

Sobre el defensor de la constitución*

Rafael de Asís Roig

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (Edpaña).

1. Kelsen y Schmitt como excusa

La polémica entre Kelsen y Schmitt, sobre quien debe ser el guardián de la Constitución¹, no es sólo una polémica que pueda ser descrita en términos de un conflicto de legitimidades; se trata de una polémica que tiene tras de sí diferentes maneras de entender el Derecho y, más concretamente, diferentes maneras de entender cómo es y cómo debe ser la interpretación de la Constitución.

Se trata, en todo caso, de una polémica que tampoco puede entenderse como definitivamente resuelta, a pesar de que la tendencia de los llamados Estados Constitucionales contemporáneos parezca estar del lado de Kelsen. Y digo que no puede entenderse como definitivamente resuelta porque en estos Estados constitucionales, cuando se presentan situaciones de crisis o de conflictos constitucionales, vuelven a aparecer posicionamientos que pretenden recuperar a Schmitt.

Así por ejemplo, en España, en el debate actual sobre la aprobación de un nuevo Estatuto de autonomía para Cataluña, se han podido escuchar apelaciones a la figura del Jefe de Estado como último reducto de la garantía de la Constitución y de la unidad de España². Argumentos que recuerdan a los esgrimidos por Carl Schmitt y su interpretación del

artículo 48 de la Constitución de Weimar que otorgaba unas facultades excepcionales al Jefe del Estado con el objetivo de mantener la unidad política del Estado (significado que para este autor tenía la Constitución).

La discusión entre ambos autores posee una enorme riqueza intelectual y plantea importantes interrogantes tanto de índole teórico como práctico. Por otro lado, pone de manifiesto la estrecha comunicación entre el Derecho constitucional y la Filosofía jurídica y política, cuando se toman como referencia cuestiones sobre la Constitución. Su análisis sirve para conocer el pensamiento de dos de los grandes juristas del siglo XX y para confirmar y desmentir algunos de los tópicos asociados a ellos.

Como es sabido, Kelsen afirmaba que la garantía de la Constitución debía estar en manos de un órgano de naturaleza jurisdiccional (y, por tanto, un órgano presidido por los principios de independencia e imparcialidad). Schmitt, sin embargo, consideraba que la garantía de la Constitución debía estar en manos del Jefe del Estado (y por tanto de un órgano de naturaleza política). Ahora bien, esta primera descripción de la polémica debe ser aclarada en lo que atañe a Schmitt y matizada en lo que se refiere a Kelsen.

El trabajo de Schmitt sobre la defensa de la Constitución aparece en el año 1931 en un

* Texto de nuestra intervención en el Seminario de Extensión Universitaria «Generación de consensos en la edificación de las instituciones de la Democracia», organizado por Eduardo P. Jiménez, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, y celebrado entre los días 6 y 8 de febrero de 2006. Una primera versión de este trabajo fue publicada en el libro editado por Gregorio Peces-Barba y Miguel Ángel Ramiro en ocasión del 25 aniversario de la Constitución española: *La Constitución a examen*, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 285 a 302.

1 La polémica aparece reflejada en diferentes trabajos de ambos autores. Por otro lado, no se trata de la única polémica entre ellos. En todo caso, y para su conocimiento general, es esencial la lectura de Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Santos, Tecnos, Madrid 1983, pp. 283 y ss.; y de Kelsen, H., «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?», trad. De R.J. Brie, Tecnos, Madrid 1995, y «La garantía jurisdiccional de la Constitución», trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid 1988, pp. 142 y ss. Un trabajo muy completo sobre la polémica es el de Herrera, Carlos Miguel, «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 86, 1994.

2 Sirva de ejemplo el artículo de José Javier Esparza en *El Semanal Digital*, titulado «El meollo del debate Mena», y publicado el 10 de enero de 2006, donde se refiere a la figura del Rey como garante de la Constitución y de la unidad de España, desde una peculiar interpretación de la Constitución española centrada, principalmente, en su artículo 8,1 («Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional») y del art. 62, h. (que otorga al Rey el mando supremo de las Fuerzas armadas).



contexto político complicado. Su planteamiento sobre la figura del Jefe del Estado como el verdadero guardián de la Constitución, frente a aquellos que se decantan por una instancia parlamentaria o judicial, debe entenderse en ese contexto y, desde un concepto de Constitución entendida como decisión del conjunto del pueblo sobre el modelo y la forma de unidad política. Para Schmitt, los parlamentos, tal y como habían sido configurados por el liberalismo, como instancias que pretenden lograr acuerdos sobre intereses parciales contrapuestos, no podían ser considerados como los guardianes últimos de la Constitución. Como tampoco lo podían ser los jueces, ya que la única legitimidad de éstos es de tipo jurídico, esto es, su función no es otra que la de interpretar y aplicar las normas jurídicas desde un razonamiento de tipo jurídico, aspecto éste imposible cuando de lo que se trata es de interpretar la Constitución.

