

La argumentación jurídica en el Estado Constitucional

Pedro Grández | Félix Morales
Editores



PALESTRA

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL





PALESTRA

PEDRO GRÁNDEZ | FÉLIX MORALES
Editores

La argumentación jurídica en el Estado Constitucional

Prólogo de

MANUEL ATIENZA

Nota Preliminar de

CÉSAR LANDA ARROYO

Escriben

Alessio Sardo	Javier Adrián Coripuna
Alfonso García Figueroa	Jorge Baquerizo Minuche
Andrej Kristan	Jorge A. Portocarrero Quispe
Ángeles Ródenas Calatayud	José Enrique Sotomayor Trelles
César Higa Silva	José Juan Moreso
Daniel González Lagier	Juan Pablo Sterling Casas
Daniel Oliver-Lalana	Juan Ruiz Manero
Emilia Bustamante Oyague	Pedro P. Grández Castro
Félix Morales Luna	Rocío Villanueva Flores
Humberto Cuno Cruz	Roger Zavaleta Rodríguez
Jaime Lara Márquez	

Palestra Editores
Lima - 2017

341.4 A71	La argumentación jurídica en el Estado Constitucional / Pedro Grández, Félix Morales, editores. - Lima: Palestra Editores, 2013. 540 p.; 17 cm. D.L. 2017- 10565 ISBN: 978-612-4218-01-9 1. Teoría del derecho 2. Semántica (Derecho) 3. Hermenéutica 4. Interpretación constitucional 5. Argumentación jurídica
---------------------	--

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

PEDRO GRÁNDEZ / FÉLIX MORALES (EDITORES)

Palestra Editores: Primera edición, diciembre, 2013
Primera reimpresión, agosto, 2017

© 2017: PEDRO GRÁNDEZ / FÉLIX MORALES

© 2017: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Grández Gráficos SAC
Mz E, Lt. 15 - Urb. Santa Rosa - Los Olivos
Agosto, 2017

DISEÑO DE CARÁTULA Y DIAGRAMACIÓN:

Alan Bejarano Noblega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2017-10565

ISBN: 978-612-4218-01-9

Tiraje: 1000 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

Índice general

PRELIMINARES

1. Nota de los editores 11
2. Prólogo:
Constitución y enseñanza de la argumentación jurídica 15
Manuel Atienza
3. Nota preliminar:
La constitución como dinamismo de la filosofía del derecho 19
César Landa Arroyo

I. TEORÍA DEL DERECHO, CONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

De Bellagio a Pavía: Auge y crisis del positivismo jurídico italiano 27
Félix Morales Luna

Desafíos al constitucionalismo latinoamericano:
los casos de injusticia extrema en el Perú y Uruguay 55
Rocío Villanueva Flores

La incorporación de la moral en el derecho de las democracias constitucionales	85
--	----

José Juan Moreso

Derrotabilidad normativa y antipositivismo externo. Dos aspectos esenciales del neoconstitucionalismo.....	113
---	-----

Alfonso García Figueroa

Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad judicial	139
--	-----

Juan Pablo Sterling Casas

El concepto de derecho en el Estado Constitucional. Crítica a las tesis neoconstitucionalistas	161
---	-----

Javier Adrian Coripuna

Sistemas expertos en el Derecho: apuntes sobre un debate casi olvidado.....	189
--	-----

José Enrique Sotomayor Trelles

II. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL Y PONDERACIÓN

Valores y argumentación en el Derecho	205
---	-----

Ángeles Ródenas Calatayud

Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales.	225
---	-----

Juan Ruiz Manero

Teorías de la ponderación. Análisis crítico	239
---	-----

Alessio Sardo

La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar	273
--	-----

Pedro P. Grández Castro

Racionalidad procedimental y ponderación de derechos fundamentales	293
---	-----

Jorge A. Portocarrero Quispe

La pretoriana eliminación del control consitucional difuso en el Ecuador: una decisión injustificada	313
Jorge Baquerizo Minuche	

III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, DEBIDO PROCESO Y MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Presunción de inocencia, verdad y objetividad.....	337
Daniel González Lagier	

El deber de justificar (racionalmente) la cuestión fáctica de un caso: ¿Es suficiente establecer el deber de motivar la sentencia para que los jueces cumplan con esa labor o es necesaria que tengan una metodología que les permita realizar esa tarea?	377
César Higa Silva	

La justificación racional de los hechos.....	401
Roger Zavaleta Rodriguez	

El razonamiento del Tribunal Constitucional sobre la independencia judicial. Caso del Alcalde Provincial Sr. Jesús Giles (Exp.N° 00512-2013-PHC/TC)	425
Emilia Bustamante Oyague	

Valor del precedente jurisprudencial en el Tribunal Supremo Peruano. <i>A propósito del caso Barrios Altos (Ejecutoria Suprema R.N. 4104-2010)</i>	455
Humberto Cuno Cruz	

IV. RACIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN O ARGUMENTACIÓN PARLAMENTARIA

¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa? Los elementos clave para un discurso jurisprudencial	479
Andrej Kristan	

Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa	491
Daniel Oliver-Lalana	

V. EL RAZONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

La motivación por remisión en el ámbito administrativo.....529

Jaime Lara Márquez



La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar*

Pedro P. Grández Castro**

SUMARIO:

1. Introducción.- 2. Desacuerdos clasificatorios.- 3. Desacuerdos en la comprensión de la democracia constitucional.- 4. Desacuerdos pragmáticos.- 5. Teorías posibles.- 6. La interpretación constitucional como argumentación concretizadora

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué es la interpretación constitucional? ¿Se diferencia de la interpretación de la Ley? ¿Cuáles son las teorías más relevantes sobre la interpretación constitucional? ¿Existe alguna teoría para controlar la corrección en los procesos de interpretación? ¿Cuál es la relación entre las teorías de la interpretación constitucional y la argumentación constitucional?

Desde que el Derecho Constitucional ha redefinido su rol extendiendo sus dominios más allá de las fronteras de la organización estatal y las funciones del gobierno¹, al punto casi de convertirse en la nueva teoría general del Derecho, las preguntas propuestas al inicio, se han convertido en el centro

* Este trabajo ha sido elaborado sobre la base de un pequeño “paper” preparado para el Curso de *Argumentación constitucional*, en el marco del “Master en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional” de la Universidad de Génova. Agradezco a Carlos Bernal, profesor del Curso, por su alentador comentario tras su entrega. Igualmente quisiera agradecer a la profesora Susanna Pozzolo, quien con criterio analítico me hizo sugerencias valiosas y muy pertinentes que espero haberlas incorporado debidamente.

