejen a los jueces un margen importante de creación que les permita configurar una jurisprudencia flexible, dinámica y creativa en favor de la protección de los derechos humanos.¹⁴⁶ Por el contrario, los juristas conservadores que criticaban lo que ellos consideraban el activismo político de la Corte Warren, enfatizan el hecho de que los jueces deben sujetarse al texto o al sentido original de las palabras de la Constitución.¹⁴⁷

Los cambios políticos ocurridos en los últimos 20 años han ido modificando los términos del debate. La propia Corte Suprema norteamericana, bajo las presidencias sucesivas de Warren Burger (1969/1986), William Rehnquist (1986/2005) y John Roberts (2005/), ha efectuado un viraje conservador y ya no parece interesada en expandir jurisprudencialmente el ámbito de los derechos fundamentales.¹⁴⁸ El cambio político de la Corte, con una mayoría

¹⁴⁶ PERRY, MICHAEL J.: *The Constitution, the Courts and Human Rights* Yale University Press, 1982 y *Morality, Politics and Law*, Oxford University Press, 1988.

¹⁴⁷ WECHSLER, HERBERT: "Toward neutral Principles of Constitutional Law, Harvard Law Review, volumen 73, Número 1, 1959.

¹⁴⁸ Así, por ejemplo, en 1986, en "BOWERS vs. HARDWICK", la Corte Suprema expresó: "La Corte es especialmente vulnerable y se acerca a la ilegitimidad cuando opera sobre la base de un derecho constitucional de creación judicial y con poca o ninguna raíz reconocible en el lenguaje o diseño de la Constitución" (Recopilación de la Corte Suprema, S. Ct. 106, 1986, p. 2846).



más conservadora, la que terminó por consolidarse hacia 1990, ha coincidido con la aparición de una fracción de juristas liberales reacios al activismo judicial.¹⁴⁹

En materia de métodos interpretativos, y en relación al literalismo más simplista, el juicio crítico de la doctrina es apabullante. Mark Tushnet, por ejemplo, afirma que “todos los tipos de literalismo padecen de un mismo defecto fatal: nos hablan de una Constitución que no es política”.¹⁵⁰ Ronald Garet critica el literalismo desde la perspectiva de la hermenéutica. Según Garet, el literalismo, al transformar al lector en un sirviente mecánico de las órdenes del texto, desconoce el carácter complejo e interactivo de la relación entre el autor de un mensaje, el medio que lo contiene y el sujeto que lo recibe y decodifica.¹⁵¹

No obstante, incluso autores reconocidamente liberales aceptan que el texto cumple una importante función disciplinadora de la tarea judicial. Dos conocidos profesores de Harvard recogen esta valoración. Frederick Schauer plantea que, en el caso de preceptos de textura abierta o cargados de teoría (theory-laden), el texto escrito actúa como el marco que define los contornos externos del significado, pero que no lo agota por sí mismo.¹⁵² Richard Fallon admite, también, que la consideración a los textos escritos es una condición “para que la Constitución siga siendo un límite o freno a la creación judicial”.¹⁵³

En una evolución aún más reciente, el profesor de Yale Akhil Reed Amar ha defendido los méritos de lo que él llama “textualismo holístico”. Se trata de una perspectiva que, frente a lo que Reed Amar considera el abandono de la Constitución por una generación de juristas y jueces demasiado extasiados con la elaboración doctrinaria y la construcción jurisprudencial, reivindica en forma enérgica y

¹⁴⁹ PARKER, RICHARD: *Here the people rule: A constitutional populist manifesto*, Harvard University Press, Cambridge, 1994. TUSHNET, MARK: *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.

¹⁵⁰ TUSHNET, MARK: “A note on the revival of textualism in Constitutional Theory”, *Southern California Law Review*, volumen 58, N° 2, enero de 1985, p. 700.

¹⁵¹ GARET, RONALD: “Comparative normative Hermeneutics: Scripture, Literature and Constitution”, *Southern California Law Review*, volumen 58, N° 1, Enero de 1985, p. 78.

¹⁵² SCHAUER, FREDERICK: “An essay on constitutional language”, *U. C. L. A. Law Review*, volumen 29, 1982, pp. 797 ss.