La interpretación de la Constitución, para Schmitt, es una actividad política en la que prima la decisión sobre la norma, la voluntad sobre la razón. La Constitución no es un marco abierto. Se trata de un proyecto político de unidad, de una decisión clara y rotunda, que no puede ser dejada en manos ni de los jueces ni del Parlamento, sino de aquel que puede ser capaz de expresar la voluntad del pueblo. Y en este sentido, es el Jefe del Estado, el representante del pueblo y de su unidad, el sujeto situado por encima de intereses parciales, a quien le corresponde su custodia.

Kelsen también adopta un planteamiento voluntarista, si bien algo más limitado. Su teoría pura del Derecho impone una serie de dimensiones de racionalidad que atemperan, en cierta medida, este voluntarismo. Por otro lado, la Constitución, para el jurista austriaco, no es un proyecto cerrado. Y no lo es de manera clara en cuanto establece cauces y procedimientos de actuación desde los que se deben adoptar decisiones materiales. En este sentido, el Parlamento es el órgano legitimado para desarrollar la Constitución y, en este sentido, es quien debe desarrollar las cuestiones de índole material, lo que debe ser respetado por el Tribunal Constitucional.

En Kelsen, la garantía de la Constitución efectuada por un Tribunal Constitucional debe limitarse a aspectos formales y, en lo que se refiere a cuestiones materiales sólo en aquello que directamente se deduzca del texto de la norma constitucional. La Constitución expresa un conjunto de procedimientos que sirven para ir desarrollando la idea de compromiso vigente en los sistemas democráticos.

Así, la Constitución para el legislador es un marco, mientras que para el juez constitucional es el único criterio. El primero puede hacer política y el segundo no. Es posible así hablar de una interpretación jurídica de la Constitución y de una interpretación política. La primera debe ser garantizada por el Tribunal Constitucional y sirve para cerrar la construcción jurídica escalonada y racional del Derecho; la segunda le corresponde al Parlamento (órgano que traduce el ideal de la democracia y del compromiso, que es el único criterio de justicia que puede ser defendido por un tipo de relativismo como el que Kelsen profesaba).

Ciertamente, el distanciamiento entre Kelsen y Schmitt no puede ser descrito sólo en los términos en los que lo estoy haciendo ni se reduce sólo a la cuestión de la garantía de la Constitución. En todo caso, y en lo que a ella se refiere, las diferencias entre uno y otro surgen tanto de una diferente manera de entender el significado y el papel de la Constitución, cuanto de una diferente manera de entender quién debe ser el órgano con mayor legitimidad.

En relación con el significado y el papel de la Constitución, la diferencia entre ambos puede ser descrita tomando como referencia su posición sobre el pluralismo³. Schmitt adopta un punto de vista crítico con el pluralismo, en el sentido de concebir a la Constitución como un proyecto cerrado de unidad basado en la decisión soberana del pueblo; Kelsen, por el contrario, asigna a la Constitución el papel de garantizar el pluralismo. Y en relación con el garante último, la tensión entre Kelsen y Schmitt no es una tensión entre Tribunal Constitucional y Jefe del Estado, sino entre Parlamento y Jefe de Estado.

3 Vid. en este sentido, Fioravanti, M., *Constitución, De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid 2001, p. 159. También Barranco Avilés, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 116 y ss.

Se trata, en definitiva, de una tensión entre dos teorías políticas⁴. Por un lado la de Kelsen que desde un planteamiento relativista concibe la actividad política como una búsqueda de compromisos renovables, siendo el Parlamento la instancia que mejor se acomoda a ello; y, por otro la de Schmitt, que desde planteamientos cognoscitivistas, concibe la política en términos de amigo-enemigo y, por tanto como una actividad dirigida a la imposición de una determinada ideología, siendo la figura del Jefe del Estado, la que mejor se acomoda a ello.

El debate entre Kelsen y Schmitt, plantea, entre otras, dos tipos de cuestiones estrechamente relacionadas y, de alguna manera, dependientes. Por un lado, la de si la interpretación de la Constitución es una tarea jurídica, política o jurídico-política; por otro, la de quién debe decir la última palabra sobre lo que la Constitución establece. Se trata, precisamente de los dos temas sobre los que me centraré a continuación.

Vaya así por delante que, en lo que sigue, no me referiré directamente a los planteamientos de nuestros dos autores sino más bien, a algunas de la cuestiones sobre las que versó su conocida polémica y que, siguen siendo objeto de debate en el ámbito de la discusión jurídica y política. Estas cuestiones serán tratadas desde el análisis de la interpretación y, más concretamente, desde el análisis de la interpretación constitucional.

2. La interpretación constitucional

Dividiré este primer apartado en dos epígrafes. El primero, sobre la interpretación jurídica en general, servirá para dar cuenta del enfoque

interpretativo que aquí utilizaré. El segundo, sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución, servirá para señalar cuáles son los rasgos que individualizan esta tarea.

