

# Una aproximación a las teorías de la interpretación de la Constitución

## An approach to the interpretation theories of the Constitution

Carlos Luis Quispe Astoquilca\*

### Resumen:

El presente artículo versa sobre las distintas teorías sobre la interpretación del texto constitucional. En la introducción, el autor nos da una visión general de la actualidad del debate suscitado alrededor de estas. "¿Es la interpretación la que condiciona a la Constitución o es la Constitución la que condiciona a la interpretación?" viene a ser la pregunta central propuesta en el artículo. Para llegar a una posible respuesta, el autor nos guía a través del mundo de las teorías interpretativas constitucionales, analizando a cada una de manera exhaustiva y finalizando con una propuesta propia de teoría general de interpretación de la Constitución, haciendo suyos los elementos más importantes de cada una de las teorías previamente expuestas.

### Abstract:

The present article is about the constitutional interpretation theories. In the introduction, the author gives us a general vision of the present debate aroused around them. "Is the interpretation that conditions Constitution or is the Constitution that conditions interpretation?" comes to be the central question proposed by the article. To reach a possible answer, the author guides us through the world of constitutional interpretation theories, analyzing each one exhaustively and concluding with a new proposition about a general theory of constitutional interpretation, using the most important elements of each one of the theories previously exposed.

### Palabras clave:

Constitución - Interpretación - Teoría cognitiva - Teoría escéptica - Teoría intermedia

### Keywords:

Constitution - Interpretation - Cognitive theory - Skeptical theory - Eclectical theory

### Sumario:

1. Introducción - 2. Las teorías de la interpretación de la Constitución - 3. Una propuesta de interpretación de la Constitución - 4. Bibliografía

\* Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctorando por la Universidad Carlos III de Madrid. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

## 1. Introducción

El análisis de la interpretación de la Constitución y, con ella de las teorías de la interpretación de la Constitución constituye hoy uno de los temas centrales de la Filosofía del Derecho, la Teoría del Derecho y también del Derecho Constitucional,<sup>1</sup> hasta el punto que en las últimas décadas ha alcanzado un notable éxito entre los “filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas o de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho”<sup>2</sup>. Dentro de las diversas razones que han dado lugar a este escenario probablemente destacan el carácter normativo de la Constitución, la contemplación de la Constitución como la norma jurídica positiva suprema del ordenamiento jurídico; y la estructura de las disposiciones constitucionales que se caracterizan por ser genéricas y/o abiertas en relación con las demás disposiciones del orden jurídico, aunque esta diferencia sea solo gradual. Sobre esto último, tal vez sea la diferencia solo gradual lo que permite decir a Hart que la relevancia radica no tanto en el carácter abierto de las disposiciones, sino en la autoridad que posee la decisión, más aún si se trata de la decisión del órgano jurisdiccional de cierre (Tribunal Constitucional o Corte Suprema)<sup>3</sup>.

Bien, el análisis que realizaré de las diversas teorías de la interpretación de la Constitución lo desarrollaré en el marco del Estado constitucional actual y en los rasgos que lo caracterizan, básicamente en cuanto que la Constitución es predominantemente escrita y normativa; la Constitución constituye la norma jurídica positiva suprema del orden jurídico, y por tanto, es jurídicamente vinculante para todos los poderes del Estado. Esta cuestión es relevante porque según el concepto de Constitución que se maneje se podrá responder a la siguiente alternativa: ¿es la interpretación la que condiciona a la Constitución o es la Constitución la que condiciona a la interpretación? De modo similar se ha sostenido también que según sea “lo que se entienda por “Constitución”, se derivarán diferentes modos de entender la interpretación de la Constitución”<sup>4</sup>. La contemplación de la Constitución como la norma jurídica positiva suprema del ordenamiento jurídico permitiría afirmar que es la Constitución la que condiciona la interpretación (o las teorías de la interpretación) y no al revés.

## 2. Las teorías de la interpretación de la Constitución

En este apartado analizaré sobre las diversas teorías de la interpretación de la Constitución, a fin de verificar cuál de ellas permite explicar mejor acerca del contenido de las disposiciones constitucionales, y de ser el caso, plantear algunas propuestas que permitan dar cuenta de manera más satisfactoria la actividad interpretativa de la Constitución. Existe en la literatura jurídica una clasificación bastante difundida que, si bien explica o describe la interpretación del Derecho, en general ha sido utilizada también para explicar o dar cuenta de la actividad interpretativa de la Constitución<sup>5</sup>. Según esta conocida clasificación, la interpretación de la Constitución puede ser explicada a partir de tres teorías o familias de teorías: *cognitiva, escéptica e intermedia*<sup>6</sup>. Si bien es posible encontrar distintas versiones, sobre todo en las dos primeras, en lo esencial son homogéneas.

1 Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez (Madrid: CEPC-FCJE, 2011), 57. Vid. también Rubio Llorente, F., “Problemas de la interpretación constitucional”, en Solozábal Echevarría, J. J. (ed.), *Revista Jurídica de Castilla La Mancha: El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia: Actas del VI Congreso Nacional de Ciencia Política y Derecho Constitucional*, 1988, 40., y Landa Arroyo, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (Lima: PUCP, 1999), 341.

2 Prieto Sanchís, L., “La doctrina del Derecho natural”, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Betegón Carrillo, J., Gascón Abellán, M., Páramo Argüelles, J.R. de., y Prieto Sanchís, L., (Madrid: McGraw-Hill, 1997), 65.

3 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, del original: *The concept of Law (1961)* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007), 175.

4 Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos* (Madrid: CEPC, 2010), 116.

5 Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, del original: *Teoría e ideología dell' interpretazione costituzionale* (Madrid: IJ (UNAM)-Trotta, 2da. edición, 2010) Vid. también Martínez Zorilla, D., *Metodología jurídica y argumentación* (Madrid: Marcial Pons, 2010).

6 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell (México DF: IJ-UNAM, 1999), 13. Conviene anotar, que este autor posteriormente y asumiendo una posición autocrítica ha señalado de manera expresa que la clasificación tripartita de las teorías de la interpretación es *equivocada*: la teoría cognitiva y la teoría escéptica son teorías excluyentes entre sí, no hay lugar para una tercera teoría y, la teoría intermedia es en realidad una versión de la teoría cognitiva, Guastini, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de D. Moreno Cruz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 122.

Bien, existen algunos aspectos que guardan estrecha relación con el análisis de las teorías antes mencionadas. Destacan, de un lado, la cuestión de la determinación o indeterminación del Derecho en general y de las disposiciones de la Constitución en particular. Este punto será analizado en la explicación de cada una de las teorías, y, de otro lado, la discrecionalidad de los jueces constitucionales al momento de atribuir significado a las disposiciones de la Constitución. Con relación a esto último, según la opción que se maneje se podrá definir la discrecionalidad en sentido débil o en sentido fuerte. Existe discrecionalidad en sentido débil cuando la atribución de significado a una disposición de la Constitución no se realiza de manera mecánica o automática, sino que se requiere de algún tipo de discernimiento por parte del juez<sup>7</sup>. Son los casos típicos en los que -aun cuando la disposición constitucional ofrece una respuesta- la solución no es obvia, sino que se requiere algún grado de discernimiento en el intérprete. Dicho de otro modo, la idea de discreción en sentido débil alude a la “necesidad de juicio y discernimiento para identificar la respuesta jurídica correcta cuando la literalidad del texto jurídico no ofrece una respuesta clara o evidente”<sup>8</sup>.

Existe discrecionalidad en sentido fuerte cuando en la atribución de significado a una disposición de la Constitución el juez “no se encuentra vinculado por estándares impuestos por la autoridad”<sup>9</sup>, es decir, no existe disposición jurídica alguna que lo limite, de modo tal que puede elegir “entre diferentes cursos de acción igualmente válidos o admisibles. Este sentido de discreción presupone la existencia de un ámbito en el que el Derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión”<sup>10</sup>. Son los casos típicos en los que el juez -debido a la indeterminación del Derecho- no se encuentra vinculado por el Derecho, en estos casos el juez crea Derecho sobre la base de cualesquiera criterios (extrajurídicos).

Sobre esta base, se sostiene, por ejemplo, que el deber de fallar conforme a Derecho resulta incompatible con la noción de discreción fuerte precisamente por la propia definición de la idea de discreción fuerte; y ello es así porque “la obligación de resolver los conflictos mediante el Derecho requiere, no solo que el Derecho prevea alguna respuesta correcta, sino, además, que ofrezca razones o criterios de selección entre diferentes alternativas jurídicas válidas. De lo contrario, es el órgano judicial el que debe constituir las razones que justifican tal elección”<sup>11</sup>. Ahora bien, existe sin embargo alguna objeción que sostiene que el proceso de la interpretación no tiene lugar en la discrecionalidad en sentido fuerte, toda vez que interpretar es diferente a crear. Así, se señala que el que crea no interpreta, solo crea<sup>12</sup>. No obstante, desde otra perspectiva se ha dicho que la creación del Derecho en sentido fuerte sí parece justificarse a nivel de la interpretación desde que se entiende que “[l]a interpretación traspasa uno y otro lado de la división entre identificación del Derecho existente y creación de nuevo Derecho”, es decir, en realidad parece que esta distinción no se aplica (o no puede aplicarse), porque «sea que algunas veces identifiquen el Derecho tal como es y otras veces hagan nuevo Derecho, los tribunales, parece ser, siempre lo interpretan»<sup>13</sup>.

## 2.1. La teoría cognitiva (o cognoscitiva)

La teoría cognitiva sostiene que la interpretación es una actividad (puramente) cognoscitiva (es decir, un acto de conocimiento o del conocimiento) que consiste en *descubrir* o *conocer*

7 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously* (1977), (Barcelona: Ariel, 7ma. reimpresión de la 1ra. edición 1984, 2009), 84.

8 Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico* (Madrid: CEPC, 1999), 26 - 27.

9 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 85.

10 Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, 28 - 29.

11 Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, 34.

12 Así por ejemplo, Ródenas sostiene que “por más que la interpretación se entienda como una actividad con un amplio abanico de posibilidades de juego, cabe concebir un punto en el que la baraja queda rota y no se puede seguir hablando de actividad interpretativa, sino de creación discrecional de Derecho”, Ródenas, Á., *Los intersticios del Derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 15.

13 Raz, J., “¿Por qué interpretar?”, trad. de R. Tamayo y Salmorán, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (1996): 26.

el “único” significado propio, preexistente o determinado de las disposiciones de la Constitución<sup>14</sup>. Según esta perspectiva, el juez constitucional en su labor de interpretación de la Constitución descubre, constata o expone a través de un mero acto de conocimiento (y no uno de voluntad) que la expresión lingüística constitucional “**T**” significa **S**, en el que “**T**” es el texto constitucional (disposición) y **S** es el significado constitucional (norma).