¹⁵³ FALLON, RICHARD: “A Constructivist coherence theory of constitutional interpretation”, *Harvard Law Review*, volumen 100, N° 6, abril de 1987, p. 1253.

convinciente el valor interpretativo del documento constitucional, entendido éste, sí, no sólo como un conjunto de palabras y frases, sino como un complejo sistema de textos unidos por estructuras e historia.¹⁵⁴

Los méritos teóricos y prácticos del “originalismo”, por su parte, también han sido discutidos exhaustivamente por la doctrina jurídica norteamericana.¹⁵⁵ Frente a quienes propugnan la necesidad de recurrir siempre a la intención del constituyente (“The intentions of the Framing Fathers”) se ha objetado sosteniendo que la Constitución Política debe ser entendida como un “organismo vivo y en desarrollo, que no está detenido un solo día”.¹⁵⁶

Ronald Dworkin, por ejemplo, critica al originalismo –historicismo lo llama él– tanto en su versión más moderada como en su concepción más estricta. En ambos casos, a su juicio, se hace imposible lograr interpretaciones jurídicas “estables”. En efecto, Dworkin alude a: “...una forma de historicismo débil que atará a los jueces a las opiniones concretas de los gobernantes históricos que crearon cada derecho, hasta donde puedan descubrirse estas opiniones concretas, pero les pide que utilicen otro método de interpretación cuando los autores no tenían ninguna opinión o su opinión se perdió en la historia. Esta es una fórmula segura para producir incoherencia en el esquema constitucional que genera, porque los autores en períodos diferentes tenían opiniones distintas sobre aquello que requiere la justicia y porque los jueces que utilizan métodos no históricos cuando no se pueden recuperar estas opiniones, tendrán opiniones concretas

¹⁵⁴ AMAR, AKHIL REED: “The Document and Doctrine”, Foreword in the Supreme Court 1995 Term in *Harvard Law Review*, volume 114, number 1, november 2000, pp. 26/134. En 2005 Amar publicó su *America's Constitution: A Biography*, Random House, Nueva York, desarrollando más elaboradamente su énfasis en la importancia de estudiar el texto de la Constitución, más que las sentencias de la Corte Suprema. Un crítico exigente ha designado a *America's Constitution: A Biography* el mejor libro de derecho constitucional en la historia de los Estados Unidos. STOKES, MICHAEL: “How to interpret the Constitution (and how not to)”, *Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 2038-2039.

¹⁵⁵ Entre otros: GORDON, ROBERT: “Historicism in Legal Scholarship”, *90 Yale Law Review*, 1981; MONAGHAN, HENRY: “Our Perfect Constitution”, *New York University Law Review*, vol. 56, may-june 1981, pp. 353-396; POWELL, JEFFERSON: “The original understanding of original intent”, *98 Harvard Law Review*, 1985; SIMON, LARRY C.: “The authority of the framers of the Constitution: can originalism be justified?”, *California Law Review*, october 1985, vol. 73 N° 5, pp. 1482-1539.

¹⁵⁶ MUNRO, WILLIAM: *The Governments of Europe*, The Macmillan Company, 1938, p. 18.



diferentes de las que tuvieron los autores. El historicismo fuerte ata a los jueces a las intenciones históricas concretas con mayor firmeza aún: les exige que traten estas intenciones como si agotaran toda la Constitución. Pero esto es equivalente a negar que la Constitución expresa principios, pues no se puede hacer que los principios se detengan allí donde se detuvieron el tiempo, la imaginación y el interés de un gobernante histórico. La Constitución toma los derechos en serio; el historicismo no".¹⁵⁷

Buena parte de las críticas al originalismo están dirigidas contra la versión que identifica mecánicamente el sentido de la ley con intención subjetiva del o los legisladores. Existe en los Estados Unidos, sin embargo, un originalismo más sofisticado y plausible. Al respecto, conviene detenerse en Robert Bork, quien, probablemente, ha hecho la formulación más clara de un originalismo aparentemente más objetivo.¹⁵⁸