2.1. La interpretación jurídica en general

Como es sabido, existen diferentes concepciones sobre la interpretación jurídica. Destacaré dos, que denominaré como cognitiva y escéptica⁵. La concepción cognitiva de la interpretación considera que interpretar es descubrir el significado de un precepto, esto es, verificar el significado de un texto. Por su parte, para la concepción escéptica, interpretar es decidir el significado, esto es atribuir significado a un texto. Detrás de estas dos concepciones está una discusión clásica en el mundo jurídico: la polémica entre razón y voluntad a la hora de plantearse un concepto de Derecho⁶. Desde este punto de vista, la concepción cognitiva suele desenvolverse dentro de una posición que subraya el elemento racional dentro del concepto de Derecho; mientras que la concepción escéptica normalmente maneja un concepto de Derecho en términos de voluntad⁷.

Por otro lado, para facilitar la tarea interpretativa, existen en el contexto jurídico los llamados criterios de interpretación. Se trata de herramientas que permiten justificar el significado a atribuir o atribuido a un enunciado normativo⁸. Todos los Ordenamientos jurídicos cuentan con criterios de este tipo cuya tradición se remonta a los propios orígenes de la idea del Derecho y que pueden ser reconducidos a cinco: el gramatical o literal, el sistemático, el histórico, el teleológico y el sociológico.⁹

4 Vid. Herrera, Carlos Miguel, «La polémica...», cit., p. 223.

5 Vid. Guastini, R., *Distinguiendo*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona 1999, pp. 203 y 204.

6 Sobre la relación entre razón y voluntad en la creación e interpretación del Derecho vid. PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid 1987, pp. 19 y ss.

7 Esta discusión suele traducirse, en definitiva, en la adopción de un modelo jurídico iusnaturalista, en el primer caso, e iuspositivista en el segundo. Tradicionalmente, uno de los puntos que ha servido para diferenciar el positivismo jurídico del iusnaturalismo consiste en considerar que el primero concede prevalencia a la voluntad sobre la razón, mientras que el segundo hace lo contrario. No obstante, considero importante matizar lo anterior en dos sentidos. En primer lugar, porque el iuspositivismo, al manejar una determinada concepción del Derecho, incorpora dimensiones de racionalidad que no pueden ser sobrepasadas por el ejercicio de la voluntad. En segundo lugar, porque, en relación con el carácter racional de los límites a la voluntad, la especificidad del positivismo jurídico se produce al considerar que estos límites racionales no poseen una naturaleza moral, sino que se presentan como exigencias de la concepción del Derecho que se maneja.

8 Sobre el papel de los criterios interpretativos como herramientas de justificación de decisiones interpretativas vid. mi trabajo *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid 1998. También, Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona 2000, p. 35.

9 En el Derecho español, estos criterios están recogidos en el artículo 3,1 del Código Civil, que afirma: «Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

A pesar de la existencia de estos criterios, las decisiones jurídicas interpretativas pueden ser polémicas. En efecto, aunque la función principal de estos criterios consiste en justificar decisiones interpretativas, su significado es problemático. Por otro lado, no puede afirmarse que estos cinco criterios sean los únicos. Existe una gran variedad de criterios interpretativos (si bien es cierto que todos guardan relación con éstos).

Pero tal vez, el problema mayor en relación con los criterios tiene que ver con la dificultad de lograr con su uso una única respuesta interpretativa correcta. En este sentido, es obvio que el significado de un mismo enunciado normativo puede ser distinto dependiendo del criterio interpretativo que se quiera utilizar. E igualmente, salvo ámbitos jurídicos concretos (como puede ser el de los contratos), no es posible establecer una jerarquía incuestionable de los criterios interpretativos, o mejor, todo intento en esa línea descansa en una determinada concepción de la interpretación y del Derecho en general.

El manejo de una u otra concepción interpretativa implica, además, concebir los criterios de interpretación de manera distinta. Para la posición cognitiva, estos criterios sirven para conocer el significado¹⁰; para la posición escéptica, sirven para justificar la decisión interpretativa. Igualmente, el manejo de la primera concepción está relacionado con la concepción del juez *autómata*, boca muda que pronuncia las palabras de la Ley; mientras que el de la segunda, con la concepción del juez creador de normas.

En todo caso, a pesar de la importancia del elemento volitivo en la descripción del fenómeno jurídico, no es posible concebir al Derecho únicamente en esos términos. Y así, aunque la concepción interpretativa propia del iuspositivismo, y la que aquí seguiré, es predominantemente escéptica, no lo puede ser totalmente. La actividad interpretativa no es completamente discrecional.

El razonamiento jurídico presupone la idea de sistema y, por tanto, significados. No es posible considerar que el Derecho es un sistema

de normas, ni que el Derecho es una técnica normativa de control social, sin presumir un mínimo de determinación de las normas. Por otro lado, la propia idea de seguridad jurídica, muy unida a la concepción del Derecho iuspositivista, tampoco se entiende sin la existencia de un mínimo de determinación. Y ello es así, incluso si se defiende, como he hecho en otros trabajos, una idea formal de la seguridad jurídica referida al órgano competente pero no a los contenidos de la decisión, y justificada desde la eficacia del Derecho.

En este sentido, es posible establecer una especie de jerarquización teórica entre los criterios interpretativos, destacando así el papel de los criterios literal y sistemático. El primero, desde esta consideración, es requisito previo de cualquier interpretación; el segundo, de la interpretación jurídica.