La teoría cognitiva se basa en la idea de la determinación total del Derecho (es decir, el Derecho es totalmente determinado), lo que supone: *primero*, que las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución poseen o incorporan un “único” significado propio e intrínseco<sup>15</sup>, es decir, que las disposiciones de la Constitución tienen (siempre) un “único” significado objetivo y determinado, y *segundo*, que el Derecho (todo sistema jurídico) es necesariamente pleno (es decir, carece de lagunas) y coherente (es decir, carece de antinomias), lo que implica que toda decisión interpretativa cae (o se corresponde) siempre en (o con) un significado preexistente<sup>16</sup>.

Dado que la interpretación consiste únicamente en descubrir o reproducir el significado propio y preexistente de las disposiciones, no hay espacio alguno para la discrecionalidad en sentido fuerte del juez constitucional, pues, como he afirmado, “las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes”<sup>17</sup>. En otras palabras, de acuerdo a esta teoría, el juez no decide el significado, sino que éste preexiste (“ex ante”) a la interpretación, el juez solo lo descubre (no crea nada nuevo). De todo lo anterior, se sigue que la teoría cognitiva impone un código hermenéutico, según el cual la atribución de significado del texto constitucional supone la búsqueda y/o la reproducción del Derecho preexistente por parte del juez constitucional<sup>18</sup>.

La teoría cognitiva presenta diversas versiones, y que si bien los planteamientos de cada una de ellas son diferentes exponen una posición común, la de negar la capacidad creativa en *sentido fuerte* del juez constitucional. Entre las más importantes destacan la teoría cognitiva clásica y la teoría cognitiva contemporánea. En lo que sigue, analizaré ambas versiones.

### 2.1.1. La teoría cognitiva clásica

La versión clásica de la teoría cognitiva es la tesis que el primer positivismo jurídico (o el positivismo decimonónico) hereda de la ilustración y lo instituye para la interpretación de la ley, aunque también sirve para explicar la interpretación de la Constitución, y ello es así, porque -como detallaré- fue desarrollada también en los sistemas constitucionales que contemplaban a la Constitución como norma jurídica. Inclusive -como también detallaré- existen en la actualidad algunas voces que de algún modo se inclinan por seguir este modo de interpretar la Constitución. La doctrina iluminista -como se sabe- asume una concepción fuerte de la exigencia de claridad de las leyes<sup>19</sup>; para este modo de ver, las mejores leyes son las que no necesitan ser interpretadas<sup>20</sup> y de esa manera se busca convertir al juez en mero instrumento de aplicación del texto expreso de la ley (y con ello, evitar que se suplante la voluntad del legislador). En efecto, según el iluminismo, quien tiene que interpretar la ley sobre todo en los casos excepcionales es el propio legislador (el legitimado para crear el Derecho) y no el juez<sup>21</sup>. Este último es un mero aplicador del Derecho. La idea de que el

14 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 13. Vid. también Guastini, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, 121. Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*, trad. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, del original: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, (Madrid: Marcial Pons, 2011), 161.

15 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 13.

16 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 14.

17 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 14.

18 Describe Chiassoni que la idea del respeto al texto (de la Constitución) desde la perspectiva cognitiva “se presenta como un ideal plenamente realizable”, a condición de que se adopte el código hermenéutico que permita descubrir el significado de la disposición constitucional, Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 161.

19 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica* (Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)-Dykinson, 2008), 339.

20 Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica* (Madrid: Tecnos, 1987), 29.

21 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 339.

juez es un mero instrumento de aplicación del texto expreso de la ley sería de exclusiva (o absoluta) responsabilidad de Montesquieu y Blackstone<sup>22</sup>.

Si bien el positivismo primitivo se aleja de la doctrina iluminista y admite la posibilidad de la interpretación judicial de las leyes al menos en ciertos casos (los casos excepcionales)<sup>23</sup>, mantiene, sin embargo, las líneas básicas de ella al concebir la actividad interpretativa como una labor meramente intelectual y negar cualquier forma de actitud creativa por parte del juez<sup>24</sup>. Así pues, según la versión clásica la interpretación es “una actividad estrictamente declarativa o reproductiva de un Derecho preexistente, es decir, en el conocimiento puramente pasivo y contemplativo de un objeto dado previamente”<sup>25</sup>. O dicho de otro modo, la interpretación es una actividad que consiste en “descubrir significados preexistentes, contemplando la aplicación del Derecho como una función puramente lógica, deductiva o mecánica”<sup>26</sup>. De todo esto se sigue que la labor del juez queda reducida a la aplicación puramente declarativa, reproductiva o mecánica del Derecho, exenta de juicios de valor (en la aplicación) de la ley que se manifiesta a través de un procedimiento lógico-deductivo (silogismo) en el que el juez se limita a identificar la ley aplicable (premisa mayor) al caso concreto (premisa menor) y derivar de ella la consecuencia jurídica (sentencia)<sup>27</sup>.

Este modo de concebir la interpretación del Derecho es un rasgo característico de lo que se conoce como formalismo jurídico<sup>28</sup>. Según los planteamientos formalistas, “[e]l objetivo perseguido en la decisión judicial no es tanto la búsqueda de una solución justa del conflicto planteado a la luz de los méritos sustantivos de las posiciones enfrentadas cuanto la preservación de la estructura lógica de las normas”, lo que interesa fundamentalmente es la «aplicación matemática de las premisas establecidas a fin de preservar la simetría lógica de la arquitectura conceptual jurídica»<sup>29</sup>. El formalismo jurídico alcanzó mayor notoriedad en Francia (la expresión máxima de esta concepción lo constituye el Código Civil de 1804, y con él la aparición de la Escuela de la Exégesis), pero también fue implantado y desarrollado en otros sistemas jurídicos dando lugar a la formación de varios formalismos.

La idea formalista fue desarrollada y aplicada también en Alemania a través de la llamada jurisprudencia de conceptos, teniendo como uno de sus máximos exponentes a Ihering (el primer Ihering). Esta escuela concebía la existencia en el sistema de una (vasta) pirámide de conceptos construidos según las reglas de la lógica formal en el que el concepto superior condiciona el contenido del concepto inferior. Sobre esta base, la función judicial consistía solo en descubrir el contenido de los conceptos y no en crear Derecho<sup>30</sup>. Asimismo, este modo de entender la interpretación y aplicación del Derecho también tuvo lugar en el Derecho norteamericano (pese a tener sentada ya la idea de la Constitución como norma

22 Hart, H.L.A., *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió (Buenos Aires: Depalma, 1962), 30.

23 Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, 29.

24 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 341.

25 Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, del original: *Il positivismo jurídico*, (Madrid: Debate, 1993), 215. En otro momento Bobbio señala que el positivismo jurídico clásico concibe a la actividad del juez “no como algo destinado a producir, sino a reproducir Derecho, esto es, a hacer explícito con medios puramente lógico-rationales el contenido de unas normas jurídicas dadas”, Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, 216.

26 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 339.

27 En otros términos explica Troper que en la concepción revolucionaria pero también en la napoleónica “[j]uzgar, en efecto, es aplicar la ley a un litigio de manera puramente mecánica. El juez establece un silogismo cuya premisa mayor es la ley; la menor, el hecho y la conclusión, la sentencia. En la medida en que las dos premisas le son dadas al juez, se comprende por qué los hombres del siglo XVIII quieren que el poder de juzgar sea, según la fórmula de Montesquieu, “en cierto modo nulo”, Troper, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, del original: *Pour une théorie juridique de l'État* (Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)-Dykinson, 2001), 212.

28 En líneas generales, el formalismo concibe al sistema jurídico como un cuerpo de principios inmutables, capaces de ofrecer una solución coherente a cualquier caso que se plantee. Es decir, tales principios actúan a modo de puntos fijos a partir de los cuales el juez decide de manera mecánica (o automática) mediante procesos deductivos impecables desde un punto de vista lógico. En ese sentido, la labor del juez consiste únicamente en ubicar el caso dentro del principio aplicable y luego deducir de él la solución al caso con una precisión predicable de los cálculos matemáticos. La labor del juez es pues una labor puramente mecánica, Solar Cayón, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 2005), 69 - 70.

29 Solar Cayón, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, 70.

30 Larenz, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, del original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Barcelona: Ariel, 4ta. reimpresión a la edición 1994, 2010), 41 - 42.

jurídica), aunque es verdad que llegó tarde y duró poco tiempo<sup>31</sup>. En este contexto se señala que “[l]a tarea del juez es la de descubrir esa norma que el sistema jurídico necesariamente contiene en su seno para la solución de cualquier caso que se presente. Esta norma puede estar enunciada expresamente o puede hallarse implícita en el desenvolvimiento lógico de los postulados básicos del sistema, pero [que] en todo caso se consideraba preexistente al supuesto planteado”<sup>32</sup>.

Así las cosas, se aprecia que los planteamientos señalados comparten un propósito común: el de imponer a los jueces una determinada manera de interpretar la Constitución que consiste únicamente en descubrir, conocer o declarar el único significado objetivo y preexistente de las disposiciones de la Constitución; o lo que es lo mismo, los jueces constitucionales solo realizan una tarea intelectual, y por tanto, mecánica, reproductora y declarativa del Derecho, no una actividad volitiva o productora del Derecho; los jueces no poseen *ningún* grado de discrecionalidad para atribuir significado a las disposiciones de la Constitución. En la actualidad existe un sector de la doctrina (aunque, es verdad, minoritaria) que de algún modo asume esta tesis. Según este punto de vista, la actividad interpretativa de la Constitución consiste sobre todo en descubrir el significado del texto constitucional. El producto de esta actividad se reconoce como Derecho y es susceptible de ser expuesto y aplicado por los tribunales<sup>33</sup>. En otro momento, se señala inclusive de manera más clara que la actividad interpretativa de la Constitución consiste en “encontrar el significado ya existente en el texto constitucional”<sup>34</sup>.

### 2.1.2. La teoría cognitiva contemporánea

Afirma Guastini: “algunos puntos de vista ligados a la teoría cognitiva de la interpretación sobreviven, disfrazadamente, en la filosofía jurídica contemporánea; por ejemplo, en la tesis según la cual toda cuestión jurídica admite una y solo una “respuesta justa”<sup>35</sup>. Parece obvio que con esta afirmación Guastini se está refiriendo al enfoque interpretativo y valorativo del Derecho de Dworkin y que vendría a ser la versión contemporánea de la teoría cognitiva, por lo que merece realizar un análisis de la misma.

