

## CAPÍTULO OCTAVO

### *EXCURSUS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ADECUADA*

Quien tenga la autoridad absoluta para interpretar cualquier derecho escrito o hablado será quien en verdad legisle para todo propósito y fin, y no la persona que primero lo haya redactado o enunciado.

Hoadly

Sin el menor rubor, puede sostenerse que la expansión de la justicia constitucional en la actualidad ha pasado de ser un problema meramente estructural a uno eminentemente funcional. Una vez que los órganos encargados de aplicar judicialmente la Constitución junto con su arsenal de técnicas y procedimientos han sentado raíces en buena parte de los sistemas constitucionales del mundo, lo que ahora se discute es el alcance de la actividad intelectual bajo la cual se concluye la constitucionalidad o no de las fuentes normativas inferiores.

Lo reciente de la justicia constitucional en México, en el sentido más fuerte de la expresión, hace sin embargo que la consideración no pueda referirse a nuestro caso particular en términos semejantes. Entre nosotros la discusión todavía está centrada en la primer vertiente, la estructural. No por nada se discute aún la necesidad de transformar a la Suprema Corte en un auténtico Tribunal Constitucional o bien, en una operación contraria, devolverle sus atribuciones originarias para crear, fuera del aparato judicial, un guardián de la Constitución autónomo e independiente. Existen, no obstante, pequeños indicios que nos llevan a presuponer que la discusión de la que aquí alertamos pueda entrar en el debate jurídico debido a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha comenzado a *extraer-construir* valores constitucionales para usarlos como parámetros interpretativos, lo

que le ha permitido comenzar a expandir sus competencias para conocer de asuntos en los que no tiene atribución expresa que la habilite.<sup>1</sup> Si esto sucede a nivel nacional, en el ámbito local el atraso es considerable; apenas se comienza a debatir la posibilidad de estructurar orgánicamente una garantía jurisdiccional de la Constitución local. Con excepción de los estados que abordamos en el presente trabajo, puede pensarse que los demás se encuentran reflexionando sobre el particular o sumergidos todavía en el más profundo de los sueños mientras la realidad social y política pasa frente a ellos sin que puedan darse cuenta de que en sus manos está jurisdiccional el complejo de situaciones fácticas que se producen cotidianamente, que todavía no encuentran límites o senderos normativos por los cuales transcurrir.

Dentro de este panorama hemos querido sentar algunas reflexiones sobre uno de los temas capitales de la justicia constitucional que, precisamente por su importancia, ocupa cada vez mayor terreno dentro de la teoría de la Constitución. La interpretación en general,<sup>2</sup> como proceso de comprensión de significados normativos, requiere inexorablemente que el arribo a una conclusión determinada en forma de sentencia vaya precedido de un ejercicio de justificación racional.<sup>3</sup> Además, es evidente que dentro de la interpretación en sentido amplio se distingue la interpretación constitucional debido a que los jueces que la llevan a cabo son jueces especiales, por decirlo de algunas manera, pues interpretan una norma de cualidades

<sup>1</sup> Es José Ramón Cossío D. quien en últimas fechas ha expuesto con rigor este hecho, resaltando las posibles consecuencias que pudiera acarrear para nuestro sistema jurídico; acúdase por ejemplo a “¿Otra tarea imposible?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 6, 2002, p. 623 y ss., “La teoría constitucional de la Suprema Corte mexicana, 1995-2000”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 5, 2001, p. 405 y ss.; “El reconocimiento de valores por la Suprema Corte”, *Este país*, México, núm. 97, abril de 1999, p. 26 y ss.

<sup>2</sup> Sobre la interpretación en general véase Betti, E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1990, t. I y II; Alexy, R., “Interpretazione giuridica”, *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, t. V, p. 64 y ss.; Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980; Wróblewsky, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 2001; Guastini, R., *Il giudice e la legge*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1995; Bessone, M., *Interpretazione e diritto giudiziale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1999, t. I; Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1999.

<sup>3</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoria dell'argumentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 176 y ss.

EXCURSUS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 349

particularísimas utilizando técnicas que no son compatibles del todo con la interpretación de otros textos normativos y sus resoluciones tienen una especial relevancia política, jurídica y social.

Contemplando los elementos que han llevado frecuentemente a hablar de una peculiaridad o especificidad en la interpretación constitucional,<sup>4</sup> y estando convencidos de que buena parte del éxito o fracaso de la justicia constitucional local en México pasa por la actitud asumida por los jueces constitucionales y ordinarios frente a las disposiciones constitucionales, haremos aquí un pequeño esbozo de la problemática actual de la interpretación constitucional en un debate, como muchos otros, en el que el consenso no existe, permaneciendo en consecuencia como situación irresuelta y abierta a nuevas opiniones. Para ello tendremos en cuenta la enunciación de los modelos de Constitución que abordamos en el *excursus* anterior pues es a partir del entendimiento de lo que la Constitución significa que se fijan las posiciones que el juez constitucional debe asumir para la garantía de sus postulados. Lógicamente ambas lecturas otorgan un mayor o menor papel del juez constitucional en la defensa de los valores constitucionales o en la defensa de la apertura del ordenamiento. La discusión nuevamente transcurre dentro del conflicto entre los principios democrático y de supremacía constitucional o, en términos institucionales, en la fijación de fronteras entre el Parlamento y la justicia constitucional.<sup>5</sup>

Si bien es cierto, el debate no es nuevo. Se puede decir que aparece unido a la misma construcción del modelo europeo de justicia constitucional en donde son clásicas las posiciones defendidas por Kelsen y Schmitt.<sup>6</sup> Si existe un punto en el que pueda fundarse la expansión funcional a la que nos hemos referido debe centrarse en un primer momento en los valores y principios constitucionales. Por ser producto del constitucionalismo de la segunda posguerra y por tratar de equilibrar mediante su introducción el peso

<sup>4</sup> En la doctrina italiana, por ejemplo, Paladin habla de la peculiaridad de la interpretación constitucional mientras que Guastini habla de especificidad. Paladin, Livio, *Le fonti del diritto italiano*, Bolonia, Il Mulino, 1996, p. 146 y ss.; Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2001, p. 123 y ss.

<sup>5</sup> Véase Würtenberger, Thomas, "Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 6, 2002, p. 601 y ss.

<sup>6</sup> Recordemos aquí una de las referencias más contundentes de Schmitt que indicaba el peligro de la expansión sin inhibiciones de la justicia constitucional, algo que según su opinión, no conducía a juridificar la política, sino a politizar la justicia. *Il custode della Costituzione*, edición de A. Caracciolo, Milán, Giuffrè, 1981, p. 236.

de los pilares en que se asienta la estructuración del Estado constitucional, tales normas adquieren una doble dimensión. Por un lado indican enunciaciones de cierre constitucional en tanto impiden a los órganos de poder, especialmente al legislativo, sobrepasarlos ya que expresan el núcleo esencial que legitima la Constitución que le da identidad, que la hace reconocida en tanto la sociedad que ordena se siente representada en ella. De otro, siendo su textura normativa de una notable ductilidad, funcionan como cláusulas de apertura para el legislador, ya que su elasticidad permite que puedan originarse múltiples lecturas e interpretaciones políticas.

Esas normas constitucionales de extraña textura, producto de la positivización de un derecho constitucional eminentemente principalista, entran en el escenario jurídico como un conjunto de cláusulas vagas, confusas, ambiguas, etcétera, cuyo contenido indeterminado constriñe la utilización de un intérprete para aclarar su sentido dentro del marco constitucional. Son, por ello, la causa de la fricción entre los cuerpos legislativos y los órganos que tienen confiada la defensa de la Constitución debido a que, en principio, la justicia constitucional puede revisar e invalidar las decisiones parlamentarias por considerar que una o más de sus lecturas políticas positivizadas jurídicamente no concuerdan con la pluralidad de lecturas que la norma constitucional permite. Es en la marcha de esta actividad rectificadora, producto de su función *orientadora* y de *control*,<sup>7</sup> donde surge el problema pues se objeta que el ejercicio interpretativo de los tribunales ha degenerado en un activismo sin precedentes que ha minimizado el papel político de los órganos legislativos convirtiéndose ellos mismos en órganos que intentan marcar el *indirizzo politico* sin contar con una legitimación democrática.<sup>8</sup>

Empecemos distinguiendo el objeto de la interpretación propiamente dicho, esto es, la Constitución, del acto de interpretación y del arsenal de métodos con que se acompaña para intentar la nada fácil empresa de esclarecer los contenidos constitucionales. Si intentáramos seguir la conocida afirmación del juez Hughes a principios del siglo XX en el sentido de que “*Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces*

<sup>7</sup> Wróblewsky señala que la interpretación constitucional cumple con tres funciones: orientadora, de aplicación y de control. Véase *op. cit.*, nota 2, p. 93 y ss.

<sup>8</sup> Sobre el papel de los jueces como operadores políticos que en mayor o menor medida orientan la actividad política del Estado véase Martínez, Temistocle, *Diritto costituzionale*, 8a. ed., Milán, Giuffrè, 1994, p. 522.

*dicen que es*”,<sup>9</sup> pudiera pensarse que es la interpretación el elemento que determina lo que debe entenderse por Constitución. En principio parece existir cierta lógica en la afirmación si nos damos cuenta de que son los jueces constitucionales quienes tienen la última palabra en materia de interpretación constitucional, pudiendo estipular los significados de una o más prescripciones cuyo alcance no está claro. El hecho de sostener lo anterior querría decir que una Constitución sin intérpretes no es nada, que no tiene entidad propia, que no existe individualmente si no viene acompañada de una boca que exprese sus palabras; en el extremo, que reconduce su razón de ser a la existencia de un individuo —el juez— que la sostenga.

Un sector de la doctrina, al que nos acogemos, sostiene por el contrario que la interpretación no condiciona lo que ha de entenderse por el concepto de Constitución y, de modo particular, por sus prescripciones, sino que es la propia Constitución a través de la concreción de su concepto lo que ha de determinar el modelo de interpretación que se considere adecuado para determinar el significado de sus preceptos más ambiguos.<sup>10</sup> Desde este punto de vista existe el convencimiento de que la Constitución, cualquiera que sea, tiene una identidad definida por sí misma, que existe y se establece con independencia de cualquier valoración subjetiva debido a que muestra características y orientaciones específicas que la hacen valiosa por y desde sí. En consecuencia, no se le atribuye valor alguno de acuerdo a sus interpretaciones posteriores porque trae desde su entrada en vigor una naturaleza basada en sus presupuestos legitimadores que condiciona, a final de cuen-

<sup>9</sup> La afirmación se encuentra en Hughes, Charles Evans, *Speech*, Nueva York, Elmira, mayo 3, 1902.

<sup>10</sup> Manuel Aragón distingue la polémica sobre el concepto de Constitución de otra muy diferente que es la polémica de la interpretación constitucional. Sobre el particular señala que “aunque estén desde luego conectados, no pueden asimilarse totalmente en el derecho, pero menos aun en el derecho constitucional, significado de la norma y medios de interpretación; una cosa es la operación de interpretación constitucional y otra, perfecta e inevitablemente discernible, el concepto de la Constitución desde el que se parte”. Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 43. Paolo Comanducci es de la misma idea, sosteniendo “que la configuración del objeto Constitución sirve principalmente para determinar qué deba entenderse por interpretación de la Constitución, y no al revés. En otras palabras, sostengo que la interpretación es una función de la configuración del objeto Constitución. Según sea lo que se entienda por *Constitución*, se derivarán diferentes modos de entender la interpretación de la Constitución...”, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 124.

tas, la adopción de uno o varios métodos interpretativos coherentes con esa particular cualidad de Constitución.<sup>11</sup>

Se puede sostener, como se ha hecho, una posición contraria; sin embargo ese razonamiento conduce a todas luces a desvalorizar la Constitución entendiendo que no tiene un valor intrínseco en sí misma y que por tanto carece de significación si no va unida a un intérprete.<sup>12</sup> Ello implicaría, además, desconocer el valor individual de los elementos que cada tradición histórica aporta a la Constitución democrática y los esfuerzos doctrinales encaminados a determinar un concepto de Constitución asentado sobre premisas incontestables. Llegados a este punto podemos sostener con Forsthoff que si un determinado sistema de justicia constitucional presupone a su vez un concepto concreto de Constitución, cuanto más este concepto de Constitución debe presuponer la adopción de una interpretación adecuada a su concepto, naturaleza, características y finalidades específicas.<sup>13</sup>

Si consideramos que es el objeto de Constitución el que determina las técnicas de interpretación adecuadas, es evidente que en la interpretación existe una especificidad que atiende a una serie de criterios. No hay consenso en la doctrina sobre cuales deben ser las notas a tomar en cuenta para comprobar la especificidad de la interpretación constitucional. Por ejemplo, mientras que Guastini sostiene la especificidad no por la cualidad diferenciada de las normas constitucionales sino básicamente por los agentes

<sup>11</sup> Véase Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 14.

<sup>12</sup> En un párrafo ilustrativo Böckenförde nos muestra como existe la posición contraria a la que aquí sostenemos, ya que hay autores para los cuales el significado de la Constitución no viene dado por sí misma, sino que es consecuencia de algún método interpretativo en particular. El autor nos dice que: “Existe una conexión recíproca constante entre el método de la interpretación constitucional y la teoría o el concepto de Constitución que le sirve de base. O bien un determinado método de interpretación se funda y desarrolla a partir de una idea fundamental teórico constitucional o un determinado concepto de Constitución (Forsthoff, Smend), o bien, se obtiene una determinada idea fundamental de Constitución como consecuencia (quizá anticipada) de un planteamiento metódico interpretativo seleccionado (Ehmke, Häberle).” Böckenförde, Ernest-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 37.

<sup>13</sup> Así lo sugiere Forsthoff, quien por otro lado se muestra contrario a métodos valorativos en la interpretación constitucional, atacando duramente el método científico-espiritual aportado por Rudolf Smend y seguido por los tribunales alemanes. Véase “La trasformazione della legge costituzionale”, *Stato di diritto in trasformazione*, edición de Amirante, Milán, Giuffrè, 1973, esp. pp. 199 y 232.

de la interpretación, por las técnicas interpretativas y por los problemas de la interpretación, Comanducci agrega un elemento desde nuestro juicio central que es precisamente frente al que Guastini se muestra reticente: el modelo de Constitución adoptado.<sup>14</sup> Wróblewsky, por su parte, sostiene la peculiaridad interpretativa en la variedad de reglas constitucionales, la variedad de términos usados en su formulación, su aplicabilidad y, como dato particular, el carácter político de la interpretación constitucional.<sup>15</sup>

Por nuestra parte podemos sostener que la especificidad puede presuponerse siempre que se den por válidos los argumentos en que se funda su construcción actual. Señalábamos que la construcción de la Constitución democrática de la actualidad atiende a la confluencia de dos tradiciones constitucionales perfectamente definidas en el tiempo, atizadas por las doctrinas constitucionales representadas por Kelsen y Schmitt. Si bien el constitucionalismo americano se configuró con una parquedad absoluta en materia de valores y principios, se mostró notoriamente interesado en situar su ordenamiento en el lugar propicio para destacar su fundamentalidad. Por el contrario, si los franceses no institucionalizaron dicha superioridad, fueron capaces de estipular en sus textos constitucionales los valores y principios consentidos por la sociedad para acudir de una vez y para siempre a la configuración de una sociedad antagónica al *ancien regime*. Si tales vertientes históricas fueron retomadas gracias a la reintroducción del principio de soberanía popular como fundamento esencial de la Constitución impulsado por Schmitt, y por la delimitación del principio democrático dentro del principio de supremacía constitucional sostenido por Kelsen, es obvio que como construcción modélica la Constitución de nuestro tiempo tiene un valor intrínseco inexcusable y que su interpretación es específica por confiarla a un custodio especial: el Tribunal Constitucional.<sup>16</sup>

Es claro que para Kelsen la existencia de un Tribunal Constitucional situado fuera de la trípode tradicional de poderes significaba una garantía para la expulsión del ordenamiento de todo acto inconstitucional, no siendo menos cierto que su construcción reivindicó con creces la supremacía de la norma constitucional logrando lo que se consideraba imposible en la Euro-

<sup>14</sup> Cfr. Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 4, p. 124 y ss.; Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 10, pp. 137-138.

<sup>15</sup> Wróblewsky, J., *op. cit.*, nota 2, pp. 102-103.

<sup>16</sup> Para ahondar en las características de la Constitución normativa de la actualidad, acúdase al *excursus* sobre la Constitución en este mismo trabajo.

pa del siglo XIX y principios del XX: quitar el papel privilegiado a la ley como fuente del derecho y situar a la Constitución en el máximo peldaño normativo constituyendo así la fuente de las fuentes.<sup>17</sup> Es por ello que al discurso sobre la especificidad puede añadirse el dato comprobado que nos enseña cómo la instauración de la justicia constitucional delimitó perfectamente el campo de actuación de los intérpretes de la ley, confiándose la interpretación constitucional a un órgano específico, independiente del Poder Judicial, y dentro de él, para ser aún más concretos, a unos pocos intérpretes privilegiados.<sup>18</sup> Los jueces, como sabemos, deberían y todavía deben ser juristas de reconocido prestigio, en su mayoría tomados de las aulas universitarias y excepcionalmente de la carrera judicial. Si un elemento se desprende del requerimiento de jueces no magistrados<sup>19</sup> es la presunción de que se encuentran mejor adiestrados profesionalmente, conociendo en modo sustancial lo que la Constitución ha significado en la historia del constitucionalismo y lo que significa en la actualidad, luego de las mutaciones sobrevenidas por la constante aspiración humana al desarrollo.

Está fuera de duda que el maestro de la escuela de Viena se pronunció tajantemente en contra de la positivización de valores debido a que su teorización sobre la justicia constitucional fue realizada de frente a un concepto de Constitución aún liberal, sin dejar de notar las arremetidas del Estado social de derecho que encontró uno de sus primeros cobijos precisamente en la Constitución de Weimar. No obstante, la introducción de dichos valores fue considerada oportuna por los constituyentes de la segunda posguerra.<sup>20</sup> Sea con el objeto de reforzar la legitimidad del Estado después de la debacle sufrida por el fascismo y el nacionalsocialismo, o bien como

<sup>17</sup> En esencia la finalidad perseguida por el modelo kelseniano es similar a la del modelo estadounidense, pero, como el mismo autor señala, en esta última se intenta bajo medios jurídicamente imperfectos. Kelsen, Hans, “Il controllo de costituzionalità delle legge. Studio comparato delle Costituzioni austriaca e americana”, *La giustizia costituzionale*, edición de C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981, p. 305.

<sup>18</sup> Para Prieto Sanchis la especificidad de la interpretación está dada en la medida en que el intérprete privilegiado de la Constitución es el Tribunal Constitucional. “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 9, 1991, pp. 175 y ss.

<sup>19</sup> Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 29.

<sup>20</sup> “Las fórmulas en cuestión —dirá Kelsen—, no tienen, de manera general, una gran significación. Ellas no agregan nada al Estado real del derecho”. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 80.

una salida a los posibles desacuerdos entre la pluralidad de fuerzas políticas<sup>21</sup> representadas en la *hora cero* del proceso de construcción constitucional, lo cierto es que hoy en día la Constitución expresa un derecho de valores y principios que necesita de unos jueces particulares con alto grado de preparación debido a que su tarea consistirá nada menos que en mantener el equilibrio político sustentado en esos valores, señalando cuál de las interpretaciones políticas del legislador choca con los preceptos de la Constitución en una operación en la que, a diferencia del legislador mismo, debe razonar, justificar o motivar su resolución sólo a partir de la Constitución y de la teoría que le sirve de soporte.

Si los jueces ordinarios han *madurado*, en la expresiva enunciación de Cappelletti,<sup>22</sup> dentro de las paredes de los tribunales, utilizando sistemáticamente el método de la subsunción dentro de una dinámica donde el rasgo característico es la resolución de un caso particular, es difícil concebir que de buenas a primeras comiencen a reconocer valores y principios luego que siempre han trabajado con reglas. Están prácticamente imposibilitados a utilizar criterios diferentes por la costumbre de retornar constantemente al sistema cerrado de la hermenéutica legalista, no pudiendo, tampoco, enjuiciar de manera abstracta sin vincular sus operaciones intelectivas al conjunto de planteamientos que las partes ofrecen y que son materia de la *litis*.

La interpretación constitucional es completamente diferente. En ella deben converger dos elementos de la mayor envergadura. Uno, sustentado en el adoctrinamiento de los jueces en la difícil ciencia del derecho que requiere ante todo de largos estudios y sólida experiencia, como antaño argumentara el juez Coke;<sup>23</sup> especialización técnica útil para seleccionar

<sup>21</sup> “La Constitución del Estado liberal, democrático y con una estructura pluralista —dirá Loewenstein— presenta la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento, tal y como están *representadas* a través de los partidos políticos. Los grupos que participan en el acto de creación constitucional se esfuerzan, a través de una mutua acomodación de sus intereses, por conseguir un equilibrio aceptable para todos ellos, y que presente el máximo acercamiento entre la Constitución real y la legal...”. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2a. ed. ampliada, Barcelona, Ariel, 1976, p. 163. En similar sentido acúdase al concepto de Constitución pluralista de Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, p. 25 y ss.

<sup>22</sup> Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968, p. 75.

<sup>23</sup> Citado por Corwin, E. S., *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1955, p. 38.

los métodos para realizar una interpretación constitucional adecuada y justificar sus decisiones desde el marco ofrecido por la Constitución y su teoría. Y dos, una amplia y sólida sensibilidad política a fin de percibir la débil línea fronteriza que separa la actuación jurídica de la actuación política como con insistencia señalaba Bachof.<sup>24</sup> Esto para que el juez oponga su particular sentido del *self-restraint* cuando se dé cuenta que su desempeño puede incardinarse no en el terreno jurídico sino directamente en un ejercicio de apreciación política, desencadenando las de por sí existentes tensiones entre él y el legislador. Ambas vertientes parecen concentrarse en las aptitudes, al menos imaginarias, que según Dworkin deben poseer los jueces: habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas.<sup>25</sup>

Si existe, como hemos tratado de destacar, una correspondencia entre el objeto y los criterios de interpretación, es lógico que primero hay que acometer a establecer el concepto de Constitución para después proseguir con los criterios que han de interpretarla. Pero como hemos notado al hablar de la Constitución, no existe un consenso sobre lo que ella representa existiendo una contraposición modelística. El modelo axiológico y el procedimental o el abierto permanecen como objetos teóricos dentro de la discusión sobre la interpretación. Y permanecen por la sola razón de que la intensa actividad interpretativa de los tribunales constitucionales ha provocado que cada vez sea más evidente el papel creador de derecho al intentar dar contenido jurídico a los valores constitucionales. Desempeño que no es bien visto por quienes pugnan por una Constitución abierta ya que argumentan, con razón, que la jurisprudencia de valores, como manifestación tangible del ejercicio interpretativo, ha venido vaciando de contenido las atribuciones que constitucionalmente tiene asignadas el legislador democrático y ha promovido el reforzamiento progresivo del cierre de la Constitución por la posición que la misma jurisprudencia tiene otorgada en el sistema de fuentes.

Como es posible observar, los argumentos de la Constitución axiológica, como un ordenamiento entrecerrado en tanto contiene límites indisponibles para el legislador, y los de la Constitución abierta, como ordenamiento en el que esos límites pueden ser derribados por el legislador democrático, se

<sup>24</sup> Bachof, O., *Jueces y Constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz, Madrid, Civitas, 1987, p. 55.

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 177. Son significativas las reflexiones de Zagrebelsky sobre esta problemática, "La Corte constitucional y la interpretación de la Constitución", en López Pina, A. (ed.), *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, pp. 177 y ss.

transpolan al ámbito interpretativo para evidenciar las consecuencias que para el sistema constitucional acarrearán los dos extremos dentro de los que puede moverse la actividad judicial. Por un lado, el activismo, entendido como la sobreposición judicial al legislador, concibiéndolo como órgano limitado y no soberano, y por otro, la autolimitación judicial, entendida como una actitud de deferencia a la representación democrática.

He aquí uno de los debates de más actualidad en el campo del derecho constitucional. Ya no se trata de hablar de la relación objeto-método en la interpretación, sino entrar de lleno al campo de su problemática. Evidentemente la conclusión a la que se llegue al intentar responder a sus cuestionamientos será una verdadera toma de posición respecto al papel que dentro de una u otra perspectiva se confiera al legislador y al juez dentro del sistema constitucional.<sup>26</sup> Visto el argumento desde otro ángulo, significará una manifestación evidente a favor o en contra de los presupuestos de la Constitución axiológica o de la Constitución abierta, entendiendo que dicha apuesta expresará el acuerdo entre más apertura o más cierre, pues como hemos notado, el mismo modelo de Constitución incluye ambas dimensiones bajo su texto.

La afirmación podría parecer exagerada, no obstante no lo es. Si observamos con detenimiento veremos que tomar posición a favor del juez constitucional implica estar de acuerdo, entre otras cosas, en otorgarle facultades para anteponer sus personales convicciones éticas, morales o políticas al momento de interpretar contenidos constitucionales que, en su calidad de valores y principios, tienen la intención de perseguir fines concretos de dirección estatal. Lo que en otras palabras significa consentir al juez ámbitos de discrecionalidad ilimitados con la consecuencia de sobreponerse al legislador y convertirse en el verdadero conductor de la sociedad aun sin tener ninguna legitimación democrática puesto que, como se sabe, su designación obedece a procedimientos indirectos.

Ahora bien, optando por la posición contraria, se entiende que el juzgador debe realizar su función de manera que encuentre un límite al momento de convertir su función de *interpretación-aplicación* en función de *creación-sobreposición*. Ese límite bien puede venir impuesto normativamente o bien adoptarse como actitud propia de la jurisdicción una vez que el órgano aplicador de la Constitución haya consensuado la posición que estime más prudente y oportuna.

<sup>26</sup> Wróblewsky, J., *op. cit.*, nota 2, pp. 98-99.

Subyace a todo este debate, como puede apreciarse, bajo qué modalidades deben compaginarse los principios que fundamentan al Estado constitucional o, desde una perspectiva diferente, la toma de posición respecto a cual debe ser el órgano que determine la orientación política de la sociedad. El legislador, que tiene atribuidas las facultades para determinar las políticas legislativas de acuerdo al principio democrático, o los jueces, que en su tarea de defensa del principio de supremacía constitucional deben salvaguardar los fines constitucionalmente estipulados, cuya cualidad normativa ha de vincular a la totalidad de los poderes públicos y a los ciudadanos.

Centrada la discusión, es conveniente analizar los hilos conductores en la interpretación constitucional. Puede decirse que la primer vertiente muestra la interacción íntima entre: *Constitución valorativa-no interpretativismo-activismo y discrecionalidad judicial*. El hecho de que en el escenario se presente una Constitución configurada como ley suprema, compuesta por preceptos de inusual textura que se alejan de la dualidad a que nos tenía acostumbrada la estructura normativa supuesto de hecho/consecuencia jurídica, y que positivice además un conjunto de instrumentos para su protección efectiva, conduce a plantear otros tantos problemas que la doctrina se ha esforzado en resolver.

Lo cierto es que, independientemente de cuan detallada o esquemática,<sup>27</sup> breve o larga<sup>28</sup> sea una Constitución, en ella siempre habrán de encontrarse disposiciones que aparecen con contenidos indeterminados que deben ser llevados ante la presencia del juez para que mediante una operación racional pueda descifrarse lo que con ellos quiso normativizarse. La dificultad que acarrea comprender el contenido de determinados preceptos que configuran zonas de penumbra —en expresión de Hart—,<sup>29</sup> o que se erigen como *cláusulas abiertas* —en expresión de Frankfurter—<sup>30</sup> otorga la posibilidad al juez para que se auxilie de todos los medios a su alcance a fin de ofrecer una

<sup>27</sup> Dworkin habla de Constitución de detalle y Constitución de principios, *cfr. Life's Dominion*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993, p. 119.

<sup>28</sup> Catalogada por Guastini como terminología discutible, *op. cit.*, nota 4, p. 140.

<sup>29</sup> Hart introduce la distinción entre zonas de certeza y zonas de penumbra dentro del campo de la interpretación para evidenciar la potestad creativa del juez en el segundo de los casos, por la necesidad que tiene de trascender el texto de la norma para encontrar su sentido. *El concepto del derecho*, México, Editora Nacional, 1980, p. 181.

<sup>30</sup> *Cfr.* Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 134 y ss.

solución adecuada o correcta.<sup>31</sup> El debate se centra, en consecuencia, en si esa potestad incluye el permiso para que el juez trascienda a la propia Constitución, por entender que ella no ofrece todas las soluciones, y se auxilie de otras fuentes de conocimiento para proponer una argumentación consistente.

La discusión, de manufactura norteamericana, desarrollada por la específica circunstancia de que el Tribunal Supremo ha creado un conjunto de derechos a partir de formulaciones tan vagas y esquemáticas como las que contiene su raquíptico ordenamiento constitucional, puede trasladarse a la escena europea por el hecho de que, sin que exista ausencia de cláusulas de valor, que sí las hay y en una variedad y riqueza notables, por su misma condición de valores y principios suponen ya cierta dificultad para encontrar lo que con su positivización quiso expresarse.<sup>32</sup> El debate pues no es trasladable sin más, pero dentro de la diferencia entre los documentos constitucionales existe un punto de encuentro circunscrito a desvelar la actitud del juez frente a este tipo de prescripciones. Esta coincidencia es lo que hace que tratemos de manera conjunta su problemática.<sup>33</sup>

La doctrina norteamericana ha adjetivado con el término *interpretativism*, una corriente del pensamiento que señala que los preceptos de la Constitución tienen una claridad meridiana y por tanto un significado unívoco que el juez puede determinar a través del propio ordenamiento sin necesidad de acudir a fuentes extraconstitucionales.<sup>34</sup> Frente a ella, una posición contraria adjetivada bajo el *non-interpretativism* reconoce que hay formulaciones normativas que no acarrear problemas para encontrar su significado pero que existen otras más cuya formulación normativa compele a acudir a fuentes

<sup>31</sup> Dworkin ha sido uno de los principales promotores de la única interpretación correcta pues parte de la premisa de que el juez no crea derecho sino lo descubre, *op. cit.*, nota 25, pp. 129 y ss., y 226 y ss.

<sup>32</sup> Podría objetarse la consideración de la Constitución estadounidense como norma valorativa, pero lo hacemos por su expresa mención de los términos *libertad* y *vida*, que incorpora la cláusula del proceso debido de las enmiendas V y XV, y cuyo contenido ha sido entendido por el Tribunal Supremo como eminentemente sustantivo. Véase, Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 158.

<sup>33</sup> García de Enterría encuadra el debate señalado dentro del apartado que denomina “Posibilidades y riesgos de la justicia constitucional”, para después entrar a “la cuestión de los criterios de fondo que fundamentan las decisiones del Tribunal Constitucional”. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 167 y ss.

<sup>34</sup> Los fundamentos del *interpretativism* y del *non interpretativism*, y los autores que comparten una u otra visión están condensados en Gomes Canotilho, J. J., *Dereito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 197 y ss.

del conocimiento que trascienden a la propia Constitución y que el juez está obligado a tomar en cuenta para concretizar de manera coherente ese significado confuso.<sup>35</sup> Frente a este criterio, que podemos denominar técnico en virtud de que señala el método que debe utilizarse en la actividad judicial, aparece un nuevo criterio de talante eminentemente ideológico-político que lo que viene a realizar es el enjuiciamiento de la actividad judicial con base en su estaticidad o movilidad y que se desprende de un hilo conductor que une aquel debate con éste.

Para dejar claro lo anterior hay que destacar que quienes se adhieren al *interpretativism* determinan que al ser tan claras las normas constitucionales, ante un eventual conflicto entre disposiciones de rango diferenciado, corresponde al juez determinar la inconstitucionalidad de aquélla que en forma manifiesta vulnera el orden constitucional. Empero, una corriente doctrinal dentro de la misma reconoce ciertos márgenes de ambigüedad normativa señalando que es posible que el juez, al sentirse limitado u obstruido en su función por la falta de normas claras y abundantes —algo que señalan como impropio en todo Estado que pretende gobernarse por leyes y no por hombres de acuerdo con la clásica expresión aristotélica—, sienta la necesidad de subsanar las lagunas normativas mediante un ejercicio de creación de derecho, llevando implícita en esa creación la imposición de sus propias convicciones de política legislativa, suplantando con ello las atribuciones que competen al legislador. Para que esto no suceda estiman que, en concordancia con la *judicial deference*, debe ser la propia organización judicial la que, siguiendo la añeja doctrina del *self-restraint* de Thayer,<sup>36</sup> se autolimita y desenvuelva exclusivamente dentro de las cuatro esquinas que encuadran al ordenamiento constitucional.

Quienes apuestan por el *non-interpretativism* son partidarios del *judicial activism*. Planteamiento lógico si se observa que bajo tal significación

<sup>35</sup> John Ely atribuye la adjetivación a Thomas Grey debido a su trabajo “Do we have an unwritten Constitution?”, *Stanford Law Review*, núm. 27, 1975, p. 703 y ss. Acúdase a Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, p. 1.

<sup>36</sup> La doctrina del *self-restraint* fue delineada primigeniamente por Thayer con la publicación de “The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, núm. 7, 1893, p. 129 y ss. Ella daría el sustento para que el juez Stone proclamará “The only check upon our own exercise of power is our own sense of self restraint”. Acúdase a Lora, Pablo de, “Sobre la posibilidad del constitucionalismo thayeriano”, *V Congreso Hispano-Italiano sobre Teoría del Derecho*, Alicante, octubre de 1999, p. 7 y ss.

el juez prácticamente obtiene una licencia para que, tomando como base de su interpretación la Constitución, pero siendo el texto normativo insuficiente para alcanzar a captar con claridad la esencia de la norma, pueda trascender el literalismo constitucional hasta hallar las fuentes auxiliares que le conduzcan a la resolución adecuada del problema. Son concientes, además, que una actitud como esta desentraña una actividad incesante de la justicia constitucional, manteniéndola en una búsqueda externa y permanente de contenidos con los cuales captar los significados de las prescripciones constitucionales en cada momento histórico, pero consideran que tal actitud es correcta si lo que se quiere configurar es lo que ha dado en llamarse una *living Constitution*.<sup>37</sup>

Visto lo anterior, parece que el punto principal del debate se centra entonces en la contraposición: *activismo* versus *restriccionismo*. Indiscutiblemente la apuesta por uno u otro lleva implícita una decisión clave para el sistema constitucional debido a que virtualmente se estará reconociendo qué órgano del Estado tiene la supremacía discrecional. Esta enunciación puede causar asombro debido a que el mismo concepto de Constitución significa un límite a la discrecionalidad, no obstante la usamos por su cualidad descriptiva.

Los valores, como normas que despliegan la doble función de cierre y de apertura constitucional, ofrecen al legislador una primera posibilidad para que concrete sus expectativas de política legislativa en concordancia con su lectura —política— de los preceptos constitucionales.<sup>38</sup> Empero, la ubicación misma de esas normas y la existencia de un inspector especializado, legitimado para revisar las tomas de posición políticas del legislador, lleva a que, convencido de la discrepancia existente entre una política legislativa y la Constitución, tenga que contraargumentar con razonamientos de estricta constitucionalidad a fin de poder derribar la presunción de constitucionalidad con que están investidos los actos del Parlamento. Es precisamente en la superioridad de los argumentos constitucionales frente a los meramente políticos donde reside la supremacía de la justicia constitucional. Pero es

<sup>37</sup> Sobre los conceptos aludidos y el empleo que se les da en la doctrina norteamericana, Bayón, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 4, 1985, p. 140 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. Aragón Reyes, Manuel, “La aplicación judicial de la Constitución: algunas consideraciones sobre la justicia constitucional”, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 118.

también en las fuentes auxiliares de esa interpretación constitucional donde reside buena parte de su discrecionalidad.<sup>39</sup> Discrecionalidad judicial que se agudiza cuando una disposición constitucional no se encuentra mediatizada por la acción del legislador y para enjuiciar la constitucionalidad de un acto o disposición es necesario acudir solamente a ella, sin que exista ninguna otra que concrete su contenido o ayude a determinar lo que con su introducción pretendía alcanzarse. Es en una circunstancia como esta donde el juez se encuentra en una zona de libre actuación y donde su particular sentido del *self-restraint* se manifiesta con toda intensidad.

En este sentido ¿pueden usarse los valores o principios como parámetros de constitucionalidad aun cuando no se encuentren mediatizados por un acto normativo posterior? Esta interrogante abre una polémica más que llega hasta nuestros días evidenciando una discusión dividida precisamente por las consecuencias que acarrea usarlas o abstenerse de hacerlo. Si acudimos al hacedor del modelo europeo de justicia constitucional la respuesta es evidentemente negativa.<sup>40</sup> Es ilustrativo observar, sin embargo, cómo dentro de la doctrina española existen opiniones encontradas sobre el particular, siendo mayoritaria la posición de los que admiten que los valores pueden ser usados como parámetro de interpretación. Rubio Llorente,<sup>41</sup> por ejemplo, niega toda eficacia directa a los valores y a su utilización como parámetro de interpretación. Sánchez-Agosta<sup>42</sup> y Manuel Aragón<sup>43</sup> les otorgan solamente cualidad interpretativa. Posición contraria sostienen Tomás

<sup>39</sup> Para Canosa la discrecionalidad tiene su origen en un triple motivo: la elasticidad de las disposiciones interpretadas, los fines que la hermenéutica constitucional pretende y la situación del objeto interpretativo en el escalón más alto de la pirámide normativa. Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 123.

<sup>40</sup> “Podrían interpretarse —dirá Kelsen— las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador, a conformarse con la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etcétera, como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que sólo sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera...”, *op. cit.*, nota 20, pp. 80-82.

<sup>41</sup> Prólogo a *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. XII-XIII.

<sup>42</sup> *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1987, p. 100 y ss.

<sup>43</sup> “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, p. 188; también *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 91 y ss.

y Valiente,<sup>44</sup> Peces Barba,<sup>45</sup> García de Enterría,<sup>46</sup> Parejo Alfonso,<sup>47</sup> Pérez Luño,<sup>48</sup> Garrarena Morales,<sup>49</sup> Díaz Revorio,<sup>50</sup> Hernández Gil<sup>51</sup> y Balaguer.<sup>52</sup> Para el argumento que tratamos es interesante la opinión de Prieto Sanchís<sup>53</sup> para quien los valores además de tener eficacia directa, cumplen la función de detener el actuar discrecional de los jueces debido a que en el positivismo, allí donde no existía ley, el intérprete tenía un amplio campo para desarrollar su actividad sin límites objetivos; ahora, tales cláusulas operan como dique frente a esa actitud pues ofrecen pautas o estándares normativos en donde antes sólo existía la nada jurídica.

Consentido lo anterior, parece que existe un hilo conductor que une a la Constitución axiológica por su contenido de clara orientación política con el *non-interpretativism* debido a que en la defensa de los valores el juez debe buscar fuentes auxiliares de interpretación, comenzando por la misma teoría de la Constitución. La afirmación, empero, no debe tomarse sin cautelas; como bien ha expuesto Beltrán<sup>54</sup> en determinados lugares, posturas de signo contrario se mezclan —por ejemplo dentro de las corrientes no interpretativistas hay quienes apuestan por el *self-restraint*— y, por tanto,

<sup>44</sup> “La resistencia constitucional y los valores”, *DOXA*, Madrid, núms. 15-16, 1994, p. 642.

<sup>45</sup> *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 82 y ss.

<sup>46</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 33, p. 98 y ss.

<sup>47</sup> *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de Estudios Ramos Areces, 1990, p. 142 y ss; también “Constitución y valores del ordenamiento”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. I, p. 122 y ss.

<sup>48</sup> *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 63 y ss; igualmente *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 287 y ss.

<sup>49</sup> “Valores superiores y principios constitucionales”, *Estudios de derecho público en homenaje a J. J. Ruiz Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 36 y ss.

<sup>50</sup> *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 172.

<sup>51</sup> “Sistema de valores en la Constitución”, en López Pina, A. (ed.), *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 120.

<sup>52</sup> “Constitución y ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, UNAM, 2000, p. 192 y ss.

<sup>53</sup> *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 137 y ss; igualmente “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, UNAM, 2000, p. 338 y ss.

<sup>54</sup> *Cfr.* Beltrán, M., *Originalismo e interpretación: Dworkin v. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1988, p. 47.

no puede señalarse una línea conductora en paralelo que no choque con las posturas de signo contrario.

Hechas estas consideraciones se ha introducido al debate la noción de *interpretación constitucional constitucionalmente adecuada* abriéndose nuevamente en dos vertientes al anteponer las enfrentadas concepciones de Constitución. Quienes toman como punto referencial un modelo de Constitución valorativa oponen una interpretación en sentido finalista, mientras que quienes participan de la Constitución procedimental se muestran favorables a una interpretación pluralista.

La defensa doctrinal de una interpretación valorativa como interpretación adecuada a la Constitución democrática de la actualidad enseña, en todos los casos, la pretensión por oponer a todos los poderes públicos un sistema material de valores que asegure, como señala García de Enterría, la unidad material de sentido del ordenamiento<sup>55</sup> y actúe, a la vez, como límite a la discrecionalidad política en tanto la concretización de las diferentes opciones de política legislativa no quepan dentro de las posibilidades que la norma constitucional ofrece. Proteger a la Constitución desde su complejidad normativa requerirá forzosamente de jueces activos que no rehuyan a la responsabilidad de acudir a fuentes accesorias para el mejor entendimiento de los preceptos constitucionales. La enunciación de esa posibilidad puede ser entendida, es cierto, como una carta abierta al despliegue de la discrecionalidad judicial. Pero si algo debe establecerse desde el principio es que, para no errar el camino y auspiciar que la actividad judicial camine por senderos que no le corresponden, debe patentizarse siempre y ante todo que la interpretación constitucional tiene que ser objetiva, esto es, basarse en un método jurídico.

Como con acierto señala Manuel Aragón, parafraseando a Böckenförde, una teoría de la Constitución *constitucionalmente adecuada* sugiere una interpretación *principalista* o *valorativa*, algo que, sostiene el autor, es admitido de manera casi general por la doctrina.<sup>56</sup> No podemos, por la extensión de este trabajo, mostrar los argumentos en que se basa la doctrina para justificar este modo de proceder. Lo que sí está en nuestras manos es destacar al conjunto de autores que bajo diversos enfoques teóricos concluyen la necesidad de una interpretación valorativa, como interpretación constitucionalmente correcta, dada la naturaleza propia de la Constitución. Desta-

<sup>55</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 33, p. 97.

<sup>56</sup> Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 10, p. 125.

can por ejemplo, dentro del debate estadounidense Dworkin,<sup>57</sup> Perry,<sup>58</sup> Tribe,<sup>59</sup> Bickel,<sup>60</sup> Wellington,<sup>61</sup> Fallon<sup>62</sup> y Cox.<sup>63</sup> Del otro lado del Atlántico son ilustrativas las posiciones de Böckenförde,<sup>64</sup> Zagrebelsky<sup>65</sup> y Aragón.<sup>66</sup>

Si algo se desprende de las argumentaciones de estos tratadistas es su preocupación común por esbozar una teoría de la interpretación constitucional *ad hoc* a las características definitorias de los textos constitucionales de la segunda posguerra. En sus intentos académicos —con excepción de Perry— destaca la inquietud de objetivar bajo parámetros de certeza jurídica la actuación de los órganos que aplican judicialmente la Constitución ante un panorama que favorece el desbordamiento de su actuación por el papel de supremos intérpretes que tienen asignado. Existe pues una clara teoría encaminada a salvaguardar un equilibrio mínimo para que no sólo se configure la existencia de un Estado constitucional salvaguardado por los jueces, sino que ese Estado se erija también como democrático al reconocer el papel que dentro de él juegan las instituciones representativas de la voluntad popular.<sup>67</sup>

Ciertamente, como ya hemos dicho, el debate en Estados Unidos de Norteamérica y en Europa es diferente. En aquél, la transformación social llevada a cabo a propósito de la actuación del Tribunal Supremo ha motivado

<sup>57</sup> Acúdase a Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 25. También “Retorno al derecho natural”, en Betegon, J. *et al.* (coords.), *Derecho y moral: ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990; *A matter of principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.

<sup>58</sup> Perry, J. M., *The Constitution, the Courts and Human Rights, an Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1982.

<sup>59</sup> Tribe, Laurence H., *Constitutional choices*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985; *American Constitutional Law*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press, vol. I, 2000.

<sup>60</sup> Bickel, A. M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of Politics*, Indianápolis, 1978.

<sup>61</sup> Wellington, H. H., “Common law and constitutional double standars: some notes on adjudication”, *The Yale Law Journal*, vol. 83, núm. 2, diciembre de 1973.

<sup>62</sup> Fallon R., H., “A constructivist coherence theory of constitutional interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 6, abril de 1987.

<sup>63</sup> Cox, A., *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford University Press, 1976.

<sup>64</sup> *Cfr.* Böckenförde, Ernest-Wolfgang, *op. cit.*, nota 12, p. 13.

<sup>65</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002. *Op. cit.*, nota 21 y *op. cit.*, nota 25. También “Appunti in tema di interpretazione e di interprete della Costituzione”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1970; *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*, Turín, UTET, vol. I, 1998.

<sup>66</sup> Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 10, p. 42 y ss.; *op. cit.*, nota 43; *op. cit.*, nota 38.

<sup>67</sup> *Cfr.* Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 38, p. 117.

un gran debate —sintetizado espléndidamente por García de Enterría—<sup>68</sup> al que siempre se vuelve cuando un caso controvertido reactiva la añeja discusión sobre la legitimidad de la *Judicial Review*<sup>69</sup> y el carácter contra-mayoritario de sus actuaciones.<sup>70</sup> Se buscan insistentemente los medios adecuados para detener el activismo que en épocas como la de los jueces *Warren* y *Burger* causaron tanta irritación política aun cuando, como dice Schwartz, muy pocos pueden hoy en día tachar de negativa esa actuación.<sup>71</sup>

En Europa, la condición específica de los tribunales constitucionales ha supuesto un ejercicio de teorización precisamente con carácter preventivo para que ese desbordamiento no suceda. No siempre, desafortunadamente, se han conseguido los resultados deseados; en Italia el uso alternativo del derecho<sup>72</sup> y en Alemania la jurisprudencia de valores

<sup>68</sup> Véase García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 33, p. 209.

<sup>69</sup> Sobre este tema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional existe una amplísima literatura. Apuntamos por ello los trabajos que nos parecen más ilustrativos. Bickel, A. M., *op. cit.*, nota 60; Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 201 y ss.; Cappelletti, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 17, 1986, pp. 9-46. Los temas están debidamente condensados en las aportaciones de Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 5, 2001, p. 227 y ss; y desde un punto de vista histórico en Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>70</sup> “La dificultad radical —sentencia Bickel, creador de la expresión— es que el control judicial es en nuestro sistema una fuerza contra-mayoritaria... Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría sino en su contra”. “Los jueces ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaleciente, sino que va contra ella. Esto...es lo que realmente ocurre...esta es la razón por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático”, Bickel, A. M., *op. cit.*, nota 60, pp. 16-17.

<sup>71</sup> Schwartz, B., *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, Civitas, 1980, p. 91.

<sup>72</sup> El uso alternativo del derecho tuvo un gran auge a principios de los años setenta en Italia. Dicho intento consistía —según Zagrebelsky— en derivar directamente de los principios constitucionales reglas aplicables en sede judicial como alternativa, precisamente, a las establecidas por el legislador. *Op. cit.*, nota 65, p. 152. De manera más amplia, Barcellona, P., *L'uso alternativo del diritto*, Roma, Laterza, 1973.

—*Wertjurisprudenz*—<sup>73</sup> han sido duramente cuestionados ante la posibilidad que, de seguir avanzando por la misma ruta, se llegue a una situación parecida a la de Estados Unidos.

El fenómeno que nos ocupa puede y ha sido abordado desde dos puntos de vista, uno funcional y otro ideológico-político. Desde el primero se atienden a las manifestaciones tangibles de la actividad interpretativa, es decir, a la jurisprudencia de valores debido a que ha dejado al descubierto las magnitudes de la potestad creadora de la jurisdicción constitucional y las consecuencias de ahí derivadas.<sup>74</sup> Magnitud que se evidencia al advertir el papel que le asigna el sistema de fuentes del derecho a la sentencia de los órganos aplicadores de la Constitución<sup>75</sup> que significa, en el sentido que se quiera apreciar, el desplazamiento de la ley y la reducción de su significa-

<sup>73</sup> La jurisprudencia de valores en Alemania ha suscitado críticas por la subjetividad a que lleva una argumentación sobre conceptos generalmente indeterminados como son las apelaciones a valores. El fundamento que el artículo 1o. de la ley fundamental de Bonn da a los derechos fundamentales es, por otro lado, la base de esas argumentaciones por su carácter eminentemente material. Por ejemplo, la intangibilidad de la dignidad humana —que ha sido colocada por el Tribunal Constitucional como el primer y primordial valor—, el reconocimiento de la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos del hombre y la certeza de su aplicabilidad y vinculación inmediata. “Con ello —dirá Böckenförde— los derechos fundamentales están cimentados metapositivamente y ubicados en un determinado contexto de fundamentación”. *Cfr. op. cit.*, nota 12, p. 98. Sin embargo, como dice Enrique Alonso, la jurisprudencia de valores no ha despertado tan sólo críticas, sino también numerosas aceptaciones. *Cfr. op. cit.*, nota 30, p. 315.

<sup>74</sup> La función creadora de derecho de la jurisdicción constitucional ha sido puesta de manifiesto de forma profunda por Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 463 y ss. Son igualmente ilustrativos sus trabajos insertos en el mismo libro: “La interpretación de la Constitución” y “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”.

<sup>75</sup> En España, el artículo 164 de la Constitución dispone que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos jurídicos frente a todos. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 38.1 retoma la disposición anterior para declarar que “las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sostiene que “Los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

ción dentro del panorama normativo.<sup>76</sup> El reforzamiento jurisprudencial se advierte también por la consideración de que la justicia constitucional atiende a problemas fundamentalmente políticos.<sup>77</sup> Por tanto, al resolver sus resoluciones van imbuidas en un entorno eminentemente político porque mediante ellas han de buscarse los valores políticos decididos por el constituyente.<sup>78</sup> Las consecuencias que se generan en el exterior a partir de ahí son, si no el vaciamiento del contenido de las atribuciones conferidas al legislador, sí un debilitamiento de su posición política dentro del sistema constitucional debido a que las acciones políticas de más envergadura las deciden los jueces y no los parlamentarios.

Desde el punto de vista ideológico-político, el desmerecimiento de la ley no significa sino la expresión de lo que hoy simboliza el legislador para el Estado constitucional. Es lógico inferir que si la ley ha descendido un escalón para ceder el máximo peldaño jurídico a la Constitución, lo que se esconde detrás es la decisión evidente de quitar protagonismo al órgano que por excelencia —al menos durante un buen trecho de vida constitucional— se había encargado de señalar la orientación política del Estado. Una vez que esa orientación se entiende como una decisión que no viene determinada por el legislador mediante sus políticas legislativas sino por el pueblo, adoptadas en ejercicio de su poder constituyente y depositadas en un ordenamiento convertido en programa político<sup>79</sup> al que se ha dotado de supremacía mediante la técnica de la rigidez, se comprende que en la pretensión de privar al legislador de la responsabilidad de guiar los destinos de la comunidad se busque un nuevo conductor del *indirizzo politico*.<sup>80</sup> Su

<sup>76</sup> Ignacio de Otto sostiene que “la Ley Orgánica del Poder Judicial viene a equiparar a la doctrina del Tribunal Constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria, pues en cuanto exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución, los tribunales habrán de interpretar éste según aquélla”. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 296. En sentido similar, Javier Pérez Royo sostiene que la Sentencia del Tribunal Constitucional “ocupa un lugar superior al de la ley en el sistema de fuentes del derecho, inmediatamente después de la Constitución y de las leyes de reforma constitucional”. *Las fuentes del derecho*, 3a. ed., Madrid, 1986, p. 44 y ss.

<sup>77</sup> Véase a Wróblewsky que habla de la interpretación política, *op. cit.*, nota 2, p. 111 y ss. También el capítulo XIII del libro de Alonso García, *op. cit.*, nota 30, p. 517 y ss., dedicada específicamente a la jurisprudencia política.

<sup>78</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 33, p. 178.

<sup>79</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 76, p. 44 y ss.

<sup>80</sup> Es la doctrina italiana la que mejor ha teorizado sobre la orientación política, en tendida como “la manifestación de una voluntad armónica y coherente de parte de uno o

función, naturalmente, será avocarse a dirigir los destinos sociales sobre y a pesar de la representación.<sup>81</sup>

Convencidos de que el derecho de la Constitución normativa es eminentemente *principalista* siguiendo a Zagrebelsky,<sup>82</sup> habrá que ser cuidadosamente cautelosos para evitar el desbordamiento de la discrecionalidad apreciativa que los tribunales constitucionales tienen atribuida de manera natural. De Enterría lo ha entendido muy bien cuando señala que es cierto que el tribunal decide conflictos políticos, pero que lo característico es que la resolución de los mismos se realiza por criterios y métodos jurídicos.<sup>83</sup> Queda claro que la intención de la teoría de la interpretación constitucionalmente adecuada, sintetizada en las palabras de García de Enterría, es objetivar cualquier intento de subjetividad en la apreciación; teoría que en lugar de ser concebida como la culminación del destierro de la ley con el consecuente rechazo implícito al legislador, se representa como garante de la apertura que las mismas normas presentan, sean valorativas o no, y que posibilitan que la representación popular despliegue en la intensidad que la misma norma potencia, márgenes importantes de libertad de configuración política.

Existe paralelamente la línea que se contrapone a la interpretación valorativa y que por ese hecho representa el otro hilo conductor. La intención que persigue es clara: acotar la interpretación constitucional y con ello el ámbito de influencia política de sus resoluciones. No es que se niegue la particular naturaleza de los ordenamientos constitucionales de la actualidad sino que básicamente lo que se hace es construir un concepto de Constitución a través de presupuestos teóricos particulares para terminar por anteponer lo que se considera igualmente una interpretación constitucional adecuada; es, como caso más representativo, la teoría de Ely centrada

más sujetos con la intención de conseguir un fin político”. Martines, Temistocle, “Indirizzo politico”, *Novissimo digesto italiano*, Milán, Giuffré, 1971, vol. XXII, p. 134 y ss. También *op. cit.*, nota 8.

<sup>81</sup> Hoy en día es un lugar común aceptar que los tribunales constitucionales participan en la orientación política del Estado. Sobre el particular véase a García Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 22 y ss.

<sup>82</sup> “Está claro —sostiene Zagrebelsky— que al hablar siempre de *principios* se asigna a esta palabra un significado más bien amplio, capaz de comprender, por ejemplo, también a las normas *programáticas* de la Constitución; esto es, las que indican a la colectividad estatal y al Estado mismo los fines dignos de ser perseguidos”. *Op. cit.*, nota 65, p. 126.

<sup>83</sup> García de Enterría, *op. cit.*, nota 33, p. 178. En similar sentido se manifiesta Díaz Revorio, *op. cit.*, nota 50, p. 336 y ss.

en la Constitución estadounidense.<sup>84</sup> Parece evidente que en el planteamiento, del todo original por otro lado, es el método hermenéutico el que pretende caracterizar al objeto interpretado y eso, en principio, es el error que convierte sus magistrales proposiciones en un intento intelectual destinado al fracaso.

Sin embargo, no todos siguen esta línea. Una vía adicional la constituyen los *originalistas* que basan la reducción interpretativa intentando reconducir a los jueces constitucionales a valorar la Constitución retomando exclusivamente los planteamientos realizados por los constituyentes en la pretérita hora de la decisión constituyente. En este sentido son ilustrativas las posiciones de Bork,<sup>85</sup> Berger<sup>86</sup> y Rehnquist.<sup>87</sup> En Alemania la teoría de Ely ha tenido cobijo en Jürgen Habermas,<sup>88</sup> quien sostiene una lectura eminentemente procedimental del control constitucional. Una posición particular nos viene dada por Peter Häberle;<sup>89</sup> el encuadramiento de su visión en este apartado es producto de su particular preferencia por la Constitución abierta con todo y su deferencia al legislador, y por promover una interpretación pluralista en la que participen todos. Al no haber *numerus clausus* de intérpretes constitucionales, lo que en realidad se está sugiriendo es la *democratización* de tan trascendental actividad intelectual.

Es innegable que las teorías en cuestión no pueden tratarse como semejantes. Existen importantes puntos de confluencia pero a la vez significativas diferencias. Es visible dentro de todo que entre los simpatizantes de la doctrina que estamos abordando existe un hilo conductor entre *Constitución abierta o procedimental, valores adjetivos, interpretativismo y res-*

<sup>84</sup> Ely, John, *cit.*, nota 35.

<sup>85</sup> Cfr. Bork, R., *The tempting of America*, Nueva York, Free Press, 1990; “Neutral principles and some First Amendment problems”, *Indiana Law Journal*, vol. 47, 1971. “The impossibility of finding welfare rights in the Constitution”, *Washington University Law Quarterly*, núm. 3, 1979.

<sup>86</sup> Berger, R., *Government by judiciary, the transformation of the fourteenth Amendment*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

<sup>87</sup> Rehnquist W., H., “The notion of a living Constitution”, *Texas Law Review*, vol. 54, 1976.

<sup>88</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, 4a. ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 337 y ss.

<sup>89</sup> Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, gobierno vasco, 1996.

*tricción judicial*.<sup>90</sup> Presupuestos opuestos, todos ellos, al primer hilo conductor encabezado por la Constitución axiológica.

El problema de esta segunda vertiente es que la Constitución ni es ni puede seguir siendo aquel documento original que hace más de 200 años promulgaron los constituyentes. Tampoco es el texto que solamente regula procedimientos de acceso al poder. Mucho menos puede ser un conjunto de prescripciones que no tengan consideración y soporte en el derecho natural, cuando hemos visto que en gran medida los contenidos que enriquecen a las Constituciones de la actualidad son positivizaciones de presupuestos iusnaturalistas. Por tanto, si esos contenidos han tenido cabida en el texto constitucional, es lógico y coherente que la interpretación que se haga de ellos sea de una orientación marcadamente teleológica.

Lo cierto es que en gran medida las tesis sostenidas por este hilo conductor coinciden en su intención de evitar que la justicia constitucional desplace al legislador democrático. Esa, en principio, es una idea saludable. El problema es que la ruta tomada para su concretización no resultó ser la más idónea. Probablemente un camino más correcto es el que ha evidenciado Böckenförde, del cual se destaca la necesidad de establecer una *teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada* que dé soporte a los esfuerzos hermenéuticos sobre la base de la objetividad y la certeza jurídica, desechando todas aquellas encaminadas a desvirtuar al concepto mismo de Constitución.

En definitiva creemos que lo más prudente para pugnar por una interpretación correcta de la Constitución es fortalecer los instrumentos que permitan al juez comprender de mejor manera el concepto, la cualidad, la naturaleza, los principios y los presupuestos teóricos de la Constitución.<sup>91</sup> Teniendo claros estos lineamientos, creo que puede comenzarse un ejercicio verdaderamente objetivado en la interpretación, delimitando las facultades de los jueces constitucionales y poniendo en el sitio que corresponde a quienes hacen las leyes y marcan la dirección política del Estado.

Decimos esto porque vistos los hilos conductores por donde transcurre la polémica interpretativa nos decantamos por la teoría de Böckenförde. Es así porque las cualidades, rematerialización y supremacía, por su sola con-

<sup>90</sup> Así lo sugieren, por ejemplo, Beltrán, M., *op. cit.*, nota 54, p. 47 y ss; y Gómes Canotilho, J. J., *op. cit.*, nota 34, p. 197 y ss.

<sup>91</sup> Sobre el significado de la teoría de la Constitución véanse los agudos planteamientos de Cossío, José Ramón, "La teoría constitucional moderna (lecciones para México), *Metapolítica*, vol. 4, julio-septiembre, 2000, p. 102 y ss.

junción en un documento constitucional, suponen un ejercicio de interpretación conforme con esas notas distintivas.<sup>92</sup> Modelos interpretativos que por supuesto no pueden ser los mismos propuestos por la escuela histórica de Savigny a fin de encontrar el espíritu que animaba a la ley en el Estado liberal del siglo XIX.<sup>93</sup> Mudar de principios interpretativos es entonces una consecuencia de la cualidad de la Constitución; si ésta se erige como un documento rematerializado por su expresión de fines concretos, corresponderá utilizar modalidades de interpretación valorativas, teleológicas, ponderativas, evolutivas, integrativas<sup>94</sup> o, en algunos casos, por ejemplo cuando estén de por medio los derechos fundamentales, por su centralidad, será necesario anteponer interpretaciones rigurosas o estrechas frente a cualquier ley que intente lesionarlos o restringirlos.<sup>95</sup>

La interpretación valorativa es admitida en la actualidad como uno de los métodos para descender a los significados más recónditos del texto constitucional. Empero, para ser consentida, tuvo que sortear los embates del positivismo kelseniano que durante las primeras décadas del siglo XX se resistió a que en la hermenéutica pudiera inmiscuirse cualquier consideración subjetiva que viniese a manchar la pureza del derecho, rechazando, en primera instancia, los métodos histórico y teleológico. Tuvo que ser el empuje de corrientes críticas tan divergentes como las representadas por Stammler y su idea del *derecho recto*, de Rickert y Radbruch con la aceptación de la teoría de los valores, del método dialéctico y del *idealismo objetivo*, de la defensa de Hegel frente a Kant y de la teoría fenomenológica del derecho las que, como con agudeza ha sentenciado Manuel Aragón, pusieran en evidencia que el derecho no puede desprenderse de elementos valorativos.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> Véanse las notas del modelo que Comanducci denomina *modelo axiológico de Constitución como norma*, que es el que nosotros denominamos solamente Constitución axiológica, sustantiva o rematerializada. *Cfr. op. cit.*, nota 10, p. 136.

<sup>93</sup> Para Savigny la interpretación debía hacerse mediante la conjunción de tres métodos: el lógico-sistemático, el gramatical y el histórico, según sentenció en su famoso libro *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. Scialoja, Turín, UTE, 1886, t. I, p. 215.

<sup>94</sup> Sobre estas modalidades acúdase a Würtemberger, Thomas, *op. cit.*, nota 5, p. 609 y ss. En la doctrina italiana son representativas las posiciones de Baldassarre, A., “Costituzione e teoria dei valori”, *Politica del diritto*, 1991, p. 653 y ss.; Mezzanotte, C., “Le fonti tra legittimazione e legalità”, *Queste Istituzioni*, 1991, p. 50 y ss.; Caravita, B., *Tra crisi e riforme*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1993.

<sup>95</sup> Acúdase a Alexy, R., *op. cit.*, nota 2, p. 64 y ss.

<sup>96</sup> *Cfr.* Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 10, p. 112.

No debemos olvidar que la transformación anterior viene dada además por la transmutación sucedida en el sistema de fuentes del derecho producto del paso del Estado legalista al Estado constitucional. Si de algo sirve este discurso, tenemos que adelantar que esa metamorfosis significó el desprendimiento del nexo que en el pasado vinculaba al juez con la ley, como expresión máxima del derecho, y que en la actualidad no existe en la medida en que el juez encuentra sometimiento primigeniamente a la Constitución.<sup>97</sup> Tal reposicionamiento constitucional adquiere toda su magnitud cuando se atiende a que algunos jueces *privilegiados* tienen la posibilidad de cuestionar la propia ley e inclusive a declararla inconstitucional.<sup>98</sup> Desechada la ley, como objeto primordial de referencia del derecho, deben, por plena lógica, hacerse a un lado los métodos que inspiraron su interpretación y acudir en la búsqueda de soluciones acordes con la concepción ontológica de derecho que se tiene enfrente.<sup>99</sup> No queremos decir con ello que los métodos para interpretar la ley no sean valiosos en sí mismos, que sí lo son,<sup>100</sup> sino más bien que una vez que ella se vio en la penosa necesidad de bajar un escalón en el sistema de fuentes, los principios que interpretaban su contenido debieron acompañarla y dejar el camino libre para que la Constitución abriese las propias vías de entendimiento de sus contenidos.

Es así como aparece la necesidad de que exista una correspondencia evidente entre el objeto, los métodos y la finalidad de la interpretación constitucional en cuanto orden coherente para la plena realización de la Constitución sustantiva; sería difícil aceptar, por otro lado, que los efectos

<sup>97</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “La interpretación de la Constitución”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 574.

<sup>98</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 4, p. 139.

<sup>99</sup> Como sostiene Zagrebelsky, “todo método, de por sí, remite a una cierta concepción ontológica del derecho: por ejemplo, la interpretación exegética remite a la idea de derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada; la intención según la voluntad del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél; la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica a la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural”, *op. cit.*, nota 65, p. 135.

<sup>100</sup> Para expresar cuan valiosa es la interpretación de las normas, baste transcribir el artículo 3.1 del Código Civil español que recoge en buena medida los criterios aportados por Savigny: “Las normas se interpretarán según el sentido propio 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 aquellas”.

que su cualidad produce viniesen dados por el uso de mecanismos de interpretación inadecuados a las particularidades que hacen de ella una norma rematerializada.

Bajo este orden de ideas, reconocido el concepto de Constitución como sistema material de valores como lo ha hecho el Tribunal Constitucional español,<sup>101</sup> habrá que reconducirse a una interpretación específica y peculiar que dentro del *pluralismo de métodos*,<sup>102</sup> incorpore los elementos mencionados líneas arriba con particular énfasis en el componente teleológico.<sup>103</sup> El modo de argumentar, vista la cualidad valorativa de la norma, se semejará a la que existe en el derecho natural, debido a que los valores asimilados en las normas representan la vuelta a los presupuestos básicos del iusnaturalismo. Es lógico que se señalan únicamente algunos elementos interpretativos, pero ello no quiere decir que sea un sistema cerrado. Por ejemplo, en la actualidad, parte de la doctrina italiana<sup>104</sup> se esfuerza en construir no una técnica sino un verdadero método de interpretación basado en lo que denominan el *giudizio di ragionevolezza* que, separado del *giudizio de uguaglianza*, del *giudizio di razionalità* y del *bilanciamento di interessi*, intenta hacerse de un conjunto de técnicas apropiadas a efecto de que el juez pueda controlar la mediación normativa de los valores cuando exista algún indicio de que dicha normación vulnera el contenido de uno de ellos —conflictos intrava-

<sup>101</sup> “La Constitución —ha señalado el Tribunal Constitucional español— es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/1981, fundamento jurídico 3.

<sup>102</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 65, p. 134.

<sup>103</sup> Como señala Rubio Llorente, “la interpretación teleológica de las normas constitucionales exige, sin embargo, que, junto a la finalidad de la norma, se tenga en cuenta el *telos* de la Constitución...”. Acúdase a “La Constitución como fuente del derecho”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 62. Es importante la reflexión de Canosa, quien señala que el *telos* principal de la interpretación constitucional es la defensa de la fórmula política, entendida como el núcleo esencial de la Constitución. Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 39, p. 81.

<sup>104</sup> Entre otros acúdase a Cerri, A., “I modo argumentativi del sindacato di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato”, en Varios autores, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 131 y ss. En el mismo volumen véase Zagrebelsky, G., “Su tre aspetti della ragionevolezza”, p. 179 y ss. Igualmente a Paladin, L., “Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale?”, p. 163 y ss. En forma general acúdase a Morrone, Andrea, *Il custode della ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001.

lores— o entra en conflicto con más de uno, conflictos intervalores.<sup>105</sup> La propuesta no deja de ser interesante en cuanto parte de la omnicompreensión del significado de la Constitución dentro del traspaso del Estado liberal al Estado constitucional reconociendo que el sistema axiológico incorporado representa un conjunto de intereses en tensión que el juez debe valorar, modelar o balancear a efecto de que, sin vaciarlos de contenido puedan ser sometidos a arreglo manteniendo sus plenos efectos normativos. La propuesta no deja de recordarnos al método *científico-espiritual* aportado por Smend, cuya construcción era acorde con su conocida teoría de la integración estatal basada en la jerarquía de los valores.<sup>106</sup> En este tenor, si uno de los cometidos de todo orden jurídico es brindar certeza y una de las funciones de los intérpretes constitucionales es dar congruencia e integrar al propio sistema desde su cima, interpretaciones de estas características pretenden servir como principio ordenador del entramado jurídico a efecto de declarar que es lo que verdaderamente constituye derecho, pero desde parámetros que en nada tienen que ver con la clásica fórmula kelseniana de la subsunción.<sup>107</sup>

Como es apreciable no hay *numerus clausus* en tema de métodos interpretativos. Tan es así que es el juez constitucional quien en última instancia decide, dentro de la pluralidad, los métodos en los cuales auxiliarse.<sup>108</sup> Señalar la existencia de un único método de interpretación es estar de acuerdo con que existe sólo una solución correcta.<sup>109</sup> Una toma de posición como esta se agrieta por el solo hecho de percatarnos de que los tribunales constitucionales de la actualidad, en una proporción de casos importante, determinan únicamente que lecturas de la Constitución son ilegítimas, dejando subsistentes las demás que puedan extraerse del mismo precepto a efecto de

<sup>105</sup> Cfr. Morrone, Andrea, *op. cit.*, nota 104, p. 281 y ss.

<sup>106</sup> Cfr. Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. José María Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

<sup>107</sup> Kelsen, Hans, “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, *La giustizia costituzionale*, edición de C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981, p. 247.

<sup>108</sup> Ese parece ser el criterio del Tribunal Constitucional español al precisar que el legislador ordinario no puede expedir una norma cuyo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un precepto de la Constitución. Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983 de 5 de agosto.

<sup>109</sup> Cfr. Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 34. También Jiménez Campo, J., voz “interpretación constitucional”, en Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. I, p. 58.

que sus operadores jurídicos elijan la más idónea.<sup>110</sup> Es en esa pluralidad de lecturas donde de hecho se asienta el principio de respeto al legislador, se afianza la apertura de la Constitución y se democratiza la interpretación constitucional.

Sólo mediante la interpretación constitucional apropiada es posible que exista la coherencia sistémica que facilite la recreación constante del orden constitucional. El elemento catalizador representado por el razonamiento judicial es el único que puede lograr que el valor intrínseco de la Constitución pueda desplegar la totalidad de sus efectos, mostrándose como un sistema global de valores que pretenden ser llevados a la realidad, dejando de concebirse como simples principios que no vinculan efectivamente, como solía suceder en la Europa del siglo XIX y principios del XX.

<sup>110</sup> Es el caso de las sentencias interpretativas que han cobrado verdadero auge constitucional, Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, CEDAM, 1984, t. II, p. 396 y ss.; Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 65, p. 279 y ss.; De Vergottini, G., *Diritto costituzionale*, Padua, CEDAM, 2000, p. 666 y ss.