En efecto, no es posible plantearse la tarea de dar significado a un texto sin la atribución de significado a los elementos que lo forman. Y esto, que duda cabe, está relacionado con el criterio literal y más en concreto, con la existencia de criterios de interpretación del lenguaje natural. Pero además, una de las notas que caracterizan la utilización de los diferentes criterios en el contexto jurídico es la idea de sistema.

En otros trabajos, he señalado que el papel de ambos criterios es distinto ya que, mientras que el sistemático sirve de límite a cualquier interpretación, el literal puede ser finalmente abandonado. Así, he advertido cómo la presencia del criterio literal se producía en el ámbito del contexto de descubrimiento mientras que la del sistemático en el de justificación. No obstante, considero importante matizar lo anterior, en el sentido de afirmar que el criterio literal está presente también siempre en el contexto de justificación y puede ser, por tanto, un límite a la opción interpretativa válida¹¹. En efecto, y a pesar de los diferentes significados que puede tener este criterio¹², no es posible manejar una concepción sistemática del Derecho ni una idea del mismo como técnica de control social,

10 Este parece ser el sentido con el que está redactado el precepto español aludido.

11 He mantenido ya este planteamiento en "Democracia, Constitución y Derechos", en López García, J.A., Del Real, J.A., y Ruiz Ruiz, R., La democracia a debate, Dykinson, Madrid 2002, pp. 187 a 197. Sobre el tema se ha detenido Patricia Cuenca en su Tesina de Doctorado, "Los contenidos materiales en el Derecho: los sistemas jurídicos como sistemas mixtos".

12 Sobre las distintas concepciones del criterio literal vid. Mazzarese, T., "Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente", en *Doxa*, 23, 2000, pp. 597 y ss.

sosteniendo una posición totalmente escéptica sobre el significado de los enunciados normativos. Al menos, aunque sea de manera problemática e incluso hasta en ocasiones ficticia, estos funcionan en el Derecho revestidos de uno o de múltiples significados, pero en todo caso de alguno¹³.

En este sentido, tanto el criterio literal como el sistemático están siempre presentes al menos en su dimensión de límite de opciones interpretativas presumiblemente válidas¹⁴. Un requisito imprescindible del Derecho es el que los enunciados y normas que lo componen sean inteligibles y, por tanto, sean susceptibles de atribución de significado. Se trata de una exigencia que se deduce claramente de la contemplación del Derecho como técnica de control social. En este sentido, los instrumentos necesarios para llevar a cabo esa atribución se convierten igualmente en requisitos imprescindibles. A esta misma conclusión podríamos llegar desde la propia definición iuspositivista de norma válida, en la que tanto la alusión a la no contradicción con normas superiores cuanto la exigencia de competencia atribuida por otra norma, exigen un mínimo de determinación. Volveré sobre esto más adelante.

2.2. La especificidad de la interpretación constitucional

Como vengo repitiendo, tanto el papel de la interpretación cuanto su análisis está condicionado por la concepción que se maneje de la misma en el contexto de un concepto de Derecho. Y, en este sentido, cuando de lo que se trata es de analizar la interpretación constitucional, el análisis también está condicionado, como señalé al comienzo al referirme a Kelsen y a Schmitt, por la manera con la que se concibe el significado y el papel de la Constitución¹⁵. Vaya por delante que, en este sentido, considero que el papel de las Constituciones en los Ordenamientos jurídicos es el de la fijación del marco

argumentativo y justificatorio de las normas y las decisiones, pero no en el sentido de proporcionar soluciones, sino, más bien, en el de fijar los límites de la discusión. Dicho de otra manera, el llamado carácter normativo de la Constitución lo que hace es exigir que quien decide deba argumentar manifestando la concordancia o la discordancia con la Constitución.

Suele ser común afirmar que la interpretación de la Constitución, es un tipo de interpretación especial. Me referiré brevemente a cuatro argumentos utilizados normalmente para apoyar esta tesis¹⁶.

El primero de los argumentos incide en el problema de la indeterminación, si bien lo hace partiendo de un enfoque que considero erróneo. En efecto, en ocasiones, la alusión a la indeterminación de las normas constitucionales se hace partiendo de la diferenciación entre principios y reglas y, añadiendo a ello, la afirmación de que las normas constitucionales son, en la mayoría de los casos, normas principales. Al respecto, es importante llevar a cabo dos reflexiones. La primera tienen que ver con la diferenciación entre reglas y principios; la segunda, con la utilización de esta distinción como argumento para defender la especificidad de la interpretación constitucional. En relación con lo primero, aunque tradicionalmente se suele afirmar que la distinción entre principios y reglas es estructural, parece que más bien se trata de un tema de generalidad, vaguedad o, incluso, indeterminación. En relación con lo segundo, aunque es posible defender que una parte importante de las normas constitucionales aparecen como normas principales, no es posible afirmar que se trate del único ámbito jurídico en el que existan principios. En definitiva, el argumento de la indeterminación por sí sólo no sirve para individualizar esta tarea.