La interpretación en la obra de Dworkin se desarrolla sobre la base de la crítica al *Concepto del Derecho* de Hart. Si para éste el Derecho es parcialmente determinado, pues existen casos para los que el Derecho no ofrece ninguna solución (lagunas normativas), y que en esos casos, el juez tiene discrecionalidad en sentido fuerte para resolver (o cómo resolver) el caso; para Dworkin, en cambio, esa tesis es falsa, porque a su modo de ver el Derecho es completo (o totalmente determinado) y que siempre existe (o preexiste) una -y solo una- respuesta correcta para cada caso, por tanto, el juez carece de discrecionalidad en sentido fuerte. La idea de la determinación total del Derecho implícitamente impugna la errónea idea -así entiende Dworkin- de que el Derecho es un modelo (solo) de reglas cuya insuficiencia permitiría a los jueces ejercer -en ocasiones- discrecionalidad en sentido fuerte. Según su punto de vista, el Derecho es un modelo de principios *además* de reglas y no un modelo (solo) de reglas como -según sostiene- afirma Hart<sup>36</sup>.

31 Pérez Lledó, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 169. De modo similar Recaséns Siches sostiene: “[e]n aquel ambiente del Common Law en el siglo XIX la concepción mecánica de la función judicial fue la misma que la dominante en los países latinos, donde regía un Derecho codificado y legislado: la subsunción de los hechos que originaron el proceso bajo la norma general, para extraer de ésta, por vía de silogismo, la conclusión que debe formular la sentencia”, Recaséns Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2da. ed. (México D.F.: Porrúa, 1973), 208.

32 Solar Cayón, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, 71.

33 Whittington, K.E., *Constitutional Interpretation: Textual meaning, original intent, and judicial review* (Lawrence: University Press of Kansas, 1999), 5.

34 Whittington, K.E., *Constitutional Interpretation: Textual meaning, original intent, and judicial review*, 7.

35 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 14.

36 En efecto, Dworkin afirma que su crítica es un ataque general al positivismo, y en especial al positivismo de Hart. En ese sentido señala que “[a]rgumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de [reglas], y sostendré que su idea central de una única fuente de Derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquéllos estándares que no son [reglas]”, Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 72.



Sobre esta base, según Dworkin la solución para cada caso ya viene impuesta por el Derecho (la solución existe o preexiste al caso), la tarea del juez consiste únicamente en descubrir la solución para el caso concreto, pudiendo ejercer en esa labor (a lo más) discrecionalidad en sentido débil, pero no discrecionalidad en sentido fuerte. Visto así, se puede afirmar que Dworkin no participa del formalismo jurídico en lo que respecta a la actividad interpretativa del Derecho pues el modelo de la existencia de la única respuesta correcta le exige realizar una labor especial que se contrapone con el silogismo jurídico<sup>37</sup>; sin embargo, sí lo hace en el sentido que admite que el juez no crea Derecho, sin que ello -insisto- signifique reducir su actividad a una operación meramente mecánica<sup>38</sup>, pues ejerce discrecionalidad en sentido débil.

La presencia de principios *además* de reglas en el Derecho permite considerar a Dworkin -como ya dije- que el Derecho es completo, por tanto, los jueces siempre pueden encontrar una -y solo una- respuesta correcta en todos los casos, incluso en los casos difíciles. En efecto, según este autor "aún cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes"<sup>39</sup>. Bien, pero ¿qué actividad exige el hallazgo de la única respuesta correcta en la tesis de Dworkin? El hallazgo de la única respuesta correcta sobre la base de principios naturalmente no es una cuestión de conocimiento empírico<sup>40</sup>, ni tampoco supone una actividad meramente lógico-deductiva por parte del juez, pues los principios señalan una dirección, pero no imponen una decisión en un sentido específico, sino que el juez tiene que realizar una actividad especial para presentar o exponer la mejor luz del principio<sup>41</sup>, pudiendo eso sí -como ya dije- ejercer en esa labor (a lo más) discrecionalidad en sentido débil, pero no discrecionalidad en sentido fuerte.

En efecto, se ha dicho que "[e]l hallazgo de la única respuesta correcta mediante el recurso a los principios exige que el juez se embarque en una tarea interpretativa compleja que implica el ejercicio de una discrecionalidad "débil", que requiere "capacidad de discernimiento" y un importante esfuerzo argumentativo, pero que no supone en ningún caso desarrollar una función auténticamente creativa"<sup>42</sup>. De este modo, para una cabal comprensión del enfoque interpretativo y valorativo del Derecho de Dworkin -se dice- se requiere analizar al menos de manera breve dos de sus planteamientos que se consideran básicos: la contemplación del Derecho como interpretación y el ideal de integridad<sup>43</sup>. La idea del Derecho como interpretación supone que "la práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa"<sup>44</sup>, pues en ella los actores despliegan, discuten y justifican sus propuestas o reclamos. Para el desarrollo de esta actividad interpretativa se identifica dos modos de efectuar la interpretación: la conversacional y la constructiva. Según Dworkin, esta última "es una cuestión de atribución de un propósito a un objeto o a una práctica con el fin de hacer del mismo (o de la misma) el mejor ejemplo posible de la forma o del género al que ese objeto (o esa práctica) pertenece"<sup>45</sup>.

La interpretación constructiva consta de tres fases:

- i) *la fase pre-interpretativa*, en la que se identifican a "las reglas y estándares que proporcionan el contenido provisional de la práctica"<sup>46</sup>. Es decir, se trata de identificar las disposiciones

37 Calsamiglia, A., Prólogo a Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously* (Barcelona: Ariel, 7ma. reimpresión de la 1ra. edición 1984, 2009), 21.

38 En palabras de Dworkin "un examen superficial de nuestras prácticas basta para demostrarlo, pues hablamos de leyes que cambian y evolucionan, y de obligaciones jurídicas que a veces son problemáticas. De ésta y de otras maneras, demostramos que no somos maniáticos de la jurisprudencia mecánica", Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 21.

39 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 146.

40 Dworkin, R., *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), 19 y ss.

41 El propio Dworkin admite que su teoría "no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles", Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 146.

42 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 351.

43 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 352.

44 Dworkin, R., *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), 13.

45 Dworkin, R., *Law's Empire*, 52.

46 Dworkin, R., *Law's Empire*, 65 - 66.

constitucionales relevantes para resolver el caso, así como las principales decisiones del pasado en las que se decidieron cuestiones de alguna manera relacionadas con el caso. Dworkin es consciente que en esta etapa pueden existir desacuerdos. Para salvar esta cuestión introduce la distinción entre conceptos y concepciones, y pone como ejemplo el tema del aborto sobre el que tanto liberales como conservadores están de acuerdo en algún punto crucial: que la vida humana es sagrada o inviolable<sup>47</sup>. Así, se ha sostenido que es este “acuerdo básico” lo que permite comprender mejor las diferencias que los separan. La tarea que Dworkin realiza en esta parte de su argumentación, consiste en aislar aquellas creencias que constituyen el concepto de “carácter sagrado (o inviolable) de la vida humana”, para luego explicar el desacuerdo a partir de las distintas concepciones con las que se da sentido a las mismas<sup>48</sup>.

- ii) *la fase interpretativa*, en la que se pretende establecer “una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la fase pre-interpretativa”<sup>49</sup>. Se trata de establecer cuál es el sentido (o propósito general) del material jurídico identificado pre-interpretativamente. Este propósito general “viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos”<sup>50</sup>. Ahora bien, hay que considerar que las reglas jurídicas no persiguen un único objetivo ni sirven a un único valor, sino a varios valores a la vez, y que incluso algunos pueden ser contradictorios entre sí, por tanto, es posible que existan varias teorías que pugnan entre sí por dar cuenta del material jurídico existente, recogiendo algunos principios y dejando fuera otros<sup>51</sup>. Aquí Dworkin propone la dimensión de adecuación (o de ajuste) que exige dar cuenta de la relación del sentido que se está asignando al material jurídico considerado relevante con la cuestión que se está tratando. Es decir, se exige que el juez tenga en cuenta de hasta qué punto “la justificación que él propone en la fase interpretativa debe adecuarse a los rasgos distintivos de la práctica para contar como una interpretación de ésta más que una invención de algo nuevo”<sup>52</sup>.
- iii) *la fase post-interpretativa*, en la que “se ajusta el sentido de lo que la práctica realmente requiere para adecuarse lo mejor posible a la justificación aceptada en la fase interpretativa”<sup>53</sup>. Es decir, se trata de ajustar el sentido de lo que la práctica exige para adecuarse lo mejor posible al propósito general descubierto en la fase interpretativa. En efecto, si como he expresado que en la fase interpretativa pueden existir distintas teorías o alternativas que pugnan entre sí por ofrecer la mejor interpretación del material jurídico, en esta fase post-interpretativa, el juez debe elegir una de ellas para decidir el caso nuevo; se entiende que ha de elegir la que presente al objeto interpretado como el mejor ejemplo de su género al que pertenece. En esta fase, Dworkin propone la dimensión de justificación (o de valor) que exige que la teoría o interpretación propuesta proporcione una serie de principios de moralidad política que puedan considerarse como razones plausibles para la adopción de las decisiones<sup>54</sup>. Es decir, se exige que el juez muestre al sentido o al propósito general de la mejor manera posible para decidir el caso concreto, y si existen varias alternativas, el juez debe elegir la mejor desde el punto de vista de la moralidad política. En ese sentido, ha dicho que “[s]i dos concepciones acerca de la mejor interpretación de alguna disposición constitucional pasan la prueba desde la perspectiva del “ajuste” -si cada una de ellas puede pretender un fundamento adecuado en la práctica pasada- debemos preferir aquella cuyos principios creemos que reflejan mejor los derechos y obligaciones morales de las personas, pues la Constitución es una afirmación de ideales morales abstractos que cada generación debe reinterpretar por sí misma”<sup>55</sup>.

47 Dworkin, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, del original: *Life's Dominion* (Barcelona: Ariel, 1994), 93 y ss.

