

PANORAMA DE LOS PROBLEMAS ACTUALES EN INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL *

AN OVERVIEW OF THE CURRENT PROBLEMS
IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

PANORAMA DOS PROBLEMAS ATUAIS NA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ**

- * El presente artículo es un producto del proyecto de investigación Fundamentos e Implementación de los Derechos Humanos, financiado por la Universidad Católica de Colombia. El autor agradece a los miembros del Cisjuc y al doctor Edwin Horta por su apoyo en este proyecto; a Grace Ramírez, Carolina Burgos y Liliana Sanabria por su invaluable colaboración en la obtención y clasificación de la información; a Dalí Rojas por sus atinadas correcciones, y a S. Patricia Rodríguez por las observaciones metodológicas hechas al iniciar el proyecto.
- ** Miembro del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.
fepulido@ucatolica.edu.co



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO: MARZO 13 DE 2012, APROBADO: MAYO 05 DE 2012

RESUMEN

En el artículo se exploran diferentes teorías en torno al problema de la relación de los enunciados normativos con la actividad interpretativa. Desde la teoría general de la interpretación jurídica se exponen tres enfoques interpretativos: 1) los realistas, que defienden una designación semántica a entidades de carácter normativo con existencia real; 2) los idealistas, que defienden una designación semántica de carácter normativo a principios políticos que justifican la práctica jurídica, y 3) los pragmáticos, que defienden una relación semántica no normativa a la voluntad del autor de los enunciados normativos. Por su parte, desde la teoría de la interpretación de la constitución se distinguen dos modelos: 1) el de los originalistas, quienes defienden que las actividades de interpretación deben limitarse a identificar el sentido del texto constitucional de conformidad con la intención del constituyente o el sentido original de las palabras, y 2) el de los extrínsecos, quienes defienden que los criterios de corrección de la interpretación constitucional no se relacionan con el texto o su autor, sino con fundamentos independientes de los enunciados normativos constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional, derechos humanos, interpretación, epistemología, teoría legal.

ABSTRACT

This article explores different theories on the problem posed by what the law states and how it is interpreted. Three interpretive approaches are presented, based on the general theory of legal interpretation. They include: 1) the realists, who support a semantic designation for normative articles that actually exist; 2) the idealists, who favor a normative semantic designation for political principles that justify the practice of law; and 3) the pragmatists, who advocate a non-normative semantic relationship contingent on the will of the author of the law. As to the theory of constitutional interpretation, two models predominate: 1) the originalists, who say interpretation should be limited to identifying the meaning of the constitutional text, pursuant to the intent of the constituent or the original meaning of the words; and 2) the extrinsics, who argue the criteria for constitutional interpretation are not related to the text or the author, but to the independent principles and merits of constitutional norms.

KEY WORDS

Constitutional law, human rights, interpretation, epistemology, legal theory

RESUMO

Neste artigo, exploram-se diferentes teorias ao redor do problema da relação dos enunciados normativos com a atividade interpretativa. A partir da teoria geral da interpretação jurídica, expõem-se três enfoques interpretativos: 1) os realistas, que defendem uma designação semântica a entidades de caráter normativo com existência real; 2) os idealistas, que defendem uma designação semântica de caráter normativo a princípios políticos que justificam a prática jurídica, e 3) os pragmáticos, que defendem uma relação semântica não normativa à vontade do autor dos enunciados normativos. Por sua parte, a partir da interpretação da constituição, distinguem-se dois modelos: 1) o dos originalistas, que defendem que as atividades de interpretação devem se limitar a identificar o sentido do texto constitucional de conformidade com a intenção do constituinte ou com o sentido original das palavras, e 2) o dos extrínsecos, que defendem que os critérios de correção da interpretação constitucional não se relacionam com o texto ou seu autor, mas sim com fundamentos independentes dos enunciados normativos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito constitucional, direitos humanos, interpretação, epistemologia, teoria legal.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. INTERPRETACIÓN JUDICIAL, ENUNCIADOS NORMATIVOS Y SIGNIFICADO; 1.1. LOS REALISMOS; 1.2. PRAGMATISMO; 1.3. CONSTRUCTIVISMO; 1.4. RECAPITULACIÓN; 2. TEXTOS CONSTITUCIONALES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL; 2.1. MODELOS ORIGINALISTAS; 2.2. MODELOS EXTRÍNSECOS; 2.2.1. DOCTRINALISTAS; 2.2.2. HIPERRACIONALISMO; 2.2.3. MODELOS PRUDENCIALES; 3. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La comprensión e implementación de los derechos humanos depende de las relaciones entre las dimensiones ontológica, epistemológica y sociolegal de los derechos humanos. La dimensión ontológica pretende definir los derechos, qué tipo de entidad son, sus categorías y sus formas. En términos simples, la ontología de los derechos humanos se ocupa de la pregunta sobre ¿qué son los derechos humanos?¹. La epistemología, por su parte, se encarga de estudiar la forma en que se conoce, es decir, la manera como el ser humano conoce racionalmente los objetos del mundo. Así, la dimensión epistemológica de los derechos intenta resolver cómo el sujeto accede al conocimiento del Derecho². Por dimensión sociolegal entendemos aquellas actividades tendentes a la formulación, sistematización y eficacia social de los derechos. Así, sin pretender exhaustividad, los problemas relativos a lo “legal” se refieren a la positivización de normas, su descripción, la definición de las relaciones lógicas entre ellas, su sistematización, evaluación³, e incluso el estudio de “las herramientas que deben utilizarse para la correcta elaboración de un texto normativo”⁴. Por su parte, los problemas sociolegales estudian el funcionamiento de la ley en la realidad social y cómo las cuestiones sociales influyen en la existencia y aplicación de las reglas jurídicas⁵. Los problemas sociolegales, entonces, giran en torno a la implementación de los derechos.

Sin embargo, las actividades teóricas y prácticas en torno a la comprensión, el desarrollo y la protección de los derechos humanos tienden a descuidar las relaciones entre tales dimensiones y el hecho de que de la comprensión de cada una de ellas y su determinación depende la protección efectiva de los derechos. Por ejemplo, los enfoques realistas norteamericanos se preocupan esencialmente por la dimensión social de los derechos humanos dejando de lado su fundamento ontológico y epistemológico. De la misma manera, los discursos e investigaciones legales se enfocan en problemáticas restringidas al fenómeno legal de los derechos

¹ Anthony LANGLOIS, “The Elusive Ontology of Human Rights”, en *Global Society: Journal of Interdisciplinary International Relations* 3 (2004), pp. 243-261.

² John L. POLLOCK y Joseph CRUZ, *Contemporary Theories of Knowledge*, Maryland, Rowman & Littlefield, 2ª ed, 1999, p. 5; Geoffrey SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Wiltshire, Ashgate, 2003, p. 12.

³ Carlos NIÑO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, México, Fontamarrá, 1993, p. 11-20.

⁴ Héctor PÉREZ, *Manual de técnica legislativa*, Buenos Aires, Konrad Adenauer, 2007, p. 19.

⁵ Elizabeth MERTZ, “New Social Constructionism for Socio legal Studies”, en *Law & Society Review* 5 (1994), pp. 1243-1266.

humanos (específicamente a su positivización y a su interpretación), dejando de lado las dimensiones ontológica, epistemológica y social.

Ahora bien, el concepto moderno de Constitución depende del reconocimiento y la garantía de los derechos humanos en tanto que el constitucionalismo actual se desarrolla en función de esos derechos. Es así como la interpretación constitucional está en el núcleo del Derecho constitucional toda vez que de ella depende en alta medida la garantía de los derechos⁶. Además, la interpretación constitucional depende de qué son los derechos (ontología) y se refiere a las formas cómo se accede al conocimiento del Derecho o, en otras palabras, cuál es la función de la interpretación para el conocimiento de este (epistemología). Asimismo, la interpretación determina las formulaciones legales o las prácticas sociales (sociolegal). En realidad, el surgimiento de la interpretación como eje de las discusiones ius-filosóficas tiene una relación directa con cuestiones de epistemología jurídica, pues desde el fracaso de los métodos formalistas decimonónicos para aprehender y explicar lo jurídico se ha afirmado, siguiendo a DWORKIN, que “el Derecho es un concepto interpretativo y que los textos por sí solos no dicen nada”⁷. GARCÍA BELANUDE, por ejemplo, afirma que la filosofía del derecho contemporánea “considera la interpretación como uno de sus más importantes capítulos”, y dado que la “filosofía del Derecho es fundamentalmente filosófica, la interpretación tiene que remitirse a la filosofía general”, de manera que “la interpretación es, en primer lugar, un problema filosófico; en segundo lugar es un problema filosófico-jurídico, y finalmente, es un problema jurídico-dogmático”⁸. En la misma línea, Rodolfo VIGO entiende que la reflexión en torno a la interpretación jurídica depende de cuestiones ontológicas tales como qué tipo de realidad es el Derecho y, por tanto, cuál es la materia de la interpretación; y cuestiones epistemológicas como qué tipo de saber o conocimiento es la interpretación jurídica, cuál es su propósito y cuál es el método que debe seguir el intérprete para alcanzar dicha finalidad⁹.

En este orden de ideas, el escenario interpretativo representa un lugar común en las discusiones ius filosóficas de nuestra época¹⁰. En efecto, como lo ha señalado Manuel ATIENZA, la interpretación jurídica en general y la constitucional en particular, están en el centro de las teorías del Derecho y constitucional¹¹. Si bien la teoría de la interpretación constitucional es un caso dentro de la teoría general de la interpretación jurídica, existen rasgos en la interpretación constitucional que la especifican, particularmente aquellos relacionados con “el papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación, con el de su organización

⁶ Fernando TOLLER, “Jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos”, en Ives GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), *Direito fundamental à vida*, São Paulo, Quartier Latin, pp. 1204.

⁷ Albert CALSAMIGLIA, “El concepto de integridad en Dworkin”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 12 (1992), pp. 155-176.

⁸ Domingo GARCÍA BELANUDE, “La interpretación constitucional como problema”, en *Revista de estudio políticos*, 86 (1994), pp. 9-38.

⁹ Rodolfo VIGO, *La interpretación jurídica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

¹⁰ Francesco D'AGOSTINO, “Interpretación y hermenéutica”, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 34 (1996), pp. 39-56.

¹¹ Manuel ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, pp. 187-213.

institucional¹², o el de la naturaleza de sus normas¹³. En este sentido, FLEMING y BARBER defienden que la idea de constitución se refiere actualmente tanto al conjunto de proposiciones que forman parte del documento constitucional como a la interpretación que de ellas hacen los tribunales. Han explicado, además, que las cuestiones básicas del constitucionalismo son: el tipo de realidad a la que se refieren las palabras y frases de la constitución, los enfoques acerca de cómo debemos interpretar la constitución, quién tiene la última palabra sobre interpretación constitucional, y cuáles son los límites de la interpretación constitucional¹⁴. En resumen, las cuestiones relacionadas con la interpretación de la constitución juegan un papel central en el constitucionalismo contemporáneo y en la definición de tales cuestiones se encuentran comprometidas las dimensiones de los derechos. En este artículo se expone un panorama general de las discusiones actuales sobre la interpretación de la constitución. Particularmente se presentan las problemáticas identificadas en torno a la relación entre textos normativos, normas, interpretación y adjudicación del Derecho. En otras palabras, el problema alrededor del cual se presentan las discusiones en este trabajo es: ¿Cuáles son las relaciones entre textos normativos y derechos? En la primera parte se describen, desde la teoría general del Derecho, las posibles relaciones entre los enunciados normativos, las normas y la interpretación judicial. En la segunda parte se exponen los enfoques de la interpretación judicial de la constitución en función del énfasis que den a los textos normativos o a factores distintos o externos.

1. INTERPRETACIÓN JUDICIAL, ENUNCIADOS NORMATIVOS Y SIGNIFICADO

Para conceptualizar la interpretación jurídica suele distinguirse entre el objeto, la actividad y el sujeto interpretativo. El objeto se refiere a la materia sobre la que recae la actividad interpretativa (textos, normas, hechos, etc.). La actividad se refiere a qué tipo de saber o conocimiento es la interpretación (cognitiva, teórica, volitiva, práctica, etc.) Por último, según el sujeto, se suele distinguir entre interpretación operativa, auténtica y doctrinal. La interpretación operativa es llevada a cabo por una autoridad jurídica y su finalidad es resolver un problema jurídico mediante una respuesta, en principio, de carácter obligatorio. La doctrinal es la realizada por particulares con el objeto de, entre otros, describir, sistematizar o criticar el Derecho. La interpretación auténtica es la llevada a cabo por el mismo sujeto que creó la norma. Por último, la interpretación judicial es la realizada por los jueces en su tarea de adjudicar los derechos¹⁵.

A su vez, la interpretación judicial puede ser concebida, desde un sentido mínimo, como la actividad consistente en atribuir significado a un texto normativo, y hasta

¹² Jerzy WRÓBLEWSKY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 17-19.