El punto de partida de Bork, como el de todo originalista, es su rechazo a cualquier forma de creación judicial de la ley. "Cuando hablamos de 'ley' nos referimos ordinariamente a una regla que no podemos modificar sino a través de los procedimientos prescritos. Esta afirmación asume que la regla tiene algún sentido independiente de nuestros propios deseos. Si no fuera así, no tendría sentido concordar en los procedimientos para cambiar la regla. Las leyes, estaremos de acuerdo, pueden ser cambiadas a través de una enmienda o su derogación. La Constitución puede ser modificada por una enmienda aprobada de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo V de la misma. Consecuencia necesaria del hecho de existir precisamente los procedimientos prescritos es que ni la ley ni la Constitución pueden ser cambiadas por los jueces. Y aunque ello se ha hecho bastante frecuente, no es correcto en ningún sentido".¹⁵⁹

Ahora bien, y ante la pregunta "¿Cuál es el sentido de una regla que el juez no debe cambiar?", Bork responde: "Es el sentido tal como se le entendía al momento de la dictación de la ley. Y aun cuando he escrito de la comprensión de quienes ratificaron la Constitución, dado que ellos la aprobaron y la hicieron ley, esta es, realmente,

¹⁵⁷ DWORKIN, RONALD: *El Imperio de la Justicia*, Editorial Gedisa, España, 1ª edición, 1988, p. 260.

¹⁵⁸ BORK, ROBERT: *The Tempting of America: The political seduction of the law*, Chapter 7, The Free Press, MacMillan Inc., 1990.

¹⁵⁹ BORK, ROBERT, op. cit. Traducción del autor.

una formulación resumida, porque lo que los ratificantes entendían estar aprobando debe corresponder, a su vez, a lo que el Pueblo de la época entendía respecto de las distintas palabras. Es importante ser claros sobre esto. La búsqueda no es por la intención subjetiva. Si alguien encontrara una carta de George Washington a Marta (su esposa) diciéndole a ella que lo que él entendía por el poder de imponer tributos era distinto a lo que pensaban las demás personas, ello no cambiaría un ápice nuestra lectura de la Constitución. Tampoco cambiarían nada las intenciones subjetivas de todos los miembros de una Convención ratificatoria. Cuando un legislador usa palabras, la ley resultante está determinada por lo que las palabras usadas significan ordinariamente".¹⁶⁰

De esta manera, Bork niega valor a la intención subjetiva del constituyente que no ha quedado expresada en el texto de la norma o que no coincida con la comprensión generalizada de los contemporáneos. Añade Bork: "La ley es un acto público. Las intenciones o reservas secretas no valen nada. Todo lo que vale es la forma en que eran entendidas las palabras usadas por la Constitución al momento de su incorporación. El sentido original se manifiesta, por tanto, en las palabras utilizadas y en materiales secundarios tales como los debates en las convenciones, la discusión pública, los artículos periodísticos, los diccionarios usados en la época, y otros parecidos".¹⁶¹

Es indudable que el originalismo corregido de Bork supera algunas de las objeciones más fuertes que despierta este método interpretativo. No obstante, es útil tener claro que este planteamiento sigue atando el sentido que debe dársele hoy a los principios y normas constitucionales al sentido que tuvieron en su origen tales principios y normas. Tal punto de vista, por supuesto, sigue abierto a importantes observaciones críticas.

La mayoría de los académicos liberales, aunque —como se indicó— ya no todos, siguen esperando de la Corte Suprema una interpretación progresista que profundice los valores de Igualdad y Libertad y que no retroceda un ápice en relación a lo que se considera el magnífico legado de la Corte Warren.¹⁶²

¹⁶⁰ BORK, ROBERT, op. cit. Traducción del autor.

¹⁶¹ BORK, ROBERT, op. cit. Traducción del autor.

¹⁶² Esta línea de reflexión tiene como pilares fundamentales a Ronald Dworkin (New York University), Lawrence Tribe (Harvard), John Hart Ely (Yale, Harvard y Stanford) y Bruce Ackerman (Yale). Véanse: DWORKIN, RONALD: *Los Derechos en serio* (1977), Ariel, 2ª edición, 1989, Barcelona; *El Imperio de la Justicia* (1986), GEDISA,