El segundo de los argumentos tiene que ver con la existencia de criterios específicos de la interpretación constitucional. En efecto, es

13 Vid. Zaccaria, G., «Limiti e libertà dell'interpretazione», en *Ragion Pratica*, 17, 2001, pp. 17 y ss.

14 Sobre los derechos como límites a las opciones interpretativas, vid. Barranco Avilés, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 123 y ss.

15 Sobre este tema, centrándose en el ámbito de los Estados Unidos, pero con conclusiones que van más allá, vid. Dorado Porras, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 3, Dykinson, Madrid 1997.

16 Sobre la interpretación constitucional, con carácter general puede consultarse la bibliografía contenida en Díaz Revorio, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, cit., pp. 35 y 36, y en Balaguer Callejón, M.L., *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid 1997.

común encontrarse en este ámbito, criterios doctrinales o jurídico-positivos especiales, tales como referencias a normativa internacional, apelaciones al contenido esencial de los derechos o al principio de proporcionalidad. Estos criterios, sirven para justificar la opción interpretativa, pero no aminoran el elevado grado de indeterminación de las normas constitucionales.

El tercero de los argumentos tiene que ver con lo que podríamos denominar como la ausencia de marco normativo de referencia a la hora de interpretar las normas constitucionales. Este argumento se deriva de la posición jerárquica de la Constitución dentro de los ordenamientos jurídicos. Como fue ya señalado, una de las dimensiones esenciales del método jurídico interpretativo consiste en tener en cuenta el marco normativo a la hora de atribuir significado a un precepto. Esto implica la exigencia de no establecer significados contradictorios a los que poseen enunciados normativos de rango superior. Sin embargo, en relación con las normas constitucionales no existe ese marco normativo de referencia superior. Esta dificultad podría ser superada utilizando, al menos, tres tipos de recursos interpretativos, todos ellos problemáticos: el de la normativa internacional, la alusión a otras normas constitucionales o, incluso, el establecimiento de jerarquías entre las propias normas constitucionales (por ejemplo, mediante la apelación al llamado bloque de constitucionalidad). En todo caso, estos recursos interpretativos son, como ya fue señalado en relación con alguno de ellos, problemáticos, y vuelven a poner sobre la mesa la cuestión de la indeterminación¹⁷.

El último de los argumentos utilizados normalmente para referirse a la especificidad de la interpretación constitucional tiene que ver con el sentido y el papel de la propia norma que se interpreta. En este sentido, se subraya que las cuestiones que se abordan en la

Constitución son cuestiones fundamentales, que poseen no sólo una dimensión jurídica, sino, también, política, ética y, en definitiva, social.

En definitiva, los argumentos anteriores subrayan dos grandes aspectos presentes en la interpretación de la Constitución: el de la indeterminación y el de la importancia jurídica, política y social de esta actividad.

El asunto de la indeterminación de las normas es un problema que ha sido estudiado desde antiguo en el ámbito jurídico. En este sentido, se trata de un problema que, específicamente, no afecta sólo a la interpretación constitucional, si bien es cierto que, dado el carácter y la situación de la Constitución, presenta algún matiz propio.

Sobre la indeterminación de las normas, y siguiendo la caracterización que en su día llevó a cabo H.L.A. Hart¹⁸, es posible aludir a tres grandes planteamientos: el del noble sueño, el de la pesadilla y el de la vigilia. En términos muy genéricos, el primero de los argumentos, defensor de la posibilidad de alcanzar una única respuesta interpretativa correcta y por tanto defensor de la ausencia de discrecionalidad interpretativa, implica en definitiva o bien negar la indeterminación de las normas o bien afirmar que es posible determinar el significado correcto a través de la utilización de recursos extrajurídicos. Por su parte, el planteamiento de la pesadilla, defensor de la inexistencia de significados correctos, de la dependencia del resultado interpretativo al autor que lo emite y, por tanto, de la existencia de discrecionalidad interpretativa, subraya la indeterminación de las normas y, en definitiva, hace descansar la validez interpretativa en la competencia del órgano que decide. Por último, el planteamiento de la vigilia, como posición intermedia, defiende la existencia de ámbitos de indeterminación, pero, también, de ámbitos de determinación.

17 En efecto, el uso de la normativa internacional puede conducir a dos situaciones algo peculiares. O bien nos encontramos con una disposición que dice lo mismo o algo muy parecido a la norma que tratamos de interpretar; o bien utilizamos las interpretaciones de esas normas otorgadas por la jurisprudencia de órganos judiciales internacionales (pero no la de los órganos judiciales nacionales que, consideramos, carecen de valor). Por su parte, la alusión a otras normas constitucionales plantea la cuestión de cómo se ha logrado asignar significado a éstas, lo que reproduce la cuestión debatida. Y, por último, la jerarquización de preceptos plantea dos tipos de problemas. El primero es el criterio desde el que se establece esa jerarquización; el segundo es el traslado del problema a las normas que consideramos entonces como superiores.