¹³ José J. MORESO, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", en Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23 (2000), pp. 105-118.

¹⁴ Sotirios BARBER y James E. FLEMING, *Constitutional Interpretation. The Basic Questions*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 3-12.

¹⁵ Isabel LIFANTE, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 27-49.

un sentido máximo, concibiéndola como las actividades y los productos necesarios para dar respuesta a un problema jurídico. Así por ejemplo, para Lawrence SOLUM, la interpretación es la actividad de determinar el significado lingüístico de un texto normativo y cuya finalidad es resolver las ambigüedades y vaguedades de los textos normativos¹⁶. En cambio, para Michell VILLEY el objeto de la interpretación es determinar lo justo. Para este autor, el valor de los textos jurídicos es instrumental en la determinación del Derecho en un caso concreto¹⁷. Para DWORKIN, por su parte, la interpretación debe ser guiada por el concepto de Derecho como integridad. Según dicho concepto, el hilo conductor en el desarrollo de la práctica constitucional debe ser el valor de la integridad en la interpretación del Derecho, para lo cual el razonamiento práctico en la toma de decisiones debe derivarse de un esquema coherente de principios, con el fin de que las decisiones de los diferentes actores jurídicos formen parte del cuerpo de dicho esquema. Así, según DWORKIN, los jueces

“no pueden leer sus propias convicciones en la constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular, sin importar cuánto les importa ese juicio, a menos que lo consideren consistente, en principio, con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y también con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones de otros jueces”¹⁸.

De esta manera, se puede concluir que uno de los tópicos comunes en las reflexiones en torno a la interpretación judicial es la relación entre lenguajes o enunciados normativos (en adelante *EN*) e interpretación. En otras palabras, el problema radica en determinar cuál es la función de los textos normativos en la solución de casos por parte de los jueces y su incidencia en la corrección de la misma. En esta línea se pueden distinguir las teorías de la interpretación dependiendo del énfasis dado bien sea a los *EN* o algún tipo de entidad exterior (o diferente) a aquellos. Las teorías textualistas serán aquellas que enfatizan en los *EN*, tal y como están formulados en los textos jurídicos, como criterio relevante de la interpretación. Por otra parte, las teorías extratextualistas son aquellas que consideran que el objeto de la interpretación no debe depender de los enunciados normativos y que, por tanto, los criterios de éxito en la descripción de la interpretación o en la corrección de la misma no dependen de consideraciones lingüísticas (cuadro 1).

¹⁶ Lawrence B. SOLUM, “The Interpretation-Construction Distinction”, en *Constitutional Commentary* 1 (2010), pp. 95-118.

¹⁷ Michel VILLEY, *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979. Citado en Rodolfo VIGO, *La Interpretación Jurídica*, ob. cit.

¹⁸ Ronald DWORKIN, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en H. HONGJU y R. SLYE (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, p. 110.

Cuadro 1.
Teorías generales de interpretación

Teoría	Formulación
Sentido mínimo	Atribuir significado a un enunciado normativo (<i>EN</i>).
Sentido máximo	Proceso y producto en la resolución de un problema jurídico.
Textualismo	Énfasis en los enunciados normativos.
Antitextualismo	Énfasis en elementos o entidades distintas a los (<i>EN</i>).

Fuente: elaboración propia.

La relación entre *EN*, normas (*N*) e interpretación (*I*) depende de los conceptos de significado y designación. En otras palabras, dicha relación depende de la definición de cuál es la relación entre *N* y *EN*. Esta cuestión ha sido abordada por la filosofía del lenguaje mediante los conceptos de significación (significado) y designación. La significación es la función de los signos en relación con el pensamiento, es decir, las ideas o imágenes que representa el lenguaje en el pensamiento. La designación (o referencia) es la función de los signos en relación con entes reales, es decir, a qué tipo o clase de realidad remite el lenguaje. De esta manera, el proceso comunicativo depende de la correcta relación entre lenguaje, significado y designación. Jurídicamente, el lenguaje está dado por los *EN* los cuales significan normas (*N*). Las expresiones lingüísticas de carácter normativo (los *EN*) no son en sí mismas *N*, sino el signo —significativo— de *N*. Las *N*, a su vez, son proposiciones cuya estructura es la relación de carácter normativo (prohibitiva, facultativa u obligatoria) entre un sujeto y una acción. En ese orden de ideas, la designación de los *EN* son la realidad normativa (*RN*), es decir, la relación deóntica entre un sujeto y la acción.

Las concepciones sobre la relación *EN* y realidad (designación) dependen, en primera medida, de si se considera o no la designación o referencia de los enunciados normativos. Siguiendo a Carlos MASSINI, dichas concepciones se pueden distinguir entre teorías sin designación y teorías con designación¹⁹ (véase cuadro 1). Las teorías sin designación se dividen, a su vez, entre corrientes sociológicas y textualistas. Las corrientes sociológicas consideran que el Derecho es, en esencia, vida social (en amplio sentido, como conjunto de instituciones y fenómenos sociales, políticos y económicos) y que, por tanto, los enunciados normativos no son constitutivos de lo jurídico. Por ejemplo, para Isabel Cristina JARAMILLO, el Derecho son las instituciones que regulan la vida en sociedad y que se constituyen tanto en

¹⁹ Carlos MASSINI, "Sobre la significación y designación de las normas: la Contribución de Georges Kalinowski a la Semántica Normativa", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 106 (2003), pp. 65-94.

instrumento de dominación social como de emancipación²⁰. Asimismo, la teoría del derecho marxista, como la de PASHUKANIS, considera que el Derecho en cuanto forma no existe, pues posee una historia real que no se desarrolla como un sistema de pensamiento sino como un sistema en el que los hombres toman decisiones bajo las presiones de las relaciones de producción²¹. Las corrientes textualistas, por el contrario, consideran que lo jurídico es, en esencia, el lenguaje normativo (el Derecho es lenguaje). Las teorías con designación se distinguen entre teorías con referencia no-normativa y teorías con referencia normativa. En las teorías con referencia no-normativa existen, básicamente, corrientes emotivistas e imperativistas. Las teorías emotivistas defienden que: a) los enunciados normativos no son enunciados descriptivos, b) por tanto, los juicios normativos no son susceptibles de ser verdaderos o falsos, y c) que los juicios éticos tienen como única función expresar la actitud de quien los formula y provocar una actitud similar en la persona a quien se los formula²². Los imperativistas entienden que las normas se refieren a un acto de prescripción o imposición. Para John AUSTIN, por ejemplo, las normas jurídicas son mandatos (conductas obligatorias) respaldados mediante la amenaza de un castigo. Para él, las normas jurídicas se distinguen no por la forma en que se manifiestan, sino por el poder o propósito de la parte que manda infligir un daño o pena en caso de desobediencia²³. Por otra parte, la teoría marxista afirma que el Derecho es un sistema u ordenamiento de relaciones sociales que corresponden a los intereses de la clase dominante y es tutelado por la fuerza organizada de tal clase²⁴. Las teorías con referencia normativa se diferencian entre idealistas, voluntaristas y realistas normativos. Para los idealistas los enunciados normativos designan principios morales ideales. Los enunciados normativos deben designar principios morales. “Los principios morales son excluyentemente justificatorios en su campo de aplicación, y solo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios —y que son, por tanto, derechos morales— pueden servir de razones para actuar”²⁵. Para los voluntaristas, los enunciados normativos remiten

²⁰ Isabel JARAMILLO, “Estudio Preliminar”, en Robin WEST, *Género y teoría del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 69.

²¹ Daniela TEIXEIRA y Walber SILVA, *Origem E Extinção Do Direitoemashukanis*, en I Congresso Internacional de Direito e Marxismo, 1 ed. Caxias do Sul: Plenum, 2011, pp. 561-571.

²² Eduardo RABOSI, “Emotivismo ético, positivismo lógico e irracionalismo”, en *Dianoia: anuario de filosofía* 17 (1971), pp. 36-61. Debe tenerse en cuenta que para los positivistas la realidad son hechos (concepción ontológica factual) y, en ese sentido, el objeto de la ciencia es describir esos hechos e identificar las leyes que los rigen (concepción epistemológica). Sin embargo, observaron que no solo hay hechos, también existe la preferencia de unos hechos sobre otros (valores). Al verse enfrentados al problema de la existencia de los valores en relación con sus concepciones ontológicas y epistemológicas, se veían aparentemente obligados a negar la realidad de los valores y las acciones conforme (o disconforme) a esos valores. La solución que dieron fue, en efecto, negar la existencia de los valores y explicar que lo que media “entre esos dos hechos que se enlazan mediante la acción, lo que convierte a uno de ellos en el hecho preferido, o ‘fin’, y da curso al otro como ‘medio’, es a su vez otro conjunto de hechos llamados ‘sentimientos’ o ‘emociones’. Por tanto, las acciones quedan reabsorbidas en el ‘universo de los hechos’ al describirse como meros efectos de las emociones, que son ellas mismas hechos también”; Ángel Manuel FAERNA GARCÍA-BERMEJO, “Significado y valor: la crítica pragmatista al Emotivismo”, en *Quaderns de Filosofia y Ciencia* 36 (2006) pp. 27-39. A pesar de que los EN se expresan como refiriéndose a hechos, para los emotivistas no expresan proposiciones genuinas pues no tienen carácter factual (no son descriptivos de hechos morales) sino que expresan las actitudes de aceptación o reproche de quien las formula; Kyle SWAN, “Emotivism and deflationary truth”, en *Pacific Philosophical Quarterly* 3 (2002), pp. 270-281.

²³ Rolando TAMAYO, *el Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la Ciencia Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, pp. 566-567.

²⁴ Cfr., por ejemplo, Márcio BILHARINHO, *Marxismo e Direito: Um estudo sobre Pashukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000.

²⁵ Carlos NINO, “Sobre los Derechos Morales”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 7 (1990), pp. 311-326.

al contenido y valor normativo de actos de voluntad cuyo representante más conocido fue Guillermo DE OCKHAM, según el cual las normas jurídicas no dependen de autoridades o formulaciones humanas sino de derechos o poderes naturales otorgados según la voluntad de Dios (cuadro 2).

Cuadro 2.
Teorías jurídicas en torno a la relación entre enunciados normativos y realidad normativa

Teorías sin referencia semántica		Teorías con referencia semántica	
Sociológicas	Lingüísticas	Referencia no normativa	Referencia normativa
		<ul style="list-style-type: none"> • Emotivistas • Imperativistas 	<ul style="list-style-type: none"> • Idealistas • Voluntaristas • Realistas

Fuente: elaboración propia.

OCKHAM se opuso a la *plenitudo* o *potestatis* papal, que se presentaba como una interpretación de la “comisión petrina”: “[t]odo lo que ligares en la tierra, será ligado en el cielo”. Para OCKHAM el poder del Papa no podía ser concebido como pleno, pues el Papa podría hacerlo todo, salvo lo expresamente prohibido por la ley divina y natural. Ello implicaría que el Papa no está subordinado al derecho humano, por lo que podría desconocer derechos de los laicos. “Por el contrario, decía OCKHAM, los mencionados derechos positivos no dependen del Papa, puesto que están basados en derechos o poderes naturales otorgados inmediatamente por Dios a la humanidad en general, sin especificación o particularización”²⁶. Por último, para los realistas, los enunciados normativos “tienen como referencia semántica ciertas estructuras deónticas con existencia real”, es decir, remiten “a realidades normativas previas” a los contenidos de los enunciados²⁷.

En las siguientes líneas se presentan brevemente tres enfoques particulares de interpretación jurídica que relacionan (*EN*), (*N*) e (*I*): interpretación realista, interpretación pragmática e interpretación constructivista.

1.1. Los realismos

Los realistas entienden que *N* no puede identificarse con el acto psicológico que le da origen, *N* tiene una designación real e independiente tanto del sujeto que

²⁶ Carolina FERNÁNDEZ, “Iusnaturalismo, voluntarismo, derechos subjetivos y otros problemas de la opera política de Ockham”, en *Anuario Filosófico* 1 (2008), p. 149.

²⁷ Carlos MASSINI, “Sobre la significación y designación de las normas: la contribución de Georges Kalinowski a la semántica normativa”, cit., pp. 65-94.

formula *EN* como del intérprete. En este sentido, las normas son entes referidos a objetos de conocimiento, razón por la cual pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. Las normas, entonces, designan un estado real de cosas (una relación normativa real). Los *EN*, por su parte, cumplen una función instrumental para la comprensión de la norma, pero ello no se puede hacer sin conocer su designación. Desde el realismo, los enunciados normativos designan estados de cosas reales. Debe tenerse en cuenta que la teoría del Derecho ha distinguido entre normas i) conceptuales, ii) constitutivas y iii) deónticas, o normas en estricto sentido. Las primeras definen términos legales, las segundas otorgan poderes y las últimas definen un caso como jurídicamente prohibido, obligatorio o facultativo. En otras palabras, las normas deónticas definen el carácter prohibitivo, facultativo u obligatorio de la relación entre el sujeto y la acción. Las normas deónticas, además, pueden ser generales o individuales según si correlacionan un caso genérico con una solución genérica, o un caso individual con una solución concreta²⁸. Como se dijo, las entidades normativas, en estricto sentido, son las relaciones de carácter prohibitivo, facultativo u obligatorio entre un sujeto y una acción. Dicha relación (relación deóntica o normativa) entre un sujeto y una acción, o, lo que es lo mismo, el carácter prohibitivo, obligatorio o facultativo de un caso, puede ser intrínsecamente valiosa o valorativamente indiferente. En este orden de ideas, la formulación de los enunciados normativos puede ser de recepción y explicitación (en el caso de las normas intrínsecas) y de determinación (en los casos de conductas valorativamente indiferentes).