48 Bonorino, P.R., *Dworkin* (Lima: Ara Editores, 2010), 117.

49 Dworkin, R., *Law's Empire*, 66.

50 Lifante Vidal, I., *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea* (Madrid: CEPC, 1999), 289.

51 Lifante Vidal, I., *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea*, 289.

52 Dworkin, R., *Law's Empire*, 67.

53 Dworkin, R., *Law's Empire*, 66.

54 Dworkin, R., *Law's Empire*, 239.

55 Dworkin, R., *El dominio de la vida*, 148.



Para una mejor descripción de todo lo expuesto hasta aquí, conviene analizar el otro de los planteamientos básicos del enfoque interpretativo y valorativo del Derecho de Dworkin: la idea del Derecho como integridad. Según este autor, la visión del Derecho como integridad supone que “los derechos y responsabilidades provienen de las decisiones del pasado y entonces cuenta como jurídico, no solo cuando están explícitas en estas decisiones, sino también cuando provienen de principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen a través de la justificación”<sup>56</sup>. Es decir, se trata de una práctica jurídica que en orden a la coherencia acoge el conjunto de decisiones previas (legislación, sentencias, etc.) que están guiadas y que sirven a principios de moralidad política, en donde interesa tanto lo que se ha decidido en el pasado como los objetivos deseados para el futuro. Así pues, se ha señalado que la integridad “[t]rata de alcanzar un equilibrio entre el peso de las decisiones del pasado y el peso del mejor argumento”<sup>57</sup>.

El Derecho como integridad interviene en dos ámbitos: en la legislación y en la adjudicación (o decisión judicial). La integridad en la adjudicación exige que los responsables de indicar qué es el Derecho (es decir, los jueces) en cada caso perciban y hagan cumplir el Derecho como un todo coherente basado en principios<sup>58</sup>, o lo que es lo mismo, este ideal exige que “los jueces asuman, en la medida de lo posible, que el Derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso, y les pide que los haga cumplir en los casos nuevos que se le presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de decisión respeta la ambición que asume la integridad, la ambición de ser una comunidad de principios”<sup>59</sup>.

Ahora bien, las exigencias del ideal de la integridad en la identificación y en la justificación del Derecho -se sostiene- impiden que la decisión interpretativa dependa de la preferencia subjetiva del juez, por tanto, este carece de discrecionalidad en sentido fuerte. Sin embargo, el ideal de la integridad en la adjudicación no es absolutamente soberana sobre lo que los jueces deben hacer al final del día. Es verdad que la integridad es un ideal decisivo sobre lo que el juez reconoce como Derecho; es decir, es soberano sobre los fundamentos del Derecho porque no admite ningún otro aspecto que no surja de las decisiones anteriores<sup>60</sup>, pero también encarga al juez la importante labor de asignar un propósito general al material jurídico identificado y presentarlo como el mejor ejemplo posible de su género para resolver el caso. Es en este momento en que aparece la discrecionalidad en sentido débil del juez, lo que en ningún caso supone desarrollar una función auténticamente creativa de Derecho. En resumen, el proceso de hallar la única respuesta correcta no supone una actividad meramente mecánica o automática, sino todo lo contrario, exige un esfuerzo argumentativo especial por parte del juez.

## 2.2. La teoría escéptica (o no-cognoscitiva)

La teoría escéptica sostiene que la interpretación es una actividad (puramente) volitiva o, finalmente volitiva (es decir, un acto de voluntad o de la voluntad) que consiste en *decidir* o *crear* el significado de las disposiciones de la Constitución. Es decir, lo que caracteriza a esta teoría es precisamente el elemento decisorio o creativo del Derecho por el juez. Pero ¿qué debe entenderse por creación de Derecho? Si bien no existe una respuesta categórica de lo que se entiende por creación de Derecho, sin embargo, con esta expresión generalmente se designa al hecho de si las decisiones interpretativas “incorporan o no una dimensión subjetiva o ideológica”<sup>61</sup>.

56 Dworkin, R., *Law's Empire*, 96.

57 Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, 150.

58 Dworkin, R., *Law's Empire*, 167.

59 Dworkin, R., *Law's Empire*, 243. En otro momento señala el autor que la integridad en la adjudicación “instruye a los jueces que identifiquen los derechos y deberes jurídicos, en la medida de lo posible, suponiendo que todos ellos fueron creados por un único autor -la comunidad personificada- expresando una concepción coherente de la justicia y la equidad”. Agrega el autor que “de acuerdo con el Derecho como integridad, las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad”, Dworkin, R., *Law's Empire*, 225.

60 Dworkin, R., *Law's Empire*, 218.

61 Prieto Sanchis, L., *Ideología e interpretación jurídica*, 13.

En la literatura se suele diferenciar entre creación de Derecho por invención y creación de Derecho por elección, y dependiendo de la postura por la que se opte, la teoría escéptica será considerada radical o moderada. Así, mientras que “en la concepción radicalmente escéptica la creación de contenidos del Derecho debe ser entendido como *creación por invención*, desde que la interpretación de una norma jurídica debe ser considerada como el resultado de un acto libre de la voluntad. En la concepción moderadamente escéptica, por otro lado, la creación de contenidos del Derecho debe ser entendido como *creación por elección*, en la medida que la interpretación de una norma jurídica debe ser considerada como el resultado de una elección libre entre una serie de alternativas sacadas a la luz por un acto del conocimiento”<sup>62</sup>. Desde esta perspectiva el juez constitucional, en su labor de interpretados de la Constitución, decide o resuelve (a través de un acto de voluntad o, finalmente de la voluntad) que la expresión lingüística constitucional “T” de entre **S1** o **S2**, significa **S1** (creación por elección) o, bien significa **S3** (creación por invención), en el que “T” es el texto constitucional (disposición) y **S1** y **S3** es el significado constitucional (norma).

En líneas generales, la teoría escéptica se basa en la idea de la indeterminación del Derecho, es decir, el Derecho es totalmente indeterminado pues las disposiciones de la Constitución o carecen de significado o, poseen más de un significado. De otro lado, según esta teoría el Derecho no es (nunca) completo (pues, presenta lagunas) ni coherente (pues, presenta antinomias), lo que supone que toda decisión interpretativa que resuelva una laguna o una antinomia lleva como base (siempre) una decisión sobre el significado de la disposición constitucional<sup>63</sup>. Desde esta perspectiva, la teoría escéptica entiende que la interpretación consiste únicamente (o finalmente) en decidir (inventar o elegir) el significado del texto constitucional. El significado -o mejor dicho, la norma incluso en la versión moderada- no preexiste a la interpretación, sino que es su resultado<sup>64</sup>. O dicho en otros términos, el proceso interpretativo se ejerce sobre la disposición constitucional y conduce a la norma constitucional; la norma no precede como dato, sino que sigue como producto al proceso interpretativo<sup>65</sup>. Bien, dado que la labor interpretativa del juez consiste en decidir el Derecho aplicable entonces tiene discrecionalidad en sentido *fuerte*, es decir, corresponde al juez decidir (inventar o elegir) el significado del texto constitucional. En este sentido, la teoría escéptica no impone un código hermenéutico al juez, el significado del texto constitucional es la invención o la elección del juez constitucional<sup>66</sup>.

La teoría escéptica de la interpretación es asumida por las corrientes realistas del Derecho básicamente norteamericanas y el movimiento *Critical Legal Studies*. A finales del S. XIX e inicios del S. XX surge en los EE.UU. algunos planteamientos jurídicos que proponen una visión crítica y alternativa frente al formalismo -denominados *antiformalismo*- que se consolidará con la formación del realismo jurídico norteamericano. Si bien estos planteamientos eran heterogéneos, en lo esencial eran homogéneos, es decir, la semejanza en la elaboración de un pensamiento jurídico de carácter pragmático sustentado en una concepción funcional o instrumental del Derecho<sup>67</sup>. Lo mismo -y de modo paralelo- ocurrirá en Europa continental. En palabras de Pound será Ihering<sup>68</sup> “el pionero en el trabajo de reemplazar la jurisprudencia de conceptos por una jurisprudencia de resultados [o de intereses]”<sup>69</sup>. Similar a lo que ocurría en el formalismo en la jurisprudencia de conceptos es posible deducir de manera puramente lógica, de los más altos conceptos abstractos conceptos más concretos llenos

62 Dicciotti, E., 1995, “Operative Interpretation and Systemic Validity”, en *Cognition and interpretation of law*, eds. Gianformaggio, L. y Paulson, S.L. (Turín: Giappichelli, 1995), 65.

63 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 15.

64 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 15.

65 Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoría del diritto* (Bologna: Il Mulino, 1974), 394 - 395.

66 Describe Chiassoni que la idea del respeto al texto de la Constitución desde la perspectiva *escéptica* se presenta como un “ideal irrealizable”, en la medida que no impone al juez un código hermenéutico para decidir el significado de la disposición constitucional. A lo más que se puede aspirar es a la fidelidad de “los valores fundamentales (que el intérprete asume que están) incorporados al [D]erecho positivo”, la misma que no es pasiva ni mecánica, sino activa y dinámica, Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 163 - 164.

67 Summers, R., “Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought. A synthesis and critique of our dominant general theory about Law and its use,” *Cornell Law Review* (1980-1981): 861-948.

68 Ihering, R., *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de R. Riaz (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933).

69 Pound, R., “Mechanical Jurisprudence,” *Columbia Law Review* (1908): 610.

de contenido<sup>70</sup>. Sobre esta base, Ihering proponía que “deberíamos comenzar por el otro extremo, que la primera pregunta debería ser: ¿cómo operará una norma o una decisión en la práctica?” y no solo basarse en razonamientos lógico-deductivos<sup>71</sup>.

### 2.2.1 La teoría escéptica radical

Según la versión radical las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución carecen de significado antes de la interpretación; éstas solo tienen significado luego de la interpretación. Para esta versión, el Derecho es, en todos los casos, subjetivo y que tal como el juicio sobre la belleza solo se encuentra en el ojo de quien la contempla el significado de la disposición jurídica no está en la disposición, sino en la postura valorativa de quien la interpreta (de los jueces)<sup>72</sup>. De todo esto se sigue que “antes de las decisiones interpretativas de los jueces no existen significados de los textos normativos, y entonces no existe Derecho. Desde este punto de vista, todo el Derecho es el resultado de la interpretación judicial: la jurisprudencia es la única verdadera fuente del Derecho”<sup>73</sup>. Los postulados (radicalmente) escépticos pueden quedar resumidos así: quien tiene autoridad absoluta para interpretar el Derecho, es él -y no quien la emitió- el “verdadero” legislador a todos los propósitos<sup>74</sup>, o lo que es lo mismo, “quien tiene autoridad no solo para interpretar el Derecho, sino para decir qué es el Derecho, es él: el verdadero legislador”<sup>75</sup>. En este sentido, toda disposición jurídica “no adquiere verdadera existencia hasta que se completa la interpretación o más exactamente hasta que se aplica [por el juez]”<sup>76</sup>.