** Profesor Ordinario de las Universidades: Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Esta cita de Susanna Pozzolo resume bien esta transformación: “De ser límite jurídico al poder, la Constitución se convierte en un pacto de ciudadanía, se convierte en la razón en torno a la cual se pueden unir las diferencias de una sociedad cada vez más compleja. Los derechos, enunciados originariamente *contra el poder*, en el paso del proyecto liberal a la sociedad democrática, se convierten en *pretensiones hacia el poder*, directrices vinculantes para la acción política, dirigida a concretarlos para dar sentido al pacto”. Cfr. POZZOLO, S. “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*, Palestra, Lima 2011. p. 24.

de preocupación, ya no solo del Derecho Constitucional sino de la Teoría del Derecho en un sistema dominado por la Constitución². El recorrido que se suele hacer para responderlas, es por otro lado, harto trajinado en la teoría constitucional. Aquí, sin embargo, quisiera presentar, en forma de esquema preliminar, algunos argumentos de crítica a las clasificaciones teóricas sobre las concepciones de la interpretación y, al final, presentaré un mapa de cuestiones problemáticas o presupuestos que están implícitos en los procesos de adjudicación de sentido y valor a las cláusulas Constitucionales en el contexto del Estado Constitucional.

Las cuestiones planteadas serán abordados a propósito de confrontar dos autores contemporáneos, que discuten algunos problemas clásicos en torno a la interpretación (mas precisamente dos textos de Berman y Waluchow³). La tesis central de este trabajo, como hipótesis que aquí solo debe quedar subrayada y no desarrollada, consiste en poner en evidencia que el proyecto de las clasificaciones en materia de teoría de la interpretación constitucional ha agotado su cometido teórico sin dar respuesta a la pregunta más inquietante en este campo: ¿existe una teoría que permita orientar los resultados de la interpretación hacia la respuesta correcta?

2. DESACUERDOS CLASIFICATORIOS

La primera cuestión que surge en el análisis de los enfoques teóricos sobre la interpretación constitucional, tiene que ver con una dificultad operativa o descriptiva de las teorías. Los autores suelen clasificar las teorías según criterios diversos y, por tanto, no es posible un acuerdo mínimo sobre las clasificaciones y tampoco sobre el objeto de la teoría de la interpretación Constitucional.

En este primer punto, un error frecuente, o más bien yo diría una desviación, consiste en incluir en las clasificaciones sobre “teorías de la interpretación constitucional” (TIC), clasificaciones o investigaciones sobre concepciones o

² Sobre las transformaciones del Derecho Constitucional trata en buena cuenta toda la bibliografía de los últimos años, que dan cuenta del *Constitucionalismo de los derechos* y el rol protagónico de la Constitución. Un resumen de este proceso transformador puede verse en el volumen monográfico de la Revista *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, N° 4. De manera especial el trabajo del Profesor Luis PRIETO en este número, “Iusnaturalismo, positivismo y control constitucional de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”. Universidad de Oviedo, 2006, p. 27 y ss. Disponible en: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf>

³ Los textos son: BERMAN, Mitchell “Constitutional Interpretation: Non-originalism”, en: *Philosophy Compass* 6/6 (2011), pp. 408 - 420 y; WALUCHOW, Wil; “Constitutionalism”, en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, E. N. ZALTA (Ed.), disponible en: URL = <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>

teorías sobre la *Judicial Review* (JR), para el caso norteamericano, como lo pone en evidencia Berman⁴, o concepciones sobre la democracia constitucional en general, para el caso de países de *civil law*.

De este modo, una teoría con pretensión de ser descriptiva sobre las prácticas judiciales termina por introducir discursos prescriptivos o normativos. En esta dirección, Berman desarrolla, por lo menos tres aspectos que pondrían en evidencia, las diferencias entre Teorías de la *Judicial Review* y teorías de la interpretación constitucional: por lo general en las teorías de la JR, a) habría una preocupación centrada en la justificación no de la interpretación sino mas bien del rol que corresponde a los jueces llegado el momento de realizar una interpretación constitucional de la ley; b) en segundo lugar, las teorías de la JR, antes que describir el cómo los jueces realizan la interpretación de la Constitución, intentan “prevenir” a éstos sobre cuándo es aconsejable o adecuado hacerlo. Como ejemplo paradigmático de esta diferencia Berman cita el trabajo de John Hart Ely que si no fuera por el subtítulo de su libro (“una teoría de la *Judicial Review*...”⁵) suele ofrecerse como una teoría de la Interpretación Constitucional; c) en tercer lugar, otra diferencia estaría dada por el hecho que las teorías de la JR suelen usar estándares como el de la “igual protección” o de los pasos o test que conforman en conjunto la libertad de expresión. En estos casos a decir de Berman, de nuevo no se trata de estrategias o técnica para conocer el contenido de la Constitución, sino más bien, estaríamos de nuevo ante “doctrinas creadas judicialmente” para orientar hacia un determinado contenido o sentido constitucional. Desde este punto de vista se habla de sentido del Derecho constitucional y de doctrina que la implementa⁶.

3. DESACUERDOS EN LA COMPRENSIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Creo que las observaciones de Berman, pueden también encontrarse en el texto de Waluchow. Pero en este autor, antes de las clasificaciones aparecen lo

⁴ En este sentido escribe Berman, “Muchas reconocidas teorías del *judicial review* son mayormente descripciones, no de cómo los jueces deben interpretar la constitución para anunciar que es el derecho, sino sobre cuándo es que los jueces deberían enfrascarse en aquella actividad y cuándo no. Esto es más claro en el trabajo de Alexander Bickel, cuya famosa teoría del *judicial review* es en gran parte una perspectiva sobre el por qué y cómo es que la judicatura debe explotar las reglas de la justiciabilidad para evitar tener que interpretar la constitución, de este modo superando la llamada “dificultad contra-mayoritaria”. Cfr. BERMAN, M. *ob. Cit.* p. 409

⁵ La referencia es a ELY, John Hart, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard, University press, 1980. Existe versión castellana editada por Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

⁶ BERMAN, M. *ob. Cit.* p. 910

que podríamos denominar las “precomprensiones” o las concepciones que, de todos modos, están en la antesala de todo proceso de interpretación constitucional. En tal sentido, en tono sugerente ha escrito que, en una Constitución, “hay (muchas veces) más que normas constitucionales”⁷. Junto a las “convenciones” y prácticas sociales consolidadas, sobre todo en contextos de estabilidad constitucional arraigada, la interpretación de la Constitución también se ve “orientada” cuando no restringida por la forma en que es asumida por la comunidad política y jurídica, el modelo de organización política del Estado y del rol que deben cumplir las diferentes instancias de la organización estatal.

Como nos ha recordado Häberle, citando a Esser, “toda interpretación es gobernada por una concepción previa, la cual influye en la selección del método. Dichas concepción previa tiene que ser *expuesta*, tiene que ser racionalizada en lo posible”⁸. También entre nosotros, esta obviedad ha sido expuesta con toda rotundidad por García Belaúnde para quien “(...) la interpretación implica una concepción sobre el derecho, que no es positiva, sino filosófica”⁹.

En este sentido, las categorías que Waluchow introduce, al distinguir entre *gobierno* y *soberanía*, pueden parecer en abstracto, categorías neutras o descriptivas, pero en el marco de un proceso de control del poder de las instancias de gobierno, pueden resultar fundamentales¹⁰. Las distintas maneras de comprender la democracia constitucional, pueden, igualmente, corresponderse o no con la idea de democracia delegada o puede incluir también garantías judiciales a los derechos.

Por casi 200 años, los europeos por ejemplo, (me refiero a la órbita francesa fundamentalmente, tras la revolución), no incluían en su concepción de la democracia, las garantías judiciales de los derechos y, hoy mismo, muchos autores

⁷ Estas precomprensiones incluyen también acuerdos o “convenciones”. “reglas sociales que surgen de las prácticas de la comunidad política y que imponen importantes límites, no jurídicos, sobre los poderes del gobierno”. Cfr. WALUCHOW, Wil; “Constitutionalism”, cit. p. 11

⁸ HÄBERLE, P. “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas” en, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/13Haeberle.pdf> p. 381

⁹ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, D. “La interpretación constitucional como problema”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, año 1, N° 1, Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP, Lima, 1994, p. 20.

¹⁰ “En pocas palabras, dice nuestro autor, podríamos definir “soberanía” como estar en posesión de un poder y autoridad suprema (y posiblemente *ilimitada*) sobre algún terreno, y el “gobierno” como aquellas personas o cuerpos a través de los cuales aquella soberanía es ejercida. Una vez que hacemos esta distinción, vemos inmediatamente que la soberanía puede residir en algún lugar más allá del gobierno. Una vez que aceptamos esta implicación, podemos hablar coherentemente de un gobierno *limitado* sumado con una soberanía *ilimitada*. Se podría decir que las democracias constitucionales son aquellas en las que la autoridad soberana del pueblo se cree *ilimitada* pero los cuerpos gubernamentales —es decir las legislaturas y las cortes— a través de las cuales aquella soberanía es ejercida en nombre del pueblo son *limitados* de forma constitucional.” *ob. cit.* p. 5

defienden la idea que la democracia en sentido “fuerte” (hacen referencia de este modo a la rigidez constitucional mas la garantía judicial de los derechos), resultaría en algún sentido incompatible con la democracia constitucional¹¹.

No obstante, el “atrincheramiento” ahora forma parte de nuestras “convenciones teórico-constitucionales”, por lo que la discusión se traslada a la vigilancia del modelo en su puesta en práctica. Podríamos decir, de este modo, que el debate se centra en cuánto de atrincheramiento resiste nuestro concepto de democracia constitucional¹².

Una democracia que se concibe como medio o mecanismo para la mejor preservación de nuestras libertades, debe incluir *necesariamente* algunas reservas a favor de las libertades, incluso si con ello se cae en la sospecha de limitar la propia democracia¹³. Por ejemplo, algunos constitucionalistas, defienden la idea de “cláusulas pétreas”. Esta sola idea supone que hay o debiera haber, determinadas disposiciones que están contenidas en la Constitución y que no pueden ser tocadas, se entiende, incluso por el poder de reforma y con todos los procedimientos establecidos para la reforma.

Se cree que de este modo se garantiza mejor los logros *progresivos* del invento constitucional. Pero creo que también estas teorías debieran admitir que con ello se expresa una profunda desconfianza en la democracia. Si la mayoría está dispuesta a “dispararse al pie” en el mismo instante, habría que aceptar que alguna falla muy severa ha sido detectada en nuestro invento, al punto que nos queremos deshacer del mismo.

Sin llegar a este extremo, sin embargo, las democracias han instituido algunas reservas y los han puesto en un lugar donde se suelen poner las cosas valiosas para ser preservadas a temperaturas que no las dañen: Podemos referirnos a este espacio de reserva como el *freezer* de los derechos humanos.

¹¹ Cfr. TROPPER, Michel, “El Poder Judicial y la Democracia” en: *Isonomía* N° 18, 2003, p. 47 y ss

¹² Esta es creo la preocupación de autores que, como Bayón han discutido el problema que debe afrontar un modelo constitucional que incluye reservas a través de los derechos: Cfr. BAYÓN, Juan Carlos: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”; disponible en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf (consultado el 20 de octubre de 2013).

¹³ Esta tesis no es aceptada por muchos autores. En otros casos (este sería el caso del propio Waluchow) si bien se acepta el atrincheramiento, se sostiene sin embargo que no hay nada que aconseje llevar la vigilancia constitucional a los Tribunales. En este sentido Waluchow, poniendo como ejemplo el caso de Nueva Zelanda sostiene que no es contradictorio decir que un país cuenta con una Constitución limitada el poder de control queda en el Parlamento. Sus argumentos sin embargo no son claros y por tanto nada convincentes. A la pregunta de si se puede decir que el poder está limitado, al menos en cuanto al Parlamento en un país con este sistema, el autor responde “tal vez” pero en seguida agrega que de ello no se extraigan conclusiones generales. (Cit. p. punto 5 de su trabajo)

Los derechos humanos y sus contenidos mínimos no pueden estar expuestos a las temperaturas altas de la política y menos ingresar al manoseo de las negociaciones en los parlamentos, por eso sus guardianes deben tenerlos en la custodia, no de la catedral pero sí de los palacios de la justicia de nuestro tiempo. Esta es una consideración que ha alcanzado cierto consenso también en Europa luego de que fuera proclamada en los EE. UU¹⁴.

Pero esta comprensión del constitucionalismo tiene problemas en su puesta en práctica. Creo que lo que con frecuencia ocurre en diferentes contextos, es que en abstracto se aceptan las tesis del constitucionalismo incluidas sus *reservas*: los derechos. Pero no siempre se cae en la cuenta, que su puesta en marcha supone, muchas veces, la anulación de las decisiones del parlamento o el eventual surgimiento visible de un poder contramayoritario que ha estado de espectador y que hora de pronto logra un inusual protagonismo que exaspera a la clase política que ahora debe colocarse en una situación de “dependencia” o “vinculatoriedad”.

Si se repara con atención, las discusiones sobre la interpretación constitucional, con mucha frecuencia incorporan estos elementos de manera encubierta, pretendiendo que existe alguna técnica que desvanezca esta “terrible tesis” de la censura judicial, que es la parte incómoda de la democracia que incluye un *freezer* plagado de derechos.

4. DESACUERDOS PRAGMÁTICOS

¿Qué es entonces interpretar una Constitución de estas características? Creo que primero que nada supone acercarse a la Constitución, reconociendo su naturaleza contextual. Desde esta perspectiva, al menos desde una perspectiva todavía general, interpretar la Constitución supondría *poner en práctica alguna concepción de la democracia cuando surgen desacuerdos a su interior*.

Hecha esta advertencia general, la segunda cuestión que de inmediato conviene tomar en cuenta es la observación que nos sugiere Waluchow, en sentido de que los problemas de interpretación son más pragmáticos que teóricos. Esto es, tienen que ver con la asignación de significados a un texto y, de otro lado, tienen que ver con la necesidad de dar respuestas contextualizadas a problemas concretos. Esto puede permitirnos ver los *fin*es de la interpretación, que como resulta meridiano, no son fines teóricos, sino más bien prácticos¹⁵. Tales

¹⁴ Puede que la imagen de un *freezer*, nos transmita la idea de “derechos congelados”, aquí sin embargo, la imagen que quisiera transmitir es la de un espacio de reserva, de “salubridad” para los derechos que no pueden “infectarse” por los virus de la política o por el calor de las pasiones.

¹⁵ También en este punto, García Belaunde ya había avanzado anotando como una finalidad de primer orden de la interpretación constitucional el de la *autopreservación*: “la Constitución

finestán, sin duda, orientados a la concreción y desarrollo de los *ideales* del modelo constitucional. De ahí que se pueda hablar de finalidades intrínsecas de la interpretación, en la medida que la interpretación no puede desvanecer o desarticular el proyecto primordial del constitucionalismo, esto es el control del poder del Estado y de los poderes sociales o fácticos¹⁶.

De modo que interpretar es contextualizar una respuesta que debe tomar en cuenta, i) por un lado un texto; ii) por otro un caso. Lleva razón Zagrebelsky cuando cuestiona la visión tradicional del positivismo decimonónico, que concebía la actividad judicial como una actividad de segregación de los casos y de la realidad, a través de ejercicios lógicos de interpretación y subsunción. En la visión práctica de la jurisprudencia, el Derecho se articula en un complejo de matices entre instituciones, valores, realidad y normas, en el que el intérprete debe ser capaz de moverse “intermediando” y tratando de que, tanto los casos y por tanto la realidad, como el sistema jurídico, encuentre algún nivel de adecuación cooperativa¹⁷.

Es esta la dimensión olvidada de la interpretación constitucional, que algunos teóricos llaman interpretación operativa o judicial y que está en el centro de las disputas de los teóricos. Sin embargo, con demasiada frecuencia, las teorías, (es decir sus propulsores), olvidan este contexto de la interpretación, lo que genera disputas no a nivel de la interpretación sino más bien, como vimos, en torno a las concepciones generales del modelo de democracia constitucional a la que se adscribe determinado criterio interpretativo¹⁸.

debe ser interpretada de la manera que más la favorezca para su conformidad con ella misma y la realización de sus fines”. *Ob. Cit.* p. 30

¹⁶ Conviene tomar nota en este punto de la tesis de Ferrajoli de un constitucionalismo orientado no sólo a controlar la clásica amenaza de los poderes públicos, sino también, especialmente en tiempo de globalización de los poderes supra estatales, de controlar el peligro real de convertir el Estado en una simple herramienta para la dominación de los poderes económicos. Cfr. FERRAJOLI, L. “Contra los poderes salvajes del mercado. Para un constitucionalismo de Derecho Privado, traducción de Miguel CARBONELL, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf>

¹⁷ Según escribe el magistrado emérito de la Corte Constitucional Italiana, “En el proceso de interpretación del Derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta”. En esta visión la interpretación es la herramienta para un diálogo entre el sistema de fuentes y la realidad cuyo objeto y cometido institucional se concreta cuando “el resultado interpretativo no violenta ni unas (las fuentes) ni otras (la realidad y el caso)”. Cfr. ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*; trad. De Marina Gascón, Ed. Trotta, 1995, ps. 133-134.

¹⁸ El trabajo citado de García Belaunde entre nosotros, ya advertía también de esta dimensión del problema de la Interpretación Constitucional: “el proceso interpretativo, sostenía nuestro profesor, si bien puede darse en abstracto, lo que se denomina la interpretación doctrinaria (que normalmente es hecha por juristas), está siempre vinculado con un caso práctico; de ahí que la interpretación sea una suerte de razonamiento práctico, al revés de los razonamientos teóricos que se dan en otras ciencias”. *Ob. cit.* p. 23

No obstante, mirando los contextos donde ocurren las prácticas interpretativas, es posible encontrar aparentes contradicciones “teóricas” de los Tribunales que desde una perspectiva pragmática sin embargo se pueden comprender a partir del contexto y de los actores presentes en cada caso. Así, un modelo de interpretación textual o semántica, puede resultar en muchos casos, la mejor forma de construir una respuesta que al mismo tiempo es razonable frente a un caso. En otros contextos, sin embargo, quizá la mejor interpretación literal o textual-semántica, no responda de manera razonable al caso por lo que sea necesario acudir a otro tipo de estrategias reconstructivas que encuentran respaldo en teorías opuestas.

Si se observa con atención la práctica de los altos tribunales, se puede constatar no sin algún desconcierto que incluso con la misma conformación, suelen usarse alternativamente distintas “teorías” para buscar la mejor manera de responder a las cuestiones que plantea un caso en un contexto determinado. Creo que esta es también la observación que trata de mostrar Berman cuando descubre, con cierto asombro, las coincidencias entre Scalia y Sunstein en términos prácticos¹⁹.

Esto mostraría, sin embargo, que las teorías de la interpretación actúan mas como herramientas condicionadas por teorías normativas de “constitución” o de “democracia”. Es decir se trataría de teorías “funcionales” que no podrían convertirse autónomamente en modelos prescriptivos a la hora de interpretar la Constitución. Si hay algo que orienta la interpretación constitucional es su naturaleza “viviente” y la obligación sustantiva que se impone a todo intérprete de la Constitución, de no autoimponerse algún modelo previo a costa de producir un resultado no razonable o injusto.

Si la razonabilidad es el mega-principio de toda práctica constitucional, incluido la práctica interpretativa, ningún juez debiera renunciar, por adelantado y en abstracto, a sacrificar la justicia en un caso concreto so pretexto de seguir alguna teoría que, también en abstracto, se presenta como la correcta²⁰. De este modo, la teoría constructivista, por más arriesgada que ésta fuera, no podría creo, válidamente, dejar de lado alguna dosis de originalismo que llegado el caso podría aplicar como la “mejor lectura moral” en un caso dado.

¹⁹ Cfr. BERMAN, M. ob. Cit. p. 10

²⁰ En este punto cabe recordar el celebrado voto del Juez Holmes en el caso *Lochner vs. New York* (1905): “Las ideas generales no sirven para resolver los casos concretos. La solución debe encontrarse mediante un juicio o una intuición bastante más sutiles que una deducción extraída de una premisa mayor general y abstracta. Creo que esta afirmación, si fuese llevada a la práctica, nos acercaría a la solución correcta”. Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEC, segunda edición, Madrid, 2006, p. 184.

Llevado al extremo, estas consideraciones pueden estar mostrándonos una curiosa paradoja: La mejor teoría de la interpretación constitucional, sería aquella que se construye fuera de los marcos de la Constitución entendida como un documento formal, para más bien presentarse como una forma de hacer convivir una determinada comunidad en base a algunas creencias que no siempre pueden retenerse en un texto escrito. Son las prácticas y no los textos los objetos de la interpretación. Es la *cultura en general*²¹ la que se pone en movimiento cuando surge un problema constitucional que no puede ser socorrido leyendo un texto. Como ha escrito en forma bastante descriptiva, creo, Susan Sontag, la interpretación casi siempre revela una profunda insatisfacción con las lecturas textuales y, por lo general, se configura como práctica de traición de las lecturas textuales²².

5. TEORÍAS POSIBLES

Si lo que se acaba de afirmar tiene algo de verdad, ¿cuál es entonces el lugar de las teorías de la interpretación y cuáles son éstas? Una posible respuesta puede encontrarse en teorías que distinguen entre la interpretación en abstracto y en concreto²³. Los problemas expuestos harían alusión a problemas de la interpretación en concreto, mientras que las teorías se desarrollarían en un plano más abstracto y conceptual.

Si bien esta distinción resulta, por decir lo menos ingenua, pues pretendería en forma sincera que hay teorías que no sirven sino como mera especulación conceptual, sin embargo, en su esfuerzo analítico permiten poner de manifiesto las distintas concepciones a la hora de interpretar la Constitución. El par conceptual más impreciso pero al mismo tiempo de mayor cobertura (en sentido que cubre la totalidad de posibilidades teóricas), sería en esta dirección el *originalismo* frente al *no-originalismo*.

Una forma simple de presentarlos sería como dos creencias que consisten en dos maneras opuestas de comprender la práctica constitucional. Una más

²¹ Me inspiro en este punto de las enseñanzas de Häberle, que entiende a la propia Constitución como “pedazo de cultura”, “expresión de un estadio de desarrollo cultural”, “medio de autorepresentación cultural del pueblo”, “fundamento de sus esperanzas”. Cfr. *La constitución como cultura*, traducción de p. 19

²² “Por tanto, escribe Susan Sontag —luego de advertir las variadas formas históricas de interpretación— la interpretación presupone una discrepancia entre el significado evidente del texto y las exigencias de (posteriores) lectores. Pretende resolver esa discrepancia. (...) la interpretación es entonces una estrategia radical para conservar un texto antiguo, demasiado precioso para repudiarlo, mediante su refundición”. Cfr. S. SONTAG “Contra la interpretación” p. 17.

²³ Cfr. GUASTINI, R. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trad. de Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, Ed. Trotta, 2008.

vinculada alguna dirección textual o intencional previa y otra más vinculada a soluciones pragmáticas que desde luego toman el texto como referencia pero que no limitan solo al texto o no hacen depender del mismo necesariamente y siempre la solución de los casos futuros.

Vistas de este modo, sin embargo, este par de teorías, ya sea por sus múltiples variantes en cada extremo o como consecuencia de ello, por su impracticabilidad, sugieren ser abandonadas en cuanto se toma conciencia de su falta de precisión. Más aún, es posible que en el fondo no se trate de “teorías” sino más bien, de formas de describir determinados resultados prácticos de la interpretación constitucional.

No obstante, los intentos por encontrar un enfoque novedoso y que sea al mismo tiempo útil no han sido abandonados por los teóricos. El intento de Berman parece ir en esta dirección, pero los costos no son menores. Por ejemplo, el pluralismo que este autor presenta como la “teoría de interpretación constitucional contemporánea dominante en el ámbito judicial y académico”²⁴; en seguida es observada por el propio autor, que encuentra que esta manera de comprender las prácticas constitucionales tiene inconvenientes a la hora de convertirse en teorías generales, pues las inevitables contradicciones en la formulación de sus tesis internas terminan por desaconsejar una tal teoría.

No menos problemático resulta el pragmatismo, ya no solo porque claramente se presenta como una forma de “pluralismo interpretativo”, sino que además, no está claro si se trata de una teoría o de una manera fácil de resolver casos orientando los resultados solo a las consecuencias, algo que si bien puede tener algún sentido cuando se trata de decisiones patrimoniales, puede sin embargo resultar contraproducente en materia de interpretación de cláusulas que contienen nuestros derechos básicos.

Por otro lado, el pragmatismo mal entendido o usado de forma irresponsable, puede también, a la postre, presentar como “modelos” o “teorías”, lo que en la práctica, no son más que claros ejemplos de inconsecuencia o falta de coherencia de una determinada Corte o Tribunal a la hora de ponerle contenidos a una Constitución. Creo que un buen ejemplo de esto se recoge en un artículo del Profesor Néstor Sagües²⁵, quien refiriéndose al caso de la Corte Suprema Argentina, ha exigido un “sinceramiento interpretativo” frente a la diversidad de “criterios” o “teorías” que, utilizados de manera indistinta por una misma Corte o Tribunal, generan una sensación de incertidumbre y falta de coherencia, que han llevado a sostener que, de este modo, “la Corte puede hacer casi lo que quiere con el caso

²⁴ BERMAN, M. *ob. Cit.* p. 413

²⁵ Cfr. SAGÜES, N. P. “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°. 1, 2004, p. 170

que tiene frente a sí, gracias a la enorme variedad de parámetros interpretativos a los que puede, indistintamente, apelar”²⁶.

Mención aparte merece el esfuerzo de Dworkin que también, producto de las manipulaciones teóricas termina perjudicado con los rótulos y contra su expresa voluntad²⁷. Se le imputa un “perfeccionismo” porque se orienta hacia una respuesta coherente y articulada, al menos como meta-discurso ideal. Quien interpreta la Constitución, sostendrá este autor, tiene que sentirse parte de algo más que su propio proyecto, tiene que intervenir asumiendo que sus respuestas no pueden ser aisladas y deben integrarse en forma armónica a un concierto mayor del que solo es una pequeña parte²⁸.

Dworkin es, sin duda, el autor con el proyecto teórico más ambicioso en materia de interpretación constitucional. Pero para analizar sus propuestas no es recomendable hacerlo desde quienes caricaturizan o simplifican sus puntos de vista, por lo demás, con claro interés por proponer teorías alternativas que compiten con la suya. Se trata de un proyecto en construcción y sujeto a constantes modelaciones en cada uno de sus aportes. Creo además, que no se trata de una teoría de la interpretación de la constitución aislada de la interpretación de nuestra cultura y de nuestra historia y, quizá por ello inquieta tanto a sus críticos, generalmente acostumbrados a ver en el discurso jurídico un constante autoreferenciamiento como si los juristas provinieran de otra galaxia.

Celosos guardianes de sus propias conjeturas, los críticos de Dworkin no se atreven a acompañarlo en la búsqueda de rutas que, rompiendo la ruta circular y arañada del Derecho, hurgue en otros confines desde donde el Derecho siempre se ha beneficiado, como cuando los filósofos ingresaron en las investigaciones del lenguaje o la lógica. Quizá en este caso, la interpretación puede beneficiarse de otras artes y ciencias como la historia, las teorías de la cultura y la propia antropología.

6. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO ARGUMENTACIÓN CONCRETIZADORA

A estas alturas, las diversas teorías aceptan sin mayores reparos, que no hay una única respuesta correcta también en el ámbito de las teorías de la

²⁶ Cfr. GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/6.pdf>

²⁷ Es llamativo, quizá para poner en evidencia que los rótulos poco importan en este campo complejo de la interpretación, que el propio Dworkin se haya hecho llamar “originalista” en alguno de los sentidos posibles del término: lo que él llama *el originalismo de las expectativas*

²⁸ Cfr. DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986 (trad. cast., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988).

interpretación Constitucional. Se podría decir incluso, que quien busca una teoría que de respuestas correctas en materia de interpretación desconoce el estatuto dinámico e inacabado de la vida constitucional.

Diversas indagaciones, y no solo los constructivistas, convienen en un punto que es importante: la interpretación es una actividad creadora de normas. La teoría analítica genovesa, por ejemplo, con fundamentos en el escepticismo epistémico, propone que la interpretación es una actividad “del espíritu” que puede ser reconstruida como una conjunto de decisiones todas ellas creadoras²⁹.

Ello aconseja pensar que, hoy en día, hay cierto consenso para pensar que el Derecho consiste, al menos en su estructura normativa, en dos grandes momentos de creación de normas. En un primer momento, se avanza en crear el marco general de referencia con enunciados normativos que se convierten en el punto de partida de las concreciones futuras: este el campo de la legislación en sentido amplio. Pero este primer momento no es suficiente si queremos que el Derecho sea una herramienta que perdura. Necesitamos un segundo momento de concreción normativa en el que los intérpretes, tienen y deben, tener un margen de discreción legislativa también. El Estado de Derecho consistiría de este modo, en un espacio de colaboración constante entre legisladores que promueven discursos normativos y concretizadores de estos discursos.

Mas todavía si piensa en el carácter indeterminado o “competitivo” del lenguaje de nuestras constituciones. Como ocurre con la Constitución, hay más de un autor que ha visto en sus fórmulas vagas no un problema sino más bien una virtud³⁰. Esta sería “la virtud de los principios”, en la medida que su indeterminación activa de modo constante el diálogo deliberativo que sería el ingrediente genuino de las democracias constitucionales.

En el mismo sentido, Marisa Iglesias encuentra en las fórmulas constitucionales, un buen ejemplo de “conceptos indeterminados” que garantizarían “que se producirán determinados debates porque su función no consiste en generar consenso”, sino más bien en promover la disputa, rescatando de este modo, la “dimensión dialéctica” de estas fórmulas, en cuanto que obligan a las partes que intervienen en las deliberaciones que se generan a partir de las mismas, a la “la necesidad de justificar cualquier posición que trate de dar contenido a este concepto”³¹.

De modo que nada sublevante debiera ocurrir si se piensa que el Derecho necesita de los dos momentos: uno para escribir las fórmulas indeterminadas

²⁹ Cfr. GUASTINI, R. *Interpretare e argumentare*, Giuffrè, 2011. Especialmente, Cap. VII

³⁰ En este sentido, FERRERES COMELLA, V. *Justicia constitucional y democracia*, CEC segunda edición, Madrid, 2007.

³¹ Cfr. IGLESIAS, M., “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *DOXA*, N° 23, 2000, pp. 77-104.

y otra para concretarlas en el momento de su aplicación. Como la carta que a nadie le importa si no es leída y se pierde en el correo, los textos normativos quedan sin trascendencia si no habilitamos y damos poder a los intérpretes: el Estado de Derecho no puede negar poder a los intérpretes si lo que interesa es la comunicación de un discurso normativo hacia el futuro³².

Hay sin embargo un problema por resolver. La legislación del primer nivel trabaja en un marco amplio de libertad con sustento en la legitimidad que recibe del pueblo. Para los actos normativos del segundo nivel (actos legislativos de concreción interpretativa), se necesita una teoría de la legitimación normativa suficientemente consistente que pueda contener las desviaciones del Estado de Derecho que se presentan plausibles en este proceso.

Las indagaciones y avances de las teorías de la argumentación en las diversas tradiciones jurídicas parecen aquí como la mejor contribución³³. La interpretación se presenta aquí como una forma de argumentación, quizá el corazón de la argumentación técnico-jurídica. La teoría analítica denomina “argumentos interpretativos” al conjunto de argumentos y estrategias que intentan racionalizar discurso concretizador de normas³⁴. Por otro lado, se debe también a la tradición analítica e incluso a la práctica constitucional italiana, la separación entre el texto (disposiciones normativas) y las normas (los significados de los textos)³⁵.

Pero la interpretación constitucional no se agota en argumentos normativos de tipo interpretativo, en la medida que las respuestas constitucionales no dependen o no dependen solo, de descifrar o de asignar significados a los textos normativos. Una teoría de los significados no es suficiente en materia constitucional. Se requiere referencias a la filosofía política y a la teoría del Estado dominante: *en este caso se requiere comprender las premisas del Estado Constitucional basado en la dignidad humana como epicentro*³⁶.

Por otro lado, como lo ha sugerido Susana Pozzolo, quizá convenga, especialmente en el ámbito de la interpretación constitucional “cambiar de

³² Con Sager es posible comprender la labor de los jueces, como una actividad de colaboración (incluso técnica) con el legislador democrático, en el que la concreción de normas debe realizarse ya no en términos especulativos, sino de concreción a los casos para los que son hipotéticamente pensados. Cfr. SAGER, L. *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica judicial norteamericana*; Marcial Pons, Madrid, 2007.

³³ Un resumen de estas teorías puede verse en, ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, Segunda edición, Lima, Palestra, 2004

³⁴ Cfr. TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, especialmente el capítulo VIII.

³⁵ La reconstrucción de esta “invención” italiana, puede verse en; POZZOLO, S. y ESCUDERO, R. (Eds), *Disposición vs. Norma*; Palestra, Lima, 20011. Se trata de una recopilación de trabajos que permiten ver en perspectiva cronológica la formulación de estas teorías.

³⁶ Cfr. LANDA ARROYO, C. Teorías de la interpretación constitucional, en: FERRER MAC-GREGOR (Coordinador), *Interpretación Constitucional*, Vol. II, p. 731 y ss.

perspectiva". En esta búsqueda, incluso desde la tradición del "realismo genovés" vinculado al positivismo crítico, esta autora se ha preguntado de una forma que puede sorprender: "¿Y si considerásemos que la estabilidad de la legislación es solo apariencia? Esto es, ¿y si existiese "siempre un margen de apertura en el cual los conflictos se pueden (y a veces se deben) reabrir en otras sedes"³⁷? Los argumentos derrotados en la *competición* encontrarían, a través de otros órganos del sistema, vías de renegociación y de revisión"³⁸. Se trataría, entonces, de buscar estabilidad ya no en los textos sino en los procesos de concretización. Ello sin embargo, exige alguna teoría de la argumentación que el positivismo no se ha esforzado en construir³⁹.

La interpretación de la Constitución vista como argumentación constitucional⁴⁰ debe permitir abrir otras perspectivas y no solo los aportes de la teoría analítica en materia de interpretación: necesitamos de la tópica porque los problemas constitucionales requieren respuestas orientadas a problemas concretos que urgen respuestas *Aquí y Ahora*⁴¹. Necesitamos de argumentos retóricos persuasivos, porque la argumentación constitucional convoca un auditorio plural con concepciones diversas de lo bueno y de lo malo⁴². Para ello necesitamos conocer la historia, las diversas variantes de la cultura, necesitamos practicar la tolerancia en serio. En definitiva, requerimos de un enfoque que contemple el Derecho ya no como un conjunto de autoridades y normas, sino como un proceso social más complejo y dinámico en el que, no obstante, la justificación parece como la única forma de legitimar los procesos de creación de normas⁴³.

Vista la dimensión de la problemática, en lo que sigue, desearía dejar al menos esbozado un esquema general, que intenta orientar las respuestas a las

³⁷ Cfr. LUZZATI, C., "Le metafore della vaghezza", *Ob. cit.*, p. 125. la referencia es de Susanna POZZOLO, *ob. Cit.* P. 64

³⁸ *Ibidem*

³⁹ Una razón más como enseñan Atienza y Ruiz Manero, para "dejar atrás el positivismo jurídico". Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima, 2009, p. 127 y ss.

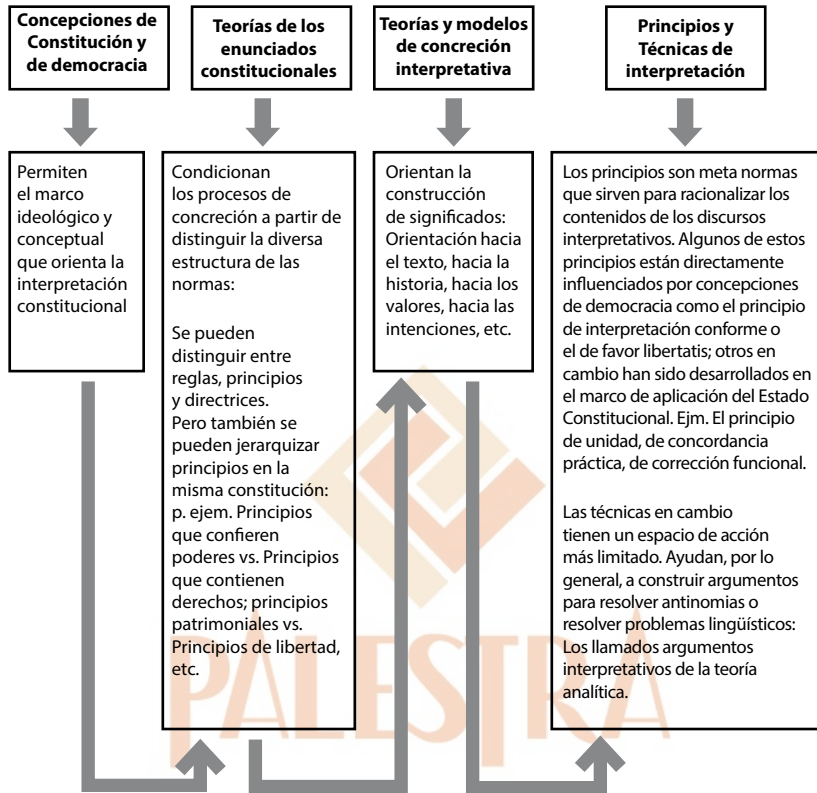
⁴⁰ En este sentido se orientan algunos trabajos que podemos decir están abriendo camino a nuevas indagaciones. P. ejm. ATIENZA, M., "Argumentación y Constitución", en AGUILÓ, J., ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la constitucion*, Iustel, Madrid, 2007

⁴¹ Cfr. VIEHWEG, T. *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. De Luis Diez Picazo, Segunda Edición, Thomson-Civitas, 2007

⁴² Cfr. PERELMAN Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, 1989

⁴³ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. *Notas sobre la interpretación constitucional*, en, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (Coordinador), *Interpretación Constitucional*, vol. II, p. 919 y ss.

preguntas planteadas al inicio, asumiendo los distintos ámbitos o dimensiones que involucra la actividad de interpretación de la Constitución.



El cuadro intenta mostrar por lo menos cuatro de los componentes o variables fundamentales que despliegan sus efectos en todo proceso de concreción constitucional. En un primer momento, todo proceso de interpretación constitucional, presupone una cierta concepción de la Constitución y de la democracia constitucional. Las concepciones de la Constitución se configuran como modelos teóricos o ideologías que condicionan los resultados del proceso de interpretación⁴⁴.

En un segundo momento, dado que las Constituciones son por lo general documentos formales escritos, resulta indispensable una teoría de sus enunciados. Aquí la distinción entre reglas, principios y directrices resulta

⁴⁴ Valga solo como ejemplo el esquemático panorama que presenta AGUILÓ REGLA, J. en: "Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución", en: AA. VV. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, p. 21 y ss.

fundamental⁴⁵. Hace falta una teoría general de los enunciados constitucionales que ayude en este punto. En el ámbito europeo, el debate en torno a la separación (fuerte o débil) entre reglas y principios, ha sido especialmente provechoso en este punto, aun cuando la dogmática constitucional haya estado, por lo general, ausente de este debate.

La relevancia del papel de los principios en los sistemas constitucionales, es seguramente uno de los mayores aportes de la filosofía y la teoría del Derecho contemporánea a la mejor comprensión de los actuales sistemas jurídicos. Atienza y Ruiz Manero han contribuido, precisamente desde este ámbito, con su distinción entre Reglas (de acción y de fin), Principios y Directrices⁴⁶. Especialmente destacable es el esfuerzo de Juan Ruiz Manero que ha profundizado aun más las investigaciones iniciadas con Manuel Atienza⁴⁷. No obstante hay contextos, como ocurre con la Constitución peruana de 1993, por ejemplo, que pretende poner en el mismo nivel a principios que contienen derechos fundamentales y principios que confieren poderes, por ejemplo a la Policía o al Ministerio Público en sus funciones de investigación y persecución del delito. O peor aún, cuando los principios constitucionales se refieren con la misma jerarquía a aquellos que en la Constitución se refieren a auténticos derechos de libertad frente a aquellos principios que configuran las llamadas libertades económicas o de la empresa⁴⁸. Una teoría de los enunciados constitucionales debe ayudarnos aquí a diferenciarlos, al momento de realizar concreciones de tipo ponderativo por ejemplo⁴⁹.

⁴⁵ Como es conocido el redescubrimiento de los principios en la era del Derecho Constitucional, es una de esas grandes deudas que tenemos con Dworkin. La bibliografía sobre el tema es inabarcable, me remito en todo caso a la extraordinaria tesis de Alfonso García Figueroa, que recoge buena parte de estos debates. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1997

⁴⁶ Cfr. ATIENZA M. y RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2ª edición actualizada, 2004.

⁴⁷ Cfr. RUIZ MANERO, J. "Una tipología de las normas constitucionales", en: AA. VV. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, cit. p. 63 y ss.

⁴⁸ Parte del debate reciente en la teoría del Derecho tiene que ver precisamente con la configuración de las distinciones entre los enunciados de la Constitución. Véase por ejemplo el debate a que se refiere el número 34 de la Revista Doxa, que se abre con un artículo de L. Ferrajoli sobre la distinción entre lo que llama "constitucionalismo principialista" vs. "Constitucionalismo garantista". Uno de los puntos del debate tiene que ver con la tipología también propuesta por Ferrajoli que clasifica entre *principios directivos* y *principios regulativos*. Los primeros mas indeterminados y abiertos, mientras los segundos no negociables ni ponderables, puesto que corresponde al ámbito de lo *no decidible*. Cfr. "FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en Doxa 34, p. 15 y ss.

⁴⁹ Resultaría de todo punto de vista razonable, por ejemplo, asumir que los principios que pueden ser objeto de ponderación, y que por tanto pueden colocarse en la "balanza", fueran por lo menos del mismo o parecido contenido. De modo que si se tratara, por ejemplo, de

En un tercer nivel deben considerarse las diferentes teorías que se presentan como teorías de la interpretación constitucional en concreto. Aun cuando puedan estar condicionadas ya por el primer nivel, al asumir las concepciones sobre la Constitución, su identificación ayuda a reconstruir el discurso interpretativo. No es lo mismo la orientación interpretativa de un originalista semántico respecto de un originalista intencionalista; tampoco el de un constructivista analítico respecto de constructivista moral a lo Dworkin por ejemplo.

Finalmente los *principios y técnicas* de la interpretación deben permitir racionalizar el discurso. Al margen de la concepción de Constitución o del modelo de interpretación que se adopte, los principios y técnicas responden, por lo general, a los esquemas conceptuales e ideológicos. Por ejemplo, las técnicas de interpretación lingüística, pueden responder mejor a un modelo de interpretación de tipo cognitivo- semántica, mientras que las técnicas y principios de la interpretación orientada a los fines y resultados, favorecen una interpretación menos vinculada por la literalidad de los textos.

Especial referencia merece, en este esquema general, algunos principios que suelen solaparse como “principios de interpretación”, pero que en realidad son pautas o directrices ideológicas de auto conservación del modelo constitucional y que conviene dejarlos aquí solo anotados. Dos principios especialmente relevantes orientan la interpretación de las constituciones del estado Constitucional. Me refiero al principio de jerarquía normativa de la Constitución y el principio de interpretación conforme. En el primer caso se trata de una advertencia al intérprete para no olvidar que la interpretación no puede “reducir” ni la *fuerza vinculante*, ni la *máxima jerarquía* jurídica que ostenta la Constitución. En el caso del principio de *interpretación conforme*, éste puede verse como una expresión invertida del mismo principio de jerarquía. Aquí se trata de la aplicación del principio de razonabilidad a la hora de enjuiciar el resto de las entidades normativas a la luz de la Constitución. La *interpretación razonable de la Constitución* se presente en este caso, como una actividad residual de cara a los demás intérpretes de la Constitución. Mo ha destacado Luis Prieto, la misión del juez constitucional no consiste en determinar de manera concluyente cual ha de ser la única interpretación posible, sino, en cualquier caso, “indicar qué interpretaciones resultan intolerables”⁵⁰.

“pesar” principios que confieren libertades para ingresar al mercado o para conducir una empresa, éstos deberían ingresar con alguna carga a la “balanza de la ponderación” de tal forma que no sea fácil o resulte poco probable que puedan vencer a los principios vinculados con la dignidad o a los derechos personalísimos o vinculados con la dignidad. De otro modo la “balanza de la ponderación” se convertiría en una forma de pesar nuestras diferencias sociales.

⁵⁰ Cfr. PRIETO L. “Notas sobre la interpretación constitucional”, *ob. cit.* p. 921.

Como puede apreciarse, estas directrices o “pautas” no son propiamente herramientas neutrales sino que están “comprometidas” con un modelo de constitución y también con ciertas finalidades institucionales, como puede ser la preservación del propio modelo o la de la división de funciones entre jueces y legislación a la hora de trabajar vinculado por un sistema constitucional. En esta misma dirección, también se han desarrollado algunos criterios jurisprudenciales en la Alemania de la post guerra, canonizados luego por K. Hesse y que ha tenido amplia difusión hacia finales del siglo XX⁵¹. En los últimos años, nuevas concepciones de los derechos, han vuelto casi en método exclusivo para concretar las cláusulas constitucionales, a la ponderación. Ello no obstante, no debe dejar de lado las críticas permanentes que deben ser contempladas, por lo menos, como llamados a la vigilia desde la academia⁵².

Sea como fuere, la interpretación constitucional no agota sus posibilidades en una única concepción de la interpretación, se requieren indagaciones que sean capaces de buscar los hilos que permitan comunicar y hacer colaborar a mas de una teoría de la interpretación y a todas las técnicas posibles, asumiendo sí, que en la interpretación constitucional no se trata de una indagación en busca de resolver intersticios o aclarar las zonas grises de los textos constitucionales. La interpretación constitucional supone, fundamentalmente, un ejercicio intelectual que debe responder a problemas de convivencia en una sociedad con aspiraciones plurales y que ha creído que la Constitución puede ser un nexo o punto de unidad en esa convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J.: “Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución”, en: AA. VV. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, p. 21 y ss.
- ALEXANDER ALEINIKOFF, T. *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*, Trad. De Carlos Bernal, Lima, Palestra, 2010.
- ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho*, Segunda edición, Lima, Palestra, 2004
- ATIENZA, M.: “Argumentación y Constitución”, en Aguiló, J., Atienza, M. y J. Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la constitucion*, Iustel, Madrid, 2007
- ATIENZA M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2ª edición actualizada, 2004.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima, 2009.

⁵¹ Cfr. HESSE, Konrad, “La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

⁵² Un texto hoy indispensable en esta dirección, es el trabajo de ALEXANDER ALEINIKOFF, *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*, Trad. De Carlos Bernal, Lima, Palestra, 2010.

- BAYÓN, Juan Carlos: "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo"; disponible en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf.
- BERMAN, Mitchell: "Constitutional Interpretation: Non-originalism", en: *Philosophy Compass* 6/6 (2011), pp. 408-420.
- DWORKIN, R.: *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986 (trad. cast., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988).
- ELY, JOHN HART: *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard, University press, 1980. Existe versión castellana editada por Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.
- FERRAJOLI, L.: "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Doxa* 34, p. 15 y ss.
- FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, CEC segunda edición, Madrid, 2007.
- GARCÍA BELAUNDE, D.: "La interpretación constitucional como problema", en *Revista Pensamiento Constitucional*, año 1, N° 1, Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP, Lima, 1994, p. 20.
- GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1997
- GARGARELLA, R.: "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina", en; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/6.pdf>
- GUASTINI, R.: *Interpretare e argumentare*, Giuffrè, 2011
- GUASTINI, R.: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Ed. Trotta, 2008.
- HÄBERLE, P.: "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas" en, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/13Haeberle.pdf> p. 381
- HÄBERLE, P.: *La constitución como cultura*, traducción de Ana María Montoya, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.
- HESSE, K.: "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- IGLESIAS, M.: "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", en *DOXA*, N.º 23, 2000, pp. 77-104.
- LANDA ARROYO, C.: Teorías de la interpretación constituconal, en: Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Interpretación Constitucional*, Vol. II, p. 731 y ss.
- PERELMAN Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, 1989
- POZZOLO, S.: "Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*, Palestra, Lima 2011. p. 24.
- POZZOLO, S. y Escudero, R. (Eds.): *Disposición vs. Norma*; Palestra, Lima, 20011

- PRIETO SANCHÍS, L.: *Notas sobre la interpretación constitucional*, en: Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinador), *Interpretación Constitucional*, vol. II, p. 919 y ss.
- PRIETO SANCHÍS, L.: "Iusnaturalismo, positivismo y control constitucional de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional", en: *Revista Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, N° 4. Universidad de Oviedo, 2006.
- RUÍZ MANERO, J.: "Una tipología de las normas constitucionales", en: AA. VV. *Fragments para una teoría de la Constitución*, cit. p. 63 y ss.
- SAGER, L.: *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica judicial norteamericana*; Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SAGÜES, N.: "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, 2004, p. 170
- SONTAG, S.: *Contra la interpretación*, Ed. De Bolsillo, 2007
- TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- TROPPER, Michel: "El Poder Judicial y la Democracia" en: *Isonomía* N° 18, 2003, p. 47 y ss.
- VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. De Luis Díez Picazo, Segunda Edición, Thomson-Civitas, 2007
- WALUCHOW, W.: "Constitutionalism", en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, E. N. Zalta (Ed.), disponible en: URL = <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>
- ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*; trad. De Marina Gascón, Ed. Trotta, 1995.