Carlos MASSINI concluye que las normas deben remitir necesariamente a relaciones deónticas reales, pues:

“si las normas remitieran solo a hechos condicionantes y sus consecuencias fácticas, pero no incluyeran en su significación ningún elemento deóntico, ¿de dónde sacar su deonticidad? Aquí si tendría una aplicación apropiada la bien conocida ley de HUME, ya que la normatividad de las normas no podría resultar jamás de su referencia a meros hechos empíricos. [...] si ninguna realidad —distinta del sujeto— puede ser considerada como una causa o fundamento en contra de las normas, ellas no existen en la realidad y, al tenerlas por objetivamente válidas, somos solamente víctimas de una ilusión”.

Por tanto, es necesario o bien a) una fundamentación de la norma objetiva y trascendente, o b) la aceptación del carácter histórico de las normas. Así,

“para que la fundamentación resulte accesible, es necesario, que la expresión que es signo de las normas sea en realidad algo de ella misma: inmediatamente, de una posición normativa; inmediatamente pero de modo decisivo, de la realidad de donde esa proposición ha sido abstraída o a partir de la cual ha sido construida”²⁹.

²⁸ Para una revisión general de las tipologías normativas véase Josep AGUILÓ, *Las fuentes del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2000, y Manuel ATIENZA y Juan MANERO, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

²⁹ Carlos MASSINI, “Sobre la significación y designación de las normas: la contribución de Georges Kalinowski a la semántica normativa”, cit., pp. 65-94.

La interpretación jurídica, según MASSINI, se refiere a todo proceso cognoscitivo a través del cual se alcanza la comprensión de un enunciado normativo. En otras palabras, se trata de la actividad cognitiva destinada a la aprehensión del significado y designación que las palabras transmiten en los textos normativos (conjuntos finitos completos de enunciados que se presume revisten algún valor). Para el autor, la objetividad en la interpretación jurídica es necesaria pues, de lo contrario, no sería posible establecer un criterio para estimar las diferentes interpretaciones, las cuales resultarían en “decisionismo voluntarista”. La validez de la interpretación dependería del sujeto intérprete, pero no de su adecuación de contenido, lo que eliminaría la posibilidad de la crítica material. En este escenario, la interpretación desaparece y deviene en una mera elección (arbitrariedad)³⁰. MASSINI explica que el fundamento de la objetividad de la interpretación no se encuentra en “la subjetividad del hablante, sino sobre todo en aquella realidad que es expresada en y a través del lenguaje”, es decir, la realidad normativa. De lo anterior, afirma, se deriva que ha de existir un “paralelismo constitutivo entre la inevitable intencionalidad del conocimiento, volcado intrínsecamente hacia la realidad, y la referencialidad del lenguaje, que remite también de un modo necesario hacia objetos que trascienden al sujeto”, y es precisamente la objetividad (la designación u objeto referencial) el criterio de la corrección de la interpretación, pues “una interpretación puede decirse correcta en la medida en que transmite adecuadamente la realidad del objeto referencial”, es decir, la relación deóntica del caso concreto en el que se enmarca la actividad interpretativa³¹.

Por otra parte, Michel VILLEY entiende que la interpretación es un saber cuya finalidad es determinar lo que le corresponde a cada quien en un problema jurídico concreto. Los *EN* son un instrumento para la determinación de lo justo, pero lo definitivo son las exigencias de equidad según las circunstancias de cada caso. De conformidad con la explicación de Rodolfo VIGO, para VILLEY lo justo está oculto en la naturaleza y, en ese sentido, el objeto de la interpretación es la investigación y el descubrimiento de lo justo. Se debe tener en cuenta que lo justo está en función de bienes externos por lo que bienes morales o espirituales no entran en el campo del Derecho. Diferenciándose de lo que hemos anotado en este trabajo, VILLEY entiende que los *EN* no son deónticos, sino que expresan verdades sobre el ser, pues según él, los juristas deben indicar lo que es de cada quien y no lo que debe ser. Por otra parte, el método de interpretación en la concepción villeyana no puede ser la mera argumentación, ni la ciencia estricta, sino la dialéctica, es decir, la búsqueda dialogada entre los sujetos en procura de lo justo, lo cual se dirige a situaciones reales en las que están comprometidas cosas y personas. Además, la teoría de las fuentes no puede limitarse a los *EN* pues la determinación de lo justo está más allá del derecho positivo, se encuentra en un Derecho que es dado al hombre de antemano, no como sustancia, sino como proporción entre las cosas (Derecho natural). El Derecho es el objeto sobre el que se discute, no tiene forma y por tanto puede adaptarse a los cambios de circunstancias. Por ello, el

³⁰ Carlos MASSINI, “La teoría referencial realista”, en Enrique CÁCERES NIETO *et al.*, *Problemas contemporáneos de filosofía del derecho*, México, UNAM, pp. 477.

³¹ Carlos MASSINI, “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, en *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica* 2 (2010), pp. 401-403.

Derecho no se deriva de los *EN* sino, por el contrario, son los *EN* los que se formulan a partir del Derecho, los *EN* no son Derecho, pues la determinación de este los utiliza simplemente como instrumento para la solución. De esta manera, los *EN* no son lo justo, sino un instrumento de lo justo. En este orden de ideas, los *EN* son insuficientes porque: i) si son generales son débiles en casos particulares, ii) las autoridades que intervienen en su formación lo hacen con alto grado de discrecionalidad, iii) no existen formulaciones verdaderas, constantes y universales; iv) y no constituyen un orden jerárquico³².

En este punto vale la pena precisar que el realismo al que se hace referencia no son las tendencias realistas norteamericanas y escandinavas. Debe recordarse que los puntos comunes de estos últimos son: i) el Derecho está conformado por las conductas efectivas de los órganos aplicadores, ii) el objeto de la ciencia jurídica consiste en predecir dichas conductas, iii) la ciencia jurídica se debe preocupar por los factores que realmente determinan la conducta judicial (psicológicos, sociológicos, políticos, etc.), y iv) los textos normativos solo son un dato más (y de tipo secundario) para predecir la conducta judicial. Como se ve, los realismos norteamericanos y escandinavos no consideran la realidad jurídica como normativa, sino como política y sociológica. De esta manera, estas corrientes son teorías sin referencia semántica (el Derecho es política) o con referencia semántica no normativa (el Derecho reproduce estados psicológicos o realidades políticas).

1.2. Pragmatismo

Andrei MARMOR entiende que significado e interpretación son actividades distintas. Para explicar esto distingue dos nociones de significado: la semántica y la pragmática. De acuerdo con la primera, el significado de una expresión está determinado por reglas o convenciones. Por su parte, la noción pragmática implica determinar lo que alguien pretende significar mediante una expresión, lo cual se define en términos de la intención comunicativa. La noción semántica entiende que los actos de la comunicación lingüística están, en principio, gobernados por reglas y convenciones. Para esta noción la interpretación es necesaria en los casos en que el resultado no está determinado por tales reglas y convenciones. En este sentido, para MARMOR, la interpretación depende de los paradigmas de una comunidad interpretativa, entendiéndose por estos a situaciones que se consideran como movidas válidas para interpretaciones buenas o aceptables en un dominio. Los paradigmas no son reglas o convenciones lingüísticas y, por tanto, no pueden ser acatados o violados sino simplemente emulados y, más importante aún, la interpretación no es comprensión del lenguaje pero depende de él³³. Como se observa, según esta concepción, si bien el significado semántico de una expresión es distinto de la interpretación, esta depende de los significados. En otras palabras, el significado de las expresiones es el objeto sobre el cual recae la actividad interpretativa. Por el contrario, la noción pragmática de significado, es decir, aquella

³² Cfr. Rodolfo VIGO, *La interpretación jurídica*, ob. cit.

³³ Andrei MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000 pp. 35-47.

guiada por las intenciones comunicativas, es adecuada para captar el concepto de interpretación. Esta noción se interesa por los problemas que surgen como consecuencia de las discrepancias entre la intención del emisor y el significado de la expresión. En efecto, no es extraño que el significado literal no coincida con la intención comunicativa, para lo cual es determinante el conocimiento contextual. Lo decisivo resulta del conocimiento contextual y de cómo se manifestó la intención. MARMOR, siguiendo a SEARLE, entiende que las suposiciones contextuales no pueden ser semánticamente añadidas a las expresiones lingüísticas porque su número no se puede definir y, además, dependerían a su vez de nuevos contextos. En ese orden de ideas, el éxito en la comunicación dependería del conocimiento compartido del contexto relevante³⁴.

El contenido de las expresiones (lo que se intenta comunicar) es indeterminado desde el punto de vista lógico, pues se trata de inferencias no demostrativas. Los enunciados interpretativos, entonces, dependen de las intenciones del sujeto. En ese sentido pueden ser: i) enunciados sobre las intenciones reales de un sujeto, o ii) un enunciado contra-fáctico, es decir, sobre las intenciones de un autor ficticio definido de forma explícita o presupuesta en la interpretación. En este sentido, la caracterización del autor, del que depende la intención y, por tanto, los enunciados interpretativos, puede elaborarse de conformidad con distintos grados de abstracción, de la más concreta (un autor real e histórico) a la más abstracta. MARMOR observa que entre mayor es el grado de abstracción de la caracterización del autor, mayor es la posibilidad de que la interpretación (los enunciados interpretativos) sean una invención³⁵.

1.3. Constructivismo

Las teorías de interpretación constructivistas parten, en general, del problema de la indeterminación lingüística de los *EN*. Afirman que a causa de la proliferación de conceptos controvertidos en las constituciones es común encontrar profundas divergencias acerca de cuál es la mejor interpretación de la práctica constitucional, o lo que es igual, diferentes lecturas morales de las cláusulas constitucionales. Así las cosas, se hacen necesarios principios políticos que guíen la construcción del Derecho y diseños institucionales que garanticen dicha práctica constitucional. Uno de ellos consiste en el establecimiento de tribunales de justicia encargados de definir las discusiones interpretativas con autoridad de órganos de cierre.

En este punto, las analogías empleadas por DWORKIN y NINO para referirse a la práctica del Derecho, el primero con la redacción de una novela en cadena y el segundo con la construcción de una catedral, son esclarecedora³⁶. Para DWORKIN, la interpretación es una construcción que depende de los valores y principios. Esos

³⁴ Ibid., p. 48.

³⁵ Ídem.

³⁶ Cfr. Ronald DWORKIN, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en César RODRÍGUEZ (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, pp. 143-181. Carlos NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

principios que le otorgan legitimidad a la práctica interpretativa son los que determinan, a su vez, la corrección de las respuestas interpretativas por lo que deben prevalecer sobre las *N* y *EN*. DWORKIN concibe el proceso interpretativo en tres etapas: preinterpretativa, interpretativa y posinterpretativa. La pre-interpretativa se ocupa de identificar los materiales jurídicos relevantes. En la interpretativa se averigua el sentido de los *EN* en función de los principios. En la posinterpretativa se elige una de las teorías de la justificación de la interpretación (y de la práctica jurídica en general) que ofrezca la mejor lectura posible del Derecho. La interpretación es, entonces, todo proceso de construcción y reconstrucción de las normas y los principios para resolver un caso concreto³⁷.

Para NINO, las acciones y decisiones que conforman la práctica constitucional forman parte de un proceso de interacción colectiva que se extiende en el tiempo, similar a la construcción de una catedral gótica iniciada en el siglo XIII, y solo concluida en el siglo XVI. Observa el autor que al arquitecto encargado de proseguir la obra le será indispensable respetar las diferentes normas técnicas, físicas y estéticas de la catedral, aunque él mismo tenga otra opinión respecto de lo que sería mejor para continuarla. Tiene que considerar, incluso, que en un mismo tiempo puede concurrir más de un arquitecto, que en el futuro llegarán otros nuevos, y que en todo caso debe asegurarse de respetar la obra colectiva³⁸. De manera similar, FRIEDMAN y SMITH sugieren que la constitución debe ser vista como una construcción “sedimentaria”, con montañas de desarrollos históricos que han propiciado la construcción de las cláusulas constitucionales, y con profundos valles de textos no interpretados³⁹.