Entre quienes asumen posiciones radicales se puede mencionar a Gray, Frank y Troper. Según Gray, las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución son solo simples palabras *muertas* que carecen de sentido o significado y que corresponde a los jueces decir lo que esas palabras significan; tales disposiciones requieren de la interpretación de los jueces para saber qué es lo que (en la vida real) significan. Estos textos jurídicos a lo sumo pueden ser considerados fuentes de Derecho, pero no Derecho mismo, pues todo el Derecho es el Derecho creado por los jueces<sup>77</sup>. O como sostiene en otro momento, “[e]l Derecho del Estado o de cualquier cuerpo organizado de hombres está compuesto por las reglas que los tribunales, esto es, los órganos judiciales de ese cuerpo, establecen para la determinación de los derechos y deberes jurídicos”, no hay otro Derecho<sup>78</sup>.

De una manera tal vez menos enfática Frank señala que las disposiciones de la Constitución “después de todo, no son más que palabras y esas palabras pueden entrar en acción solo a través de las decisiones, por lo que corresponde a los Tribunales al decidir cualquier caso decir lo que las [disposiciones jurídicas] significan”<sup>79</sup>. En otro momento sostendrá que “el proceso de interpretación no es ni mecánico ni automático”, sino que “inevitablemente es una forma de legislar”, de manera que quien “se irrita por el modo en el que los jueces interpretan a veces el lenguaje aparentemente simple de las [disposiciones jurídicas], es víctima de la falacia de creer que cada palabra tiene un único significado”<sup>80</sup>.

70 Kauffmann, A., *Filosofía del Derecho*, trad. de L. Villar Borda, del original: *Rechtsphilosophie* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 75.

71 Pound, R., “Mechanical Jurisprudence”, 610.

72 Raz, J., “¿Por qué interpretar?”, 29 - 30.

73 Guastini, R., “Intervención de Ricardo Guastini”, en *Jurisprudencia, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, coords. Pérez Bermejo, J.M. y Rodilla, M.A. (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007), 227.

74 Hoadly, B., *A sermon preached before the King* (London: 1717), 12.

75 Gray, J.C.H., *The nature and sources of the Law* (Aldershot: Ashgate, reimpresión a la 2da. edición 1921, 1997), 65.

76 Prieto Sanchis, L., *Ideología e interpretación jurídica*, 83.

77 Gray, J.C.H., *The nature and sources of the Law*, 78 - 79.

78 Gray, J.C.H., *The nature and sources of the Law*, 54. En efecto, este autor señala en otro momento que “[p]ara determinar en la vida real cuáles son los derechos y deberes del Estado y de los ciudadanos, el Estado necesita y establece órganos judiciales, los jueces. Para determinar derechos y deberes, los jueces fijan los hechos y también establecen las reglas según las cuales se deducen consecuencias jurídicas de los hechos. Estas reglas son el Derecho”, Gray, J.C.H., *The nature and sources of the Law*, 65.

79 Frank, J., *Law and the Modern Mind* (New York: Doubleday & Company, 1963), 135.

80 Frank, J., “Palabras y música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, trad. de R.J. Vernengo, del original: “Words and Music. Some remarks on statutory interpretation”, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano* (Buenos Aires: Losada, 1951), 177, 189 y 180.

Para Michael Troper, las disposiciones jurídicas carecen de significado. En ese sentido, no hay en las disposiciones jurídicas ningún significado que descubrir. Si el significado no existe antes que la interpretación tampoco existe la interpretación contra el sentido de la disposición (*contra legem*), y ello es así, porque sencillamente no hay ningún significado de esa disposición; el único significado -y que es además jurídicamente incuestionable- es el atribuido por el juez a través de su decisión interpretativa<sup>81</sup>. De todo esto se sigue que antes de la interpretación las disposiciones jurídicas no tienen todavía ningún significado, están en espera de significado<sup>82</sup>. Sobre esta base, para esta teoría no existe diferencia entre la función judicial y la función legislativa pues entiende que el juez que interpreta la disposición constitucional es él en realidad el verdadero poder constituyente. Así, señala Troper que “[e]l intérprete de la Constitución es un verdadero poder constituyente”<sup>83</sup>, ello es así porque “da a una disposición de la Constitución el significado que tal o cual acción debería llevarse a cabo”<sup>84</sup>. En otro momento señala incluso que “la expresión “intérprete de la Constitución” es engañosa, ya que da por sentado que la Constitución existe antes que la interpretación sea llevada a cabo”<sup>85</sup>.

### 2.2.2. La teoría escéptica moderada

Según la versión moderada las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución tienen más de un significado (por tanto, no carecen de significado ni poseen un “único” significado propio e intrínseco, sino que existen varios significados, estos están a la espera de ser elegidos). La elección de uno de esos significados, es decir, el significado en cuanto tal (el significado preferido que será aplicado al caso concreto) solo existe luego de la interpretación según la libre postura valorativa del juez constitucional. Sobre lo mismo, pero desde otra visión se afirma que “[e]l intérprete averigua, decide o propone el significado que hay que atribuir a un documento, constituido por uno o más enunciados, cuyo significado no está preconstituído por la actividad del intérprete, sino que es su resultado; antes de la actividad del intérprete, lo único que se sabe del documento objeto de interpretación es que expresa una o más normas, no cuál o cuáles sean estas normas: “norma” significa simplemente el significado que se ha otorgado, o se decide otorgar, o se propone que otorgue, a un documento que se considera, sobre la base de indicios formales, que expresa una cierta directiva de acción”<sup>86</sup>.

Un autor que asume posiciones moderadas es Kelsen. Según este modo de ver, “el Derecho está formulado en palabras y las palabras tienen frecuentemente más de un significado”<sup>87</sup>, por lo que los jueces crean Derecho, pues en todos los casos tienen que elegir libremente uno de ellos. La idea central de la tesis de Kelsen es que toda disposición de la Constitución configura o presenta “un marco dentro del cual existen varias posibilidades de [aplicación]; por tanto, todo acto que se realiza dentro de este marco, llenándole de algún modo, es un acto jurídico regular”<sup>88</sup>. Es decir, toda disposición constitucional provee un marco normativo dentro del cual existen varias significaciones posibles y que corresponde al juez constitucional elegir solo uno de ellos para decidir el caso. El establecimiento del marco normativo de la disposición y la elección de una (no la única) de las significaciones posibles que postula la Teoría pura se contraponen a la tradición jurídica que considera que es posible encontrar la única respuesta correcta.

81 Troper, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, 41.

82 Troper, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, 44.

83 Troper, M., “Constitutional Interpretation,” *Israel Law Review* (2006): 47.

84 Troper, M., “Constitutional Interpretation,” *Israel Law Review*, 48.

85 Troper, M., “Constitutional Interpretation,” *Israel Law Review*, 48.

86 Tarello, G., *L'interpretazione della legge* (Milán: Giuffrè, 1980), 63 - 64.

87 Kelsen, H., *The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems (With a supplement)* (Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 2000), XIII.

88 Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, 2da. edición, trad. de L. Legaz y Lacambra (Madrid: Reus-Revista de Derecho Privado, 2009), 79.

Según Kelsen la interpretación de la Constitución “no tiene [por qué llevar] necesariamente a una decisión única, como si solo ella fuese [la decisión correcta], sino a varias decisiones, cada una de las cuales (desde el punto de vista de la norma [aplicable]) posee idéntico valor que las demás, si bien solo una de ellas llega a ser Derecho positivo en la sentencia judicial”<sup>89</sup>. En ese sentido prosigue que cuando se afirma que una sentencia está fundada en Derecho, por ejemplo, en la Constitución o en la ley, “no quiere decirse otra cosa sino que está dentro del marco representado por aquélla; significa que es una, no la única [de las significaciones] posibles dentro del marco de la norma general”<sup>90</sup>. De este modo, se rechaza la idea de la tradición jurídica que pretende hacer creer que “la [Constitución o la] ley, cuando se aplica al caso, puede proporcionar siempre una única decisión correcta y que la “corrección” jurídico-positiva de la decisión se fundamenta en la propia [Constitución o la] ley”<sup>91</sup>.

Ahora bien, sobre los criterios para la elección del significado el autor de la Teoría jurídica pura señala que en la medida en que son varios los significados posibles de la norma “[n]o hay ningún método “jurídico-positivo” según el cual solo una de las distintas significaciones [de la disposición] pudiera ser considerada como “justa” [o “correcta”]”<sup>92</sup>. Es decir, de los diversos métodos que ofrece la tradición jurídica de ninguno de ellos se puede predicar alguna preferencia sobre los demás, y ello es así porque “los diferentes métodos de interpretación pueden atribuir diferentes significados a una misma disposición. A veces, incluso un mismo método, especialmente el llamado método gramatical conduce a resultados contradictorios”<sup>93</sup>. Sobre esta base, no se duda en sostener que “[t]odos los métodos de interpretación presentados por la tradición jurídica hasta ahora no han llevado sino a una solución posible, nunca [a la “única” respuesta correcta]”<sup>94</sup>. Así, para la Teoría pura la posibilidad de determinar la “única” respuesta correcta a través del método jurídico es una cuestión que rebasa a la teoría jurídica del Derecho. Es decir, que “[l]a cuestión acerca de cuál de las significaciones existentes en el marco de una [disposición] es la [correcta], es una cuestión que, por naturaleza, escapa al conocimiento jurídico; no es un problema de teoría [del Derecho], sino de política del Derecho”<sup>95</sup>, o lo que es lo mismo, la elección de uno de los significados (de entre los diversos significados) está determinada por motivos políticos. Desde esta perspectiva, se sostiene que lo que se convierte en obligatorio “no es el significado lógicamente “verdadero”, es el significado políticamente preferido de la norma interpretada”<sup>96</sup>.

Por último, Kelsen sostiene que la idea de que la interpretación jurídica es solo un acto de conocimiento del Derecho existente es una contradicción, pues colisiona con la posibilidad misma de toda interpretación. En lugar de ello, señala que la interpretación supone también un acto de voluntad en la medida que el juez posee libertad para crear Derecho: “la creación de la norma individual [sentencia] en el procedimiento de ejecución [de la Constitución o] de la ley -con el cual se llena de contenido concreto el marco de la norma general-, es una función de la voluntad” y no un acto exclusivo del conocimiento<sup>97</sup>. En efecto, en otro momento Kelsen señalará de manera expresa que “en la aplicación del Derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”<sup>98</sup>.

89 Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, 79.

90 Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, 79.

91 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de G. Robles y F.F. Sánchez, del original de la 1ra. edición: *Reine Rechtslehre* (Madrid: Trotta, 2011), 104.

92 Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 80.

93 Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, XIII.

94 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, 16ta. edición, trad. de R. Vernengo, del original de la 2da. edición: *Reine Rechtslehre*, (México DF.: Porrúa, 2009), 352.

95 Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, 80 - 81.

96 Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, XV.

97 Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, 82.