18 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, en *El ámbito de lo jurídico*, P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), Crítica, Barcelona 1999, pp. 327 y ss. Vid. también, Moreso Mateos, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.

La posición representada por el noble sueño es una posición que difícilmente puede dar cuenta de la realidad jurídica y que participa de los problemas tradicionales de las posiciones iusnaturalistas. Por su parte, la pesadilla lleva, en definitiva, a considerar a los enunciados normativos como superfluos, resulta en algún punto incoherente (al tener que defender la determinación de las normas de competencia frente a la indeterminación del resto de las normas) y puede tener consecuencias relevantes en cuanto al establecimiento de un concepto de Derecho que, finalmente, sólo descansaría en la fuerza. El planteamiento de la vigilia, como posición intermedia, participa de los problemas presentes en los otros dos planteamientos, si bien, puede ser el que mejor sirva para entender esta cuestión.

En todo caso, el problema de la indeterminación en el ámbito de las normas constitucionales, posee una dimensión mayor tanto por tratarse de enunciados que admiten un mayor margen de valoración, cuanto, y seguramente esto es lo principal, por la dificultad (a veces imposibilidad) de establecer mecanismos que garanticen el respeto a un supuesto significado mínimo. Y esto pone de manifiesto, en relación con los criterios interpretativos, la existencia de problemas con la utilización de las dos herramientas que señalé como básicas en el ámbito de la interpretación jurídica en general, esto es, con el criterio literal y con el sistemático. Con ello, cobran fuerza, con diferentes denominaciones y variantes, los criterios de la historia, de la realidad social, y del espíritu y finalidad.

El otro aspecto que subraya el análisis que he realizado sobre la especificidad de la interpretación constitucional tiene que ver con la relevancia jurídica, política y social del texto y, por tanto, de su interpretación. Esto, unido a lo anterior, implica que la decisión interpretativa de la Constitución es siempre una decisión política y moral. Dicho de otra forma, quien interpreta la Constitución expresa una toma de postura, lleva a cabo una actividad valorativa que posee un alcance, pero, también, un origen, que supera el horizonte jurídico. La decisión interpretativa en este ámbito se entiende en el marco de una Teoría ética y política.

Soy consciente de que toda la reflexión anterior debe ser matizada, al menos, en dos sentidos: en primer lugar, porque no se distingue entre normas que se refieren a cuestiones formales y de competencia, y

normas que explicitan criterios materiales y axiológicos; en segundo lugar, porque es necesario contemplar sus consecuencias y analizar si realmente se actúa así en el Derecho.

En relación con lo primero, conviene advertir cómo el tratamiento de la indeterminación se ha proyectado básicamente en normas constitucionales que establecen criterios materiales (si se prefiere, normas de derechos fundamentales). Sin embargo, la conclusión podría ser distinta si nos planteamos la existencia de normas de carácter formal, esto es, de normas que establecen competencias o señalan procedimientos. En relación con éstas (por otro lado, el prototipo de las normas constitucionales en Kelsen), suele afirmarse su alto grado de determinación. En este sentido, y en coherencia con lo anterior, podría decirse que la interpretación de la Constitución relacionada con una teoría ética y política es la que se proyecta en sus normas materiales pero no en las formales (de nuevo, argumento familiar a Kelsen). No obstante, y a pesar de ello, es importante también ser conscientes de que existen casos de indeterminación en relación con estas normas (la existencia, por ejemplo, de conflictos de competencia –por cierto, muy numerosos en ordenamientos jurídicos como el español– es una buena prueba de ello) y que, por lo demás, el diseño de competencias y el establecimiento de procedimientos suele tener como respaldo una determinada Teoría ética y política.

Respecto a lo segundo, conviene matizar, en cierto sentido, el alcance de la indeterminación, incluso en relación con las normas materiales. Es difícil considerar que el lenguaje natural y, con ello, el lenguaje jurídico, es completamente indeterminado. Pero es que además, la defensa de la total indeterminación y, con ella, la de la ausencia de límites interpretativos, llevaría, en último extremo, a dejar sin sentido la propia existencia de las normas. Dicho de otra manera, si el intérprete puede atribuir cualquier significado a la norma, la preexistencia de ésta no es necesaria. Y, con ello, no sólo estaríamos abandonando la idea de sistema normativo, sino también, estaríamos dejando a un lado la consideración del Derecho como técnica normativa racional de control social. Difícilmente, el Derecho sería, entonces, una herramienta apta para ejercer el control social.

Lo anterior supondría manejar un concepto de Derecho exclusivamente en



términos de fuerza. La decisión interpretativa válida sería aquella realizada por quien tuviera poder para imponerla. Por eso, un mínimo de determinación es necesario, aunque sea indemostrable que exista y aunque sea imposible garantizarlo. La interpretación jurídica en general y, por tanto, también la constitucional, se desarrolla como si existiera un significado mínimo incontrovertido.

El desarrollo de la práctica de la jurisprudencia constitucional apoya esta conclusión. Normalmente, las decisiones interpretativas, independientemente de que se consideren como acertadas o de que se esté de acuerdo con ellas, se aceptan y se respetan. Y ello es porque, por lo general, esas decisiones satisfacen el marco de expectativas razonables. El por qué esto es así, es algo que puede incluso resultar hasta misterioso. Pero, sólo eso justifica el respeto a estas decisiones.

El respeto a ese significado mínimo constituye una idea regulativa de la interpretación que, en la práctica, puede llegar a funcionar como una ficción, pero que, en todo caso, es una exigencia racional y conceptual del propio Derecho. En todo caso, un camino para la determinación de ese significado mínimo puede ser lo que podríamos entender como determinación negativa, esto es, partir de aquello que no puede significar un precepto. Así, la información que me proporciona la Constitución va referida a aquello que no es posible hacer, esto es, aquello que no puede significar un precepto.

No se me escapa que lo anterior plantea problemas teóricos relevantes que no voy a tratar. Entre ellos, y en el ámbito de la Teoría del Derecho por ejemplo, implica que no toda decisión de un órgano competente, incluso la del último órgano competente, deba ser considerada como válida.¹⁹ Ahora bien, como ya he señalado, lo relevante en este punto es argumentar y justificar que se ha sobrepasado esos límites de significado. Por eso, y dada la dificultad para hacerlo, en línea de principio, es posible seguir defendiendo que la decisión interpretativa válida es la del órgano competente.

Así, la especificidad de la interpretación constitucional significa que en esta actividad aumentan las valoraciones, y que resulta difícil, cuando se trata del intérprete último, establecer un mecanismo que garantice el respeto a un significado mínimo (en coherencia con la idea de Derecho que se presume). En la interpretación jurídica general, esta garantía se lleva a cabo (aunque sea de manera ficticia) mediante la decisión de otro órgano competente jerárquicamente superior (en casos en los que se cuestione la decisión). Pero, cuando se trata del último intérprete de la Constitución, no cabe esta solución.

Y esta circunstancia produce, al menos, dos consecuencias que me interesa recalcar: la importancia de la justificación y la importancia de quién decide. Sobre la importancia de la justificación no me voy a detener aquí.

La segunda de las consecuencias que se deriva de la reflexión efectuada hasta aquí, tiene que ver con la relevancia que en ese punto adquiere la cuestión sobre quién es o quién debe ser el intérprete autorizado de la Constitución. Se trata de una cuestión antigua, que puede reconducirse en la actualidad a la utilización de dos criterios que se utilizan en el ámbito de la producción normativa. De forma polémica, denominaré a estos criterios como el de la imparcialidad y el del interés.

En términos genéricos, tal vez excesivamente genéricos, el criterio de la imparcialidad lo que viene a exigir es que el intérprete autorizado sea un órgano que se caracterice precisamente por su imparcialidad. Normalmente este tipo de planteamientos reducen el alcance del problema de la indeterminación y niegan la existencia de discrecionalidad a la hora de interpretar la Constitución. Todo ello hace que se pronuncie por un órgano de naturaleza judicial como intérprete constitucional autorizado²⁰. Por su parte, el criterio del interés lo que viene a exigir es que el intérprete autorizado sea un órgano interesado. Normalmente, este tipo de planteamientos subraya el carácter

19 Básicamente, este problema se le plantea a una concepción del Derecho propia del iuspositivismo. Sin embargo, creo que se trata solo de un problema aparente. En términos similares, una concepción iuspositivista, como la manejada aquí, no puede aceptar como válidas normas ininteligibles. Si el último órgano competente produce una norma cuyo tenor literal dice «está fumar locales en prohibidos públicos», esa norma no puede ser considerada como válida. La idea de los rasgos de lo jurídico a la que me he referido en otros trabajos, imposibilita que una concepción del Derecho propia del positivismo jurídico pueda llegar a admitir como válida este tipo de normas.

20 Sobre la legitimidad de los jueces en el control constitucional vid. Gargarella, R., "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en *Isonomía*, 6, México 1997, pp. 55 y ss.

indeterminado de las normas y afirman la existencia de discrecionalidad interpretativa. Esta posición considera que en cuestiones constitucionales no se puede ser imparcial (incluso algunos afirmarían que no se debe) y que se trata de abordar dimensiones políticas, éticas y sociales que deben ser dejadas en manos de órganos que posean algún tipo de legitimidad democrática. Todo ello hace que se pronuncien por un órgano conectado de alguna manera con el Parlamento o con otra instancia fruto de la elección popular²¹.

Obviamente, la caracterización efectuada de estos dos planteamientos, además de genérica, es insuficiente. Se trata, como se habrá observado, de posturas extremas. En todo caso, puede optarse por una u otra estableciendo limitaciones. Precisamente en el siguiente punto me referiré a ello.

3. Sobre la defensa y el defensor de la constitución

Parece oportuno, en este punto, volver a los dos autores con los que comenzaba mi intervención. Un análisis completo de los planteamientos kelsenianos nos permitiría situar a estos dentro de este segundo criterio. Y lo mismo nos ocurriría en relación con Schmitt²². Ahora bien, como ya se ha señalado, su posición sobre quién debe ser el guardián de la Constitución era diferente. Y esta diferencia puede explicarse tanto desde la desconfianza de Schmitt hacia las instancias parlamentarias ancladas en el pensamiento liberal, cuanto por la exigencia de racionalidad presente en la propuesta kelseniana sobre el concepto de Derecho (representada por su construcción escalonada).

Como fue señalado al comienzo, Schmitt concibe la interpretación de la Constitución como una actividad política, lo que le lleva a rechazar de plano la asignación de papel alguno en lo referente a su garantía al Poder judicial. Kelsen, por el contrario, entiende que la interpretación de la Constitución puede ser contemplada como una actividad también jurídica, además de política. La dimensión política aparece cuando de lo que se trata es de abordar cuestiones referidas a valores o

derechos, la jurídica cuando de lo que se trata es de establecer competencias y procedimientos. En el primero de los casos, la existencia de un Tribunal constitucional que realiza una función judicial, no tiene sentido; pero, otra cosa ocurre en el segundo. En estos casos, la actuación del Tribunal Constitucional es semejante a la de otros órganos judiciales²³, si bien, dado el papel de la Constitución, no hay porqué descartar que la composición de este órgano quede en manos del Parlamento.

Schmitt fue un crítico del liberalismo político (aunque no del liberalismo económico)²⁴. Según este autor, el liberalismo, entendido como un planteamiento que se ocupa del establecimiento de límites al Poder, es una propuesta errónea que traiciona el ideal democrático. El ideal democrático está representado por la figura del Jefe del Estado, a quien le corresponde guardar y vigilar el destino del Estado y la unidad política. En Schmitt, «la figura del Parlamento es rechazada porque es precisamente del Parlamento de quien hay que guardar la Constitución»²⁵.

Por el contrario, Kelsen confiaba en las instituciones parlamentarias, en el sentido de ser las que mejor se acomodaban a su concepción de la política como búsqueda de compromisos. Ahora bien, la representación de esta idea en el Derecho, exigía de un órgano que tuviera como principal misión el control del Parlamento a las formas establecidas en la norma básica del sistema jurídico. De ahí su posición sobre el Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, eso sí, desde una comprensión de su actuación limitada, en lo básico, al control de la forma, esto es, del procedimiento.

He venido subrayando cómo en la interpretación constitucional existe un amplio margen de valoración. Toda decisión interpretativa en este ámbito tiene tras de sí la adopción de una Teoría ética y política (además de jurídica).

En este sentido, considero que la Teoría ética y política que debe presidir la interpretación de la Constitución, debe ser la teoría de los derechos humanos. Dicho de otro modo, la teoría de los derechos debe presentarse

21 Vid. sobre el tema, Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2003.

22 Como han señalado algunos autores, la separación entre estos dos autores no es tan grande. Vid. Sèller, H., *Escritos políticos*, Barcelona 1983.

23 Vid. Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución», cit., pp. 111 y 112.

24 Vid. al respecto Herrera, Carlos Miguel., «Schmitt, Kelsen y el liberalismo», en Doxa, N.º 21, vol II, pp. 201 y ss.

25 Barranco Avilés, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 118.



como una teoría de la interpretación constitucional correcta.

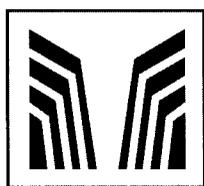
En el ámbito de la legitimidad, esto es, en lo referente a quién debe ser el último órgano competente para la atribución de significado a las normas constitucionales, la teoría de los derechos debe dar preferencia a un órgano vinculado al Parlamento y a los presupuestos, ya expuestos, que acompañaban a esta postura.

La preferencia por la legitimidad democrática en forma de instancia Parlamentaria, es consecuencia del manejo de una teoría de los derechos abierta y dinámica, que precisa de espacios de discusión en los que lograr consensos y que no es posible entender sin el respeto al pluralismo. Una concepción de la Democracia que se apoya en el reconocimiento máximo de la libertad ideológica y, por tanto, en el reconocimiento máximo del valor del otro. Una concepción de la política que no se apoya en la dicotomía amigo-enemigo, pero tampoco en un

planteamiento irreal que afirma la existencia de un único proyecto social. Una concepción de la Constitución como marco normativo desde el que deben ser desarrollados los derechos en consonancia con los principios anteriores, y respetando el contenido mínimo (negativo) que estos establecen.

Por otro lado, incluso puede pensarse, que un órgano así legitimado, tendrá muchos menos reparos en ejercer un control de constitucionalidad, que otro que sea, por ejemplo, de naturaleza exclusivamente judicial (y que, en muchas ocasiones, puede autolimitarse en sus consideraciones precisamente por ello).

En todo caso, la opción por un órgano de este tipo, debe venir acompañada, como ya señalé, por el establecimiento de una serie de condicionantes y de limitaciones que afectan a su propio funcionamiento y que tienen que ver con una teoría de la decisión interpretativa correcta. 



MANAGEMENT S.A.
Group

Asesoría Contable, Tributaria y Financiera & Desarrollo de Software
Av. Larco N° 930 Of. 302 Miraflores, Telefax: 447 1788