En definitiva, las teorías constructivistas del Derecho defienden que quien participa en una tarea colectiva debe respetar la lógica interna de la obra y hacer ver a la misma bajo su mejor luz. El éxito de la interpretación depende, entonces, del respeto por el principio de coherencia que está determinado por aquellos principios que le otorgan sentido y justificación a una práctica social determinada. DWORKIN entiende que la corrección de la interpretación depende de la virtud de integridad política según la cual “los casos parecidos deben tratarse en forma parecida” por lo que el gobierno debe contar con una sola voz que actúe según principios y de forma coherente con todos los ciudadanos. “La integridad se convierte en ideal político cuando requerimos” que el Estado y los jueces “actúen sobre una base de principios coherentes”⁴⁰.

1.4. Recapitulación

En este apartado se ha expuesto uno de los tópicos comunes en las discusiones en torno a la interpretación jurídica: la función del lenguaje para la interpretación.

³⁷ Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa 1988, pp. 55-57.

³⁸ Carlos NINO, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996.

³⁹ Barry FRIEDMAN y Scott SMITH, “The sedimentary constitution”, en *University of Pennsylvania Law Review* 1 (1998), pp. 1-90.

⁴⁰ Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia*, ob. cit., pp. 124-125.

En este sentido distinguimos entre interpretación en sentido mínimo y máximo e interpretaciones textualistas y extratextualistas. Se puede afirmar que quienes consideran que la interpretación está limitada a la determinación del significado de *EN* tienden a concebir la determinación de los derechos en función de las formulaciones lingüísticas. Por el contrario, quienes entienden que esta no se limita (o está determinada) por los *EN* consideran que estos son instrumentos para la determinación de los derechos en la función judicial. Además, podemos concluir que las teorías realistas de la interpretación plantean una relación semántica de designación de los *EN* a realidades normativas concebidas como entes reales. Las teorías pragmáticas consideran que los *EN* no designan en un sentido propio, sino que su interpretación depende de la identificación de la voluntad del autor en términos hipotéticos o reales. Las constructivistas, por último, conciben una relación de designación idealista a los principios políticos que justifican una práctica jurídica colectiva (cuadro 3).

Cuadro 3.
Teorías de la interpretación en razón de la función de los enunciados normativos

Realismo	Pragmatismo	Constructivismo
Los <i>EN</i> son un instrumento para la determinación de lo justo.	La interpretación exitosa de los <i>EN</i> depende de las intenciones comunicativas del autor.	La interpretación depende de los principios políticos que legitiman la práctica jurídica concebida como obra colectiva.

Fuente: elaboración propia.

2. TEXTOS CONSTITUCIONALES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Los enfoques acerca de cómo debemos interpretar la constitución, cuáles son sus límites y quién tiene la última palabra sobre interpretación constitucional son asuntos centrales en el constitucionalismo contemporáneo. De una forma más específica, la problemática general de la interpretación constitucional gira en torno a tres interrogantes básicos: ¿qué es la constitución?, ¿quién es —o debe ser— el intérprete autorizado de la Constitución?, y ¿cómo debe ser interpretada la Constitución?⁴¹. En este trabajo se han expuesto los problemas relativos a la interpretación en relación con la relevancia de los textos normativos. Este apartado se limitará a exponer dicha problemática centrándose en aspectos propios de la interpretación constitucional. Para ello, y siguiendo el esquema general de en-

⁴¹ Sotirios BARBER y James E. FLEMING, "The Canon and The Constitution Outside The Courts", en *Constitutional Commentary 2* (2000), p. 267.

foques de interpretación constitucional diseñado por Gerard J. CLARK⁴², distinguiamos entre modelos originalistas (*the originalist modes*) y extrínsecos (*the extrinsic modes*), dependiendo del énfasis que le den al texto o a criterios independientes de aquel y, en ese sentido, “cómo debe desarrollarse la constitución”⁴³. Los modelos originalistas reclaman que en la interpretación debe dársele especial relevancia al texto constitucional. Los modelos extrínsecos pretenden descubrir un conjunto de valores, en el mejor de los casos, implícitos en la constitución. Los originalistas piensan que la constitución debe evolucionar exclusivamente mediante actos formales de reforma constitucional. Los extrínsecos creen que el significado de la constitución y su evolución está determinado por factores exógenos al texto constitucional o a la voluntad de quien lo creó.

2.1 Modelos originalistas

Los modelos originalistas defienden que las decisiones judiciales constitucionales deben limitarse a exigir el cumplimiento de normas que son establecidas o evidentemente implícitas en el texto constitucional. En consecuencia, en los casos en que las cuestiones son indeterminadas por el texto constitucional, los originalistas piensan que la materia debe dejarse al legislador para que él la decida⁴⁴. En otras palabras, los jueces solo pueden reconocer los derechos si están expresamente establecidos en el texto constitucional o si pueden inferir claramente que fueron pretendidos por los constituyentes.

Los originalistas parten del supuesto de que el texto debe controlar la interpretación constitucional dado el valor del momento constitucional en el que se redactó el documento, por lo que los jueces deben respetar el significado literal o las intenciones específicas del constituyente⁴⁵. Los originalistas defienden su método como el único medio apropiado para juzgar en una democracia constitucional porque, aparentemente, ofrecen criterios transparentes y articulables para determinar el significado de los textos constitucionales semánticamente indeterminados. Dentro del modelo originalista se pueden distinguir los textualistas e intencionalistas (cuadro 4). Los textualistas creen que los jueces deben limitarse a declarar el significado expreso en la constitución. En consideración a que uno de los postulados centrales del constitucionalismo moderno es entender a la constitución como una norma que debe tener vocación de permanencia, cuyo propósito fundamental es evitar los abusos de generaciones futuras, los textualistas consideran que debe ser el texto mismo el que configure tales límites. El problema del textualismo parece hoy ser evidente: la existencia de casos difíciles debidos a las indeterminaciones semánticas (ambigüedades y vaguedades) y lógicas (antinomias y lagunas). Sin embargo, se debe tener en cuenta que los textualistas no piensan que la constitución tenga respuestas para todo tipo de problemas, sino que el juez constitu-

⁴² Gerard CLARK, “An Introduction to Constitutional Interpretation”, en *Suffolk University Law Review* 1 (2001), pp. 485-493.

⁴³ Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, Aspen, 3^o edición, 2006, p. 18.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

cional se debe limitar a resolver los casos según lo establecido expresamente en la constitución, y en aquellos cuya decisión no esté determinada por el texto debe ser deferente hacia las decisiones del legislador.

Los modelos intencionalistas consideran que el presupuesto básico de la interpretación constitucional es descubrir el sentido que dieron a los textos aquellos que los redactaron⁴⁶. Dentro de los intencionalistas se pueden distinguir originalistas clásicos y neo-originalistas⁴⁷. Los originalistas clásicos se preocupan por descubrir la intención del autor de la constitución. Por su parte, los neo-originalistas se preocupan por el significado de la constitución según se entendía al momento de su promulgación (comprensión original)⁴⁸, es decir, “hurgar en las convicciones básicas subyacentes en la constitución”⁴⁹. En síntesis, los intencionalistas plantean recurrir a la intención del sujeto que redactó la constitución o a la intención de los sujetos que hacían parte del momento constituyente. Una tercera opción del intencionalismo es atribuir el significado a través de un escenario contrafáctico. Así, los enunciados interpretativos pueden ser “sobre las intenciones comunicativas del hablante real o bien debe ser un enunciado contrafáctico que caracteriza las intenciones comunicativas de un hablante ficticio, cuya identidad y naturaleza” pueden estar “definidas de manera explícita”, o presupuestas en la interpretación⁵⁰. De esta manera, la interpretación constitucional en términos intencionalistas sería “¿qué respuesta nos daría hoy el legislador constituyente si le preguntásemos acerca de cómo resolver el problema x?, cuya respuesta solo sería posible mediante una construcción de datos que al final termina por determinar un interpretación extrínseca y construccionista.

Los problemas de los modelos originalistas radican básicamente en las dificultades para identificar el sujeto de la intención, o en su caso, las pruebas históricas de cómo se entendían los textos constitucionales aprobados, es decir, mediante cuál método y por qué darle valor al entendimiento de la constitución de determinadas personas. En otras palabras, el problema de los originalistas consiste en que resulta poco probable establecer un método para determinar el sujeto en el cual hay que identificar la intención original.

Por último, debe tenerse en cuenta que el originalismo como medio para limitar a los jueces, por lo menos tal y como es entendido en los Estados Unidos, es poco estudiado por fuera de dicho país. Jamal GREENE considera que el énfasis estadounidense en el originalismo se debe a cuestiones éticas propias de la cultura estadounidense tales como la canonización del tiempo de la promulgación de la constitución, el carácter revolucionario de la soberanía estadounidense, la revolución de Derecho en las eras Warren y Burger de la Corte Suprema, la politización

⁴⁶ Roberto GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1997.

⁴⁷ Gerard CLARK, “An introduction to constitutional interpretation”, en *Suffolk University Law Review* 12 (2001), pp. 485-493.

⁴⁸ Lawrence B. SOLUM, “Semantic Originalism”, en *Illinois Public Law Research Paper* 07-24 (2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1120244> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1120244>. Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2011.

⁴⁹ Roberto GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, ob. cit., p. 63.

⁵⁰ Andrei MARMOR, *Interpretación y teoría del derecho*, ob. cit., p. 47.

del proceso de nominación de jueces, el alojamiento en la constitución de un *ethos* común (en vez de uno pluralista), y una cultura religiosa evangélica⁵¹.

Cuadro 4.
Teorías originalistas de la interpretación constitucional

Textualistas	Intencionalistas	
Significado expreso o evidentemente implícito en los enunciados jurídicos de la constitución	Clásicos	Neo-intencionalistas
	Intención del constituyente	Comprensión original

Fuente: elaboración propia.

2.2 Modelos extrínsecos

Los modelos extrínsecos, como se dijo, son aquellos cuyos criterios de corrección no se relacionan con el texto o su autor, sino con razones independientes al mismo. Para los efectos de este trabajo distinguimos entre modelos doctrinalistas, hiper-racionalistas y prudenciales (cuadro 5).

Cuadro 5.
Modelos extrínsecos de interpretación constitucional

Doctrinalistas	Híper-racionalistas	Prudenciales
No es necesario recurrir al texto cuando existen precedentes que hayan resuelto el caso.	La interpretación constitucional depende de los criterios procedimentales y formales de la razón práctica judicial.	La interpretación se encarga de comprender y dar forma a un problema jurídico concreto y real. El éxito de la interpretación de los textos constitucionales depende de la captación de objetos que trascienden al sujeto (designación u objeto referencial).

Fuente: elaboración propia.

⁵¹ Jamal GREENE, "On the Origins of Originalism", en *Texas Law Review*, 1 (2009), pp. 1-89.

2.2.1 Doctrinalistas

El doctrinalismo es la teoría de la interpretación según la cual no es necesario recurrir al texto de la constitución cuando existen precedentes judiciales que previamente han resuelto el caso o uno similar. Para el sistema de los Estados Unidos el fundamento del doctrinalismo suele encontrarse en la *Judicial Act* de 1789 que definió al *Common Law* como principio estructural en el funcionamiento de la rama judicial norteamericana, el cual, a su vez, establece que los jueces deben encuadrar sus decisiones de acuerdo con un cuerpo recibido de precedentes de conformidad con el principio del *staredecisis*. El *staredecisis* (“*staredecisis et quieta non move-ré*” - “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”) es la esencia de los sistemas jurídicos del *Common Law*, según la cual es obligatorio el respeto por las decisiones judiciales precedentes. Lo realmente importante de la doctrina del *staredecisis* (y que resulta ser una de las diferencias más importantes con el papel de la jurisprudencia en los sistemas de Derecho continental) es que basta que haya una decisión judicial en casos similares —tanto por superiores o por jueces de la misma jerarquía— para que un juez esté obligado a seguirla⁵². Debe tenerse en cuenta, además, que el sistema de precedentes norteamericano es concebido de manera que las reglas judiciales deben ser construidas paso a paso y como el producto de muchas mentes.

En los sistemas continentales el fundamento del doctrinalismo está dado típicamente por los valores de la igualdad y la coherencia de la práctica jurídica⁵³. Los estudios comparados en torno a los sistemas jurídicos occidentales distinguen entre tradición del *Common Law* y la tradición continental (tradición romano-canónica, Derecho continental o *Civil Law*). Según la visión tradicional, la diferencia entre dichos sistemas es el origen pragmático del primero y racionalista del segundo. Por ello, la principal fuente normativa en el sistema pragmático es la jurisprudencia mientras que en el sistema racionalista la ley y, paradigmáticamente, los códigos. Sin embargo, actualmente tanto los sistemas jurídicos de tradición continental como de *Common Law* toman en cuenta ambos tipos de fuentes normativas. En el *Common Law*, sin desconocer el rol protagónico del Derecho jurisprudencial, se reconoce que el Derecho legislado ha adquirido un lugar protagónico en el sistema de fuentes. En los sistemas jurídicos de tradición continental, el fenómeno que mejor ejemplifica esta situación es el creciente valor de las normas jurídicas judiciales⁵⁴.