98 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, 354. Sobre lo mismo, señala Dicciotti que “la interpretación operativa del Derecho consiste no solo en un acto de voluntad, sino también en un acto de conocimiento. De hecho, Kelsen sostiene que toda norma jurídica tiene una pluralidad de significados, que un acto de conocimiento es necesario para descubrir tales significados, y que un acto de voluntad es necesario para escoger uno de ellos al momento de aplicar el Derecho”, Dicciotti, E., “Operative Interpretation and Systemic Validity”, 64 - 65.



### 2.3. La teoría intermedia (o ecléctica)

La teoría intermedia sostiene que la interpretación es a veces una actividad (puramente) cognoscitiva (es decir, un acto del conocimiento) que consiste en *descubrir* o *conocer* el “único” significado propio o preexistente de las disposiciones de la Constitución, y, a veces, es también una actividad (puramente) volitiva (es decir, un acto de la voluntad) que consiste *elegir* o *inventar* el significado de las disposiciones constitucionales<sup>99</sup>. La teoría intermedia se basa en la idea de la indeterminación parcial del Derecho (el Derecho es parcialmente indeterminado o parcialmente determinado) debido a su textura abierta, y ello es así porque el lenguaje (las palabras) en el que están expresadas las disposiciones presentan “un “núcleo esencial” luminoso y, en torno suyo, una indefinida “zona de penumbra”<sup>100</sup>. De este modo, se sostiene que para toda disposición existen “casos “fáciles”, que [caen en el “núcleo esencial” luminoso], como también casos marginales “difíciles”, respecto a los cuales la aplicabilidad de la [disposición] es controvertida”<sup>101</sup>. En otras palabras, junto a los casos “claros”, en los cuales la aplicación de [la disposición] no supone problema alguno, ya que caen en su ámbito de aplicación de un modo evidente, existen siempre casos “difíciles” o “dudosos” en los cuales el juez ejerce su poder discrecional. Cuando un juez decide un caso fácil, se limita a tomar conocimiento de la [disposición]: su enunciado interpretativo puede ser verdadero o falso. Por el contrario, cuando resuelve un caso difícil, realiza un acto de voluntad: su enunciado interpretativo está privado del valor de verdad”<sup>102</sup>.

En efecto, según esta teoría la actividad interpretativa puede ser un acto de conocimiento o un acto de voluntad, dependiendo de si el caso sometido al juez es “fácil” o “difícil”. Es una actividad puramente cognoscitiva en los casos claros o fáciles como sería el caso cuando el juez atribuye un significado a una disposición constitucional “sobre la base únicamente de reglas sintácticas y semánticas empíricamente comprobables, a la luz de las cuales todo vocablo de una disposición asume un significado preciso”<sup>103</sup>. Es una actividad puramente volitiva en los casos dudosos o difíciles. En definitiva, la teoría intermedia impone a los jueces un código hermenéutico solo en los casos claros o fáciles, según el cual, el significado del texto constitucional es la reproducción del Derecho por parte del juez constitucional, mientras que en los casos dudosos o difíciles el significado del texto constitucional es la elección o decisión del juez constitucional<sup>104</sup>.

Ahora bien ¿en qué se diferencia esta teoría intermedia de la teoría escéptica moderada? A mi modo de ver, la diferencia radica principalmente en que la teoría escéptica moderada contempla la combinación en todos los casos de procesos cognitivos y volitivos a la vez, es decir, el juez descubre los diversos significados de la disposición constitucional a través de un acto del conocimiento, y luego elige uno de ellos (el significado preferido) a través de un acto de la voluntad, mientras que, la teoría intermedia entiende que la interpretación es un acto del conocimiento solo si el caso es fácil, y es un acto de la voluntad solo si el caso es difícil.

Un autor que asume posiciones intermedias es Hart. Según este modo de ver, la delimitación de las reglas (disposiciones constitucionales) solo es posible respecto de ciertas direcciones o situaciones, no se puede delimitar las reglas en *todas* las direcciones posibles, por lo que en cada regla existen situaciones no previstas o *a priori* no se sabe si están previstas o no<sup>105</sup>. En efecto, “[p]or mucho que tratemos, ningún concepto está delimitado de modo que no quepa ninguna duda. Proponemos un concepto y lo delimitamos en *algunas* direcciones; por ejemplo, definimos el oro en contraste con algunos otros metales, como las aleaciones.

99 En el mismo sentido Chiassoni señala que “la interpretación textual en ocasiones es una actividad puramente cognoscitiva, y en otras ocasiones, es también volitiva y, si se da el caso, creativa”, Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 164.

100 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 16.

101 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 16 - 17.

102 Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 40 - 41.

103 Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 164.

104 Describe Chiassoni que la idea de respeto al texto de la Constitución desde la perspectiva *intermedia* se presenta como un “objetivo realizable, pero únicamente en los casos claros. En los casos de duda, por el contrario, se puede aspirar como mucho a una fidelidad activa y dinámica”, Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 164.

105 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 155-191.



Esto es suficiente para nuestras necesidades actuales y no indagamos más allá<sup>106</sup>; de esto se sigue que en cada regla existen situaciones no previstas (presentes o futuras) o que existe duda si están previstas o no, pues no se puede delimitar un concepto de manera tal que excluya toda posibilidad de una imprevisión o de una duda; es esto lo que se denomina “textura abierta” de un concepto<sup>107</sup>.

Sobre la base de la “textura abierta” de los conceptos esta teoría entiende que el Derecho es *parcialmente* indeterminado. Así sostiene que en lugar de predicar los postulados de la teoría cognitiva y la teoría escéptica que son dos extremos antagónicos, conviene conciliar ambas “necesidades”<sup>108</sup>: “por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los [jueces], sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que solo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenta en un caso concreto”<sup>109</sup>. En otro momento, señalará de manera más enfática que la teoría cognitiva según la cual los jueces nunca crean Derecho y la teoría escéptica según la cual los jueces siempre crean Derecho son, de un lado, el “noble sueño”, y de otro lado, la “pesadilla” y que “[c]omo otras pesadillas y otros sueños, los dos son, [simples] ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en su horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hace una cosa y otras veces otra”<sup>110</sup>. La idea de la “vigilia” estaría compuesta –según esta postura– por dos campos importantes: de un lado, la zona de certeza o núcleo de certeza referida a los casos claros o casos fáciles, y de otro lado, la zona de duda o penumbra de duda referida a los casos dudosos o casos difíciles.

En efecto, la idea central de Hart es que “aún para [las reglas] muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que lo satisfacen o que no los satisfacen. Siempre será posible identificar *ab-initio* algunos casos extremos de lo que es o no es” aplicable a la regla<sup>111</sup>. Lo que subyace de esta idea es que el lenguaje en el que están expresadas las disposiciones de la Constitución permitirá (siempre) a los jueces identificar los casos fácilmente reconocibles (*casos claros o fáciles*) procurando minimizar la necesidad de elección del significado de la regla<sup>112</sup>. La actuación del juez constitucional en esta zona de certeza (o de casos claros) es similar a la actuación del juez formalista: *es una actuación (puramente) cognoscitiva*. Es decir, en la medida en que hay casos fáciles que caen dentro del núcleo de significado de la regla la interpretación es una actividad que consiste en descubrir el significado propio e intrínseco, contemplando la aplicación del Derecho como un “proceso de subsunción y [de] derivación silogística” propios de la teoría cognitiva y que “caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta”<sup>113</sup>. Y *¿cuáles son estos claros o fáciles?*. Según esta teoría, “[l]os casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios”<sup>114</sup>. Por tanto, queda claro que en esta parte de la teoría intermedia el juez no ejerce discrecionalidad en sentido fuerte: el juez no crea Derecho, solo aplica el Derecho existente.

106 Waismann, F., “Verificabilidad”, trad. de P. Villegas, del original: Verifiability (1945), en *La teoría del significado*, ed. Parkinson, G.H.R. (México D.F.: FEC, 1976), 61.

107 Waismann, F., “Verificabilidad”, 62.

108 Hart en otro momento señalará que para “sustraernos a esta oscilación entre extremos es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad [o suelen proveer] una correspondiente variedad de técnicas”, Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 163.

109 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 162.

110 Hart, H.L.A., “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, trad. de J.J. Moreso y P.E. Navarro, del original: American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream (1977), en *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Casanovas, P. y Moreso, J.J. (Barcelona: Crítica, 1994), 348.

111 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 164.

112 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 158 - 161.

113 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 158 - 159.

114 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 158.

La actuación del juez constitucional en la zona de penumbra (o de casos difíciles) es similar a la actuación del juez escéptico: *es una actuación (puramente) volitiva*. Es decir, que en la medida en que no existe certeza si la regla es aplicable o no a una situación determinada o, que simplemente no hay regla aplicable al caso, el juez constitucional abandona “la idea de que el lenguaje de la regla [le permitirá] escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que [pone] en práctica al determinar cuál es la acción correcta”<sup>115</sup>, al contrario, el juez tiene que elegir (el sentido de) la regla que considere aplicable o en su caso crear la regla para decidir el caso concreto, es decir, tiene que ejercer la función jurídico creadora del Derecho. En ese sentido, a diferencia de la zona de certeza de la regla en la que el juez solo realiza una función (puramente) *re-productora* del Derecho, en la zona marginal el juez realiza una función (principalmente) *productora* de reglas<sup>116</sup>.

Por último, es conocido que Hart siguiendo a Holmes utiliza la expresión “intersticial” para resaltar el *carácter ocasional* de creación del Derecho por los jueces. No es una cuestión que esté referida en estricto a la discrecionalidad judicial, sino más bien, dando por sentado que los jueces crean Derecho en los casos difíciles se refiere a la escasa (o no generalizada) función creadora del Derecho de los jueces. En líneas generales, sostiene este autor que el poder jurídico de creación del Derecho de los jueces difiere del que dispone la legislatura, pero además es poco frecuente. Así, enfatiza que “los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas”<sup>117</sup>; de lo que se sigue que para esta teoría lo que finalmente caracteriza al Derecho son los casos fáciles (los casos son *mayoritariamente* claros), por tanto, los jueces ejercen discrecionalidad en sentido fuerte sí pero únicamente de manera “*intersticial*” u ocasional.