Siguiendo con esta esta revisión somera de los principales puntos de vista recientes sobre la interpretación constitucional en los Estados Unidos, cabe destacar la importancia que se le vienen asignando desde 1990 a los argumentos fundados en la tradición constitucional. No corresponde confundir esta perspectiva con el originalismo ya comentado. Mientras la invocación de la tradición alude a la teoría y la práctica del constitucionalismo anglosajón, desde la Carta Magna hasta Dworkin, el originalismo se limita a descifrar la intención de los redactores de la norma constitucional.¹⁶³

En un intento de síntesis moderada, alejada por igual de originalismos y progresismos, el juez de la Corte Suprema Stephen Breyer ha propuesto lo que denomina una Jurisprudencia de la Libertad Activa. La idea es situar la función de la Corte Suprema en el contexto de lo que Breyer identifica como el gran tema unificador del proyecto constitucional de los Estados Unidos: asegurar a todos los norteamericanos, sin excepción, el derecho a participar en las decisiones políticas fundamentales. Breyer considera que esta finalidad ha sido eclipsada, en la teoría y en la práctica, por la también valiosa, pero no exclusiva, ni principal, tarea de tutelar la libertad pasiva, esto es, el goce tranquilo de los espacios de autonomía. La misión de la Corte Suprema sería, de acuerdo a Breyer, y con apego a precedente texto e historia, volver a profundizar dicho compromiso constitucional con la Libertad Activa.¹⁶⁴

Esta sección de derecho constitucional de los Estados Unidos cierra con el examen de dos sentencias de la Corte Suprema norteamericana,

Barcelona, 1ª edición, 1988. TRIBE, LAWRENCE: *American Constitutional Law*, 1978 (1ª edición), 1988 (2ª edición) y 2000 (3ª edición), Foundation Press. HART ELY, JOHN: *Democracia y Desconfianza* (1980), Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Colombia, 1997. ACKERMAN, BRUCE: *We the People, Foundations Transformations* (1998), Belknap Press of Harvard University Press.

¹⁶³ Entre otros véanse: KRONMAN, ANTHONY: "Precedent and Tradition", 99 *Yale Law Journal*, 1990, pp. 1029-1060; LUBAN, DAVID: "Legal Traditionalism", 43 *Stanford Law Review*, May 1991, pp. 1035-1060; BROWN, REBECCA: "Tradition and Insight", 103 *Yale Law Journal*, 1993, pp. 177-222; FLAHERTY, MARTIN: "History 'Lite' in modern American constitutionalism", 95 *Columbia Law Review*, april 1995, pp. 523-590; EPSTEIN, RICHARD: "History Lean: the reconciliation of private property and representative government", 95 *Columbia Law Review*, april 1995, pp. 591-600; SUNSTEIN, CASS: "The idea of a usable past", 95 *Columbia Law Review*, april 1995, pp. 610-608; STRAUSS, PETER: "The Court and Congress: should judges disdain Political history", 98 *Columbia Law Review*, 1998, p. 242.

¹⁶⁴ BREYER, STEPHEN: *Active liberty. Interpreting our democratic Constitution*, Alfred Knopf, Nueva York, 2005.

que recaídas, en distintas épocas, sobre la interpretación de una misma disposición constitucional, ilustran, en términos muy concretos, sobre los méritos y deméritos del literalismo y el originalismo.

Caso "Olmstead vs. Estados Unidos" Corte Suprema de los EE.UU. (1928)

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe el registro ilegal y arbitrario de las personas, sus casas, sus papeles y sus efectos personales. En el caso "Olmstead vs. Estados Unidos", la Corte Suprema norteamericana debió juzgar la constitucionalidad de una acción del gobierno consistente en presentar en un juicio evidencia incriminatoria obtenida mediante la intercepción, sin orden judicial previa, de la línea telefónica de uno de los acusados.¹⁶⁵

El punto controvertido consistió en definir si la Cuarta Enmienda comprende o no la inviolabilidad de las líneas telefónicas.

La mayoría de la Corte Suprema acogió una interpretación literalista y originalista del sentido de la garantía constitucional. El presidente de la Corte, juez Taft, redactando por la mayoría, señala:

"El bien conocido propósito que tuvo históricamente la Cuarta Enmienda, dirigida contra las autorizaciones generales, fue impedir el uso del poder público para allanar y registrar la casa de un ciudadano, su persona, sus papeles y efectos, y evitar, además, la incautación de dichos bienes contra la voluntad de su dueño.