El doctrinalismo como modelo de interpretación constitucional implica que conforme los sistemas constitucionales maduran, los jueces y abogados no interpretan el documento constitucional (los enunciados normativos constitucionales) directamente sino a través de la interpretación hecha en casos previos por las Cortes

⁵² Santiago LEGARRE y Julio RIVERA, “Naturaleza y dimensiones del ‘staredecisis’”, *Revista Chilena de Derecho*, 1 (3006), pp. 109-124.

⁵³ Jorge STREETER, “Interpretación, integración y razonamiento jurídicos”, en UNIVERSIDAD DE CHILE, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 99-116.

⁵⁴ Cf. Michell TROPER y Christophe GREZEGORCZYK, “Precendent in France”, en Neil MACCORMICK y Robert SUMMERS (coords.), *Interpreting Precedents comparative study*, Ashgate, 1997, pp. 103-143.

que definen reglas que resultan, en principio, obligatorias para las cortes futuras. El hecho de que un conjunto de precedentes judiciales determine el significado de las (indeterminadas) normas constitucionales justifica la obligatoriedad de aquellos, pues reduce las cargas de reflexión filosófica en la adjudicación constitucional⁵⁵. Las Cortes entonces están obligadas a asegurar el desarrollo coherente, claro y consistente de la constitución pero, a la vez, a asegurar la estabilidad social y la continuidad. Debe resaltarse como, de acuerdo con G. CLARK, el énfasis de los modelos originalistas en la interpretación constitucional circunscribe a la actividad de la Corte Suprema. El resto de jueces y abogados “son relegados a analizar las perlas de sabiduría que descienden desde la Corte Suprema de Justicia”⁵⁶. En síntesis, los argumentos que sustentan el doctrinarismo son: i) que es necesario evitar las controversias filosóficas en la adjudicación constitucional, y ii) fusionar el derecho constitucional con asuntos de filosofía moral es peligroso y antidemocrático⁵⁷.

Actualmente existe un amplio interés de los estudios constitucionales en la formación y aplicación de la doctrina judicial constitucional y en la comprensión de las reglas jurídicas formuladas por jueces constitucionales al implementar la constitución, es decir, en cómo las Cortes (y jueces) toman enunciados jurídicos generales y construyen reglas que permiten decidir casos particulares. Uno de los postulados teóricos de los nuevos doctrinalistas es la tesis de las dos respuestas (*two output tesis*). En este sentido, y con diferentes enfoques, se han elaborado teorías que dividen la actividad interpretativa entre significado-implementación, entre normas-construcción, entre significado-doctrina y actualmente entre interpretación-construcción⁵⁸. Mitchell BERMAN entiende que la interpretación constitucional se debe concebir en dos etapas: primero los jueces fijan el significado de los enunciados constitucionales mediante el empleo de cualquiera de los métodos legítimos de interpretación constitucional. Luego, establecen proposiciones constitucionales operativas (reglas de decisión). Estas reglas constituyen la columna vertebral del nuevo doctrinarismo que permite enfocarse en cuestiones concretas de la realidad constitucional y, por tanto, en la implementación de los derechos⁵⁹. En efecto, el foco de los actuales doctrinalistas son las reglas desarrolladas en los precedentes judiciales y el ajuste de las mismas a las circunstancias particulares de los casos actuales. Por ejemplo, Richard FALLON afirma que los estudios constitucionales deben enfocarse en las reglas desarrolladas por los jueces constitucionales al implementar la constitución en casos concretos, las cuales sirven para actualizar los postulados constitucionales a circunstancias actuales⁶⁰.

Se ha dicho, además, que las tesis de las dos respuestas promueven puntos ciertos para la discusión de la práctica constitucional implementando instrumentos para criticar y mejorar la práctica constitucional. Además, se da importancia a las normas constitucionales como aquellas que son efectivamente aplicadas por

⁵⁵ BARBER y FLEMING, *Constitutional Intepretation. The basic questions*, ob. cit., p. 3-12.

⁵⁶ CLARK, “An introduction to constitutional interpretation”, cit., p. 11.

⁵⁷ BARBER y FLEMING, *Constitutional Intepretation. The basic questions*, ob. cit., p. 135-140.

⁵⁸ Mitchell BERMAN, “Constitutional constructions and constitutional decision rules: Thoughts on the Carving of Implementation Space”, en *Constitutional Commentary* 1 (2010), pp. 39-69.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Richard FALLON, *Implementing the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 208.

los jueces, más que como a los textos constitucionales y las teorías constitucionales, refrescando las concepciones puramente abstractas o ideales tan comunes en las discusiones constitucionales actuales. Se otorga también la oportunidad de reflexionar sobre las elecciones de los jueces cuando crean reglas de decisión y, además, articular el debate para la evaluación de tales reglas. Asimismo, se ofrece un escenario más claro de diálogo y discusión entre jueces, abogados y académicos. En un sentido similar, las tesis de las dos respuestas crean un espacio para que los órganos políticos ofrezcan argumentos constitucionales más precisos y no operen como simples imitadores del discurso de las cortes. Por último, si los enfoques y las metodologías de las dos respuestas son aplicados a la actividad judicial en tribunales y jueces inferiores, se puede evidenciar cómo las reglas de decisión son recibidas por aquellos, y a la vez identificar las reglas que construyen⁶¹.

En torno a la tesis de la doble respuesta, una de las discusiones más comunes en los últimos años es aquella entre interpretación y construcción. De acuerdo con Lawrence SOLUM, la interpretación es la actividad consistente “en determinar el significado lingüístico”. La construcción, por otra parte, consiste en la actividad de “traducir el contenido semántico identificado en la interpretación en una regla de derecho”⁶². En otras palabras, para dicho autor, interpretamos el significado del texto y construimos reglas para poder aplicar los enunciados normativos a casos concretos. Ammy BARRETT plantea que, dado que la mayoría de los originalistas se centran en el documento y la mayoría de los extrínsecos en el doctrinalismo, los primeros tienden a preocuparse por los problemas relativos a la interpretación y los segundos por los factores que determinan la implementación en las decisiones judiciales constitucionales⁶³.

Para SOLUM, se debe distinguir entre significado lingüístico (contenido semántico de los enunciados normativos), teleológico (propósito o finalidad de las normas) y aplicativo (forma en que debe aplicarse el enunciado). Así, el objeto de la interpretación es el significado textual de los enunciados constitucionales (primer sentido de significado). Este autor afirma que la finalidad de la interpretación es resolver las ambigüedades (expresiones que tienen más de un sentido), mientras que la construcción crea reglas subsidiarias que resuelven las vaguedades (cuando la expresión se refiere a una extensa línea de casos cuyo límite no es definible *a priori* y, por tanto, no hay precisión en cuáles casos el término puede o no puede aplicarse) de los enunciados constitucionales⁶⁴. En este sentido, existe un contenido semántico de los textos normativos (el significado lingüístico), y un contenido normativo el cual puede ser idéntico al contenido semántico o es determinado a través de la construcción. Randy BARNETT explica que las ambigüedades pueden ser, aunque no siempre, resueltas mediante métodos originalistas pues, salvo pocas excepciones, “las evidencias del significado público original” resuelven los problemas relativos

⁶¹ Brannon P. DENNING, “The New Doctrinalism in Constitutional Scholarship and *Heller v. District of Columbia*”, en *Tennessee Law Review*, 75-4 (2008), disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1126856>, Fecha de consulta: Enero 09 de 2012.

⁶² Lawrence SOLUM, “The interpretation-construction distinction”, cit., pp. 100-101.

⁶³ Ammy BARRETT, “The Interpretation/Construction Distinction in Constitutional Law: Annual Meeting of the AALS Section on Constitutional Law”, en *Constitutional Commentary* 1 (2010), p. 1-8.

⁶⁴ Lawrence SOLUM, “The interpretation-construction distinction”, cit.

a la existencia de más de un sentido en una provisión constitucional. Por el contrario, en lo que tiene que ver con las vaguedades, no existen métodos empíricos para obtener la información necesaria para tomar una decisión interpretativa. De esta manera, las doctrinas judiciales son construcciones que no se pueden identificar en el texto constitucional pero deben ser una forma de poner en práctica lo que el texto dice. Lo importante, para BARNETT, es que la teoría constitucional necesita de una teoría que fundamente tanto los criterios de interpretación como los de construcción, lo cual es un problema tanto para los enfoques originalistas como extrínsecos⁶⁵. En contra de la finalidad de la interpretación planteada por SOLUM, Timothy ENDICOTT entiende que la interpretación no está en función de las indeterminaciones lingüísticas (ambigüedades y vaguedades). Para él no existe un vínculo necesario entre la indeterminación y la interpretación, fundamentalmente porque los desacuerdos o las dudas acerca del significado de un texto pueden surgir sin necesidad de indeterminaciones. La interpretación entra en juego cuando hay posibilidad de argumentar lo que significan los textos normativos, por tanto, si no hay argumento que soporte la decisión interpretativa (como en los casos de ambigüedades y vaguedades) entonces no hay interpretación⁶⁶.

En todo caso, para los defensores de la interpretación-construcción, la interpretación⁶⁷ reconoce o descubre el significado lingüístico de un texto normativo y la construcción otorga efectos legales al contenido semántico de los enunciados normativos. Estos afirman que el contenido semántico de los textos normativos es una cuestión empírica (de identificar hechos lingüísticos), es decir, no puede ser establecido mediante criterios morales. Para ellos, la correcta interpretación, entonces, no depende de “teorías de justicia” acerca de lo que las normas deben ser. Por el contrario, el contenido legal, cuando no coincide con el semántico, es una cuestión valorativa que depende de argumentos morales, es decir, no se puede determinar la corrección de una interpretación sin recurrir a concepciones ideales de justicia. En definitiva, la construcción depende de los espacios dejados por los textos normativos para la implementación de reglas jurídicas, es decir, la construcción constitucional funciona dentro de la “zona de construcción” (*constructionzone*)⁶⁸. Según SOLUM, la distinción se justifica primero que todo porque ofrece herramientas de claridad conceptual. Además, para él, la distinción devela que el enfrentamiento entre originalistas y no-originalistas puede ser más una ficción que una realidad, pues algunas de las formas de dichos enfoques pueden ser compatibles. Si los no-originalistas están dispuestos a vivir en la zona de construcción, pueden aceptar con facilidad que el significado del texto debe encontrarse mediante los modelos originalistas. Asimismo, si los originalistas están dispuestos a aceptar que la doctrina constitucional puede y debe cambiar dentro

⁶⁵ RANDY BARNETT, “Intepretation and Construccion”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1 (2011), pp. 65- 72.

⁶⁶ Timothy ENDICOTT, “Legal Interpretation”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1872883>. Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2011.

⁶⁷ Debe observarse cómo la teoría de la distinción interpretación-construcción y la de MARMOR parecen ser contradictorias. Lo que MARMOR llama noción semántica de significado coincide con el concepto de interpretación de, por ejemplo, SOLUM. Sin embargo, más allá de las diferencias terminológicas, ambos autores coinciden en el énfasis originalista que dan a la interpretación.

⁶⁸ Timothy ENDICOTT, “Legal Interpretation”, cit.

de los límites impuestos por el significado original entonces pueden aceptar un construccionismo limitado⁶⁹.

Las críticas contra la distinción entre interpretación y construcción fueron identificadas por SOLUM en tres grupos: i) La falacia de la definición persuasiva, ii) la reducción del significado lingüístico a los efectos legales, y iii) la irrelevancia del contenido semántico. Según la primera, la finalidad de la distinción es defender, soterradamente, el modelo originalista de interpretación. Los defensores de la distinción argumentan que ella no es una cuestión valorativa sino conceptual. SOLUM argumenta que, desde el punto de vista de la teoría del Derecho las terminologías son arbitrarias. De esta manera se puede rebautizar la distinción con una terminología alternativa (interpretación constructiva-interpretación lingüística o interpretación en sentido semántico e interpretación en sentido aplicativo). En todo caso, lo relevante es que existe una diferencia real entre dichas actividades que se mantiene aun cuando el vocabulario cambie⁷⁰. La segunda objeción implica que el contenido semántico puede ser reducido al contenido legal, es decir, que el significado lingüístico es determinado, no tanto por “hechos lingüísticos” sino por hechos legales. Sin embargo, SOLUM responde que aun cuando la observación fuera cierta se puede distinguir entre cánones de interpretación y cánones de construcción. Los primeros son reglas de la experiencia que señalan la forma como el lenguaje funciona y los procedimientos para hacer inferencias sobre el significado lingüístico. Los segundos guían el proceso por el cual el significado lingüístico es traducido a reglas de decisión⁷¹.

La tercera objeción sugiere que el significado lingüístico de un texto es radicalmente indeterminado y, por tanto, todo el trabajo constitucional es construcción. En este punto debe recordarse la paradoja de la superfluidad de la constitución formulada por Carlos S. NINO: si para obedecer o desobedecer una norma jurídica necesitamos recurrir a principios morales, ¿para qué son necesarias las normas jurídicas? ¿Por qué no recurrir solamente a los principios morales que determinan la conducta? En los términos de las tesis de las dos respuestas, ¿para qué es necesaria la interpretación si al final lo relevante son los criterios morales que determinan la construcción de la regla de decisión? De esta manera, aun cuando los individuos no conocieran lo que establecen los principios morales, ¿por qué recurrir a los definidos por una autoridad cuyo único atributo es el de contar con el cuasi-monopolio de la fuerza?⁷². Este problema resulta extremadamente amplio como para poder discutir todos sus alcances en este trabajo. Sin embargo, entendemos que la solución al mismo debe estudiarse siguiendo el marco definido por la filosofía del lenguaje en torno a la relación entre textos, significado y realidad. En todo caso, para SOLUM, el significado lingüístico del texto es, por lo menos, una consideración necesaria en el desarrollo de la doctrina, es decir, que siempre y

⁶⁹ Lawrence SOLUM, “The interpretation-construction distinction”, cit.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem.

⁷² Carlos NINO, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 111-133.

cuando el contenido semántico de los textos legales contribuya a la construcción de reglas de decisión, la distinción es relevante para la práctica constitucional⁷³.

Otra crítica común a la distinción entre interpretación-construcción es que la misma no es más que una ficción. Para Roderick HILLS las dos actividades no pueden ser distinguidas con facilidad pues “pragmáticamente hablando, el significado de una provisión constitucional es su implementación”⁷⁴. “El problema de fijar una línea divisoria entre la interpretación y la construcción sugiere que el punto de distinción entre las dos no puede fijarse por la certeza inquebrantable de un hecho, sino más bien ser formada por una ficción útil”⁷⁵. Laura CISNEROS argumenta que, en todo caso, dicha ficción es útil porque sirve para justificar y criticar la manera en que las construcciones constitucionales judiciales crean cambios informales de la constitución. La ficción, además, sirve como marco para entender la conexión de los textos y su desarrollo práctico. La autora afirma que existe un acuerdo general sobre el carácter obligatorio de los textos constitucionales centrando las discusiones en cuál debe ser el papel que el documento constitucional debe jugar, olvidándose que en la actualidad los jueces constitucionales dependen de fuentes extratextuales para la justificación de los fallos. En este sentido, la distinción interpretación-construcción sirve para conciliar a textualistas y antitextualistas, y generar marcos teóricos para la descripción y evaluación de la práctica judicial constitucional. La anterior distinción traslada la discusión de la teoría abstracta a la práctica de la aplicación constitucional, ayudando a eliminar conceptos ideológicos desprovistos de significado.

Por último, debe anotarse que Gerard CLARK considera que el doctrinalismo es un modelo originalista. Para él, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Judicial Act de 1789 sobre la estructura y el funcionamiento de la rama judicial de los Estados Unidos, cuando definieron que aquella debía tomar la configuración y forma de los ingleses, se concluye que el seguimiento a precedentes hace parte del sentido original de la constitución. Sin embargo, y según lo dicho, creemos que, contrario a como lo entiende G. CLARK, el doctrinalismo no puede concebirse como un método originalista sino extrínseco que depende de los valores que justifican la existencia de un sistema de precedentes y de los criterios de obligatoriedad de las decisiones de los jueces, en general, y de los órganos de cierre, en particular. Se debe tener en cuenta, además, que dadas las características propias del derecho constitucional (por ejemplo, la constitución como instrumento de derechos humanos), los argumentos formales que sustentan la obligatoriedad de los precedentes judiciales (coherencia, consistencia, predictibilidad) deben ceder ante razones de justicia, por lo que las conclusiones interpretativas formuladas en los precedentes no deben considerarse como definitivas para la comprensión de la constitución.

⁷³ Lawrence SOLUM, “The interpretation-construction distinction”, cit.

⁷⁴ Roderick HILLS, *The pragmatist's view of constitutional implementation and constitutional meaning*, 2006, disponible en <http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/hills.pdf>. Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2011.

⁷⁵ Laura CISNEROS, “The constitutional interpretation/construction distinction: a useful fiction”, en *Constitutional Commentary* 1 (2010), pp. 71-93.

2.2.2. Hiper-racionalismo

Las teorías híper-racionalistas son aquellas que consideran que la objetividad de la interpretación constitucional está en función de los criterios de racionalidad de las decisiones judiciales. La denominación de híper-racionalismo de las tendencias agrupadas en este no se refiere a aquellas concepciones que consideran que la racionalidad no tiene límites, sino a los postulados que pretenden encontrar la objetividad de la interpretación en los criterios de racionalidad práctica; es decir, las condiciones que debe cumplir un acto judicial para ser racional⁷⁶. La racionalidad, en este sentido, es una noción relacionada con la estructura de los procesos de pensamiento que determinan la corrección o, más específicamente, la objetividad jurídica. En otras palabras, la objetividad jurídica, si es que existe, se limita a la corrección de los procesos de pensamiento mediante los cuales se llega a conclusiones interpretativas. En efecto, las teorías de la interpretación aceptan los límites de la racionalidad pero consideran que su objetividad depende del cumplimiento de específicas cargas procedimentales y formales de argumentación.

En este orden de ideas, el constitucionalismo contemporáneo parte del supuesto según el cual las constituciones presentan contradicciones normativas internas como consecuencia de los conflictos ideológicos, políticos, morales y económicos que les subyacen. Así, por ejemplo, se afirma que las constituciones actuales consagran postulados político-económicos tanto del modelo del Estado de bienestar como del liberal⁷⁷, o que presentan contradicciones internas generadas por la globalización económica que propugna por una distribución económica en función del libre mercado y el discurso de los derechos sociales que exige que el Estado provea servicios sociales adecuados⁷⁸. En todo caso, la incorporación de “razones éticas” en el Derecho requiere “argumentaciones morales y sustanciales”, y el déficit en seguridad jurídica y certeza que ello genera exige “hacer jurisdicción con argumentos”⁷⁹. A partir de un postulado escéptico sobre la posibilidad de que las normas jurídicas (en realidad los *EN*) sirvan de criterio de corrección de las decisiones judiciales, los híper-racionalistas consideran que la corrección de las decisiones judiciales debe encontrarse en los criterios que estructuran los procesos ideales de la argumentación judicial racional. En otras palabras, la objetividad de la interpretación no se puede identificar con las normas jurídicas sino con los elementos que estructuran una decisión racionalmente correcta. En efecto, dentro de este paradigma, la racionalidad es procedimental y “está íntimamente ligada a la argumentación”⁸⁰. Siguiendo a Carlos BERNAL PULIDO, la corrección de las decisiones de los jueces constitucionales está determinada por su adecuada justifica-

⁷⁶ Carlos BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, en Miguel CARBONELL (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 60.

⁷⁷ Édgar QUIROGA, “La ponderación de los derechos en el Estado de escasez. Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica”, en *Revista de Economía del Rosario* 1, (2007), pp. 75-93.

⁷⁸ Laura SALDIVIA, “La globalización y la transformación del Poder Ejecutivo argentino”, en AA. VV., *Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, SELA, Editores del Puerto, 2007.

⁷⁹ Alessandro SERPE, “Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio”, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 51 (2010), pp. 45-55.

⁸⁰ Yanira ZUÑIGA, *El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional Chileno Ius et Praxis*, 2010, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19715603009>, Fecha de Consulta: 20 de noviembre de 2011.

ción, lo cual depende tanto del respeto de las reglas lógicas de la argumentación como de la evaluación de los argumentos interpretativos empleados para resolver el caso. De esta manera, los criterios de racionalidad determinan el fundamento de las interpretaciones correctas, es decir, “son criterios para la fundamentación razonable de las decisiones”⁸¹. Tales criterios “surgen de la necesidad de construir una metodología propia que propugne por la producción de decisiones judiciales, de alguna manera predecibles y tendentes a la consolidación de una seguridad jurídica”⁸². En todo caso, la racionalidad es un concepto ambiguo referido a las cargas formales y procedimentales que debe tener la interpretación para considerarse objetiva. En otras palabras, la racionalidad en este sentido resulta ser el sustituto de la objetividad en los casos en que las normas son insuficientes para determinar una respuesta. Sin embargo, los criterios de racionalidad se limitan a contribuir en “la claridad de la argumentación en un ámbito tan controvertido como la interpretación de la Constitución”. Los criterios de racionalidad definidos por BERNAL PULIDO son: i) la claridad y consistencia conceptual, ii) la consistencia normativa, iii) la completitud o saturación de la argumentación, iv) el respeto por las reglas de la lógica, v) el cumplimiento de las cargas argumentativas establecidas por la práctica constitucional, y vi) la consistencia y coherencia argumentativas⁸³. Ahora bien, para los hiper-realistas las colisiones entre derechos generadas por la indeterminación y las contradicciones de principios propias de las constituciones deben ser superadas mediante el método de la ponderación. Dentro de esta concepción, los principios son normas que: i) regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales, ii) están redactados en términos particularmente vagos, iii) definen la obligación de perseguir determinados fines como mandatos de optimización, iv) configuran el caso en forma abierta⁸⁴. La ponderación, entonces, es el procedimiento o la estructura metodológica empelada para aplicar principios y resolver sus colisiones. En otras palabras, “es la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución del caso”⁸⁵. Además, de la estructura de la ponderación depende en definitiva la objetividad, racionalidad y legitimidad de la función judicial⁸⁶.

La ponderación suele ser vista como un método, forma o técnica argumentativa necesaria para resolver conflictos entre derechos. Alessandro SERPE distingue entre “ponderación *ad hoc*” y “ponderación definitiva o definicional”. En la primera los

⁸¹ Carlos BERNAL PULIDO, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Enrique CÁCERES NIETO *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2005, pp. 17-35.

⁸² Edgar QUIROGA, “La ponderación de los derechos en el estado de escasez”, *cit.*

⁸³ Carlos BERNAL PULIDO, *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*, *ob. cit.*

⁸⁴ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, *ob. cit.* Se debe precisar que los elementos mencionados no están siempre presentes en las normas que la teoría jurídica denomina principios. Incluso los citados autores distinguen distintas acepciones de principio en función de dichos elementos.

⁸⁵ CARLOS BERNAL PULIDO, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 19.

⁸⁶ Robert ALEXY, “La fórmula del peso”, en Miguel CARBONELL (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 15-49.

jueces evalúan los principios y derechos en conflicto en función de las circunstancias del caso que están resolviendo. En la segunda los jueces, además de resolver el caso concreto, “definen criterios y estándares en virtud de los cuales pueden evaluar casos análogos”. En este contexto, los derechos son derechos-razón toda vez que su función se limita a enaltecer un argumento que sirve de fundamento al razonamiento judicial. Es decir, los derechos son “situaciones favorables argumentativas” de conformidad con los “valores éticos positivizados en la Constitución”. Si esto es así, la teoría de los derechos y de los conflictos entre derechos depende de una teoría meta-ética sobre la existencia de conflictos entre valores. Por ello, del pluralismo ético resulta la inevitable conflictividad entre derechos y razón⁸⁷. En función del carácter ético de la argumentación judicial se ha desarrollado una discusión en torno al problema de los casos trágicos que tiende a identificarse en los límites de la racionalidad judicial. En palabras de ATIENZA, “uno de los límites de la racionalidad jurídica viene dado por la existencia de casos trágicos”, pues “la racionalidad jurídica no puede desconocer la existencia de casos” que no tienen solución racional. Los casos trágicos son “aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que por tanto plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, como ejercer su discreción), sino qué camino tomar ante un dilema”. Los trágicos son casos difíciles en los que “el balance de razones no permite llegar a una solución que no suponga el sacrificio de algún valor, considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral”. De esta manera, los conflictos trágicos son consecuencia de la “moralización” del Derecho y están en función del carácter inconmensurable de los valores éticos. ATIENZA concluye que los casos trágicos se justifican en la existencia del sentimiento de pena en los dilemas morales, pues ese sentimiento nos motiva en el futuro a evitar situaciones dilemáticas, y a los jueces a asumir su función como parte de la vida en la cual es imposible excluir el sentimiento de lo trágico⁸⁸.

En definitiva, resulta común que se discuta en torno a si la ponderación es o no es un método racional para interpretar y aplicar normas constitucionales. La irracionalidad estaría dada principalmente por la inexistencia de “un concepto claro y de un estructura jurídica precisa” de la ponderación, por lo que son las “apreciaciones subjetivas del juez” lo que en definitiva se pondera⁸⁹. Para Duncan KENNEDY, por ejemplo, el énfasis en la ponderación ha hecho que la actividad judicial sea reducida a cuestiones de política pública con la implementación, pues la ponderación en definitiva hace que los argumentos jurídicos sean indistinguibles de los discursos políticos⁹⁰. La irracionalidad de la ponderación, entonces, es el resultado de la imposibilidad de la ponderación de determinar resultados interpretativos como consecuencia de la inexistencia de una estructura común que determine el peso de los principios en los casos concretos de conflictos de derechos; de manera que para “superar esas objeciones debe ofrecerse un modelo de ponderación que ostente una estructura determinada que esté provista de una medida común

⁸⁷ Alessandro SERPE, “Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio”, cit.

⁸⁸ Manuel ATIENZA, *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, cit.

⁸⁹ Carlos BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, ob. cit.

⁹⁰ Duncan KENNEDY, “La crítica de los derechos y los CLS”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* 1 (2006), p. 65.

para comparar los principios y que pueda dar lugar a resultados predecibles”⁹¹. En este sentido se ha definido una “ley de la ponderación” según la cual “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia del otro”⁹². Para Carlos BERNAL, la fórmula del peso “abre al juez un ámbito de deliberación en el cual sus decisiones dependen de sus apreciaciones acerca de la moral” y “de su ideológica política”; de esta manera, la utilidad de la fórmula “reside precisamente en esclarecer cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez”⁹³.

Por último, debe tenerse en cuenta que, dentro de los criterios de razonabilidad comúnmente estudiados en las teorías híper-racionalistas, debe resaltarse la proporcionalidad como método para identificar las limitaciones ilegítimas de los derechos. En efecto, la proporcionalidad es un criterio interpretativo empleado para determinar si una intervención en los derechos fundamentales es razonable. En este orden de ideas, una acción es ilegítima si interfiere con un derecho de manera desproporcionada. Para definir la proporcionalidad de una acción se emplean los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La idoneidad exige que toda acción que interfiera con un derecho “debe ser idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo”. La necesidad exige que la intervención de los derechos se haga con el medio menos restrictivo. Por último, la proporcionalidad en estricto sentido implica que las ventajas obtenidas con la restricción del derecho deben compensar los sacrificios del derecho, su titular y la sociedad”⁹⁴. La proporcionalidad en estos términos resulta del análisis de idoneidad, necesidad y de la fórmula del peso. Las críticas comunes al principio de proporcionalidad están en función de sus deficiencias racionales “debido a la falta de precisión conceptual” y a “las inconsistencias de su aplicación jurisdiccional” de los tribunales constitucionales, lo que además de la pérdida de racionalidad afecta la seguridad jurídica y la legitimidad de dichos tribunales⁹⁵.

2.2.2. Modelos prudenciales

Para exponer los modelos prudenciales consideramos necesario realizar una nueva distinción. Para ello retomamos lo explicado en la primera parte de este trabajo en torno a las teorías jurídicas con referencia normativa ideal y con referencia normativa real. En este sentido, la interpretación constitucional puede ser construccionista o realista. Los construccionistas serán aquellos enfoques que consideran que el éxito de la interpretación constitucional depende de, justamente, construcciones elaboradas por los propios intérpretes y, por tanto, consideran que las normas son, en esencia, entes ideales de exclusiva construcción humana. Los realistas, por el contrario, consideran que el éxito de la interpretación depende de la referencia-

⁹¹ Carlos BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, ob. cit., p. 55-61

⁹² Robert ALEXY, “La fórmula del peso”, ob. cit., p. 18.

⁹³ Carlos BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, ob. cit., p. 73.

⁹⁴ Ibid., p. 67.

⁹⁵ Yanira ZUÑIGA, *El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad*, ob. cit. ALEXY, por su parte, afirma que el déficit de racionalidad de la ponderación en general, y de la proporcionalidad en particular, afectan la legitimidad de la jurisprudencia constitucional, Alexy, “La fórmula del peso”, ob. cit., p. 15.

lidad del lenguaje, es decir, de la captación de objetos que trascienden al sujeto (designación u objeto referencial). En otras palabras, el criterio de corrección de la interpretación depende de la medida en que efectivamente transmita el objeto referencial que para la interpretación jurídica es la relación deóntica del caso⁹⁶.

El modelo prudencial parte de un modo de pensar aporético o problemático, es decir, desde su perspectiva se privilegia el estudio y la comprensión de los problemas y las soluciones más que el estudio de los sistemas y sus categorías. Desde esta perspectiva, la interpretación es un saber prudencial que se encarga de comprender y dar forma a un problema jurídico circunstanciado y concreto. El saber interpretativo, desde el modelo prudencial, opera como filtro entre las exigencias de universalidad y generalidad, y los problemas que comprometen sujetos y circunstancias específicas⁹⁷. Mediante la interpretación se comprende, con la intermediación de ciertos signos lingüísticos que constituyen un texto normativo, la significación práctica u operativa respecto de un caso particular. En este sentido, la corrección de la interpretación de los textos constitucionales depende de “la adecuación del significado de un enunciado normativo con la relación deóntico-normativa por la que una determinada acción (a) se ordena efectivamente a un bien exigido en esa situación determinada (x)”⁹⁸. Ante esos problemas el intérprete debe determinar, apoyado en el conjunto de normas jurídicas, el Derecho (lo justo). Además, la solución definida debe ser concebida siempre como inédita en función de las circunstancias específicas que resuelve, por lo que no puede esperar o concebir un ordenamiento jurídico geométrico que le dé una respuesta a su problema⁹⁹.

El postulado prudencial parte de la idea según la cual el juez constitucional tiene el deber, al igual que cualquier otro juez, de definir lo justo. Para ello requieren fundamentar y argumentar adecuadamente sus decisiones. En este aspecto se distancian de los modelos hiper-racionalistas en cuanto entienden que el fundamento de la decisión no puede encontrarse sin más en las razones aducidas por los jueces en los fallos. Para ello distinguen entre las razones de la decisión y el fundamento de las mismas. Las cargas de la argumentación están dadas por las exigencias de justificación interna de las razones de la decisión. Respecto al sentido compartirían con los modelos hiper-racionalistas la necesidad de criterios que definan la argumentación judicial de manera que se haga más consistente, más precisa, que se cumpla con el requisito de saturación y con las reglas de la lógica, (etc.). Sin embargo, la justificación interna de las decisiones no es requisito para la objetividad de las decisiones judiciales. Los fundamentos, por su parte, son los que en definitiva sustentan las razones, son referentes externos al lenguaje argumentativo. En este sentido, el fundamento debe estar constituido por entidades de la realidad manifestadas en bienes pertenecientes a la persona, bien sea porque le fueron adjudicados en virtud de una norma establecida según las exigencias del bien común (en los casos valorativamente indiferentes), o por normas intrínsecas

⁹⁶ Carlos MASSINI, “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, cit., pp. 399-425.

⁹⁷ Rodolfo VIGO, *La interpretación jurídica*, ob. cit., p. 31.

⁹⁸ Carlos MASSINI, “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, ob. cit., p. 419.

⁹⁹ Rodolfo VIGO, *La interpretación jurídica*, ob. cit., p. 39.

según las exigencias del concepto de persona (en los casos intrínsecamente valiosos). La identificación y determinación de esos bienes es, en definitiva, el objeto de la interpretación y el criterio de corrección de la misma, pues la interpretación judicial, incluida la constitucional, debe adjudicar bienes reales y no derechos-razones que están en función de intereses políticos, económicos o concepciones de ética personal¹⁰⁰.

En este punto, sobra decirlo, el modelo prudencial coincide con las teorías de la interpretación realistas. La interpretación constitucional, entonces, implica la comprensión e identificación de problemas concretos y reales en los que esté en juego un derecho, para lo cual los textos normativos son un instrumento en el proceso epistemológico en la determinación de la realidad normativa necesaria para resolver el caso¹⁰¹. Es así como el juez debe identificar una realidad problemática y darle forma a una decisión justa teniendo en cuenta referentes externos, es decir, distintos e independientes de su propia argumentación y del lenguaje normativo, y que dependen en definitiva de la dimensión antropológica (el concepto de persona) y no de la dimensión racional (estructura formal del pensamiento).

Ahora bien, antes veamos qué tiene que decir el modelo prudencial contra los otros modelos de interpretación constitucional. El modelo prudencial no acepta que, tal y como lo hacen los modelos originalistas, el fundamento de la interpretación pueda hallarse en el lenguaje o en la voluntad del autor del mismo, pues en estas condiciones la interpretación no tendría referencialidad alguna. De acuerdo con lo anterior, el problema de la irrelevancia de las normas jurídicas, y por tanto de la interpretación normativa, se refiere a la irrelevancia del contenido normativo, es decir, a una indeterminación en la designación de los enunciados normativos. En este orden de ideas, la irrelevancia de los enunciados normativos está dada por la ausencia de nexo entre el texto y la designación, de manera que solo habría significado, lo cual parece insuficiente sino imposible. Tanto es así que Carlos NINO pretende superar la indeterminación de los textos normativos recurriendo al constructivismo epistémico que ofrece su teoría de la democracia deliberativa. De esta manera se puede decir que el fracaso de las teorías de interpretación para dar respuesta a este tipo de cuestiones obedece a la imposibilidad de una designación real en el marco de las teorías dominantes de interpretación constitucional. Tanto así que las respuestas a la paradoja de la irrelevancia moral de las normas (como la de NINO) adolecen de la misma dificultad: designar mediante normas jurídicas realidades no jurídicas (en el caso de NINO al concepto político de deliberación).

A los hiper-racionalistas —los modelos prudenciales— les critica el énfasis exacerbado en la dimensión racional de la interpretación. En otras palabras, los modelos prudenciales consideran que la objetividad de la interpretación no puede encontrarse en la corrección formal de los argumentos pues, en este sentido, el

¹⁰⁰ Gabriel, RESTREPO MORA, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

¹⁰¹ Idem.

fundamento y referente de la interpretación termina siendo el lenguaje tal y como es usado por los que hacen parte de las prácticas sociales¹⁰².

Por otra parte, los modelos prudenciales consideran falsa e inconsistente la tesis de los conflictos de derechos. El problema de los conflictos de derechos es consecuencia de su concepción como facultades, en donde el Derecho existe gracias al orden público o la moral, con lo cual el Derecho solo se puede formular mediante la voluntad de un sujeto (típicamente el legislador). De esta manera, se confunde el derecho fundamental con la norma que lo define, regula y limita; y en donde se hace inevitable el conflicto con otras normas que regulan otros derechos. Sin embargo, resulta inconsistente sostener que dos derechos coexisten para un mismo caso, y que uno de ellos se debe sacrificar para satisfacer al otro. El saber prudencial de la interpretación no exige determinar jerarquías de derecho o el peso de los mismos sino cuál derecho (entendido como bien de la persona) existe para un caso concreto y cuál no; pues los bienes de las personas son compatibles entre sí, porque cada uno pertenece a un mismo ser por lo que es imposible que un derecho (un bien) exija la lesión de otro para satisfacerse¹⁰³. Por otra parte, tales modelos consideran que los métodos tradicionales de ponderación —bien sea *ad hoc* o definitorios— comparten un error metodológico: analizar los casos concretos como si fueran cuestiones abstractas, argumentando desde un conflicto general e hipotético de normas sin tener en cuenta las peculiaridades de los casos. Por el contrario, en los problemas jurídicos llevados ante los jueces ellos deben identificar cuál ha sido el derecho ejercido dentro de su ámbito razonable de funcionamiento razonable y cuál no.¹⁰⁴

3. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La interpretación constitucional hace parte del núcleo de las discusiones constitucionales contemporáneas. Por ejemplo, en la interpretación constitucional convergen cuestiones de especial importancia para la epistemología tales como qué tipo de saber es el interpretativo y cuál es el método para determinar correctamente un derecho. Se explicó que el concepto de interpretación puede abarcar desde la atribución de significado de los textos normativos hasta el proceso-producto en la determinación del derecho. En la primera parte se exploró, desde la teoría general del Derecho, el problema de relación del texto normativo con la actividad interpretativa. Se concluyó que quienes defienden que la interpretación está limitada por los enunciados normativos tienden a pensar que las formulaciones lingüísticas pueden determinar los derechos. Por otra parte, quienes piensan que la interpretación no puede estar limitada por los enunciados normativos entienden que estos son instrumentos o elementos accidentales en la determinación de los derechos. Además, expusimos tres enfoques interpretativos en función de las relaciones semánticas de significado y designación: realistas (relación normativa-

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Pedro SERNA, y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 171.

¹⁰⁴ Fernando TOLLER, "Jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos", cit.

semántica de significado a entidades normativas reales), idealistas (relación normativa-semántica de significado a entidades normativas ideales dependientes de los principios políticos que justifican la práctica jurídica), y pragmáticas (relación semántica no normativa que defiende que los enunciados normativos se deben identificar con la voluntad de su autor).

Los modelos originalistas exigen que el objeto de la interpretación debe ser identificar el sentido de los enunciados normativos de conformidad con la intención del constituyente, o el significado de las palabras de conformidad con la generación que creó el texto constitucional. Los modelos extrínsecos pretenden descubrir un conjunto de valores, en el mejor de los casos, implícitos en la constitución. En los modelos originalistas distinguimos entre textualistas e intencionalistas. Los textualistas consideran que los jueces constitucionales se deben limitar a adjudicar el significado expreso o evidentemente implícito de la constitución. Se concluye que los textualistas no piensan que el texto de la constitución pueda resolver todo tipo de problemas, sino que en aquellos cuya decisión esté indeterminada por el texto el juez debe ser deferente hacia las decisiones del legislador. Los intencionalistas consideran que la interpretación constitucional debe descubrir el sentido que dieron a los textos aquellos que lo redactaron, bien sea identificando la intención de los constituyentes (originalistas clásicos) o indagando por el significado de la constitución según se entendía al momento de su promulgación (nuevos originalistas). Se definió que los problemas del originalismo radican en las dificultades metodológicas de identificar el sujeto de la intención o las pruebas históricas de cómo se entendían los textos constitucionales aprobados. En el trabajo se resaltó que el originalismo es poco estudiado por fuera de los Estados Unidos, especialmente porque dicho método depende de cuestiones éticas propias de la cultura estadounidense. Además, se anotó que la caracterización del “autor real” es imposible dadas las limitaciones metodológicas para identificarlo, de esta manera “el autor” y su “intención” son invención, con lo cual las teorías originalistas, a su pesar y contradiciendo sus postulados fundamentales, resultan ser extrínsecas.

Los modelos extrínsecos definen los criterios de corrección conforme a razones independientes del texto constitucional, la intención de su auto o la comprensión original del mismo. El doctrinalismo es la teoría de la interpretación según la cual no es necesario recurrir al texto de la constitución cuando existen precedentes judiciales que han resuelto el caso o uno similar. Concluimos que los doctrinalismos son enfoques extrínsecos toda vez que dependen de los valores que justifican la existencia de un sistema de precedentes, de los criterios de obligatoriedad de las decisiones de los jueces en general y de los órganos de cierre en particular. Dentro del doctrinalismo se resaltó la importancia de las tesis de las dos respuestas, toda vez que constituyen un marco metodológico para el estudio del derecho constitucional gracias a su énfasis en las cuestiones tal y como son resueltas en la práctica jurídica más que en concepciones constitucionales abstractas. Debe tenerse en cuenta que el textualismo y antitextualismo en la interpretación constitucional, es decir, el distinto valor que se da a los textos para la determinación de la interpretación y sus criterios de corrección, puede ser aplicado al doctrinalismo. Por ello

debe evitarse esa tendencia actual de ver las decisiones judiciales constitucionales como una obra final, acabada y definitiva en la tarea de administrar justicia.

Los modelos híper-racionalistas consideran que la objetividad jurídica se limita a la corrección de los procesos de pensamiento mediante los cuales se llega a conclusiones interpretativas, y si bien aceptan los límites de la racionalidad, consideran que su objetividad depende del cumplimiento de las cargas procedimentales y formales de argumentación. Para ellos los derechos son las normas (o las facultades definidas en las normas), son derechos-razones que dependen en definitiva de los lenguajes que los formulan. Se explicó, además, el énfasis de las teorías híper-racionalistas en la ponderación como método de interpretación constitucional para la solución de la existencia de conflictos entre derechos-razones. Los problemas de las posturas híper-racionalistas están dados por los límites propios de la razón, los cuales impiden la identificación de un referente objetivo para la interpretación y los derechos: el problema no es que se exijan cargas racionales a la argumentación judicial sino que se pretenda su justificación y objetividad en los procedimientos y las formas definidos por dichas cargas. La objetividad de los híper-realistas es limitada y dependiente de los procedimientos y las formas estructurantes de las razones dadas por el juez y, por tanto, sin componente referencial normativo. Incluso, en las estructuras de la ponderación, en especial la fórmula del peso, es latente una fundamentación de la racionalidad de tipo económico y político más que jurídico.

Por último, los modelos prudenciales consideran que los textos constitucionales son un instrumento para la determinación del derecho en un problema jurídico. Para este modelo, la interpretación es un saber prudencial que se encarga de comprender y dar forma a un problema jurídico concreto y real y, por tanto, las soluciones interpretativas son siempre inéditas y limitadas a las circunstancias específicas que resuelve. En lo que tiene que ver con la relación lenguaje-interpretación, los modelos prudenciales son realistas interpretativos en el sentido de que el éxito de la interpretación de los textos constitucionales depende de la referencialidad del lenguaje, es decir, de la captación de objetos que trascienden al sujeto (designación u objeto referencial). De esta manera, la interpretación prudencial parece tener una relación más clara con la objetividad de la interpretación y los derechos. Sin embargo, sus límites están dados por los vacíos epistemológicos necesarios para precisar las normas como entes reales y definir los procesos interpretativos como método de acceso al conocimiento del Derecho.

A manera de conclusión general se puede decir que las teorías de interpretación constitucional actuales tienden a ser textualistas y constructivistas, descuidando los alcances de las teorías realistas y prudenciales. Una explicación posible de dicho olvido puede encontrarse en la desidia de la filosofía del derecho contemporánea de estudiar el fundamento de las cosas. En efecto, desde KANT, “no hay diferencia alguna entre nuestra noción de una cosa afirmada con la existencia y nuestra noción de la misma cosa afirmada sin la existencia”¹⁰⁵. De esta manera,

¹⁰⁵ Ettiene GILSON, *El ser y la esencia*, Ediciones Desclée de Brouwer, 1951, p. 9.

si la realidad no puede ser representada a través de conceptos, son los conceptos los que se convierten en realidad. Por ello, las normas jurídicas resultan ser, en sí, tanto la realidad como su representación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep, *Las Fuentes del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2010.
- ALEXY, Robert, "La fórmula del peso", en Miguel Carbonell (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ATIENZA, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2002.
- ATIENZA, Manuel y Manero, Juan, *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- BARBER, Sotirios y FLEMING, James E., *Constitutional Intepretation. The basic questions*, New York, Oxford University Press, 2007.
- BARBER, Sotirios y FLEMING, James E., "The canon and the constitution outside the courts", *Constitutional Commentary*, Vol. XVII, núm. 2 (2000), p. 267.
- BARRETT, Ammy, "The Interpretation/Construction Distinction in Constitutional Law: Annual Meeting of the AALS Section on Constitutional Law". *Constitutional Commentary*, vol. XXVII, núm. 1 (2010), pp. 1-8.
- BARNETT, Randy, "Intepretation and Construcction", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1 (2011), pp. 65-72.
- BERNAL PULIDO, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", en Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Estrenado de Colombia, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en Enrique Cáceres Nieto *et al. Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Autonoma de Mexico, 2005.
- BILHARINHO, Márcio, *Marxismo e direito: umestudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000.
- BERMAN, Mitchell, "Constitutional constructions and constitutional decision rules: thoughts on the carving of implementations pace", *Constitutional Commentary*, vol. XXVII, núm. 1 (2010), pp. 39-69.

- BERMAN, Mitchell, "Constitutional Decision Rules", *Virginia Law Review*, vol. XC, núm. 1 (2004), pp. 3-164.
- CLARK, Gerard, "An introduction to constitutional interpretation", *Suffolk University Law Review* 12 (2001), pp. 485-493.
- CALSAMIGLIA, Albert, "El concepto de integridad en Dworkin", *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 12 (1992), pp. 155-176.
- CISNEROS, L. A., "The constitutional interpretation/construction distinction: a use full fiction", en *Constitutional Commentary* 27 (1) (2010), pp. 71-93.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 3 edición, New York, Aspen, 2006.
- D'AGOSTINO, Francesco "Interpretación y Hermenéutica", en *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 35 (1996), pp. 39-56.
- DENNING, Brannon, "The New Doctrinalism in Constitutional Scholarship and Heller v. District of Columbia", disponible en <http://ssrn.com/abstract=1092627> Fecha de consulta: 8 de octubre de 2011.
- DWORKIN, Ronald, "La lectura moral y la premisa mayoritarista", en H. Hongju y R. Slye (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.
- DWORKIN, Ronald, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en C. Rodríguez (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- ENDICOTT, Timothy, *Legal Interpretation*, 2011, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1872883> Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2011.
- FAERNA GARCÍA-BERMEJO, Ángel Manuel, "Significado y valor: la crítica pragmatista al emotivismo", en *Quaderns de Filosofia y Ciencia* 36 (2006), pp. 27-39.
- FALLON, Richard, *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, 2001.
- FERNÁNDEZ, Carolina Julieta, "iusnaturalismo, voluntarismo, derechos subjetivos y otros problemas de la ópera política de Ockham", en *Anuario Filosófico*, vol. 41, núm. 1 (2008), pp. 139-154.
- FON, Vinci y PARISI, Francesco, "Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis", en *International Review of Law and Economics*, XXVI (2006), pp. 519-535.

- FRIEDMAN, Barry y SMITH, Scott, "The sedimentary constitution", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. CXLVII, núm. 1 (1998), pp. 11-90.
- GASCÓN, María, "La predicibilidad de las decisiones judiciales", en *Revista Ius et Praxis* 15 (1) (2009), pp. 55-72.
- GARCÍA BELANUDE, Domingo, "La interpretación como problema", en *Revista de estudios políticos* 86 (1994), pp. 9-38.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1997.
- GILSON, ETTIENE, *El ser y la esencia*, Ediciones Descleé de Brouwer, 1951.
- GREENE, Jamal, "On the Origins of Originalism", en *Texas Law Review*, vol. 88 (1) (2009), pp. 1-89.
- HILLS, Roderick, "The pragmatist's view of constitutional implementation and constitutional meaning" 2006, disponible en <http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/hills.pdf> Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2011.
- JARAMILLO, Isabel, "Estudio preliminar", en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- KENNEDY, Duncan, "La crítica de los derechos y los CLS", en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 7, núm. 1(2006), pp. 47-89.
- LANGLOIS, Anthony "The Elusive Ontology of Human Rights", en *Global Society: Journal of Interdisciplinary International Relations*, vol. XVIII, núm. 3 (2004), pp. 243-261.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio, "Naturaleza y dimensiones del 'staredecisis'", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIII, núm. 1 (2006), pp. 109-124.
- LIFANTE, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MASSINI, Carlos, "Sobre la significación y designación de las normas: la contribución de Georges Kalinowski a la semántica normativa", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 106 (2003), pp. 65-94.
- MASSINI, Carlos, "La teoría referencial realista", en Enrique Cáceres Nieto (coord.), *Problemas contemporáneos de filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.
- MASSINI, Carlos, "Iusnaturalismo e interpretación jurídica", en *Dikaion*, vol. XIX, núm. 2 (2010), pp. 399-425.

- MERTZ, Elizabeth, "New Social Constructionism for Socio-legal Studies", en *Law & Society Review*, vol. XXVIII, núm. 5 (1994), pp. 1243-1265.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- MORESO, José J., "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23 (2000), pp. 105-118.
- NINO, Carlos, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NINO, Carlos, "Sobre los derechos morales", en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho* 7 (1990), pp. 311-326.
- NINO, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, México, Fontammarra, 1993.
- POLLOCK, John L. y CRUZ, Joseph, *Contemporary theories of knowledge*, 2 ed., EE.UU., Rowman & Littlefield, 1999.
- RABOSI, Eduardo, "Emotivismo ético, positivismo lógico e irracionalismo", en *Dianoia: anuario de filosofía* 17 (1971), pp. 1971, pp. 36-61.
- QUIROGA, Edgar, "La ponderación de los derechos en el estado de escasez. Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica", en *Revista de Economía del Rosario*, vol XX, núm. 1 (2007), pp. 75-93.
- SAMUEL, Geofdrey, *Epistemology and Method in Law*, Ashgate, UK, 2003.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- SERPE, Alessandro, "Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio", en *Utopía y Praxis Latinoamericana* 51 (2010), pp. 45-55.
- SOLUM, Lawrence B., "Semantic Originalism", en *Illinois Public Law Research Paper*, 7-24 (November 22, 2008).
- SOLUM, Lawrence B., "The interpretation-construction distinction", en *Constitutional Commentary*, vol. 27, núm. 1 (2010), pp. 95-118.
- STREETER, Jorge, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

- SWAN, Kyle, "Emotivism and deflationary truth", en *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 83, núm. 3 (2002), pp. 270-281.
- TAMAYO, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- TEIXEIRA, Daniela y SILVA, Walber, "Origem e extinção do direito empashukanis", en *I Congresso Internacional de Direito e Marxismo*, Caxias do Sul: Plenum, 2011.
- TROPER, Michell y GREZEGORCZYK, Christophe, "Precedent in France", en McCormick y Summers (coords.), *Interpreting Precedents Comparative Study*, UK, Ashgate, 1997.
- TOLLER, Fernando, "Jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos", en Ives Gandra DA SILVA MARTINS (coord.), *Direito fundamental à vida*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- TOLLER, Fernando, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test", en Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, t. II, 2005.
- VIGO, Rodolfo, *La interpretación jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho.*, Pamplona, Eunsa, 1981.
- WRÓBLEWSKY, JERSY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.
- ZÚNIGA, Yanira, "El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno", en *Ius et Praxis* [en línea] 16, 2010, disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19715603009>> Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2011.