### 3. Una propuesta de interpretación de la Constitución

Dentro de las diversas objeciones que se pueden formular a estas teorías se puede señalar de manera muy breve las siguientes. Sobre la *teoría cognitiva*, que la interpretación de la Constitución no es una nunca una actividad puramente cognoscitiva, pues todo proceso de atribución de significado supone siempre una decisión o declaración de voluntad tanto más si las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser genéricas y/o abiertas y por tanto presentan más de un significado y no un único significado. En efecto, se ha dicho que la actividad interpretativa de la Constitución en ningún caso supone la mera indicación o afirmación de su significado, sino que se trata de una actividad que realiza una serie de operaciones que exige “la cooperación activa del intérprete”<sup>118</sup>. Y ello es así, porque el juez al momento de atribuir el significado al enunciado constitucional, por ejemplo, si es a partir del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural ha de decidir, *primero*, si se refiere al uso ordinario de las palabras de la sociedad en general o al uso especializado de las palabras de los operadores del Derecho, y *segundo*, si se refiere a las palabras en el momento de la producción de las disposiciones de la Constitución o a las palabras en el momento de su aplicación<sup>119</sup>.

En concreto, la interpretación del Derecho en general y de la Constitución en particular no es nunca una actividad puramente cognitiva. O dicho de otro modo, la interpretación no es nunca un puro acto de conocimiento, cualquiera que sea la disposición jurídica a interpretar a los efectos de resolver un caso, la atribución de significado supone (siempre) una decisión o una declaración de voluntad. Toda idea que la conciba como tal en realidad se deriva del deseo de ocultar la función creativa y política del juez<sup>120</sup>. En términos similares se ha expresado que “la concepción estrictamente racional de la interpretación jurídica

115 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 158 y 159.

116 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 169.

117 Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, del original: *Postscript* (México D.F.: IJ-UNAM, 2000), 56.

118 Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 165.

119 Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 91.

120 Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió (Buenos Aires: Eudeba, 1ra. reimpresión a la 3ra. edición 2006), 175 - 176.

“más o menos sinceramente pide lo imposible” cuando pretende anular la dimensión volitiva ineludiblemente presente en toda operación interpretativa logrando, como mucho, enmascararla<sup>121</sup>. Y por lo demás, a la teoría cognitiva clásica se le cuestiona que detrás de esa forma lógica de atribuir significado se esconden verdaderos intereses o juicios de valor, a la teoría cognitiva contemporánea se le objeta que no exista un procedimiento objetivo que permita hallar con total seguridad la única respuesta correcta.

En cuanto a la *teoría escéptica radical*, que las disposiciones de la Constitución no carecen de significado antes de la interpretación, tampoco tienen un único significado, sino más de un significado y que pueden ser descubiertos a través de un acto del conocimiento y luego uno de ellos elegido mediante un acto libre de voluntad. Con relación a la *teoría intermedia* si bien contempla el elemento cognitivo y volitivo, sin embargo, no los concibe de manera conjunta, sino de manera separada; es decir, descuida el elemento volitivo en los casos fáciles y descuida el elemento cognoscitivo en los casos difíciles.

Por todo ello, tal vez sea preciso optar por la teoría escéptica moderada, aunque es verdad debidamente matizada y complementada. Así es posible afirmar que la interpretación es una actividad que supone la combinación en todos los casos (sean casos fáciles o difíciles) de elementos cognitivos y volitivos a la vez, es decir, es una actividad que consiste en descubrir o conocer los diversos significados que provee el marco normativo de las disposiciones de la Constitución, y a la vez, es un acto de la voluntad que consiste en elegir solo uno de los varios significados de dicho marco que constituirá el significado final (o la norma-producto) de la disposición constitucional.

La propuesta de interpretación de la Constitución parte de la idea de que las disposiciones de la Constitución son mínimamente determinadas, y por tanto, tienen algún tipo (o un mínimo) de significado. Sobre esta base, quien afirma que la Constitución carece de significado antes de la interpretación, es decir, quien sostiene que el texto constitucional no existe si el juez no le atribuye algún significado está afirmando que la Constitución sin la interpretación no tiene entidad propia, existe como documento, pero no enuncia ningún contenido normativo, mientras que quien señala que el significado de la disposición existe o preexiste aunque sea mínimamente a la interpretación está afirmando que existe (aunque sea mínimamente) un contenido normativo de la Constitución. Si no fuera así qué sentido tendría afirmar que la Constitución es vinculante; qué es lo que vincularía si no se sabe qué es lo que vincula. O mejor aún, si se acepta la tesis de que las disposiciones de la Constitución carecen de contenido normativo, y con él que carece de algún significado aunque sea mínimo ¿cómo se puede afirmar de manera categórica sin caer en contradicción que la Constitución del Estado constitucional es la norma jurídica suprema que contiene los criterios formales y materiales de validez del ordenamiento jurídico?

En ese sentido, siguiendo a Kelsen es posible afirmar que toda disposición constitucional provee un marco normativo en el que existen varios significados posibles<sup>122</sup>. En efecto, se ha señalado que las disposiciones de la Constitución expresan por lo general “no menos de dos significados distintos y alternativos”<sup>123</sup> y no un único significado objetivo y preexistente, y que esta circunstancia se debe al hecho de que el Derecho adolece de ambigüedad, vaguedad y carga emotiva<sup>124</sup>. En efecto, no hay que olvidar -que como ya dije- las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser unas más o menos genéricas y/o abiertas que otras y que la mayoría de ellas están expresadas en la forma de principios (o

121 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 347.

122 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, 351.

123 Para Chiassoni la indeterminación de las disposiciones estaría representada no solo por la naturaleza del lenguaje jurídico que como especie del lenguaje natural adolece “fatalmente” de vaguedad (actual o potencial) y de ambigüedad, sino también por la pluralidad (sin jerarquía) de los métodos interpretativos; el carácter (supuestamente) sistemático del discurso de las fuentes; las construcciones dogmáticas de los juristas (como la tesis de la natural derrotabilidad de las disposiciones); la naturaleza (cambiante y evolutiva) de la condición humana, el pluralismo de los valores ético-normativos, etc. Siendo este el escenario, “en ciertos casos la decisión del intérprete puede recaer sobre un significado que, lejos de ser el fruto de averiguar cómo una disposición ha sido interpretada por otros en casos precedentes, es ideado por el mismo intérprete”, Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 162 - 163.

124 Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, 161.

más a la idea de principios que a la de reglas). De este modo, la creencia de que las palabras en las que se expresa el Derecho (por ejemplo, las palabras de la Constitución) poseen o incorporan un único significado propio e intrínseco que depende de la relación natural entre las palabras y la realidad es una creencia falaz<sup>125</sup>, o lo que es lo mismo, dado que toda disposición de la Constitución adolece al menos potencialmente y diacrónicamente de ambigüedad y vaguedad la tesis que sostiene la existencia de un único significado claro y objetivo es evidentemente equivocada<sup>126</sup>.

Naturalmente, la tarea de trazar los bordes del marco normativo que permita conocer (cuáles son) las distintas significaciones posibles de las disposiciones -y con ello, diferenciarlas de las que no son- puede resultar una labor sumamente compleja e incluso no pacífica, puesto que -como dije- las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser amplias y abstractas. En efecto, uno de los principales problemas a los que se enfrenta el ejercicio de establecer el marco normativo de cualquier disposición es la indeterminación de las disposiciones de la Constitución. Dentro de las diversas formas de indeterminación del Derecho las más comunes serían la ambigüedad, la vaguedad y la carga emotiva, siendo las más problemáticas en el caso de la interpretación de la Constitución la vaguedad y la carga emotiva.

Ahora bien, que las disposiciones de la Constitución sean amplias y abstractas, y que por lo tanto estén afectadas básicamente por el problema de la vaguedad y la carga emotiva no quiere decir que no sea posible encontrar un mínimo de determinación de las mismas. Ello es así, porque no se puede afirmar de manera categórica que las disposiciones constitucionales carecen (absolutamente) de algún significado; si así fuera el texto de la Constitución (y el Derecho en general) adolecería de informatividad y/o normatividad. En efecto, se ha dicho que "ningún término es absolutamente determinado, ni absolutamente indeterminado. Un término *absolutamente indeterminado* no existe, porque un término así no significaría nada; o sea, para decirlo de otro modo, podría aplicarse a cualquier cosa y carecería de toda informatividad. Y tampoco existe un término *absolutamente determinado*, porque incluso un término con numerosas determinaciones es susceptible de ulteriores distinciones lógicas y fenoménicas"<sup>127</sup>. En cambio, sí parece aconsejable afirmar que las disposiciones de la Constitución (y del Derecho en general) son mínimamente determinadas.

La labor de trazar los bordes del marco normativo de las disposiciones de la Constitución que permita conocer cuáles son las distintas significaciones posibles es -como dije- una tarea compleja y no pacífica, pero no por ello imposible, pues existen algunos criterios a partir de los cuales se puede acercarse a ese propósito. De este modo, si bien no es posible señalar con exactitud cuáles son las distintas significaciones que provee el marco de las disposiciones de la Constitución; es decir, si bien no se puede afirmar de manera categórica y en sentido positivo cuáles serían tales significados; sin embargo si es posible aproximarse a este propósito a través de un ejercicio en sentido negativo cuyo objeto ya no es señalar cuáles son (o serían) los posibles significados del marco normativo de las disposiciones de la Constitución, sino señalar cuáles no son (o cuáles no pueden ser) los significados que caen dentro del marco normativo de dicha disposición constitucional.

Lo anterior sería posible, porque según se ha expresado, "[l]o relevante de la imagen del marco es que supone que determinadas interpretaciones quedan fuera [de éste]"<sup>128</sup>, es decir, que según éste modo de ver, la sola existencia del marco normativo con varios significados presupone que hay otros significados que no están (o no pueden estar) dentro de él; o lo que es lo mismo, "[l]a misma señalización de la posibilidad de varios

125 Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 13.

126 Guastini, R., "Intervención de Ricardo Guastini", 226.

127 Tuzet, G., "Pragmática de lo indeterminado", trad. de M.Á. Rodilla, en *Jurisdicción, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, eds. Pérez Bermejo, J.M. y Rodilla, M.Á. (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007), 46.

128 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 416.

significados implica el descarte de otros<sup>129</sup>. De este modo, dando cuenta de que si bien se trata de una cuestión poco abordada por la teoría kelseniana -y al contrario, como dije, este autor enfatiza que no se puede predicar la preferencia de ninguno de los métodos que ofrece la tradición jurídica- se ha señalado que “los significados que el marco excluye son aquellos que se enfrentan con [la expresión lingüística o literal] de las normas<sup>130</sup>. En efecto, una revisión mínima de los principales planteamientos de Kelsen permite concluir que los contornos del marco normativo estarían determinados por el criterio literal de las disposiciones jurídicas.