El propio texto de la Enmienda muestra que el registro ha de recaer en cosas materiales: 'la persona, su casa, sus papeles o sus efectos'. Por otro lado, la autorización indispensable para proceder legalmente al registro debe especificar cuál es el lugar objeto del registro y la persona o cosas que han de ser registradas.

La Enmienda no prohíbe aquello que se discute en esta ocasión. Aquí no hubo registro. No ha habido incautación. La evidencia fue obtenida únicamente por medio del sentido de la audición. No hubo ingreso a la casa o a las oficinas de los defendidos.

El texto de la enmienda no puede ser extendido y expandido para incluir las líneas telefónicas que comunican la casa y la oficina

¹⁶⁵ El fallo "Olmstead vs. Estados Unidos" puede ser consultado en la Colección de Jurisprudencia, Lawyers edition, volumen 72, páginas 944 y siguientes. El autor asume la responsabilidad por la traducción de la sentencia desde el original en inglés.



del defendido con todo el mundo. Las líneas intervenidas no son parte de su casa u oficina como tampoco lo sería la carretera que las comunica a ambas.

...Nosotros pensamos, por tanto, que la interceptación telefónica aquí denunciada no constituye registro o incautación en el sentido de la Cuarta Enmienda”.

Cuatro de los nueve Ministros de la Corte Suprema, sin embargo, discrepan de la opinión de la mayoría. Explicando la disidencia, el Ministro Brandeis expresa:

“Cuando las Enmiendas Cuarta y Quinta fueron aprobadas, ‘el mal se había presentado a través de formas’ necesariamente simples. La fuerza y la violencia eran las únicas maneras conocidas a través de las cuales un gobierno podía obtener directamente evidencia autoincriminatoria. Un individuo podía ser obligado a testificar, y ello, de ser necesario, incluso a través de la tortura. Se podía recurrir al allanamiento de morada en orden a incautar los documentos y demás artículos relativos a su vida privada. La protección contra tales invasiones al ‘ámbito sagrado del hogar y la vida privada del hombre’ fue contemplada en las enmiendas Cuarta y Quinta en un lenguaje específico. ‘Boyd vs. Estados Unidos.’

‘Pero “el transcurso” del tiempo provoca cambios y genera nuevas condiciones y propósitos’. Hoy los gobiernos disponen de métodos más sutiles y de mayor alcance para invadir la privacidad. Los descubrimientos y las invenciones han hecho posible para los gobiernos —a través de técnicas mucho más efectivas que el potro de tortura— el poder presentar ante la Corte aquello que se susurra en el closet’.

Mas aún, ‘en la aplicación de una Constitución, nuestra atención no puede estar en lo que ha sido, sino en lo que puede ser’. Es muy probable que los avances científicos no se detengan en la interceptación de líneas telefónicas y provean al gobierno de nuevos métodos de espionaje. Quizás algún día se desarrollen métodos para reproducir ante la Corte documentos que expongan ante el jurado los detalles más íntimos de una morada, sin tener que remover dichos papeles de los cajones secretos en que se encuentran guardados. Los avances en la psicología, y en las ciencias conexas, quizás permitan explorar las creencias, pensamientos y emociones no expresadas... ¿Será posible que la Constitución no ofrezca ninguna protección contra tales invasiones a la seguridad individual?

Una y otra vez, esta Corte, al darle sentido al principio que subyace a la Cuarta Enmienda, ha rehusado imponerle una lectura innecesariamente literal.

La protección garantizada por las Enmiendas es mucho más amplia en su alcance. Quienes elaboraron nuestra Constitución se propusieron asegurar condiciones favorables para la consecución de la felicidad. Ellos reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus emociones y de su intelecto. Ellos sabían que sólo una parte del dolor, el placer y las satisfacciones de la vida se encuentra en las cosas materiales. Ellos buscaron proteger a los norteamericanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones. Ellos confirieron, contra el gobierno, el derecho a no ser molestado (to be let alone), el más comprehensivo de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados. En orden a proteger este derecho, toda intromisión injustificada del Estado del gobierno en la privacidad del individuo, cualesquiera sean los métodos empleados, debe ser considerada una violación de la Cuarta Enmienda”.

Caso “Katz vs. Estados Unidos” Corte Suprema de los EE.U.U. (1967)

39 años después de “Olmstead vs. Estados Unidos” la Corte Suprema vuelve a encarar, en “Katz vs. Estados Unidos”, un caso en que se discute si las interceptaciones telefónicas constituyen un “registro” o “incautación” para los efectos de la aplicación de la Cuarta Enmienda.¹⁶⁶

En esta oportunidad, y por siete votos contra uno, la Corte Suprema decide desechar el precedente de “Olmstead” y declara que la Cuarta Enmienda comprende no sólo el registro de cosas tangibles, sino que se extiende a la interceptación de las comunicaciones incorpóreas.

El Ministro Stewart, redactando por la mayoría, señaló:

“Leer la Constitución de una manera más estrecha significa ignorar el papel vital que ha llegado a desempeñar el teléfono en el campo de las comunicaciones privadas.

Por ello, aun cuando una Corte muy dividida supuso en Olmstead que la vigilancia sin intrusión y sin la incautación de objetos materiales escapaba al ámbito de la Constitución, desde entonces hemos abandonado la estrecha visión en que descansó esa decisión.

¹⁶⁶ El fallo “Katz vs. Estados Unidos” puede ser consultado en la Colección de Jurisprudencia *Lawyers Edition*, 2ª edición, volumen 19, páginas 576 y siguientes. El autor asume la responsabilidad por la traducción de la sentencia desde el original en inglés.



...una vez que se entiende que la Cuarta Enmienda protege personas —y no simplemente lugares— contra registros e incautaciones arbitrarias, aparece claro que la aplicabilidad de dicha Enmienda no depende de que se haya producido o no intrusión física a un determinado lugar cerrado”.

El Ministro Black, por su parte, planteó su visión discrepante en los siguientes términos:

“Mi objeción principal es doble. Por una parte, no creo que las palabras de la Cuarta Enmienda toleren el significado que se les da en la decisión de la Corte. Por otro lado, no creo que corresponda a la Corte reescribir una Enmienda Constitucional en orden a ‘armonizar su texto con los tiempos’ y lograr así un resultado que mucha gente puede encontrar deseable”.

Aun cuando me doy cuenta que un argumento fundado en el sentido de las palabras carece de la amplitud, y sin duda del atractivo, que tienen las discusiones generales sobre política o las reflexiones filosóficas en torno a temas tan nebulosos como la privacidad, para mí el texto de la Enmienda es el lugar decisivo adonde dirigir la mirada al interpretar un documento escrito como es nuestra Constitución.

La (enmienda) protege ‘personas, casas, papeles y efectos, contra registros e incautaciones arbitrarias...’. Estas palabras denotan la idea de cosas tangibles con tamaño, forma y peso, cosas susceptibles de ser registradas e incautadas... Una conversación a la que se tiene acceso ya sea por medios naturales o utilizando elementos técnicos, no es algo tangible y, en el sentido normalmente aceptado de las palabras, no es algo que pueda ser registrado ni tampoco incautado.

“No niego que el sentido común sugiere, y esta Corte lo ha expresado en varias oportunidades, que a las garantías de los derechos fundamentales se les debe dar una interpretación amplia. Este principio, sin embargo, no justifica interpretar la Enmienda para hacerla aplicable a las escuchas y a la ‘incautación’ de conversaciones. La Cuarta Enmienda fue pensada para enfrentar directamente aquellos casos en que, sin la debida autorización previa del magistrado, se realizaba la aberrante práctica del alianamiento con fuerza en los hogares y la incautación de efectos personales.

No encontrando forma alguna en que las palabras de la Cuarta Enmienda puedan ser interpretadas para incorporar la escucha o intercepción de comunicación, para mí el asunto está zanjado.

En cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales, estoy dispuesto a ir tan lejos como me lleve, una lectura flexible

y amplia del lenguaje, pero simplemente no puedo de buena fe dar a las palabras un significado completamente inédito y que no corresponde a su uso común y ordinario. No distorsionaré las palabras de la Enmienda con tal de mantener la Constitución al día o armonizarla con los tiempos. Nunca se pretendió que esta Corte tuviera tal poder, el cual de ser ejercido nos transformaría en la práctica en una Asamblea Constituyente en constante funcionamiento”.