Así, la tesis de Kelsen en el sentido de que el significado de las disposiciones jurídicas “corresponde por lo menos a uno de los varios significados que la expresión lingüística de la norma lleva consigo<sup>131</sup>, o que el significado de la misma debe configurarse “de tal suerte que corresponda a uno u otros de los diferentes significados lingüísticos de la [disposición constitucional]”<sup>132</sup> corroboran que los bordes del marco normativo estarían conformados por el sentido literal de las disposiciones de la Constitución. Dicho de otra manera, es pues el criterio literal el que permite delimitar el borde del marco normativo, es decir, el que permite discriminar entre los significados que están “dentro”, y por tanto son admisibles o válidos, y los que quedan “fuera”, y por tanto son inadmisibles.

Ahora bien, los criterios para la elección de uno de los significados de la disposición de la Constitución son básicamente el contexto funcional y el modelo coherentista del sistema jurídico. El contexto funcional supone que el significado a elegir debe tener en cuenta exclusiva y pragmáticamente las concretas circunstancias del uso de la disposición, no cabe pues cualquier contexto<sup>133</sup>. La apelación a la idea del contexto funcional estaría justificada en que “la referencia y la verdad no pueden adscribirse a las expresiones lingüísticas al margen de su uso. Fuera de contexto, las palabras no tienen referencia y las oraciones no tienen valor de verdad. El significado de una palabra son sus condiciones de uso<sup>134</sup>. Dicho de otro modo, “son los actos de habla los portadores primarios del contenido: solo en un contexto determinado una oración expresa un significado<sup>135</sup>.

La noción del modelo coherentista del sistema jurídico exige que el significado a elegir debe tener en cuenta la totalidad del sistema jurídico al que pertenece (es decir, la totalidad de la Constitución). Una postura como esta naturalmente implica complementar la tradicional imagen piramidal (jerarquizada) del orden jurídico con una imagen coherentista del mismo. La idea coherentista se caracteriza por contemplar al sistema jurídico como “una *estructura en red* que acentúa las dimensiones de totalidad y solidaridad conjunta de sus elementos, lo que queda evidenciado desde su representación circular, espiral o envolvente<sup>136</sup>. Es decir, según el esquema integral del sistema jurídico las disposiciones de la Constitución conforman algo parecido a una red en la que todas ellas comparten relaciones de apoyo mutuo, o lo que es lo mismo, “todos los elementos actúan integrada y solidariamente, de forma que cualquiera de ellos puede ser invocado incluso lejos de su área normal de aplicación<sup>137</sup>. De todo lo anterior, se sigue que en el proceso de interpretación de las disposiciones de la Constitución “el punto de vista con el que ha de comprenderse e interpretarse el sistema en todas y cada una de sus aplicaciones es el de la totalidad, y [por tanto quedan] proscritas las interpretaciones segmentadoras del mismo<sup>138</sup>.

129 Asís Roig, R. de., *El juez y la motivación en el Derecho* (Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)-Dykinson, 2005), 60.

130 Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, 416.

131 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, 351.

132 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, 351.

133 Zaccaria, G., “Límites y libertad de la interpretación”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones jurídicas y de Derechos Humanos* (2002): 229 y 230.

134 Moreso, J.J., “Razones y significados en contexto”, *Revista de Libros* (2006): 27.

135 Moreso, J.J., “Razones y significados en contexto”, 27.

136 Pérez Bermejo, J.M., *Coherencia y sistema jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 129.

137 Pérez Bermejo, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, 130.

138 Pérez Bermejo, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, 130.

Llegado hasta aquí se puede señalar que la interpretación de la Constitución no es una actividad exclusivamente cognitiva ni puramente volitiva, sino que supone en todos los casos la combinación de procesos cognitivos y volitivos a la vez: el juez constitucional a través de un acto del conocimiento descubre los diversos significados que provee el marco normativo de toda disposición constitucional, y a la vez, a través de un acto de la voluntad, teniendo en cuenta el contexto funcional y el modelo coherentista del sistema jurídico elige uno de los varios significados que provee el marco normativo que constituye el significado o la norma constitucional (o la norma-producto) de la disposición constitucional.

Finalmente, conviene señalar que “la Constitución admite distintas interpretaciones o, lo que es lo mismo, distintas teorías éticas o filosofías políticas; no es patrimonio exclusivo de ninguna opción doctrinal, ni siquiera de aquella que pretende expresar lo que en cada momento se considera como el pensamiento correcto”<sup>139</sup>. En ese sentido, las propuestas de este *paper* constituyen solo una aproximación al análisis teórico de la interpretación que busca orientar la labor del juez constitucional al momento de interpretar la Constitución, y que por ello puede tropezar con algunos límites y obstáculos, y estoy seguro, que los mismos aquí son inevitables por el autor.

#### 4. Bibliografía

Asís Roig, R. de. 2005. *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)-Dykinson.

Bobbio, N. 1993. *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, del original: *Il positivismo jurídico*. Madrid: Debate.

Bonorino, P.R. 2010. *Dworkin*, Lima: Ara Editores.

Calsamiglia, A. 2007. Prólogo a Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously*. Barcelona: Ariel, 7ma. Reimpresión de la 1ra. Edición 1984.

Chiassoni, P. 2011. *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*, trad. de P. Luque Sánchez y M. Narváz Mora, del original: *Tecnica dell' interpretazione giuridica*. Madrid: Marcial Pons.

Comanducci, P. 2010. *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: CEPC.

Cuenca Gómez, P. 2008. *El sistema jurídico como sistema mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)-Dykinson.

Dicciotti, E. 1995. Operative Interpretation and Systemic Validity. En *Cognition and interpretation of law*, eds. Gianformaggio, L. y Paulson, S.L. Turín: Giappichelli.

Dworkin, R. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.

\_\_\_\_\_. 1986. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

\_\_\_\_\_. 1994. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, del original: *Life's Dominion*. Barcelona: Ariel.

\_\_\_\_\_. 2009. *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously (1977)*. Barcelona: Ariel, 7ma. Reimpresión de la 1ra. Edición 1984.

Frank, J. 1963. *Law and the Modern Mind*. New York: Doubleday & Company.

<sup>139</sup> Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 11.



\_\_\_\_\_. 1951. Palabras y música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes, trad. de R.J. Vernengo, del original: Words and Music. Some remarks on statutory interpretation. En *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Buenos Aires: Losada.

Gray, J.CH. 1997. *The nature and sources of the Law*. Aldershot: Ashgate, reimpresión a la 2da. edición 1921.

Guastini, R. 1999. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell. México DF.: IJ-UNAM.

\_\_\_\_\_. 2007. Intervención de Ricardo Guastini. En *Jurisdicción, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, coords. Pérez Bermejo, J.M. y Rodilla, M.A. Salamanca: Universidad de Salamanca.

\_\_\_\_\_. 2010a. *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de D. Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

\_\_\_\_\_. 2010b. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, del original: *Teoría e ideología dell' interpretazione costituzionale*. 2da. Edición. Madrid: IJ (UNAM)-Trotta.

Hart, H.L.A. 1962. *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió. Buenos Aires: Depalma.

\_\_\_\_\_. 1994. Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño, trad. de J.J. Moreso y P.E. Navarro, del original: American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream (1977). En *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica.

\_\_\_\_\_. 2000. *Post scriptum al concepto de Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, del original: *Postscript*. México D.F.: IJ-UNAM.

\_\_\_\_\_. 2007. *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, del original: *The concept of Law (1961)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hesse, K. 2011. *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez. Madrid: CEPC-FCJE.

Hoadly, B. 1717. *A sermon preached before the King*. Londres.

Iglesias Vila, M. 1999. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: CEPC.

Ihering, R. 1933. *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de R. Riaza. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Kauffmann, A. 1999. *Filosofía del Derecho*, trad. de L. Villar Borda, del original: *Rechtsphilosophie*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H. 2000. *The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamentals problems (With a supplement)*. Nueva Jersey: The Lawbook Exchange.

\_\_\_\_\_. 2009a. *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*. 2da. edición, trad. de L. Legaz y Lacambra. Madrid: Reus-Revista de Derecho Privado.

\_\_\_\_\_. 2009b. *Teoría Pura del Derecho*. 16ta. edición, trad. de R. Vernengo, del original de la 2da. Edición: *Reine Rechtslehre*. México DF.: Porrúa.

\_\_\_\_\_. *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de G. Robles y F.F. Sánchez, del original de la 1ra. Edición: *Reine Rechtslehre*. Madrid: Trotta.

Landa Arroyo, C. 1999. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: PUCP.

Larenz, K. 2010. *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, del original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Barcelona: Ariel, 4ta. Reimpresión a la edición 1994.

Lifante Vidal, I. 1999. *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea* (Madrid: CEPC).

Martínez Zorilla, D. 2010. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J.J. 2006. Razones y significados en contexto. *Revista de Libros*.

Pérez Bermejo, J.M. 2006. *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

Pérez Lledó, J.A. 1996. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos.

Pound, R. 1908. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*.

Prieto Sanchís, L. 1997. La doctrina del Derecho natural. *Lecciones de Teoría del Derecho*, Betegón Carrillo, J., Gascón Abellán, M., Páramo Argüelles, J.R. de., y Prieto Sanchís, L. Madrid: McGraw-Hill.

\_\_\_\_\_. 2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Raz, J. 1996. ¿Por qué interpretar? Trad. de R. Tamayo y Salmorán. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*.

Recasens Siches, L. 1973. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2da. Edición. México D.F.: Porrúa.

Ródenas, Á. 2012. *Los intersticios del Derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico* Madrid: Marcial Pons.

Ross, A. 2006. *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1ra. reimpresión a la 3ra. Edición.

Rubio Llorente, F. 1988. Problemas de la interpretación constitucional. En Solozábal Echevarría, J. J. (ed.), *Revista Jurídica de Castilla La Mancha: El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia: Actas del VI Congreso Nacional de Ciencia Política y Derecho Constitucional*.

Solar Cayón, J.I. 2005. *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE.

Summers, R. 1980 - 1981. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought. A synthesis and critique of our dominant general theory about Law and its use. *Cornell Law Review*.

Tarello, G. 1974. *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoría del diritto*. Bologna: Il Mulino.

Troper, M. 2001. *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, del original: *Pour une théorie juridique de l'État*. Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)-Dykinson.

Tuzet, G. 2007. Pragmática de lo indeterminado, trad. de M.Á. Rodilla. En *Jurisdicción, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, eds. Pérez Bermejo, J.M. y Rodilla, M.Á. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Waismann, F. 1976. Verificabilidad, trad. de P. Villegas, del original: Verifiability (1945). En *La teoría del significado*, ed. Parkinson, G.H.R. México D.F.: FEC.

Whittington, K.E. 1999. *Constitutional Interpretation: Textual meaning, original intent, and judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas.