



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL: CRÍTICAS AL
NEOCONSTITUCIONALISMO DESDE LA ARGUMENTACION JUDICIAL**

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster
en Derecho Constitucional

Autor: Javier Antonio Adrián Coripuna

Asesor: Eduardo Hernando Nieto

**Jurado: Domingo García Belaúnde
Eduardo Hernando Nieto
Roger Rodríguez Santander**

Lima, 2014

A Rafaelita y Clementina, con infinito amor



INDICE

Introducción**Capítulo 1. El concepto de derecho en el Estado Constitucional y la importancia del positivismo jurídico incluyente**

- 1.1. El “clásico” debate entre iuspositivismo y iusnaturalismo
 - 1.1.1. Los “iusnaturalismos” y sus concepciones del derecho
 - 1.1.2. Los “positivismos jurídicos” y sus concepciones del derecho
 - 1.1.2.1. El positivismo jurídico de Kelsen
 - 1.1.2.2. El positivismo jurídico de Hart
 - 1.1.2.3. El positivismo jurídico de Scarpelli
 - 1.1.2.4. El positivismo jurídico de Bobbio
- 1.2. Positivismo excluyente y positivismo incluyente
- 1.3. No-positivismo jurídico y neoconstitucionalismo
 - 1.3.1. No-positivismo principalista de Dworkin
 - 1.3.2. No-positivismo principalista de Alexy
 - 1.3.3. No-positivismo de Atienza y Ruiz Manero
- 1.4. Conclusiones. Crítica a las tesis neoconstitucionalistas
 - 1.4.1. La relevancia de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo sobre el concepto de derecho
 - 1.4.2. El neoconstitucionalismo se constituye como un modelo *normativo* y *particular* sobre el derecho, y no una teoría del derecho *descriptiva* y *general*
 - 1.4.3. Desde un punto de vista externo, el positivismo jurídico *incluyente* puede dar cuenta también del derecho en el Estado Constitucional
 - 1.4.4. La relevancia del concepto de derecho en la argumentación jurídica y las distorsiones que genera el neoconstitucionalismo en el razonamiento judicial

Capítulo 2. Las normas-principios en el Estado Constitucional y la relevancia argumentativa de la distinción entre reglas y principios

- 2.1. Los principios constitucionales como normas jurídicas
- 2.2. Los diferentes tipos de principios constitucionales
 - 2.2.1 Los principios y sus diferentes sentidos
 - 2.2.2 Normas constitucionales regulativas y normas constitucionales constitutivas
 - 2.2.3 Normas constitucionales explícitas y normas constitucionales implícitas
 - 2.2.4 Las normas constitucionales implícitas derivadas de expresas disposiciones constitucionales y la distinción entre «disposición» y «norma»
 - 2.2.5 Normas constitucionales derrotables y normas constitucionales inderrotables
- 2.3. La distinción “fuerte” y “débil” entre reglas y principios en el ámbito de las normas constitucionales
 - 2.3.1. Cuestiones generales sobre la distinción entre reglas y principios
 - 2.3.2. La tesis de la distinción fuerte entre reglas y principios
 - 2.3.3. La tesis de la distinción débil entre reglas y principios
- 2.4. Principios en sentido estricto, directrices, reglas de acción y reglas de fin en el ámbito de las normas constitucionales
- 2.5. Conclusiones: Aportes y críticas a las tesis neoconstitucionalistas

- 2.5.1. Los principios constitucionales constituyen normas jurídicas positivizadas por una autoridad y no por la naturaleza o la razón
- 2.5.2. La relevancia de las distinciones entre “disposición” y “norma”, y de contenido “*prima facie*” y contenido “definitivo”, en la identificación de las normas constitucionales
- 2.5.3. Las normas constitucionales también pueden resultar derrotables e inderrotables
- 2.5.4. Entre reglas y principios existe a lo mucho una distinción débil
- 2.5.5. La relevancia de la diferencia entre reglas y principios se presenta en la argumentación jurídica

Capítulo 3: La interpretación constitucional como “descubrimiento” y como “creación” de significados

- 3.1. Los intérpretes de la Constitución y las diferentes supremacías interpretativas
- 3.2. Formas en la que opera la interpretación jurídica en el Estado Constitucional
 - 3.2.1. ¿Existen peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación jurídica en general?
 - 3.2.2. Tipos de ambigüedades que presenta el vocablo “interpretación”
 - 3.2.3. ¿Cómo opera la interpretación de la Constitución?
 - 3.2.3.1. El originalismo y la intención de los constituyentes
 - 3.2.3.2. La semántica y la voluntad objetiva de la norma
 - 3.2.3.3. El constructivismo y la mejor interpretación de la norma
 - 3.2.4. Forma en que opera la interpretación de la Constitución en la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales
- 3.3. Mecanismos o criterios de interpretación constitucional
 - 3.3.1. Criterio de interpretación gramatical
 - 3.3.2. Criterio de interpretación lógica
 - 3.3.3. Criterio de interpretación histórica
 - 3.3.4. Criterio de interpretación sistemática (o de unidad de la Constitución)
 - 3.3.5. Criterio de interpretación teleológica
 - 3.3.6. Criterio de concordancia práctica
 - 3.3.7. Criterio de corrección funcional
 - 3.3.8. Criterio de función integradora
 - 3.3.9. Criterio de interpretación de la Constitución conforme a ley
- 3.4. Problemas que plantea la interpretación de la Constitución
- 3.5. Conclusiones. Los aportes y peligros de las tesis neoconstitucionalistas
 - 3.5.1. Para la determinación de la supremacía interpretativa de la Constitución es relevante la distinción entre lo constitucionalmente prohibido, obligado o posible
 - 3.5.2. La interpretación constitucional implica el proceso de “descubrir” y “crear” significados respecto de las disposiciones constitucionales
 - 3.5.3. Los criterios de interpretación de la ley son la base más frecuente, aunque no la única para la interpretación de la Constitución
 - 3.5.4. La argumentación jurídica constituye el fundamento de legitimidad de la interpretación constitucional

Conclusiones **Finales**
Bibliografía

Introducción

Una de las principales obras en materia de argumentación jurídica es, sin lugar a dudas, *The legal reasoning and theory of law* de Neil MacCormick¹. En dicha obra, más allá del elocuente título de la misma, MacCormick pone en evidencia la indisoluble unión que existe entre la teoría del Derecho y el razonamiento jurídico, en especial con la argumentación jurídica. Como lo sostiene Schiavello,² respecto de dicha obra, “una teoría de la argumentación que no se funde sobre una teoría del derecho y sobre una concepción de la razón práctica sería gravemente incompleta”.³ Ya sean los jueces, los abogados que litigan o los funcionarios de la administración, todos los operadores jurídicos, cuando argumentan, parten ya sea de un concepto de Derecho, de una forma de interpretación jurídica, de operar con un determinado tipo de norma jurídica –y si ésta tiene un contenido claramente determinado–, o de una concepción acerca de si los jueces pueden crear normas, entre otros asuntos, lo acepten conscientemente o no.

Es por ello que nuestra investigación pretende analizar críticamente algunos de los principales elementos característicos del movimiento “neoconstitucionalista” que van a tener directa influencia en el razonamiento de los jueces al momento de argumentar la solución de un caso concreto en materia constitucional. Al respecto, se ha sostenido que el ordenamiento jurídico de un Estado Constitucional es uno que difiere sustancialmente de aquel ordenamiento jurídico que caracteriza al denominado Estado Legal de Derecho. Dicho Estado Constitucional ha generado este movimiento que se ha venido en llamar “neoconstitucionalismo”, cuya aparición puede coincidir con el ataque al positivismo jurídico dirigido por Ronald Dworkin en los años setenta y que tiene como una de sus principales notas distintivas, respecto del iuspositivismo y el iusnaturalismo, “la idea de que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios [constitucionales] comunes a ambos”.⁴

¹ MACCORMICK, Neil. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2001.

² SCHIAVELLO, Aldo. “Introduzione all’edizione italiana”. En: MACCORMICK, Neil. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. *Op.cit.*, pp. 14-15.

³ Por su parte, Villa sostiene como una de las principales contribuciones de Neil MacCormick a la filosofía y teoría del derecho, aquella relativa al hecho que “desde su perspectiva, la teoría del razonamiento jurídico se convierte en el eje central de la teoría del derecho. Se trata de cambio teórico importante, que en tiempos recientes ha involucrado a otros estudiosos (Dworkin y Alexy, por ejemplo), y que ha determinado un punto de inflexión crucial en la teoría del derecho contemporánea: el paso de las concepciones *objetivistas* (que ven el derecho como *objeto* que existe en modo prioritario e independiente respecto a las actividades de interpretación, de aplicación, de uso social que al derecho mismo hacen referencia), a las concepciones *orientadas a la práctica* (que ven al derecho como *práctica social normativa*). En: VILLA, Vittorio. “Il positivismo giuridico di Neil MacCormick”, *Diritto e questioni pubbliche*. N.º 9, 2009, pp. 29-30.

⁴ BARBERIS. Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo moral”. En: *Juridica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N.º 31, Año 2001, p.326. Es importante mencionar que Barberis sostiene que las críticas al positivismo jurídico anticipadas por Giovanni Sartor y Nicola Matteucci, constituyen precedentes significativos del neoconstitucionalismo, aunque bajo la vieja bandera del constitucionalismo. *Idem*. p.326.

Aunque en la doctrina no existe un único y uniforme concepto de “neoconstitucionalismo”, cabe destacar que desde su inicial referencia por Susana Pozzolo⁵, dicho concepto ha sido utilizado como un “cajón de sastre”⁶ para referirse tanto al constitucionalismo europeo posterior a la segunda guerra mundial⁷, como para enmarcar las ideas de autores que no sólo siguen variadas tendencias, sino que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí. Sin embargo, pese a lo expuesto, se puede afirmar que, en general, dicho concepto se ha caracterizado por lo siguiente: i) el predominio de los principios sobre las reglas; ii) el uso frecuente de la ponderación en detrimento de la subsunción; iii) la presencia activa de los jueces por encima de los legisladores; iv) el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a cierta homogeneidad ideológica; y v) un constitucionalismo invasivo en todos los ámbitos del derecho.⁸

En la actualidad este movimiento neoconstitucionalista tiene cada vez más seguidores en países de Latinoamérica como el Perú, e incluso ha ejercido decisiva influencia en la actividad de los Tribunales Constitucionales de esta región. En efecto, en su pretensión de convertirse en una nueva cultura jurídico-política, el neoconstitucionalismo se encuentra presente en debates de diferentes ámbitos: de la *filosofía política*, en cuanto al mejor modo de organizar las instituciones democráticas⁹; en el *ámbito conceptual*, por ejemplo, en cuanto a qué debemos entender por derecho y cómo se explica su relación con la moral; en el *ámbito metateórico*, sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque

⁵ POZZOLO, Susana. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. *Doxa*, N.º 21, 1998, pp. 355-370.

⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. En: *¿Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos*. Lima, Jurista Editores, 2013, p.372.

⁷ Sobre el particular, Grández sostiene que “a diferencia del modelo americano, el *neo-constitucionalismo*, quizá para resolver un problema teórico de coherencia, tuvo que acudir a la creación de un órgano extraño al Poder Judicial y mantener así intacta la tesis de la obediencia a la legislación por parte del juez. De este modo, el *neo-constitucionalismo* funciona hasta hoy en Europa con un Tribunal Constitucional que controla la legislación y con jueces que siguen obedeciendo al principio de legalidad”. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2010, pp.38-39.

⁸ PRIETO SANCHIS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 131-132. Para Guastini, dentro de las características comunes que se atribuyen a un Estado Constitucional, tenemos las siguientes: i) una Constitución rígida; ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; iii) la fuerza vinculante de la Constitución; iv) la «sobre interpretación» de la Constitución por parte de los jueces (especialmente los Tribunales Constitucionales), órganos estatales y juristas; v) la aplicación directa de las normas constitucionales; vi) la interpretación conforme de las leyes, partiendo de la distinción entre «disposición» (enunciado lingüístico) y «norma» (sentido interpretativo de una disposición); y vii) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que va a depender del contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (Tribunal Constitucional, si es que existe en el ordenamiento), así como la postura de los órganos constitucionales y de actores políticos. GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo. Op.cit.* pp.49 y ss.

⁹ Al respecto, Hernando refiere que “las tesis neconstitucionalistas parten de una moral de los derechos subjetivos de raíz kantiana y consideran que si se quiere actuar como un sujeto racional (moral) entonces es indispensable vivir dentro de un régimen de democracia representativa, es decir, un régimen que garantice las mismas posibilidades de autonomía para todos sin exclusión y que justamente toma a este conjunto de bienes básicos como los requisitos esenciales para poder desarrollar la autonomía”. HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica, ¿son realmente proyectos convergentes? En: *Gaceta Jurídica*, Guía 6, diciembre de 2009, p. 191.

más adecuado para la comprensión del derecho; o en el *ámbito teórico*, sobre la naturaleza de las normas y a su interpretación.¹⁰

De seguro que las posturas que se presentan a continuación no constituyen las únicas, ni son uniformes, menos aún si en muchos casos se tratan de posturas de autores de diferentes ordenamientos e incluso de familias jurídicas tan disímiles como la anglosajona o la europeo-continental, pero sí son algunas de las más relevantes para nuestro objeto de estudio. No pretendemos demostrar verdades necesarias sobre la teoría del derecho contemporánea o el razonamiento jurídico, si acaso se pudiera demostrar, sino tan sólo elaborar hipótesis para estimular la investigación y discusión en el ámbito del razonamiento judicial respecto de determinadas premisas teóricas con relevancia práctica.

Para tal efecto, en el primer capítulo analizaremos brevemente las diferentes concepciones del derecho que se han formulado en la teoría del derecho, haciendo especial énfasis en aquellos autores antipositivistas o neoconstitucionalistas a efectos de verificar si en los Estados Constitucionales aún puede resultar vigente alguna versión del positivismo jurídico sobre el concepto del derecho o es que debemos simplemente reconocer que el derecho se encuentra plenamente unido con la moral, tal como lo sostienen los mencionados autores.

En un segundo capítulo examinaremos las denominadas normas-principios en el Estado Constitucional, así como la relevancia argumentativa de la distinción entre reglas y principios. Para tal efecto, partiremos por identificar los diferentes tipos de normas constitucionales, las distinciones “fuerte” y “débil” entre reglas y principios, así como las distinciones entre principios en sentido estricto, directrices, reglas de acción y reglas de fin, expuestas por Atienza y Ruiz Manero.

Finalmente, en un amplio tercer capítulo, nos aproximaremos a la interpretación constitucional a efectos de identificar las diferentes supremacías interpretativas de la Constitución, tratando de dar relevancia a la interpretación legislativa, que también es un tipo de interpretación constitucional en el ámbito de lo constitucionalmente posible. También analizaremos cómo opera la interpretación de la Constitución, especialmente, el originalismo y su orientación en identificar la intención de los constituyentes; la semántica y la importancia de descubrir la voluntad objetiva de la norma; así como el constructivismo dworkiniano y sus pretensiones de encontrar la mejor interpretación de la norma. Igualmente, se identificarán los criterios a utilizarse en la interpretación constitucional, examinando en qué medida nos pueden servir para “descubrir” significados, o en los casos difíciles (en especial, los extremadamente difíciles) para “crear” los significados necesarios para la solución del caso.

En cada uno de los mencionados capítulos, en la parte final de ellos, se hará un especial examen de la forma en que deben aplicarse los respectivos conceptos en el ámbito de la argumentación jurídica, buscando de este modo elaborar mecanismos que coadyuven principalmente en el razonamiento concreto de los jueces.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, Trotta, 2013, p.23.

Capítulo 1: El concepto de derecho en el Estado Constitucional y la importancia del positivismo jurídico incluyente

Una de las principales interrogantes que se genera en el movimiento “neoconstitucionalista” es si el positivismo jurídico puede servir para identificar lo que es el derecho en el Estado Constitucional, o incluso si el neoconstitucionalismo trae consigo un nuevo concepto del derecho, distinto a aquel del derecho natural o del derecho positivo. Así, algunos estudiosos como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky o Atienza, consideran que el positivismo jurídico no es una teoría adecuada para explicar lo que sucede en los ordenamientos jurídicos de los Estados Constitucionales, mientras que otros como Ferrajoli, Prieto Sanchís, Moreso y Pino, estiman que el positivismo jurídico es aún una teoría idónea para dar cuenta de dichos ordenamientos jurídicos.

Más allá de que dicha interrogante constituye un asunto estrictamente filosófico, tiene una relevancia práctica indiscutible sobre todo en los denominados “casos difíciles”, en aquellos “casos constitucionales” (que presentan altos grados de indeterminación, lagunas o conflictos entre normas), en los que será ineludible adoptar una posición acerca del concepto de derecho que consideremos aplicable. Es debido a ello nuestro interés en analizar las distintas posiciones teóricas que sobre el concepto y del derecho se han formulado así como la relación entre éste y la moral. Dicha temática nos llevará a examinar: (1) el “tradicional” debate entre derecho natural y derecho positivo; (2) las diferentes formas “actuales” de positivismo jurídico (excluyente y incluyente); (3) las posturas referidas a lo que se ha venido en llamar “no-positivismo”, del que hoy muchos teóricos son partidarios, aunque, como veremos, no siempre con una sólida argumentación que los desvincule del positivismo jurídico; y, (4) algunas conclusiones sobre lo expuesto, así como respecto de lo que consideramos la posición que más se adecúa a la configuración del derecho en los actuales Estados Constitucionales, haciendo especial hincapié en los efectos que en la argumentación jurídica genera el concepto de derecho de los jueces.

1.1. El “clásico” debate entre iuspositivismo y iusnaturalismo

Positivismo jurídico y derecho natural son dos de las corrientes doctrinales que tradicionalmente han sido representativas respecto del concepto de Derecho. La rivalidad entre ambas corrientes de pensamiento, iniciada incluso antes de la materialización de los Estados Constitucionales, se debe al rol que deberían cumplir aquellos principios o valores “naturales” y “racionales”, respecto de las normas positivizadas. Para el iusnaturalismo, tales principios o valores le otorgan validez a las normas positivizadas y justifican la obediencia al Derecho “puesto”. Para el iuspositivismo, en general, las normas positivizadas poseen validez independientemente de la existencia o contenido de los aludidos principios o valores “naturales” o “racionales”. Es importante precisar que tanto el derecho natural como el positivismo jurídico “engloban respectivamente, bajo su designación, doctrinas diferentes y lógicamente distintas”¹¹, es decir, que no hay una sola doctrina sobre el derecho natural o sobre el positivismo jurídico¹². Existen incluso varios significados

¹¹ PRIETO, Luis, BETEGÓN, Jerónimo y GASCÓN, Marina. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: McGraw Hill, 1997, p.67.

¹² Es precisamente sobre dicha diversidad de posiciones que Haba dirige sus críticas contra Dworkin. Así, refiere que Dworkin “no le otorga la menor importancia al hecho de que la expresión «positivismo jurídico»

sobre estas expresiones. Veamos algunas peculiaridades relevantes de tales corrientes.

1.1.1. Los “iusnaturalismos” y sus concepciones del derecho

En general puede afirmarse que el «iusnaturalismo» ha sido la tradición hegemónica en la cultura jurídico-política desde la antigüedad hasta el siglo XVIII, siendo representado por autores tan importantes como San Agustín, Santo Tomás (iusnaturalismo teológico), Hugo Grocio, Pufendorf, Tomasio, Wolf; en sentido más amplio: Hobbes, Espinosa, Locke o Leibniz; y en un sentido mucho más amplio: desde Rousseau a Kant (iusnaturalismo racionalista)¹³. En general, más allá de las peculiaridades de cada uno de dichos representantes, el iusnaturalismo tiene como uno de sus rasgos particulares que lo definen, “la idea que la justicia o la moralidad constituye un ingrediente necesario del concepto del Derecho y que éste, en lógica correspondencia, incorpora un principio de obligatoriedad moral; justicia o moral concebidas, no como un fenómeno histórico (el concepto de justicia de tal o cual sociedad), sino como una exigencia normativa derivada de Dios, de la naturaleza o de la razón”¹⁴.

El Derecho natural constituye una teoría de la moral, es decir, un cierto punto de vista acerca del conocimiento moral, acerca de cómo y en qué condiciones podemos decir que una conducta o estado de cosas es bueno, justo, virtuoso, etc. Se entiende por “moral”, siguiendo a Bobbio, como aquel “conjunto de prescripciones de la conducta humana en general, ordenadas sistemáticas y jerárquicamente en torno a algunas máximas fundamentales, inspiradas por lo común en la aceptación de un valor considerado preeminente”¹⁵. Una de las características que especialmente identifica a la teoría del Derecho natural, en tanto teoría del Derecho, es su *dualismo jurídico*, el mismo que se vincula con la idea de que junto al Derecho positivo, que no es sino una obra humana en la historia, se sitúa un Derecho, el natural, que existe objetivamente con independencia de la voluntad de las concretas sociedades.¹⁶ El punto central del iusnaturalismo es la tesis de la relación *necesaria* entre derecho y moral, es decir entre el Derecho que *es* y el Derecho que, de acuerdo con alguna concepción de la justicia, *debería ser*.¹⁷

La doctrina iusnaturalista, en especial la racionalista (autonomía de la razón), ha tenido directa influencia en el primer constitucionalismo liberal, pues la idea de que exista un poder constituyente (el pueblo), fuera y por encima de los órganos estatales, capaz de dictar normas que limitan y vinculan a estos últimos, es una forma de manifestación de la pretensión iusnaturalista de

cubre puntos de vista MUY *heterogéneos*, colocados por unos u otros autores bajo esa misma etiqueta”. HABA, Enrique P. “Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El *bluff* Dworkin”. *Doxa*, N.º 24, p.181.

¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. *Op.cit.* pp.52.

¹⁴ Idem. p.61

¹⁵ BOBBIO, Norberto. “Il giusnaturalismo come teoría della morale”. Citado por PRIETO SANCHÍS, Luis y otros. *Lecciones de teoría del derecho*, *Op.cit.* p.32.

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis y otros. *Lecciones de teoría del derecho*, *Op.cit.* pp.31-34.

¹⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Trotta, 2005, p.303.

imponerse al derecho positivo. Asimismo, la fisonomía de los derechos constitucionales, en tanto derechos inherentes e inalienables de todo sujeto (abstracto, universal e independiente de contextos históricos concretos) es la propia de los derechos naturales construidos por el racionalismo.¹⁸

Uno de los problemas que presenta la adopción de las tesis iusnaturalistas es la dificultad para identificar aquellas conductas o estados de cosas buenos, justos o virtuosos, que uniformemente hubiesen sido aceptados en todo tiempo y lugar. Los historiadores, sociólogos o antropólogos, entre otros, muestran que bajo la bandera del iusnaturalismo se han etiquetado los más diversos y hasta contradictorios puntos de vista acerca de lo justo o acerca de lo moral.

Es importante destacar también que el derecho natural tiene representantes en la actualidad. Uno de ellos, es John Finnis, quien es probablemente el más influyente de los iusnaturalistas contemporáneos. Él manifiesta que la preocupación fundamental de toda teoría iusnaturalista sensata es “comprender la relación (las relaciones) entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentes relevantes de la razonabilidad práctica”¹⁹, y además que la tradición del iusnaturalismo “no tienen interés en minimizar el alcance ni el carácter concluyente del derecho positivo o la suficiencia general de las fuentes positivas para solucionar los problemas jurídicos. Antes bien, el interés de la tradición (...), ha sido mostrar que el acto de ‘ poner’ el derecho (sea judicialmente o legislativamente o de cualquier otra forma) es un acto que puede y debería ser guiado por reglas y principios ‘ morales’ ; que esas normas morales son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención, o mera ‘ decisión’ ; y que esas mismas normas morales justifican: (a) la misma institución del derecho positivo, (b) las principales instituciones, técnicas y modalidades dentro de esa institución (e.g. la separación de poderes), y (c) las principales instituciones reguladas y sostenidas por el derecho (e.g. el gobierno, los contratos, la propiedad, el matrimonio, y la responsabilidad penal)”.²⁰

1.1.2. Los “positivismos jurídicos” y sus concepciones del derecho

En general, con la expresión «positivismo jurídico», se alude a aquel derecho “puesto”, “producido” o “establecido” por actos humanos y que puede ser identificado mediante criterios ajenos a la moral. Es probablemente la concepción más extendida en la teoría del derecho del siglo XX.²¹

1.1.2.1. El positivismo jurídico de Kelsen

Uno de sus representantes más reconocidos es Hans Kelsen, para quien su *Teoría Pura del Derecho*²² constituye una teoría sobre el derecho positivo. En cuanto teoría pretende “exclusiva y únicamente” dar respuesta a la pregunta

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. Op.cit. pp.58-60.

¹⁹ FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000. p.308.

²⁰ *Idem*.p.317.

²¹ ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid, Trotta, 2013, p.24.

²² KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

sobre *qué* es el derecho y no *cómo debe ser*, es decir, busca “liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños”, pues, “de manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y con la teoría política”²³.

En cuanto a su teoría de la norma jurídica, para Kelsen el derecho es norma pero sobretodo es un *fenómeno coactivo* que surge de la propia estructura de la norma jurídica. Por ello, para él la norma jurídica es un juicio hipotético del tipo: “si se realizan ciertas condiciones entonces *debe ser* imputada la sanción”.²⁴

Otro concepto importante en la teoría del derecho kelseniana es aquel sobre el *concepto de validez de la norma jurídica*. Según este autor, una norma jurídica es válida sólo si es producida por un órgano que ha sido autorizado conforme a otra norma a la que se encuentra jerárquicamente subordinada. Es este punto uno de los que ha sido frecuentemente criticado por los iusnaturalistas y antipositivistas, pues para Kelsen la validez de una norma jurídica sólo es apreciada desde un punto de vista formal, de modo tal que dicha norma jurídica podría regular “cualquier contenido” que decidiera la respectiva autoridad encargada de dictarla.²⁵

Para Kelsen, el positivismo jurídico se constituye en aquella teoría que coloca a la seguridad jurídica, y en especial a la previsibilidad, como valores fundamentales del sistema jurídico.²⁶ Teniendo en cuenta que el procedimiento legislativo tiene que superar muchas dificultades para funcionar, esto genera que el derecho no se adapte fácilmente a las circunstancias cambiantes. Ello tiene el inconveniente de la falta de flexibilidad pero tiene la ventaja de la

²³ *Idem.* p.15. Al respecto Kelsen sostiene que “si, bajo el presupuesto de valores puramente relativos, se formula la exigencia de que, en general, se distinga al derecho de la moral y, en especial, al derecho de la justicia, ello no quiere decir, por acaso, que el derecho nada tenga que ver con la moral o con la justicia; no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto del bien. Puesto que el concepto del ‘bien’ no puede ser determinado sino como ‘lo debido’, lo correspondiente a una norma; y si se define al derecho como norma, ello implica que lo conforme a derecho es bueno. La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar derecho y moral, y también, derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles, y no con ‘la’ moral, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, con cierto sistema moral”. *Idem.* pp. 79-80.

²⁴ VELUZZI, Vito. “Introduzione. Percorsi del positivismo giuridico”. En: SCHIAVELLO, Aldo y VELUZZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo*. Torino, Giappichelli Editore, 2005, p. 11.

²⁵ Kelsen sostiene que “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de determinada manera por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. (...) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. *Op.cit.*p.205.

²⁶ SQUELLA, Agustín. *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. México, Fontamara, 2ª ed. 1998, p.11.

seguridad jurídica, “consistente en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles”.²⁷

1.1.2.2. El positivismo jurídico de Hart

Otro de los principales representantes del positivismo jurídico es H.L.A. Hart, quien en su trascendental obra *El concepto del derecho* (1961),²⁸ expone su teoría a partir de la crítica contra aquel modelo simple del derecho que identifica a éste como órdenes coercitivos del soberano, afirmando que no reproduce algunas de las principales características del sistema jurídico. Así, refiere que el derecho no sólo está compuesto de normas (primarias), que establecen lo que está prohibido o permitido, bajo castigo, sino también por normas (secundarias) que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o para legislar o para crear o modificar relaciones jurídicas, sin que pueda entenderse que estas últimas constituyen normas respaldadas por amenazas.²⁹ Una de estas normas secundarias, además de las reglas de cambio y reglas de adjudicación, es precisamente la denominada “regla de reconocimiento”, que surge como la forma más simple de remedio ante la falta de certeza del régimen de las reglas primarias, buscando especificar alguna característica de ésta últimas reglas que la haga reconocible e identificable como perteneciente al conjunto de reglas de grupo.³⁰

Hart manifiesta que la regla de reconocimiento no es simplemente una norma “pensada” o “presupuesta”, tal como la norma fundamental de Kelsen. A diferencia de éste, sostiene que la regla de reconocimiento es una norma efectiva, usada y aceptada por los funcionarios y por los jueces para individualizar las normas válidas.³¹

En general, Hart entiende por positivismo jurídico, “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.³² Lo que dicha definición pretende expresar “no es alguna ambiciosa tesis acerca de las conexiones entre el derecho y la moral, y ni siquiera es una tesis acerca de la naturaleza de la validez jurídica. Su sentido es que no existe garantía alguna de que el derecho habrá de satisfacer aquellos estándares morales por medio de los cuales el derecho debería ser juzgado. El derecho, nos dice la definición, es moralmente falible”.³³

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Op.cit.p.260.

²⁸ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 3ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

²⁹ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Op.cit. p.99 y ss.

³⁰ *Idem*.p.117.

³¹ VELUZZI, Vito. “Introduzione. Percorsi del positivismo giuridico”. Op.cit.p.17.

³² HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Op.cit. p.230.

³³ GREEN, Leslie. “El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral”. p.17. Artículo publicado originalmente en *New York University Law Review*, Vol.83, N.º 4, (2008), pp. 1035-1058. Traducción de Ernesto Riffo Elgueta. En: <http://hpj2010.files.wordpress.com/2010/09/25-green-leslie-el-positivismo-y-la-inseparabilidad-del-derecho-y-la-moral.pdf>.

En buena parte de los textos que refieren las tesis de Hart se alude a su frase: “no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral o entre el derecho como es y el derecho como debe ser”, expuesta en su artículo “El positivismo y la separación entre el derecho y la moral”, algunos años antes que *El concepto del derecho*. En dichos textos se le imputa a Hart la tesis de una estricta separación entre derecho positivo y la moral. Sin embargo, autores como Leslie Green y John Gardner cuestionan dicha interpretación de las tesis de Hart. Para Green, cuando Hart expuso que el positivismo jurídico involucra la separación entre el derecho y la moral, “no pretendía decir nada tan ridículo como la idea de que el derecho y la moral deberían *mantenerse separados* (como si la separación del derecho y la moral fuera como la separación de la iglesia y el estado)”, pues la moral establece ideales para el derecho, y éste debería estar a la altura de aquella. De igual modo, Hart no pretendió decir que el derecho y la moral *están* separados, pues su unión se aprecia en todas partes, por ejemplo, cuando se prohíbe la discriminación sexual es porque la consideramos inmoral.³⁴ Para Gardner, la tesis de la separabilidad no puede caracterizar el positivismo “[pues] es absurda y ningún filósofo del derecho de nota la ha aceptado jamás”, y que entre tanta discordancia no es nada sorprendente que algunos espectadores encontraran la tesis “irremediablemente ambigua”, y que el medio siglo de debate acerca de la separabilidad del derecho y la moral, haya sido “enteramente sin sentido”.³⁵

Otra de las características importantes de la propuesta teórica de Hart es el replanteamiento de la normatividad del derecho en los términos de reglas sociales, distinguiendo entre la perspectiva del participante en la práctica jurídica (punto de vista interno), y la perspectiva del observador (punto de vista externo). Según Hart es imposible comprender todos los tipos de estructura social sin tener en consideración estas dos perspectivas. Por ello, “muchas de las oscuridades que rodean a los conceptos jurídicos surgen del hecho de que éstos implican un punto de vista interno, es decir, el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se conforma a las normas, sino que usan las normas como pautas para valorar su conducta y la de los demás”.³⁶

³⁴ GREEN, Leslie. *Op.cit.* p.1.

³⁵ Citado por GREEN, Leslie, *Op.cit.*p.3.

³⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica (Estudio Preliminar)”, p.XXVI. En: H.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. Por otra parte, Hart sostiene que “la teoría del Derecho así concebida [en su obra] como descriptiva y general a la vez, es un proyecto que difiere radicalmente de la concepción de Dworkin de la teoría del Derecho —o *jurisprudence*, como la designa a menudo—, parcialmente valorativa y justificativa y ´dirigida a una cultura jurídica en particular`, que es por lo general, la del autor [Hart] y, en el caso de Dworkin, la del Derecho anglo-americano. La tarea central de la teoría del Derecho así concebida es caracterizada por Dworkin de ´interpretativa` y contiene en parte evaluaciones, pues consiste en identificar los principios que mejor se ´adecúan` al Derecho establecido y a las prácticas de un sistema jurídico y que, al mismo tiempo, suministran la mejor justificación moral de ellos, mostrando así el derecho ´bajo su mejor aspecto`. Así en HART, H.L.A. “Postscriptum”. En: *La decisión judicial*. Siglo del hombre editores. Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 92-93.

En general, el eje central del positivismo jurídico de Hart, puede ser identificado por 3 tesis³⁷: i) la «tesis de las fuentes sociales»: la existencia y el contenido del derecho en una determinada sociedad depende de un conjunto de hechos sociales, es decir, de aquellas acciones realizadas por los integrantes de la sociedad; ii) la «tesis de la separación» entre derecho y moral: la validez jurídica de una norma no comporta necesariamente su validez moral; y iii) la «tesis de la discrecionalidad» o «tesis de los límites del derecho»: como las normas son indeterminadas, los jueces tiene discrecionalidad³⁸.

Cabe destacar que a partir de la publicación en 1994 del *Postscriptum*³⁹ a la obra *El concepto del derecho* de Hart, en el que dicho autor busca responder las críticas de Dworkin, se ha generado un interesante debate entre los filósofos del derecho que simpatizan con la perspectiva positivista, específicamente entre los defensores del positivismo jurídico excluyente y aquellos que defienden el positivismo jurídico incluyente, lo que desarrollaremos más adelante.

1.1.2.3. El positivismo jurídico de Scarpelli

Otro importante representante del positivismo jurídico es Uberto Scarpelli, quien tiene como una de sus principales obras el libro *Cos'è il positivismo giuridico*⁴⁰. Este autor considera que derecho positivo es aquel “que se opone al derecho natural eterno, no hecho, que no necesita hacer, porque existe por sí mismo y por siempre, y al derecho natural histórico, no creado, porque el curso de la historia lo hace por nosotros”⁴¹, y que el derecho positivo es una empresa colectiva que es producto del acuerdo efectivo de las prácticas de los individuos, cada una fundada sobre elecciones más o menos conscientes y coherentes.⁴² “La descripción iuspositivista del derecho y sus elecciones conceptuales fundamentales no implican un conocimiento neutral sino pueden (y deben) enunciar públicamente la elecciones de valor de las que inevitablemente han conformado”.⁴³

La posición de Scarpelli, rechazando la interpretación científicista del positivismo jurídico de Bobbio, se sustenta en la importante distinción entre un punto de vista externo y un punto de vista interno, respecto a las normas en general y a las normas jurídicas en particular (distinción formulada por Hart, pero que según Scarpelli, no hizo de modo impecable). El *punto de vista*

³⁷ MORESO, José Juan. “In difesa del positivismo giuridico inclusivo”. *Ars Interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica*. 2001, p.337.

³⁸ Hart sostiene que “las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla (...) Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas (...). Así en: HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. op.cit.p.15

³⁹ HART, H.L.A. “Postscriptum”, *Op.cit.* pp. 89-141.

⁴⁰ SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni Comunita, 1997.

⁴¹ SCARPELLI, Uberto. “Il positivismo jurídico rivisitato”. En: SCHIAVELLO, Aldo y VELUZZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporáneo*. *Op.cit.* p. 104.

⁴² JORI, Mario. “Uberto Scarpelli e il giuspositivismo”, Introducción a SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, *Op.cit.*pp.25-26.

⁴³ VELUZZI, Vito. “Introduzione. Percorsi del positivismo giuridico”. *Op.cit.*p.22

externo es el punto de vista de un observador de la experiencia jurídica, observador de los hechos de producción, interpretación, ejecución, violación y aplicación de normas. El *punto de vista interno* es el punto de vista de quien usa las normas y con referencia a ellas orienta, corrige, valora y cualifica los comportamientos.⁴⁴

Según este autor, una aproximación científica al derecho, al derecho en la realidad, como es, constituye un ideal epistemológico a perseguir. Pero “este no es un ideal para el jurista, ni siquiera para el jurista iuspositivista”.⁴⁵ Quienes se aproximan de este modo, o deberían aproximarse, son *observadores externos* tales como los sociólogos, antropólogos, los psicólogos del derecho, quienes consideran hechos, tratan de aclarar su sentido cultural, tratan de explicarlos y predecirlos mediante conexiones causa-efecto, condiciones y condicionantes. En cambio, la aproximación desde el *punto de vista interno*, precisamente del jurista iuspositivista, no produce un conocimiento científico de los hechos, pues el jurista selecciona y elige en el complejo fenómeno social aquellas normas que examinará y utilizará.⁴⁶

Luego de reexaminar algunas de sus posiciones, Scaperli termina afirmando que “si no se puede aceptar más al positivismo jurídico en el sentido antiguo de legalismo, de una reducción del derecho a la ley, podemos todavía ser iuspositivistas llamando derecho y reconociendo como derecho sólo a aquello que se produce en las deliberaciones de los órganos competentes en un ordenamiento, en los actos de legislación constitucional, a aquellos de legislación ordinaria, a las decisiones judiciales y a los otros actos jurídicos. La ideología que se subsume (...) es aquella que, si ya no tenemos sólo leyes, debemos tener por lo menos un conjunto de deliberaciones coordinadas en un ordenamiento. Un orden de ordenación si no se puede orden legal. En ese sentido, poseemos en el concepto de derecho un excelente instrumento conceptual para distinguir aquello que es el derecho –derecho positivo– de aquellos que no lo es. Un iuspositivista de la ordenación puede todavía considerarse *Un apóstol del derecho hecho*”.⁴⁷

1.1.2.4. El positivismo jurídico de Bobbio

Finalmente, si tenemos en cuenta la clásica distinción expuesta por Bobbio⁴⁸, entre: i) *positivismo jurídico como un método de aproximarse al estudio del Derecho* (no vinculación conceptual entre Derecho y moral), de modo que debe distinguirse entre el derecho ideal (que *debería* ser) y el derecho real (que *es*); ii) *positivismo jurídico como una determinada teoría o concepción del Derecho* (monopolio por parte del Estado moderno del poder de producción jurídica); y iii) *positivismo jurídico como una determinada ideología del Derecho* (el positivismo atribuye al Derecho que es, y por el sólo hecho de su existencia, un valor

⁴⁴ SCARPELLI, Uberto. “Il positivismo jurídico rivisitato”. *Op.cit.* p.108.

⁴⁵ *Idem.* p.109.

⁴⁶ *Idem.* p.109.

⁴⁷ *Idem.* p.113.

⁴⁸ BETEGÓN, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho.* *Op.cit.* pp.80 y ss. También en VELUZZI, Vito. “Introduzione. Percorsi del positivismo giuridico”. *Op.cit.* pp. 6-7.

positivo), prefiriendo incluso denominarlo como *positivismo ético*⁴⁹; podemos identificar en alguna medida, en dicha clasificación, las posturas teóricas de Kelsen, Hart y Scaperlli. Así, Alf Ross sostiene que el positivismo jurídico de Kelsen sería un positivismo ideológico, en la medida que llega conferir al derecho que es, por el sólo hecho de existir, un valor positivo⁵⁰. Veluzzi considera que la obra de Hart lo identifica como un representante del positivismo jurídico como método de aproximación al estudio del derecho, y que el positivismo de Scarpelli lo identifica como un representante del positivismo ideológico.⁵¹

1.2. Positivismo jurídico excluyente y positivismo jurídico incluyente

Actualmente, en el ámbito de la teoría del Derecho se distinguen nítidamente dos tipos de positivismo jurídico, los que se caracterizan, entre otros aspectos, por la posición que tiene para sus representantes la relación contingente o inexistente entre Derecho y moral.

Para el **positivismo jurídico excluyente**, representado, entre otros, por Joseph Raz, la existencia de una regla jurídica válida tiene que ver únicamente con la verificación sobre si posee la fuente apropiada en la legislación, decisión judicial o costumbre social, cuestiones que son puramente de hecho social, de linaje, y que pueden establecerse independientemente de factores morales⁵². Para Raz una teoría del derecho es aceptable sólo si los criterios por ella propuestos para determinar la existencia y contenido del derecho se basan exclusivamente sobre hechos relativos al comportamiento humano, “susceptibles de ser descritos en modo no-valorativo y sólo si, además, los mencionados criterios vengán aplicados sin necesidad de recurrir a un argumento moral”.⁵³

Específicamente, el positivismo jurídico excluyente asume, teniendo en cuenta las 3 características que identifican al positivismo jurídico hartiano (tesis de las fuentes sociales, de la separación entre derecho y moral, y de la discrecionalidad), lo siguiente: i) la existencia y el contenido del derecho en una sociedad va a depender exclusivamente de lo que hagan sus integrantes, sin que ello implique referencias a la moralidad; ii) la validez jurídica de una norma no depende de su validez moral; y iii) si el derecho reenvía a la moralidad, entonces los jueces necesariamente tienen discrecionalidad.⁵⁴

Para Raz la existencia y el contenido de las leyes están determinados exclusivamente por factores sociales. En respuesta al positivismo jurídico incluyente, sostiene que “Los defensores de tal concepción del derecho han de suministrarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de reglas jurídicas

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid, Editorial Debate, 1993, pp.227-228.

⁵⁰ VELUZZI, Vito. “Introduzione. Percorsi del positivismo giuridico”. *Op.cit.* p.20.

⁵¹ *Idem.* pp.20-21.

⁵² WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p.97.

⁵³ SCHIAVELLO, Aldo. “Giurpositivismo o giuspositivismi? Il bilancio sul positivismo giuridico degli ultimi venti anni. En: SCHIAVELLO, Aldo y VELUZZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo*. *Op.cit.* pp. 220-221.

⁵⁴ MORESO, José Juan. “In difesa del positivismo giuridico inclusivo”, *Op.cit.* p. 338.

preexistentes de los casos de *discreción* judicial en los que el juez, al apelar a la consideración moral, está cambiando el Derecho. No conozco ningún intento serio de suministrar tal criterio”.⁵⁵

Una de las críticas contra esta posición de Raz, la dirige Moreso cuando sostiene que el positivismo jurídico excluyente “proporciona un cuadro insatisfactorio del derecho, pues las Constituciones en las democracias contemporáneas frecuentemente reenvían a estándares morales, de modo que la discrecionalidad jurídica sería, en estos casos, bastante generalizada”.⁵⁶

El **positivismo jurídico incluyente**, representado por Genaro Carrió⁵⁷, Jules Coleman, John Mackie, David Lyons, Wilfrid Waluchow y José Juan Moreso, entre otros, sostiene que entre las conexiones concebibles entre Derecho y moral aceptables por un positivista, tanto la identificación de una regla como válida, el discernimiento del contenido de una regla o el modo en que influye en un caso jurídico, pueden depender de factores morales.⁵⁸ Al respecto, Himma sostiene que “los positivistas jurídicos incluyentes (también conocidos como ‘positivistas suaves’ o ‘incorporacionistas’) creen que tales criterios [morales] pueden existir; es decir, que existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles, en los

⁵⁵ MORESO, José Juan. “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”. *Doxa*, N.º 23, 2000, p. 112.

⁵⁶ MORESO, José Juan. “In defensa del positivismo giuridico inclusivo”, *Op.cit.* p.339. Asimismo, sostiene que “si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tiene discreción (...), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso”. Cfr. MORESO, José Juan. “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”. En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/la-ciudadela-de-la-moral-en-la-corte-de-los-juristas.pdf>.

⁵⁷ Uno de los primeros defensores del positivismo jurídico incluyente, a menudo ignorado por la doctrina anglosajona, es Genaro Carrió, quien sostuvo que “nada en el concepto de «reglas de reconocimiento» obsta, en consecuencia, para que aceptemos el hecho de que los criterios efectivamente usados por los jueces para identificar las reglas subordinadas del sistema puedan incluir referencias al contenido de éstas. Puede ocurrir que, en una comunidad dada, las únicas costumbres consideradas jurídicas o jurídicamente obligatorias sean aquellas compatibles con las exigencias de la moral. O bien, los jueces pueden aceptar como válidas sólo aquellas leyes que, además de haber sido correctamente aprobadas por un cuerpo con competencia para ello, no violen un catálogo escrito de derechos y libertades individuales”. Citado por MORESO, José Juan. “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”. *Op.cit.*, pp. 117-118.

⁵⁸ WALUCHOW, Wilfrid. *Op.cit.*, p.97. Asimismo, es importante mencionar que para los positivistas incluyentes la moral a que hacen referencia es la MORAL CRÍTICA O IDEAL (objetiva, racional o correcta), que puede ser entendida como aquel conjunto de principios verdaderos sobre la conducta humana que resultan justos o valiosos en sí mismos. Dicha moral crítica se diferencia de la MORAL INDIVIDUAL, vinculada a aquel conjunto de principios de cada sujeto sobre los que es bueno o malo; y de la MORAL SOCIAL O REAL (positiva o convencional), que se refiere a aquel conjunto de principios de una determinada sociedad sobre el bien y el mal, y que al igual que la moral individual, es contingente e históricamente determinada. POZZOLO, Susana. “Inclusive Positivism. Alcune critiche”. *Diritto e questioni pubbliche*, N.º 1, 2001, pp.169-170.

cuales los criterios morales de validez incluyen (o incorporan) principios morales”⁵⁹.

El positivismo jurídico incluyente asume, teniendo en cuenta las aludidas 3 características que identifican al positivismo jurídico hartiano, que: i) la existencia y el contenido del derecho en una sociedad depende de una serie de hechos sociales, es decir, de una serie de acciones realizadas por los miembros del tal sociedad, las que pueden reenviar, de modo *contingente*, a estándares morales, haciéndolos jurídicamente válidos; ii) no se presenta, *necesariamente*, el caso de que la validez jurídica de una norma depende de su validez moral; y iii) *al menos* en *algunos* casos en los que el derecho reenvía a la moralidad, ésta regula determinadas conductas y por tanto no confiere ninguna discrecionalidad a los jueces.⁶⁰

En particular, son los casos difíciles que se presentan en el Estado Constitucional aquellos que sirven de ejemplo para el positivismo jurídico incluyente, pues estos se caracterizan por la incorporación de la moral mediante la consagración de principios fundamentales (por ejemplo, derechos fundamentales como dignidad de la persona, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, etc.), de modo que es posible que *descriptivamente* se sostenga la existencia de una conexión entre derecho y moral, sin que por ello se afecte la tesis de la separabilidad, “pues esta última requiere tan solo que sea conceptualmente posible imaginar un sistema jurídico en el cual derecho y moral este separados (por ello se habla de ‘tesis de la separabilidad’ y no ‘tesis de la separación’”.⁶¹

Algunas de las críticas contra el positivismo jurídico inclusivo se dirigen al denominado “carácter controvertido de los principios morales”, en la medida que dicho carácter generaría incerteza en aquello que resultaría vinculante en un ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, en cuanto a la disposición constitucional que prohíbe los «tratos inhumanos y degradantes», dichas críticas afirman que no es posible establecer *objetivamente* cuál es el contenido de dicha disposición, es decir que no podría existir un acuerdo objetivo y racional respecto de aquello que constituiría un trato inhumano y degradante.

Al respecto, Moreso ha respondido que la aplicación de disposiciones constitucionales que contienen expresiones morales no es siempre discrecional

⁵⁹ HIMMA, Kenneth Einar. *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011, p.23. Asimismo, es importante destacar que el propio Hart, en su *Postscriptum*, acepta la denominación que le atribuyen a su teoría como “positivismo suave”. Así, refiere que “Dworkin desconoce el hecho de que acepto explícitamente que la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es por ello que mi teoría ha sido calificada de ‘positivismo suave’ y no, como sucede en la versión que Dworkin ofrece de ella, de ‘positivismo del hecho evidente’ (...) no hay nada en mi libro que sugiera que los criterios fácticos suministrados por la regla de reconocimiento deban ser exclusivamente asuntos de linaje: pueden ser más bien limitaciones sustantivas al contenido de la legislación, tales como las enmiendas decimosexta o decimonovena de la Constitución de los Estados Unidos, en las que se respeta la creación de una religión o se restringe el derecho de sufragio”. HART, H.L.A. “Postscriptum”. *Op.cit.* p. 106.

⁶⁰ MORESO, José Juan. “In difesa del positivismo giuridico inclusivo”. *Op.cit.* pp. 339-340.

⁶¹ SCHIAVELLO, Aldo. “Giupositivismo o giuspositivismi? *Op.cit.* p.221.

pues existen casos en los que claramente se han aplicado dichas expresiones (por ejemplo, de los mencionados conceptos «tratos inhumanos y degradantes»). Es más “un concepto sin casos claros de aplicación no sería ni siquiera un concepto”.⁶² Sin embargo, es evidente que existirán *casos difíciles constitucionales* que contendrán *conceptos esencialmente controvertidos*, en los que el derecho queda indeterminado y la discreción judicial es “inerradicable”.⁶³

1.3. No-positivismo jurídico y neoconstitucionalismo

Como ya se ha mencionado, la transformación del Estado de Derecho puede sintetizarse en la variación del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional o del «imperio de la ley» al «imperio de la Constitución», cambio en el que se ha situado también la denominada “crisis del paradigma positivista” en la cultura jurídica. Tanto Dworkin como Alexy, son dos de los autores más representativos de lo que García Figueroa⁶⁴ ha denominado “no-positivismo principialista”, es decir, de aquella corriente de pensamiento que desde el neoconstitucionalismo crítica las tesis básicas del positivismo jurídico y concluye en que éste no puede servir de sustento para justificar el Derecho de hoy, caracterizado por la incorporación y la vinculatoriedad de las normas-principio, específicamente, los derechos fundamentales. La tesis esencial del no positivismo principialista es que “si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concepción positivista del derecho”⁶⁵.

1.3.1. No-positivismo principialista de Dworkin

En el caso de Dworkin, en su “ataque general contra el positivismo”⁶⁶, sostiene que cuando los juristas razonan o debaten sobre derechos y obligaciones jurídicas, principalmente en los denominados “casos difíciles”, operan con estándares que no funcionan como normas [reglas], sino como principios⁶⁷, y que el positivismo es un modelo diseñado para un sistema de normas [reglas], que

⁶² MORESO, José Juan. “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”. *Op.cit.* p. 111.

⁶³ Moreso afirma que los conceptos morales densos son *conceptos esencialmente controvertidos*, y un concepto puede definirse de dicho modo cuando: 1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso; 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos; y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto. Por esta razón, puede haber incertidumbre en la aplicación de un concepto moral denso a un caso individual, diversas *concepciones* de un mismo *concepto* producirán soluciones distintas. *Idem.* p.111.

⁶⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 30 y ss.

⁶⁵ *Idem.* p.29.

⁶⁶ Dicho ataque general de Dworkin contra el positivismo jurídico se resume del modo siguiente: “contra la tesis de las fuentes sociales Dworkin afirma que existen *estándares* jurídicos aplicables (como los principios) que no tienen un origen social (en los que su validez no depende de su *pedigree*). Esto implica, en contraste con la tesis de la separación, la existencia de estándares jurídicamente válidos en virtud de su validez moral. Tal concepción conduce a la tesis según la cual los jueces no tienen discrecionalidad (en sentido fuerte, como ausencia de criterios que guían sus decisiones)”. MORESO, Jose Juan. “In difesa del positivismo giuridico inclusivo”. *Op.cit.*, p. 337.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel, 1984, p.72.

pasa por alto el importante rol de los estándares que no son como normas, tratando al derecho “como si fuera el beisbol”.⁶⁸ De lo expuesto, se desprenden cuatro características importantes en la posición teórica de Dworkin: i) las reglas son sólo uno de los diversos *estándares* jurídicos, existiendo también la categoría de los “principios”; ii) entre “reglas” y “principios” existe una diferencia cualitativa y no meramente cuatitativa; ambos pueden ser objeto de distinciones: iii) la regla de reconocimiento permite individualizar reglas jurídicas, pero no los principios jurídicos; y iv) que no hay solución de continuidad entre principios morales y principios jurídicos.⁶⁹

Asimismo, Dworkin se enfrenta a la tesis de la discreción judicial, sosteniendo que cuando no existe norma que se aplica exactamente a un caso el juzgador no tiene discrecionalidad, pues debe recurrir a los principios y directrices para resolver el conflicto. Por ello es que el derecho, compuesto por normas, principios y directrices, puede ofrecer una *respuesta única correcta* a todo conflicto que se produzca.⁷⁰

Es importante mencionar que Hart, en su *Postscript*, teniendo en cuenta el sistema jurídico de Estados Unidos, responde a las críticas de Dworkin, en el sentido de que los valores morales sustantivos *pueden* constituirse en el criterio último de validez en un *determinado* sistema jurídico.⁷¹ Asimismo, también se ha sostenido

⁶⁸ *Idem.* p.93.

⁶⁹ SCHIAVELLO, Aldo. “Introduzione. La crisi del positivismo giuridico”. En: SCHIAVELLO, Aldo e VELUZZI, Vito. *Op.cit.* p. pp.131-132.

⁷⁰ CALSAMIGLIA, Albert. “Por qué es importante Dworkin?”. *Doxa*, N.º 2, 1985, p.162. Asimismo, ante las críticas que cuestionan el estatuto de los principios y afirman que la teoría de Dworkin es un retorno al iusnaturalismo, Calsamiglia sostiene que “Los principios –que fundamentan derechos– no se pueden codificar ni establecer de una vez por todas. Son dinámicos y cambian con la sociedad. Los principios no se encuentran en el cielo de conceptos jurídicos. Desconfía del iusnaturalismo y de su caja de caudales trascendentales que pretendían encontrar principios inmutables y universales. También desconfía de las tesis positivistas y de su identificación del derecho con las normas y de su argucia de la discreción judicial. Dworkin pretende inaugurar una vía intermedia entre el iusnaturalismo y el positivismo sin entregarse a sus reduccionismos. Ante un caso difícil no cabe acudir al derecho natural. Tampoco es posible admitir la discreción judicial. Lo que debe hacer el juez es acudir a la teoría jurídica que solucione el conflicto y que a su vez sea la explicación y justificación más coherente del derecho positivo. Y esa teoría no se reducirá al análisis de las normas sino que tendrá en cuenta los principios. Dworkin sostiene que existen principios institucionalizados que fundamentan derechos jurídicos y principios no institucionalizados que fundamentan derechos morales. Pero unos y otros no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En un caso difícil tanto los derechos legales como los derechos morales pueden intervenir para resolverlo”. *Op.cit.* p.162.

⁷¹ HART, H.L.A. “Postscriptum”. *Op.cit.* p.102. Hart refiere que “Dworkin representa equivocadamente en otro aspecto la forma de positivismo jurídico que he propuesto. Trata mi tesis acerca de la regla de reconocimiento como si requiriera que los criterios que suministra para la identificación del Derecho debieran consistir únicamente en hechos históricos, por lo cual sería ‘un positivismo del hecho evidente’. Sin embargo, aun cuando los principales ejemplos que ofrezco de los criterios suministrados por la regla de reconocimiento pertenecen a lo que Dworkin ha denominado ‘linaje’, y se ocupan únicamente de la manera como las instituciones jurídicas adoptan o crean el Derecho y no de su contenido, explícitamente afirmo, tanto en este libro (...), como en mi artículo anterior, ‘Positivism and the separation of Law and Morals’ que, en algunos sistemas jurídicos, el de Estados Unidos, por ejemplo, el criterio último de validez jurídica puede incorporar, explícitamente, principios de justicia o valores morales sustantivos, y que éstos pueden constituir el contenido de restricciones constitucionales”

que la afirmación categórica de Dworkin, según la cual la regla de reconocimiento no puede individualizar *estándares* jurídicos diferentes de las reglas es una “flagrante exageración”⁷² y que, “criticando al positivismo jurídico Dworkin ha creado o inventado su objetivo”, más allá de que “el tipo de positivismo jurídico contra el cual argumenta, no existe”.⁷³

Para finalizar este extremo, en el que nos hemos aproximado a las tesis de Dworkin, conviene destacar que según Mackie, la intención de Dworkin, de constituirse en una tercera vía –distinta al positivismo jurídico y al iusnaturalismo–, “es una ilusión”, o en términos de Hart, “un noble sueño en el cual es conveniente no caer excesivamente”⁷⁴. Para Mackie, “la tercera teoría del derecho mezcla elementos descriptivos y prescriptivos. Por un lado, Dworkin aspira a proporcionar la mejor explicación teórica de la práctica y del razonamiento que operan en los sistemas jurídicos, en particular, inglés y norteamericano. Por otro lado, él considera tal explicación como algo que debe ser aceptado y seguido conscientemente (...) Se deduce que la discusión de esta teoría debe ser desarrollada en más de un nivel. Debemos ocuparnos ya sea desde la perspectiva de su verdad como teoría descriptiva, ya sea de su valor como una teoría prescriptiva”.⁷⁵

1.3.2. No-positivismo principialista de Alexy

Por otra parte, para Alexy la presencia de los principios en el sistema jurídico, en tanto mandatos de que se pueden optimizar (dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado social), tiene consecuencias tanto en el carácter de dicho sistema jurídico, como en el concepto de Derecho, lo que hace superar un simple asunto metodológico. Es claro para este autor, que la tarea de optimización “es siempre también moral” y que la teoría de los principios “ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”.⁷⁶

Asimismo, teniendo en cuenta que el problema central de la polémica del concepto de derecho es la relación entre Derecho y moral, Alexy sostiene que pese a que esta discusión tiene más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: las positivistas y las no-positivistas. Las primeras, caracterizadas por la tesis de la separación; y las segundas, caracterizadas por la tesis de la vinculación. La *tesis de la separación*, presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral (entre el derecho que es y el derecho que debe ser). Según las posiciones positivistas, existen dos elementos definitorios: lo que es impuesto por la autoridad y la eficacia social. Para la *tesis de la vinculación*, el concepto de Derecho debe ser definido de una forma en la que su contenido posea elementos morales. Según las posiciones no-positivistas,

⁷² SCHIAVELLO, Aldo. “Introduzione. La crisi del positivismo giuridico”. *Op.cit.* p.132.

⁷³ CARRIÓ, Genaro. *Le opinione del prof. Dworkin sul positivismo giuridico*. Citado por SCHIAVELLO, Aldo. *Idem.* p.132.

⁷⁴ SCHIAVELLO, Aldo. “Giupositivismo o giuspositivismi? *Op.cit.* p.218.

⁷⁵ Citado por SCHIAVELLO, Aldo. “Giupositivismo o giuspositivismi? *Op.cit.* p.219.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1994, p.144.

además de los dos elementos definitorios mencionados, se debe incluir también elementos morales (la pretensión de corrección).⁷⁷

La crítica de Alexy a la tesis de separación, lo lleva a circunscribirse en la denominada *pretensión de corrección*, la misma que resulta esencial para la identificación del concepto de Derecho. Así, sostiene que “la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho” y que “los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos”.⁷⁸

Las tesis de Alexy, específicamente la pretensión de corrección y la aceptación de la idea contenida en la fórmula de Radbruch (la injusticia extrema no es derecho), también han sido objeto de críticas. Una de las más destacadas, dirigida por Brian Bix a la fórmula de Radbruch –crítica que también se podría dirigir a la pretensión de corrección de Alexy–, es la siguiente: dicha fórmula “se entiende sin problema alguno como una orientación jurídica y moral dirigida al juez, por la que éste debe abstenerse de aplicar las normas extremadamente injustas que componen un sistema jurídico perverso. Sin embargo, Bix refuta que de esta fórmula pueda derivarse consecuencia alguna para las teorías acerca de la naturaleza del derecho”, y que sea “la prueba de que exista una concepción conceptual necesaria entre el derecho y la moral”.⁷⁹

Otra de las críticas en contra de las tesis de Alexy, proviene de Raz, quien sostiene que el derecho sí eleva una pretensión de corrección pero que ésta no es una pretensión de corrección moral, sino un obvio presupuesto lingüístico de todo acto del habla, y además que la fórmula de Radbruch no es inconsistente con el positivismo jurídico pues para éste las propias fuentes del derecho prohíben al juez aplicar normas jurídicas que sean extremadamente injustas.⁸⁰

1.3.3. No-positivismo de Atienza y Ruiz Manero

Finalmente, debe destacarse también la posición de Atienza y Ruiz Manero, quienes sostienen que la debilidad del positivismo jurídico se circunscribe, por un lado, a que dicha teoría es *irrelevante*, y por otro, a que impide el desarrollo de una teoría adecuada a las condiciones del Estado Constitucional. En cuanto a lo primero, sostienen que la tesis de las fuentes sociales del Derecho (el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos), como una de las dos tesis definitorias del positivismo jurídico, no es asunto discutido seriamente por nadie y que “la misma no puede constituir ya hoy una de las señas de identidad de una teoría o de una concepción del Derecho”⁸¹. Con relación a la segunda tesis

⁷⁷ *Idem.* pp.13-14.

⁷⁸ *Idem.*, p.40. Asimismo, es importante agregar que para Alexy las dos propiedades que identifican al derecho son la coerción o fuerza, y la corrección o rectitud. ALEXY, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”. *Doxa*. N.º 26, 2006, p.155.

⁷⁹ Citado por BERNAL PULIDO, Carlos. “Estudio introductorio”. En: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p.23.

⁸⁰ *Idem.* pp.23-24.

⁸¹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan otro. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. *Isonomía* N.º 27, Octubre de 2007. p.21. En el mismo sentido, en cuanto a la pretensión de corrección, Alexy sostiene que la

definitoria del positivismo jurídico, aquella que sostiene la separación entre Derecho y moral, la consideran, teniendo en cuenta lo que puedan compartir los “positivistas”, es una “tesis tan mínima que tampoco constituye, desde luego, una posición distintiva en teoría del derecho: también la mayor parte de quienes se autodenominan iusnaturalistas estarían de acuerdo con esta posición”.⁸²

Agregado a lo expuesto, dichos autores sostienen, que más allá de la irrelevancia de las aludidas tesis básicas del positivismo jurídico, lo grave es que algunos de los principales representantes de éste, como Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón o Bulygin, coinciden en una concepción descriptivista de la teoría del Derecho y en una concepción de las “normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir”⁸³. Estas concepciones “inhabilitan al positivismo jurídico para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales”⁸⁴, tales como *conflictos entre derechos fundamentales*, cuya forma de solución no ha sido prevista, previamente, por el poder constituyente, sino que deberá desprenderse de las razones subyacentes (implícitas) a la voluntad de dicho poder, ya manifestadas expresamente.

Atienza y Ruiz Manero concluyen que “el positivismo jurídico ha agotado ya (...) su ciclo histórico”,⁸⁵ y que el Derecho no puede verse exclusivamente como sistema – como pretendían los positivistas–, sino además como una práctica social consistente en “decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc.”⁸⁶.

Más allá de si se comparten o no dichas conclusiones, sobre lo que nos pronunciaremos en el siguiente punto, es importante destacar que el gran mérito del “antipositivismo” es que ha sabido actuar como una tendencia crítica de un conocimiento y práctica jurídica excesivamente formalistas y autosuficientes, encasillados en el modelo del Estado liberal decimonónico y, sobretudo, que se encontraban distanciados de otras ciencias sociales como de la filosofía moral y política.⁸⁷

1.4. Conclusiones. Crítica a las tesis neoconstitucionalistas

Todas las posiciones teóricas hasta aquí expuestas tienen la virtualidad de ofrecernos, con sus mejores argumentos, las diferentes perspectivas relevantes

diferencia entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos es precisamente la pretensión de corrección. En efecto, puede darse el caso que de un grupo de delincuentes se organicen de tal modo que sus normas sean obedecidas por todos sus integrantes e incluso que se las impongan a los integrantes de una comunidad. Ello no convierte a dichas normas en “jurídicas”, pues para ello se requiere que dichas normas tengan una “pretensión de rectitud”. ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.), *derecho y moral*. Barcelona, Gedisa, 1998, p.127

⁸² ATIENZA, Manuel y otro. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. *Op.cit.* .p.21

⁸³ *Idem.* p.21

⁸⁴ *Idem.* p.24.

⁸⁵ *Idem.* p.25.

⁸⁶ *Idem.* p.26.

⁸⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. “Derecho y moral en la época del constitucionalismo”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N.º 10 – jul/diez, 2007, p.82.

respecto del concepto de derecho y sobre todo a cómo dicho concepto puede entenderse en el ámbito de los actuales Estados Constitucionales. Seguidamente, de la revisión de dichas posiciones teóricas presentaremos algunas conclusiones, lo que incluye también la identificación de nuestra posición sobre el particular.

1.4.1. La relevancia de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo sobre el concepto de derecho

Para aproximarnos al fenómeno jurídico y por ejemplo asumir un concepto del derecho es indispensable partir de identificar el punto de vista interno o externo desde el que nos estamos pronunciando. Más allá de la variada, desigual y compleja concepción de dichos puntos de vista⁸⁸ y siguiendo la diferenciación de Scarpelli, podemos entenderlos del siguiente modo: el *punto de vista externo* es aquel de un observador de la experiencia jurídica, de los hechos de producción, interpretación, ejecución, vulneración y aplicación de normas, y el *punto de vista interno* es el punto de vista del operador jurídico, entre ellos el juez, que usa las normas y con referencia a ellas orienta, corrige, valora y cualifica los comportamientos.

Para identificar mejor los aludidos puntos de vista interno y externo resulta útil adoptar lo que Carlos S. Nino denominó la *perspectiva ultraexterna*, que exige distinguir entre conceptos «descriptivos» y «normativos» del derecho antes de distinguir entre los aludidos puntos de vista⁸⁹. En tal sentido, “en las teorías *descriptivas* predomina el aspecto *externo* del Derecho y se expresa, bien *describiendo* el fenómeno jurídico desde la perspectiva del genuino aceptante (punto de vista interno) o bien *describiéndolo* desde la perspectiva del observador externo (punto de vista externo). En cambio, en las teorías *normativas* predomina el aspecto *interno* del Derecho y se expresa *prescribiendo* las normas del sistema *adoptando* la perspectiva del genuino aceptante (punto de vista interno), distinguiéndola de la del participante no aceptante (punto de vista externo)”.⁹⁰

A modo de ejemplo de lo expuesto, cabe recordar que Hart pretende explicar su teoría *descriptiva* del derecho desde un *punto de vista externo* (la del observador externo que describe, de modo objetivo y neutral, cualquier derecho positivo). No está pronunciándose respecto de un determinado ordenamiento jurídico o tipo de Estado o interpretando cuál debe ser el mejor ordenamiento jurídico. En cambio, en Dworkin, su teoría *normativa* del derecho tiene como punto de vista dominante el *interno*. Su teoría es *particular* pues está dirigida a una cultura jurídica concreta, como es la del derecho angloamericano, *valorando* y *justificando* cómo *realmente* actúan y como *deberían* actuar los operadores jurídicos de dicha cultura (por ejemplo, los jueces).

⁸⁸ Félix Morales ha realizado un importante estudio sobre el positivismo jurídico y sobre las variadas posiciones que existen en cuanto a la diferencia entre los puntos de vista interno y externo. Así en MORALES LUNA, Félix. *La filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*. Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho. Universidad de Alicante, 2008. p. 384 y ss. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/11057/1/tesis_doctoral_felix_morales.pdf

⁸⁹ Citado por Morales, Félix. *Idem*. p.388.

⁹⁰ *Idem*. p. 390.

Un tipo de problema que genera Dworkin, como bien lo refleja Hart en su *Postscriptum*, se presenta cuando aquel confunde ambos puntos de vista. Se cuestiona una concepción *descriptiva* y *externa* del derecho, como la del derecho positivo de Hart, mediante argumentos *normativos* y *particulares* sobre cómo actúan los operadores jurídicos en la cultura anglo-americana.

Aplicando dicha distinción en el ámbito de actividad de los jueces podemos afirmar que cuando un juez resuelve un caso difícil asume un *punto de vista interno*, verifica cuál es el material normativo positivizado con el que debe trabajar en su ordenamiento jurídico (Constitución, ley u otras disposiciones positivas pertinentes), y si éste no es suficiente *puede* recurrir a principios morales. Si un juez opera de este modo está asumiendo un concepto de derecho que admite que su contenido posea elementos morales, que el derecho que es (derecho positivo) está unificado con el derecho que *debe ser* (moral), y que por tanto el derecho se genera no sólo por normas positivizadas por actos de los hombres, sino también por principios morales creados por la naturaleza o la razón. Sin embargo, a pesar de dicha actuación de un juez en un caso concreto, se puede seguir sosteniendo, desde un *punto de vista* externo –aquel del observador–, que el derecho positivo no se encuentra fusionado con la moral, sino que es un producto artificial creado y puesto por los hombres, y no algo ya predeterminado por normas morales producidas por la naturaleza o la razón.

De lo expuesto, se desprende que en cuanto al concepto del derecho, no se puede afirmar que exista un único concepto, sino que existen varios conceptos del derecho, dependiendo de si se persigue un concepto descriptivo o normativo del derecho o dependiendo del punto de vista, interno o externo, desde el que nos pronunciamos. No existe un único concepto verdadero del derecho.

1.4.2. El neoconstitucionalismo se constituye como un modelo *normativo* y *particular* sobre el derecho, y no una teoría del derecho *descriptiva* y *general*

En este punto es indispensable partir de las citadas características del neoconstitucionalismo expuestas al inicio de este trabajo: i) el predominio de los principios sobre las reglas; ii) el uso frecuente de la ponderación en detrimento de la subsunción; iii) la presencia activa de los jueces por encima de los legisladores; iv) el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a cierta homogeneidad ideológica; y v) un constitucionalismo invasivo en todos los ámbitos del derecho.

Si tenemos en cuenta los puntos de vista interno y externo, podemos afirmar que, en general, dichas características específicas del neoconstitucionalismo (dentro del que podríamos identificar, con sus peculiaridades, las tesis de Dworkin, Zagrebelsky, Alexy o Atienza, entre otros), no hacen sino expresar un *punto de vista interno* de cómo viene operando un particular tipo de Estado como es el Constitucional (como el español, alemán, italiano o algunos de latinoamérica, por ejemplo), es decir, cómo viene interpretándose la

Constitución, qué rol están desempeñando sus operadores jurídicos y cómo se ven influenciadas por la Constitución las demás normas de ordenamientos jurídicos particulares, principalmente en los casos extremadamente difíciles.⁹¹

Lo expuesto sobre el neoconstitucionalismo no implica que de modo descriptivo, general, objetivo o neutral, haya generado un nuevo concepto del derecho (desde el punto de vista del observador externo), que desvirtúe o supere los presupuestos principales del positivismo jurídico, tal como lo afirman representantes no-positivistas. El neoconstitucionalismo, expresando un punto de vista interno, contiene, si se quiere, un concepto del derecho *particular*, basado principalmente en la forma de operar de los Tribunales Constitucionales, y evidenciado en la consagración de los principios (derechos fundamentales) en las Constituciones, generando la idea de que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral. Sin embargo, más allá de que, desde el propio punto de vista interno, no se pueda afirmar que todas las normas constitucionales o infraconstitucionales positivizadas se encuentren *vinculadas* con normas morales⁹², ni que todos los casos que se resuelven en el Estado Constitucional, sean casos extremadamente difíciles⁹³ –y que por tanto requieran de criterios morales para su solución–, no es incompatible que desde un punto de vista externo, *descriptivo* y *general*, se puedan seguir manteniendo en el Estado Constitucional los postulados principales que caracterizan al concepto de derecho del positivismo jurídico⁹⁴.

⁹¹ Son este tipo de casos en los que se manifiesta de modo fehaciente aquellas expresiones como las de Gorki Gonzáles: “la constitucionalización de la función judicial es una reivindicación de los valores que la democracia liberal está llamada a preservar y que se reflejan en los derechos. Para cumplir este propósito se redimensiona la posición del juez en un escenario jurídico que busca superar la separación entre moral y derecho, que el positivismo jurídico propuso como núcleo del propio razonamiento legal. Los derechos, como condición que debe ser garantizada por los jueces, se vislumbra hoy desde la Constitución, entendida como un espacio cultural que evoluciona por la propia dinámica interpretativa de sus principios en contacto con la realidad y por la acción de los jueces. GONZALES MANTILLA, Gorki. “El neoconstitucionalismo y el papel de los jueces”. Lima, *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, N.º 383, 29 de noviembre de 2011, p.5.

⁹² Por ejemplo, cuando el artículo 49º de la Constitución peruana establece que “La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima”, o el artículo 54º prevé que “(...) El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley (...)”, no apreciamos en dichas normas constitucionales ninguna conexión con la moral. Lo mismo sucede con una innumerable cantidad de normas legales o normas reglamentarias.

⁹³ Es mínimo el porcentaje, con relación al total de normas del ordenamiento jurídico peruano, que constituyen principios en los que se pueda evidenciar cierta conexión entre derecho y moral.

⁹⁴ Prieto concluye que “la tesis positivista de que no existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral no queda desmentida por el hecho de que circunstancialmente pueda darse esa relación, como ocurre con el Estado Constitucional. Pero, a su vez, ese mismo positivismo que nos sitúa en el punto de vista externo y que nos permite mantener en su integridad las exigencias de la moral crítica, sigue representando la mejor posición para comprender y, sobretodo, para enjuiciar el valor o la falta de valor moral del Derecho y de cada una de sus normas, incluso en el marco de un sistema relativamente justo; enfoque externo que, por otro lado y como ya sabemos, tampoco impide el desarrollo de una crítica interna. Ni qué decir tiene, por último, que dicho punto de vista externo sigue resultando indispensable para cualquier teoría del Derecho que pretenda explicar el fenómeno jurídico más allá del modelo del constitucionalismo”. En: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. México, Fontamara, 2005, p. 96.

Si el tipo de positivismo jurídico que se mantiene es el incluyente o excluyente lo veremos en el siguiente apartado, no sin antes destacar las expresiones de Prieto sobre la supervivencia del positivismo jurídico en el Estado Constitucional. Así, refiere que “existe y resulta viable un constitucionalismo estrictamente positivista, es decir, un enfoque del Derecho que, levantando acta de las transformaciones operadas en el sistema jurídico por obra de las constituciones rematerializadas, así como de sus consecuencias teóricas, no siente ninguna necesidad de abandonar los presupuestos del positivismo conceptual y metodológico, recomendando para la ciencia del Derecho, como para cualquier otra ciencia, una nítida separación entre *ser* y *deber ser*, entre describir y prescribir. Y, consiguientemente, que no encuentra razones para abandonar el punto de vista externo, neutral y avalorativo”.⁹⁵

Es importante precisar que si bien es cierto que en el derecho del Estado Constitucional, en algunas ocasiones, la distinción entre *describir* y *prescribir* no puede ser realizada de forma contundente, debido a que determinadas descripciones pueden encubrir específicas valoraciones, también es cierto que no toda valoración nos lleva al reino de la subjetividad, por lo que no constituye una razón suficiente para abandonar dicha distinción.⁹⁶

1.4.3. Desde un punto de vista externo, el positivismo jurídico *incluyente* puede dar cuenta también del derecho en el Estado Constitucional

Tal como ya se ha adelantado en parte, desde un punto de vista externo, el positivismo jurídico *incluyente* es una teoría que puede explicar el derecho, incluso aquel que se evidencia en el neoconstitucionalismo. Y es que más allá de las diferencias entre el Estado Constitucional y el Estado Legal de derecho, que no son sino modelos particulares, aún se mantienen las tesis principales del positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la separabilidad entre derecho y moral, y la tesis de la discrecionalidad.

En cuanto a la *tesis de las fuentes sociales*, el positivismo jurídico incluyente sostiene que la existencia y el contenido del derecho en una sociedad depende de una serie de hechos sociales producidos por los integrantes de tal sociedad, los que *pueden* hacer referencia, *contingentemente*, a estándares morales. En efecto, “el compromiso (...) fundamental del positivismo es la tesis del hecho social, la cual afirma que el derecho es en esencia, una creación o artefacto social”⁹⁷. Ello no ha variado en gran medida cuando se da cuenta, *descriptivamente*, del derecho en los tiempos de neoconstitucionalismo, pues la nueva norma jurídica vinculante (la Constitución) no es una creación de la “naturaleza” o la “razón”, sino un producto elaborado por el poder constituyente, es decir, del pueblo, que en cuanto titular de la soberanía, “decide instituir un

⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. *Op.cit.* p.57.

⁹⁶ SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p.254.

⁹⁷ HIMMA, Kenneth Einar. *Op.cit.* p.29.

orden constitucional”⁹⁸, e incluso, en el caso de determinados derechos fundamentales positivizados, es el propio poder constituyente el que establece en dichas disposiciones, expresa o implícitamente, algunos conceptos que remiten a la normatividad moral (lo que el derecho *debe ser*).

En cuanto a la *tesis de la separabilidad*, el positivismo jurídico incluyente sostiene que no se presenta, *necesariamente*, el caso de que la validez jurídica de una norma depende de su validez moral. Al respecto, cabe destacar, en primer término, que es errónea la afirmación común de que no existe ninguna relación necesaria entre derecho y moralidad, pues “ningún positivista niega que el derecho y la moralidad estén conceptualmente relacionados”.⁹⁹ Aquello que los positivistas sencillamente niegan es que existan criterios morales *necesarios* de validez jurídica.¹⁰⁰ Por tanto, para este tipo de positivismo, “existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los cuales los criterios de validez incluyen normas morales substantivas”¹⁰¹. Lo antes expuesto, no ha variado en gran medida cuando se da cuenta, *descriptivamente*, del derecho en el neoconstitucionalismo, pues no se puede afirmar que para verificar la validez de toda norma jurídica de un ordenamiento, siempre y en todos los casos, deba recurrirse a normas morales. Esto no sucede en ningún ordenamiento jurídico.¹⁰²

⁹⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 00014-2002-AI/TC FFJJ 58-60. Específicamente, el TC considera que el Poder Constituyente “es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede”, y además “que la Constitución, por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona”. Asimismo, las características del poder constituyente son las siguientes: “es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución). Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes”.

⁹⁹ HIMMA, Kenneth. *Op.cit.*, pp.54-55.

¹⁰⁰ *Idem*. p.56.

¹⁰¹ *Idem*. p.58.

¹⁰² Al respecto, son esclarecedoras las expresiones de Luis Prieto: “Ciertamente, un positivista no aceptaría que una norma justa se transforme *propio vigore* en una norma jurídica, o que esta deje de serlo a causa de su injusticia o de su falta de aptitud para integrarse en un razonamiento práctico. Sin embargo, el positivismo o buena parte del mismo no encuentra ninguna dificultad en considerar la presencia de conceptos sustantivos o morales en la regla de reconocimiento llamada a identificar las normas del sistema; es decir, que la pertenencia de una norma ya no dependería únicamente del «hecho evidente» de su promulgación sino de que reúna también determinadas condiciones de contenido. Tan sólo un positivismo exclusivo o excluyente que sostenga que la validez o identificación de una norma no puede apelar *nunca*, o *necesariamente* no puede apelar, a la moralidad resultaría inadecuado para dar cuenta del modelo constitucionalista. Pero, en realidad, esto es algo que tal vez ni el propio Kelsen aceptaría, que desde luego no aceptaría Hart, ni quienes se adscriben al llamado positivismo incluyente o incorporacionista ni, en fin,

Sobre la tesis de la *discrecionalidad*, cabe destacar, en los tiempos del neoconstitucionalismo, dos tipos de supuestos cuya diferenciación va a repercutir en la discrecionalidad judicial. El primero, reconoce que existen determinadas disposiciones constitucionales cuyo contenido normativo es determinado, de modo que aquí el juez carece de discrecionalidad para crear contenidos normativos. El segundo, reconoce que existen determinadas disposiciones constitucionales cuyo contenido normativo es indeterminado, de modo que aquí el juez goza de discrecionalidad para crear contenidos normativos. Un ejemplo nos ayudará a identificar estos dos supuestos. Cuando el artículo 146° inciso 3) de la Constitución establece que “el Estado garantiza a los magistrados judiciales: (...) Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función (...)”, es probable que podamos asumir que la expresión “observen conducta o idoneidad propias de su función”, es un concepto jurídico indeterminado y por tanto que los jueces tienen amplia discrecionalidad para identificar su contenido normativo. Sin embargo, en dicha expresión se podrán identificar, de un lado, específicos contenidos normativos ya determinados, sin que el juez tenga discrecionalidad (es claro que un juez que no se reúne a ingerir bebidas alcohólicas con alguna de las partes de un caso que conoce, observa una conducta o idoneidad propia de la función); y de otro lado, se podrán identificar otros contenidos normativos indeterminados, en los que el juez tiene discrecionalidad para identificar los respectivos contenidos normativos y así solucionar el caso (no es claro si un juez que miente una vez sobre una inasistencia al trabajo, observa una conducta o idoneidad propia de la función).¹⁰³

En suma, la vigencia de las tesis de las fuentes sociales, de la separabilidad y de la discrecionalidad, evidencian que el positivismo jurídico, desde el punto de vista externo, puede dar cuenta del derecho incluso en los tiempos del neoconstitucionalismo, y que precisamente por ello, no resultan acertadas aquellas posiciones que invitan a abandonarlo, que declaran que ha “muerto”, que es irrelevante o que ya agotó su ciclo histórico.

1.4.4. La relevancia del concepto de derecho en la argumentación jurídica y las distorsiones que genera el neoconstitucionalismo en el razonamiento judicial

tampoco un positivista tan atento al constitucionalismo como Ferrajoli”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Op.cit. p.49.

¹⁰³ Asimismo, cabe mencionar que autores como Etcheverry sostienen la irrelevancia práctica del debate entre las visiones “excluyentes” e “incluyentes” en relación con la discrecionalidad. Así, refiere que “si bien tanto autores positivistas incluyentes como los excluyentes están de acuerdo en que un tribunal debe decidir discrecionalmente ante la ausencia de una única y clara respuesta jurídica correcta, persiste la disputa acerca de si toda referencia jurídica a la moral puede ser considerada o no una delegación de poder para que los jueces creen nuevo Derecho de forma discrecional (...)”. ETCHEVERRY, Juan. “la discrecionalidad judicial en la aplicación del derecho en el positivismo jurídico incluyente”. En: ETCHEVERRY, Juan y SERNA, Pedro. *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*. Granada, Editorial Comares, 2010, p.82.

El análisis del concepto de derecho que opera en el neoconstitucionalismo, no sólo tiene importancia en el *ámbito de la teoría del derecho*, el que, como hemos podido apreciar, existe y existirá un amplio debate, sino también en el *ámbito aplicativo* del mismo, en el ámbito argumentativo del Derecho¹⁰⁴, sobre todo en los denominados “casos difíciles”, pues en estos casos, los operadores jurídicos, especialmente los jueces, adoptarán, consciente o inconscientemente, una posición acerca del concepto de derecho que resulte aplicable.

Y es que cuando los jueces deben resolver un caso, la interrogante que se formulan no es ¿cuál es el concepto de derecho que identifica al derecho en todos los ordenamientos jurídicos? (*describiendo* el derecho desde un punto de vista externo), sino más bien ¿cómo puedo utilizar el derecho para resolver este caso concreto? (*prescribiendo* el derecho desde un punto de vista interno).

Al resolver un caso, es común apreciar por ejemplo que en el ámbito judicial peruano, en general, se aprecie despectivamente a aquel juez que defienda el “positivismo jurídico”, considerando a dicho funcionario, por decir lo menos, “desactualizado” o “desinformado”; y por el contrario, se aprecie favorablemente a aquel juez “constitucionalista” o “neoconstitucionalista”, estimando que dicho funcionario se encuentra con mejor capacidad para solucionar el caso, muchas veces, sin conocer, mpínimamente, qué significan tales términos o que tipos de positivismos o neoconstitucionalismos existen.

Es aquí, en el ámbito aplicativo del derecho, en el que aparecen las distorsiones que se generan cuando los jueces orientados por las tesis neoconstitucionalistas asumen que el derecho se encuentra unido, en todos los casos, con la moral, y por lo tanto, que al argumentar el caso pueden reinventar el derecho positivizado en la Constitución o en las leyes, reemplazando al Poder Constituyente o al Poder Legislativo, resolviendo cualquier caso

¹⁰⁴ Aguiló destaca “la confianza puesta [hoy] en la ‘argumentación jurídica’ como un factor fundamental para la renovación y la mejora de la práctica del Derecho y de su enseñanza. En ese sentido, es fácil ver como algunos de los temas que hasta hace nada fueron «estrellas» del pensamiento jurídico –como, por ejemplo, el de la «cientificidad de la ciencia jurídica» o el de la «metodología jurídica»– han sido en gran medida (sino totalmente) desplazados por (o completamente redefinidos a partir de) el de la «argumentación». AGUILÓ, Josep. *Sobre Derecho y argumentación*. Palma (Mallorca), Leonard Muntaner Editor, 2008, p.11. En: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/derechoargumentacion.pdf>. Asimismo, es importante diferenciar la noción “argumentación” de otras nociones como “motivación” o “interpretación”. Al respecto, Sánchez sostiene que “se ha intentando aprovechar de una manera convincente tres nociones – interpretación, argumentación, motivación– que forman parte de nuestras prácticas comunicativas actuales, con el fin de darles un contenido específico para su utilización no ambigua en el contexto de las discusiones jurídicas, evitando que las teorías se entremezclen, o se tripliquen innecesariamente los términos. La propuesta es considerar a la *interpretación* como el trabajo de explicitación de los significados heredados en el lenguaje legal, en el contexto de los significados socialmente construidos por una sociedad específica. A su vez, la *motivación* puede verse como la obligación formal de expresar en las resoluciones judiciales los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de respaldo a la decisión. A continuación, la *argumentación* puede asumirse como una exigencia de motivación profunda, conectada con la obligación de mostrar que los fundamentos o razones citadas son los más relevantes, consistentes y aceptables para justificar la decisión, provengan o no de una actividad de interpretación”. SÁNCHEZ, Luis Manuel. *Después del positivismo. Re-sustantivando el derecho*. México, Editorial Fontamara, 2011, p.172.

conforme a su discrecionalidad y a normas morales producto de su mera subjetividad. La aplicación del derecho por los jueces, en cuanto al concepto del derecho aplicable al caso, no debe desarrollarse de ese modo, sino, por ejemplo, teniendo en cuenta los siguientes puntos de referencia:

- En los denominados casos fáciles¹⁰⁵ (aquellos en los que, por ejemplo, es comprensible claramente un supuesto de hecho general y su respectiva consecuencia jurídica), normalmente, los jueces no se plantearán, cuestionarán o argumentarán sobre el concepto del derecho imperante en un determinado ordenamiento jurídico, o si el derecho se encuentra unido o no con la moral. Tan sólo verificarán si la respectiva norma se aplica o no al caso concreto. Y es que, como se evidencia en los casos fáciles, el derecho creado desde la Constitución y la ley, en un determinado ordenamiento jurídico, en general, se encuentra identificado, de modo que los jueces no tendrán como función crear normas jurídicas o reemplazar al Poder Constituyente o al Legislador. Las normas penales, civiles, laborales, etc., indicarán con meridiana claridad que está prohibido matar, cuáles son los requisitos para suscribir contratos o cómo se configura un despido fraudulento, respectivamente, entre otros supuestos. Ello de ningún modo quiere decir que exista un ordenamiento jurídico pleno, ordenado, y sin indeterminaciones, en suma: un ordenamiento perfecto; sino tan sólo que *en su mayor parte tal ordenamiento tiene consecuencias jurídicas previsibles puestas por una determinada autoridad* y no por la moral, la naturaleza o la razón. Que éstas últimas hayan influido de algún modo en la respectiva autoridad no implica que la hayan desplazado en su legitimidad para *poner* o *positivizar* el derecho.
- Excepcionalmente, en los casos difíciles (aquellos en los que, por ejemplo, no se puede identificar claramente un supuesto de hecho general o su respectiva consecuencia jurídica, o que plantea conflictos entre derechos fundamentales), sobre todo aquellos casos en los que no se identifique el significado de algunas expresiones de derechos

¹⁰⁵ Atienza refiere que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en las denominadas teorías estándar de la argumentación jurídica y también en la teoría del derecho contemporánea, pese a lo compleja que resulta esta distinción. En cuanto a la importancia de la distinción entre casos fáciles y difíciles para la teoría de la argumentación jurídica, sostiene que “radica en la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos fáciles (y supuesto que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos), la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión –en esto conviene insistir– no es una decisión (por ejemplo, condeno a X a la pena P), sino una norma (debo condenar a X a la pena P). Por el contrario, en los casos difíciles –cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas– la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica –la lógica en sentido estricto o lógica deductiva– debe añadirse los de la llamada ‘razón práctica’ que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.” ATIENZA, Manuel. *Interpretación constitucional*. Bogotá, Universidad Libre, 2010, pp.116-118. En nuestro trabajo utilizamos esta distinción partiendo de la premisa que si bien no se puede afirmar una nítida distinción teórica entre ambos tipos de casos, si se puede verificar dicha distinción en el razonamiento de los jueces

fundamentales¹⁰⁶ (por ejemplo, el artículo 2°.24.h de la Constitución: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes”), los jueces, al resolver el caso concreto, sí tienen la obligación de preguntarse sobre el concepto de derecho que podría resultar aplicable, sobre la relación que existe entre derecho y moral, y a su vez orientar su argumentación conforme al concepto de derecho que asuman.

- Así por ejemplo, tomemos un caso difícil en el que los jueces deben interpretar el mencionado artículo 2°.24.h de la Norma Fundamental, e identificar si una determinada conducta constituye un “trato degradante” o “trato inhumano”. Se trata de un proceso de habeas corpus promovido por Juan Islas y otros reclusos contra el Instituto Nacional Penitenciario (INPE)¹⁰⁷. En dicho caso, se peticionaba que se disponga el cese del asilamiento, incomunicación y las condiciones inhumanas, humillantes y degradantes de reclusión que padecían en el Establecimiento Penal de “Challapalca” en Tacna, y se ordene su retorno al Establecimiento Penitenciario “Miguel Castro Castro” en Lima. Sostenían que el Penal de Challapalca se encuentra a una altitud mayor a los 4650 metros sobre el nivel del mar, en un lugar bastante alejado de la residencia de sus familias y que las condiciones de aislamiento del lugar y características climatológicas lo hacían inadecuado para la sobrevivencia humana. Para solucionar este caso, el TC verificó que el aludido artículo 2°.24.h de la Norma Fundamental, tan sólo menciona, entre otros extremos, que toda persona tiene el derecho a no ser sometido a “tratos inhumanos” o “tratos humillantes”, no regulando *si el traslado de presos a un penal ubicado en una zona geográfica lejana y de considerable altura, constituye o no un trato inhumano o humillante*. Luego de analizar el caso, el TC interpretó el artículo 2°.24.h y estableció que el “trato inhumano” se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y que un “trato degradante” ocurre si la ejecución de la pena y las formas que ésta revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena. En consecuencia, el TC estimó en parte la demanda, básicamente en el caso de aquellos reclusos con precario estado de salud, clínicamente comprobado por la entidad oficial pertinente, más no en aquellos casos de reclusos que no vean afectada su salud por encontrarse en tal centro penitenciario.
- Analizando dicho caso, si lo observamos desde la perspectiva del *positivismo jurídico incluyente*, que asume un concepto del derecho en el que se reconoce que éste y la moral se encuentran unidos

¹⁰⁶ O también aquellos casos que impliquen el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales (por ejemplo, el artículo 3° de la Constitución: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”).

¹⁰⁷ Expediente N.° 00935-2002-HC/TC

contingentemente en algunos casos difíciles (mientras que según el esquema de neoconstitucionalistas como Alexy la unión es permanente y general ¹⁰⁸), queda claro que cuando la Norma Fundamental reconoce como jurídicas aquellas expresiones que son típicamente morales como “trato degradante” o “trato inhumano”, está asumiendo la unión entre derecho y moral, de modo que en la interpretación de tales expresiones jurídicas (para verificar si dentro de la respectiva premisa normativa se encuentra aquel supuesto de hecho según el cual *el traslado de presos a un penal ubicado en una zona geográfica lejana y de considerable altura, constituye un trato inhumano o humillante*), los jueces, autorizados por la Constitución, deberán recurrir a la moral, pero no a una *moral subjetiva* (vinculada a aquel conjunto de principios de cada sujeto sobre los que es bueno o malo), o a aquella *moral social o convencional* (que se refiere a aquello que una determinada mayoría de la sociedad considera sobre el bien y el mal), sino a aquella *moral crítica o ideal* (que puede ser entendida como aquel conjunto de principios objetivos, racionales o correctos sobre la conducta humana que resultan valiosos en sí mismos). Nótese que nuestra Constitución no ha regulado que tipo de conductas podrán considerarse como “trato degradante” o “trato inhumano”, de modo que le corresponde al juez, como intérprete especializado la labor de *complementación jurídica* de la norma constitucional, con ayuda de la moral¹⁰⁹, desarrollando al final “criterios genuinamente jurídicos”¹¹⁰. Por tratarse de la moral crítica, los jueces ven reducido su margen de discrecionalidad para resolver el caso, pues no podrían interpretar a su libre albedrío y sin ningún límite qué se entiende como “trato degradante” o “trato inhumano”.

¹⁰⁸ Ya en las anteriores conclusiones de este capítulo hemos criticado las tesis neoconstitucionalistas por asumir que en general y de modo permanente el derecho y la moral se encuentra unidos, o si se quiere que la validez jurídica de toda norma dependa siempre de su validez moral.

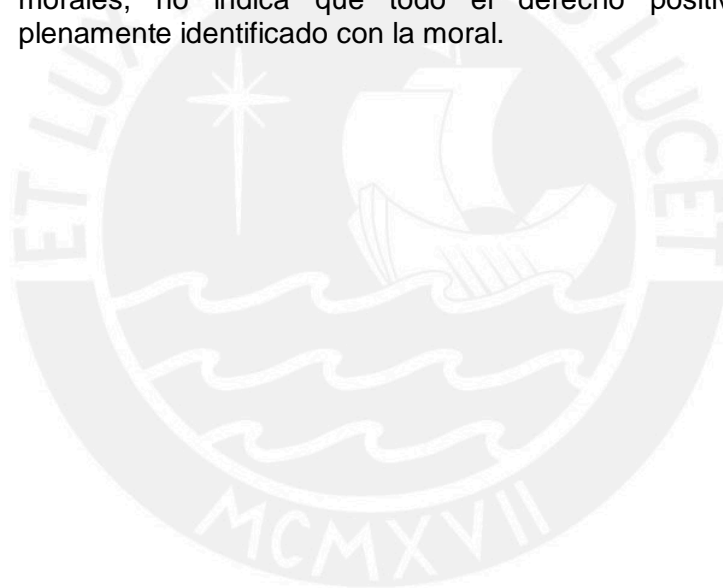
¹⁰⁹ Ello implica asumir cierto objetivismo en materia moral, pues si bien no existe una lista de todas aquellas conductas que pueden constituirse en tratos inhumanos o degradantes, queda claro que maltratar a niño por diversión o, como en el caso citado, enviar a un recluso con enfermedades cardiacas a un centro penitenciario de considerable altitud, constituyen tratos inhumanos.

¹¹⁰ Al respecto Poscher sostiene que “las normas morales no pueden contraponerse sin más, con fuerza derogatoria, a normas jurídicas, sino que dentro del marco de la aplicación del derecho únicamente se recurre a ellas si encajan en el derecho positivo y si se las adapta a éste (...) Y así, para la configuración de la garantía de la dignidad humana, el Tribunal Constitucional Federal se sirve de la fórmula del objeto, que subyace a una formulación del imperativo categórico kantiano, pero al hacerlo no asume enteramente la filosofía moral del Kant, como tampoco podría recurrir a pasajes manidos de su filosofía si la Constitución no le diese ocasión para ello en el art. 1 párr. 1 de la Ley Fundamental. De tal manera, puede que la idea de una protección reforzada de la dignidad humana frente a otros bienes jurídicos, como la vida, no resulte comprensible desde el punto de vista de una ética consecuencialista. Pero aún cuando la correspondiente teoría consecuencialista demostrara ser filosóficamente superior, una interpretación de la Ley Fundamental tendría que presentar un concepto de dignidad humana que la rebatiese. La aplicación del derecho no recurre a normas morales sin más, sino que, bajo el recurso a normas extrajurídicas, desarrolla criterios jurídicos propios que, por mucho que puedan apoyarse en conceptos morales y filosóficos y asemejarse a ellos, son genuinamente jurídicos”. POSCHER, Ralf. “Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios”. En: SIECKMANN, Jan-R (Ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p.75.

- Desde otra perspectiva, si los jueces asumen un concepto del derecho según el cual éste y la moral no se encuentran unidos de ninguna forma, que sería la posición de los positivistas jurídicos excluyentes, no se asumiría que el criterio identificado por el TC (que *el traslado de presos a un penal ubicado en una zona geográfica lejana y de considerable altura puede constituir, en algunos casos, un trato inhumano o humillante*) es jurídico, sino producto de la mera discrecionalidad del TC. En efecto, para los positivistas excluyentes, si la norma jurídica positivizada no regula nada sobre los tipos de tratos inhumanos o humillantes, entonces allí termina el derecho y se deja que los jueces resuelvan el caso conforme a su libre discrecionalidad, conforme a criterios sociales, morales, políticos, etc. Ello no implicaría que los jueces no puedan identificar el criterio que por ejemplo asumió el TC, pues si seguimos a Raz, debe distinguirse entre validez jurídica y obligatoriedad, en la medida que es posible que un criterio moral no sea considerado como parte del derecho, y que, sin embargo, pueda ser obligatorio que los jueces resuelvan conforme con él¹¹¹.
- De seguro que hasta aquí la pregunta que necesariamente nos estamos formulando, es que si en el ámbito aplicativo, tanto el positivismo jurídico incluyente como el excluyente podrían llegar a la misma conclusión del TC, entonces ¿cuál es la relevancia de seguir una u otra posición? Sobre el particular, estimo que son dos las razones que nos exigen optar por el positivismo incluyente: i) la limitación que debe contener la discrecionalidad judicial; y ii) la mejor identificación de cómo funciona el derecho en los Estados Constitucionales. En cuanto a la primera, es evidente la diferencia en cuanto al grado de discrecionalidad judicial que otorgan uno u otro tipo de positivismo. El incluyente, asume que cuando el derecho reenvía a la moralidad, ésta regula determinadas conductas y por tanto se reduce la discrecionalidad de los jueces. Sobre la segunda, el positivismo incluyente refleja correctamente lo que sucede en el derecho de los Estados Constitucionales o cómo lo vienen interpretando los jueces, en especial, los Tribunales Constitucionales.

¹¹¹ En el contexto de la discusión entre positivismo incluyente y excluyente, Coleman plantea así la cuestión: “una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubs sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del derecho de la comunidad ‘huesped’. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos”. Citado por MORESO, José Juan. “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”. *Op.cit.* pp.300-301.

- Finalmente, existen fundadas razones para asumir que posiciones como por el ejemplo el positivismo Kelseniano o el antipositivismo de Alexy no coadyuvan en la labor de los jueces al momento de aplicar el derecho. En el caso de Kelsen, debido a su ideal de certeza jurídica que lo hace rechazar la incorporación de la moralidad en el derecho, y a su posición de que una norma puede tener cualquier contenido siempre y cuando sea expedida por autoridad legítima, se constituye en una doctrina no adecuada para comprender el derecho en los Estados Constitucionales. En el caso de Alexy, debido a su denominada pretensión de corrección, que es considerada como un elemento necesario del concepto de derecho, hasta el punto de asumir que los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos, se constituye en una doctrina que sobredimensiona, exagera y distorsiona lo que sucede con el derecho de los Estados Constitucionales, en el que claramente se pueden identificar normas jurídicas positivizadas que no hacen ninguna referencia a parámetros o criterios morales. Que existan algunos casos difíciles que involucren normas positivizadas y normas morales, no indica que todo el derecho positivo se encuentre plenamente identificado con la moral.



Capítulo 2. Las normas-principios en el Estado Constitucional y la relevancia argumentativa de la distinción entre reglas y principios

En el capítulo anterior, pudimos identificar que el movimiento neoconstitucionalista se encuentra presente en debates de diferentes ámbitos de la teoría del derecho, de la filosofía política, del derecho constitucional, entre otros. Algunos de dichos debates se vinculan a la estructura de la norma jurídica y a su interpretación correcta, debido a la atención brindada en el Estado Constitucional a la interpretación de normas tan peculiares como los principios constitucionales, a cargo de los jueces, lo que ha generado la necesidad de afrontar un problema complejo y, como consecuencia de ello, la búsqueda de mecanismos racionales y controlables para encontrar aquel resultado constitucionalmente “correcto” que genere certeza y previsibilidad jurídicas.¹¹²

En general, la distinción entre principios y reglas tiene importancia en problemas de mucha mayor trascendencia como aquellos vinculados al concepto del derecho, a la relación entre derecho y moral, a las formas o tipos de argumentación jurídica, a la verificación sobre si existe o no una única respuesta correcta en todo caso jurídico e incluso en los niveles de discrecionalidad de los operadores judiciales.¹¹³

Cuando en el razonamiento judicial aparecen los principios, surgen y se hacen permanentes, entre otros: i) el problema de la plenitud del sistema jurídico, es decir, el problema sobre si el derecho aplicable al caso está completo, cómo normalmente se identifica en las reglas; ii) el problema de la interpretación de las normas jurídicas, pues aparecen con mayor amplitud diferentes sentidos interpretativos de los principios; y iii) el problema de la corrección del derecho aplicable a un caso concreto y con ello el problema de la relación entre derecho y moral.

En el presente capítulo nos circunscribiremos al examen de las normas jurídicas constitucionales. Para tal efecto, analizaremos: (1) los principios constitucionales como normas jurídicas; (2) los diferentes tipos de principios constitucionales; (3) la distinción “fuerte” y “débil” entre reglas y principios; (4) los principios en sentido estricto, directrices, reglas de acción y reglas de fin; y, finalmente, (5) nuestras conclusiones sobre lo expuesto en este capítulo.

2.1. Los principios constitucionales como normas jurídicas

Más allá de la existencia de diferentes tipos de principios contenidos en la Norma Fundamental –lo cual desarrollaremos en el siguiente apartado–, es indispensable examinar si en el Estado Constitucional los principios constitucionales constituyen verdaderas normas jurídicas, lo que nos lleva a evaluar previamente la estructura de la norma jurídica, dada la importancia que se le otorgó en el Estado Legal de Derecho para identificar a una norma jurídica.

¹¹² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.58.

¹¹³ PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2013, p.11.

Una de las principales características del movimiento neoconstitucionalista ha sido evidenciar no sólo la fuerza vinculante de las normas contenidas en la Constitución, sino también maximizar la relevancia de la diferente estructura de las normas jurídicas. Gustavo Zagrebelsky, uno de sus notorios representantes, ha sostenido que “la superación del Estado Legal de Derecho comporta importantes consecuencias sobre el derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos «separaciones» de la ley [separación de la ley respecto de los derechos y separación de la ley respecto de la justicia], han generado una distinción altamente significativa en la estructura de las normas jurídicas, no ignorada en el pasado, sino que hoy, en el Estado Constitucional, debe ser valorizada más allá de lo que se había hecho precedentemente”.¹¹⁴

Para los neoconstitucionalistas el denominado «derecho por reglas» del Estado Legal de Derecho es cualitativamente diferente del «derecho por principios» del Estado Constitucional contemporáneo, lo que implica además una mutación estructural del derecho de la que se derivan consecuencias importantes. “La diferencia tal vez mas importante puede ser sugerida del diferente «tratamiento» de las que son objeto las reglas y principios por parte de la ciencia del derecho. Sólo las reglas son objeto de métodos variados y amplios de la interpretación jurídica del lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar en este modo (...). Las fórmulas de «principio» son frecuentemente expresiones más bien triviales «basadas sobre siempre nuevas recepciones de tercera o cuarta mano», pero no por ello menos respetables (...) A las reglas «se les obedece», por lo que es importante establecer con precisión los preceptos que el legislador enuncia por medio de las formulaciones que las contienen. Por el contrario, a los principios «se adhieren» por lo que es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de la civilización jurídica de los que son parte y a las cuales las palabras no hacen sino una simple alusión”.¹¹⁵

En el Estado Legal de Derecho con frecuencia se ha considerado que la estructura característica de una norma jurídica es aquella en la que ésta tiene dos elementos bien definidos: el supuesto de hecho general (la conducta que será objeto de regulación), y la consecuencia jurídica (la prohibición, permisión u obligación sobre aquella conducta). La típica norma jurídica que en dicho modelo de Estado reunía tales elementos fue aquella que conocemos como «regla»,¹¹⁶ pues los «principios» eran considerados tan sólo orientaciones o direcciones a seguir, no vinculantes, pero que al carecer de la estructura antes mencionada, no constituían propiamente normas jurídicas, debido a que no tienen bien definido el aludido supuesto de hecho general, y en algunos casos, tampoco la consecuencia jurídica.

¹¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino, Einaudi, 1992, p. 147.

¹¹⁵ *Idem*. pp.148-149.

¹¹⁶ La doctrina jurídica imperante en el Estado Legal de Derecho se encargó de hacernos ver que sólo deberíamos considerar como normas jurídicas a aquellas, como sucedía con las leyes, en las que se pudiese aplicar perfectamente el silogismo lógico, esto es, aquellas en las que un supuesto de hecho se conectaba a una consecuencia jurídica mediante una fórmula deóntica, desterrando a los principios del ámbito jurídico a aquel político, sin que exista ningún vínculo con los órganos judiciales debido a que contenían fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, que podían contaminar las verdaderas normas jurídicas. Todo ello para procurar certeza y previsibilidad en las decisiones judiciales. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. *Op.cit.* pp. 151-152.

Es más, como lo refiere Prieto Sanchís, analizando la doctrina tradicional vinculada a los principios, “si algún problema suscitaban los principios, éste era el de dilucidar su fuerza normativa, en el sentido de su fuerza obligatoria, pero no el de su posible separación conceptual de las demás normas”.¹¹⁷

Al respecto, consideramos que, en general, se puede afirmar que los principios son normas jurídicas, pero no sólo si las entendemos con la estructura antes mencionada (supuesto de hecho general y consecuencia jurídica), pues hay algunos principios que sí configuran tal estructura, sino también si las entendemos como el producto de una autoridad que tiene el poder para “positivizar” dichas normas en un sistema jurídico. Una norma es jurídica por ser *válida* en un sistema jurídico y no por reunir una específica estructura (supuesto de hecho general – consecuencia jurídica).

A modo de ejemplo de normas constitucionales que no pueden ser identificadas mediante la aludida estructura hipotética (supuesto de hecho general y consecuencia jurídica), podemos citar las siguientes: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”(artículo 43°); “Son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes (...)” (artículo 102°); “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho”(artículo 103°).

Las mencionadas normas se constituyen, en general –si seguimos el esquema teórico de Hart–, como normas secundarias, es decir, como aquellas que “establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ella o controlar su actuación”¹¹⁸. En otros términos, las normas constitucionales antes citadas no se constituyen en normas primarias (que establecen lo que está prohibido, obligado o permitido), sino en normas secundarias (que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o para legislar o para crear o modificar relaciones jurídicas).

Como apreciamos en el capítulo 1, las normas secundarias se dividen en: i) *regla de reconocimiento*, que se constituye en aquel criterio de identificación de la normas jurídicas, indispensable para resolver la falta de certeza sobre lo que es derecho o no lo es, en las normas primarias; ii) *reglas de cambio*, que buscan resolver la condición estática de las normas primarias, posibilitando el cambio mediante la atribución de un poder o facultad a una persona u órgano para que introduzca, modifique o cambie dichas normas; y iii) *reglas de adjudicación*, mediante las que se faculta o autoriza a determinados individuos para juzgar sobre si una determinada regla ha sido

¹¹⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas*. Op.cit. p.26.

¹¹⁸ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 3ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 101.

vulnerada o no. Mediante este tipo de reglas se expresan determinados conceptos jurídicos, como por ejemplo, juez, jurisdicción y sentencia.

La mencionada regla de reconocimiento es la que genera el mayor interés en cuanto al reconocimiento *jurídico* de los principios constitucionales. Estimamos que en este punto se aprecia otra de las importantes características del neoconstitucionalismo. Si se revisa autorizada doctrina y jurisprudencia *constitucional* se puede observar que para los “constitucionalistas” la obligación de obedecer una norma constitucional – debido a su carácter jurídico– se debe a que así lo dispone la propia Constitución.¹¹⁹ Atienza y Ruiz Manero critican con fundamento tal afirmación pues estiman que constituye una “petición de principio” en la medida que “presupone que la Constitución es obligatoria”.¹²⁰ En tal sentido, no puede sostenerse que la regla de reconocimiento se identifica con alguna norma de la Constitución. Según Hart, la regla de reconocimiento es una norma que sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios¹²¹. Sin embargo, ello no debe entenderse como un razonamiento circular (en la medida que dichos funcionarios o personas identifican el derecho y luego éste identifica las atribuciones o acciones de estos, y así sucesivamente), sino, por ejemplo, en el específico caso de los Estados Constitucionales, debe entenderse como la aceptación de la Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico. “La regla de reconocimiento remite, pues, directamente a la Constitución e indirectamente a las normas dictadas o recibidas de acuerdo a ella o que puedan derivar por procedimientos de deducción o de coherencia a partir de la misma. O, si se prefiere formularlo en términos de autoridades, (...) la regla de reconocimiento remite directamente a la autoridad del constituyente e indirectamente a las autoridades reconocidas o instituidas por ella. Todo ello significa que la regla de reconocimiento proporciona, por un lado, un criterio de identificación de normas y que constituye, por otro, una guía de conducta y un criterio de valoración para los particulares y para los órganos de producción y aplicación del derecho”¹²².

Conforme a lo expuesto, los principios constitucionales son jurídicos porque así han sido identificados por la regla de reconocimiento. En el específico caso de los Estados Constitucionales, dicha regla de reconocimiento establece que *serán jurídicas y por tanto vinculantes las normas contenidas en la Constitución así como*

¹¹⁹ Artículo 38°, Constitución: “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”. En el caso español, Eduardo García de Enterría ha sostenido que “lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir del artículo 9.1: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1988, p.63

¹²⁰ Al respecto, Atienza y Ruiz Manero sostienen lo siguiente: “lo que ni Ignacio de Otto ni Eduardo García de Enterría parecen percibir es, pues, que el problema de la identificación de las normas supremas de un determinado sistema jurídico es un problema irresoluble intrasistemáticamente”. ATIENZA, Manuel y otro. *Las piezas del derecho*. Barcelona, Ariel, 2ª edición, 2004, p. 169.

¹²¹ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Op.cit.p.125 y ss.

¹²² ATIENZA, Manuel y otro. *Las piezas del derecho*. Op.cit. pp. 177-178.

aquellas que sean expedidas conforme a ella. Dicha regla de reconocimiento no sólo es una *norma convencional* sino que también se desprende de la decisión de una autoridad como es el poder constituyente (el pueblo). En palabras del Tribunal Constitucional peruano: “en términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente ‘ es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede’ (...). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona”.¹²³ La regla de reconocimiento “suministra el criterio último de justificación jurídica, pues más allá de ella no hay criterios jurídicos de ningún tipo”.¹²⁴

2.2. Algunos tipos de normas constitucionales

En general, algunas de las normas que con mayor frecuencia se presentan en el ámbito constitucional son los “principios”. La doctrina distingue diferentes denominaciones éstos, tales como principios políticos, principios de orden político, principios de la Constitución, principios del régimen político, principios de la Constitución material, principios institucionales fundamentales, principios del Derecho Constitucional, principios supremos de la Constitución, principios constitucionales axiales, principios jurídicos-constitucionales, y también, principios fundamentales.¹²⁵

2.2.1. Los principios y sus diferentes sentidos

Los principios no son ajenos a los problemas de ambigüedad del lenguaje jurídico, es decir, a aquellos problemas en los que una palabra puede poseer varios significados diferentes. Mijail Mendoza, teniendo en cuenta los aportes de Genaro Carrió y Juan Igartúa Salaverría, ha identificado hasta 12 significados de la expresión “principios”. Los significados más relevantes son los siguientes: 1) como “generalizaciones ilustrativas” obtenidas a partir de reglas pertenecientes al sistema; 2) para identificar determinadas normas de un sistema jurídico positivo que tienen carácter fundamental (por ejemplo, principio de supremacía constitucional); 3) como “consecuencia lógica” de un conjunto de normas del derecho positivo (por ejemplo, el principio de razonabilidad); 4) como norma a la que se atribuye un contenido intrínsecamente justo o proveniente del derecho natural (por ejemplo, principio de dignidad de la persona); 5) como máximas provenientes de la tradición jurídica, muchas de ellas provenientes del derecho romano; 6) denotando las “cláusulas constitucionales no operativas”, conocidas también como normas programáticas o disposiciones de principio; y 7) como “pautas de segundo grado, es decir, normas referidas a la aplicación de normas jurídicas, dirigidas sobre todo a los jueces y, secundariamente,

¹²³ Expediente N.º 00014-2002-AI/TC FJ 58.

¹²⁴ ATIENZA, Manuel y otro. *Las piezas del derecho. Op.cit.* p.182.

¹²⁵ MENDOZA, Mijail. *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional Peruano.* Lima, Gráfica Bellido, 2000.

a los ciudadanos (por ejemplo, el principio que prohíbe la analogía en materia penal).¹²⁶

De otro lado, Atienza y Ruiz Manero¹²⁷, teniendo en cuenta también el análisis de Genaro Carrió y además el de Riccardo Guastini, han identificado los siguientes sentidos en los que se puede entender la expresión “principios”: 1) como norma “muy general”, es decir, aquellas que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; 2) como norma redactada en términos particularmente vagos [por ejemplo, “la Constitución no ampara el abuso del derecho”, artículo 103°, Const.]. Aquí se encuentran los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”; 3) como norma programática o directriz, es decir, como norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines [por ejemplo, el artículo 65°, Const: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”; 4) como norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico [por ejemplo, el artículo 1°, Const., establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”]; 5) como norma dirigida a los órganos de aplicación y orienta cómo debe seleccionar e interpretar la norma aplicable [por ejemplo, el artículo 103°, Const: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”]; y 6) como *regula iuris*, es decir, como enunciado o máxima de la ciencia jurídica con un alto grado de generalidad, coadyuvando a la sistematización del ordenamiento jurídico [por ejemplo, “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente” artículo 51°, Const.].

Lo expuesto, pone evidencia que las normas constitucionales, en especial los principios, pueden ser entendidos en varios sentidos, y que las constituciones pueden reconocer, además de los principios, otros tipos de normas, como las reglas. No es nuestra intención analizar cada uno de los tipos de normas constitucionales, sino antes bien, examinar algunos tipos de dichas normas que resultan relevantes en el razonamiento judicial, atendiendo básicamente a la estructura de la norma constitucional y a la forma de identificar dicha norma.

2.2.2. Normas constitucionales regulativas y normas constitucionales constitutivas

Una primera distinción que cabe realizar es entre normas constitutivas y normas regulativas. Ambas reflejan dos *sentidos* diferentes del término norma. Mediante las normas prescriptivas o regulativas, el derecho pretende regular el comportamiento humano¹²⁸, frecuentemente a través de prohibiciones, permisiones y obligaciones. Por ejemplo, el artículo 2° inciso 9) de la Constitución establece el derecho de toda persona “a la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las

¹²⁶ *Idem.* pp.43-45.

¹²⁷ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Op.cit.* p.24 y ss.

¹²⁸ MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep. *Introducción a la teoría del derecho.* Madrid, Marcial Pons, 2004, p.66.

excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”. Dicha norma contiene una *prohibición* de ingreso al domicilio, salvo determinadas excepciones.

Por otra parte, las normas constitutivas no pretenden prohibir, permitir u obligar nada, sino, instituyen, establecen, crean, fundan, una nueva propiedad o situación. Las normas constitutivas “constituyen actividades que de otro modo no podrían siquiera existir”¹²⁹. Por ejemplo, el artículo 49° de la Constitución, establece que “la capital de la República del Perú es la ciudad de Lima. Su capital histórica es la ciudad del Cusco”, o el artículo 30° establece que “son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años”.

Asimismo, la distinción entre normas constitutivas y normas regulativas va a tener relevancia en la identificación de la estructura de las normas jurídicas. Así, las normas constitutivas correlacionan un supuesto de hecho (la descripción de una clase de personas, de objetos, acciones o estado de cosas), con una consecuencia jurídica (permisión, prohibición u obligación), mientras que las normas regulativas califican un determinado supuesto de hecho con una específica propiedad institucional (por ejemplo, la mayoría de edad).¹³⁰ Las normas regulativas correlacionan un caso con una solución normativa y las normas constitutivas correlacionan un caso con otro caso.

De ambos tipos de normas, son las normas regulativas o prescriptivas las que, en general, dirigen el comportamiento humano cuando establecen lo que está permitido, prohibido u obligado, mientras que las normas constitutivas pueden, indirectamente, cumplir el mismo cometido. Así por ejemplo, el artículo 31° de la Constitución establece lo siguiente: “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas (...)”. Si dicha norma establece el derecho de los “ciudadanos” a participar en los asuntos públicos (norma regulativa), entonces, la norma constitutiva que establece quienes son ciudadanos (artículo 30), contribuirá de manera *indirecta* a identificar tales derechos.¹³¹

2.2.3. Normas constitucionales explícitas y normas constitucionales implícitas

Las normas constitucionales explícitas son las que están reconocidas expresa y manifiestamente en la Norma Fundamental. Un ejemplo claro es el principio de legalidad penal (artículo 2°.24.d, Const.) que establece lo siguiente: “Nadie será

¹²⁹ SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Marcial Pons, Madrid, 2004. p.63.

¹³⁰ *Idem*. pp.72-73.

¹³¹ Asimismo, Ruiz Manero sostiene que “la configuración de competencias de los órganos del Estado requiere de *normas constitutivas*, y más específicamente, de *normas que confieren poderes normativos*, que, al establecer las condiciones para ello, posibiliten a cada uno de estos órganos la producción de los resultados institucionales o cambios normativos en que consisten, precisamente, sus competencias. El establecimiento, en cambio, de límites y guías al ejercicio de esas mismas competencias requiere, no de normas constitutivas, sino de *normas regulativas*, esto es, de normas que contengan modalizaciones deónticas en forma de obligaciones, prohibiciones y permisos”. RUIZ MANERO, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En AGUILÓ, Josep y otros. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid, Lustel, 2007, p.64.

procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

De otro lado, las normas constitucionales implícitas son aquellas obtenidas interpretativamente a partir de normas constitucionales expresas o positivizadas. Las normas implícitas pueden dividirse a su vez en: i) *normas implícitas derivadas de expresas disposiciones constitucionales* [por ejemplo, el principio de igualdad procesal de las partes, que se origina de la interpretación conjunta de las disposiciones explícitas sobre igualdad y debido proceso, artículos 2°.2 y 139°.3, Const.]; y ii) *normas implícitas derivadas de la Constitución en su conjunto*, como por ejemplo, la identificación de “nuevos” derechos que autoriza la cláusula de los derechos no enumerados¹³² del artículo 3° de la Constitución: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Es importante destacar que conforme al artículo 55° de la Constitución, “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, de modo que los principios constitucionales no sólo son los positivizados en la Constitución, sino también aquellos consagrados en dichos tratados de derechos humanos.¹³³ De éstos igualmente se puede sostener la división entre *normas implícitas derivadas de expresas y específicas disposiciones de los tratados sobre humanos*, y *normas implícitas derivadas de los tratados de derechos humanos en su conjunto*.

Cabe destacar que el citado artículo 3° de la Constitución constituye una de las disposiciones constitucionales que de mejor modo reflejan el ya mencionado carácter *contingente* de la relación entre derecho y moral que caracteriza al positivismo jurídico incluyente. En efecto, dicha disposición constitucional es un producto elaborado por el poder constituyente, es decir, el pueblo, que en cuanto titular de la soberanía ha establecido expresamente una remisión a la normatividad moral (lo que el derecho *debe ser*) para identificar otros derechos fundamentales. Ello no significa en modo alguno la aceptación de la subjetiva y arbitraria discrecionalidad de los intérpretes para identificar la normatividad moral, sino algo distinto, con un mayor grado de objetividad como es que la interpretación de los “nuevos” derechos sea

¹³² Luis Sáenz sostiene que “los derechos no enumerados, considerados desde una perspectiva estricta, se nos presentan como aquellos atributos fundamentales de la persona que, al margen de no encontrarse objetivamente incorporados en el contenido de la Constitución, su existencia se desprende de aquellos principios esenciales que el ordenamiento constitucional reconoce como cláusulas abiertas”. SAENZ DÁVALOS, Luis. “Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización”. En: AA.VV. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, Guía 3, 2009, p.18.

¹³³ La Constitución peruana de 1993, no sólo se encuentra conformada por sus 206 artículos sino también por todas aquellas disposiciones que forman parte de los tratados de derechos humanos celebrados por el Estado y en vigor.

fundada en cuatro específicos principios: dignidad del hombre, soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho, y forma republicana de gobierno.¹³⁴

2.2.4. Las normas constitucionales implícitas derivadas de expresas disposiciones constitucionales y la distinción entre «disposición» y «norma»

La existencia de normas o principios implícitos derivados de expresas disposiciones constitucionales se encuentra relacionada por la básica distinción entre “disposición” y “norma”, la misma que se aplica en general en la interpretación de todo tipo de normas jurídicas. La «disposición» es “el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal”, y la «norma» es “el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella”.¹³⁵ En palabras de Guastini, “disposición” es “cada enunciado que forma parte de un documento normativo, es decir, cada enunciado del discurso de las fuentes” y “norma” es “cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones).¹³⁶ La “disposición” es un texto lingüístico sin interpretar aún, y la “norma”, es el texto pero ya interpretado.

Conforme a lo expuesto, se puede dar el caso que: i) en una «disposición» o enunciado lingüístico constitucional (derecho a la vida, artículo 2°.1, Const.), se puedan identificar dos o mas «normas» (por ejemplo, derecho a la «vida digna» y derecho a la «vida física»); ii) que de dos o más disposiciones constitucionales se pueda identificar una norma (por ejemplo el citado principio de igualdad procesal, que se obtiene de dos disposiciones: el principio de igualdad, artículo 2.2. Const. y el principio del debido proceso, artículo 139.3 Const.); o iii) que existan normas sin disposición (las normas consuetudinarias de las comunidades campesinas y nativas que deberán ser identificadas para el ejercicio de la función jurisdiccional en dicho ámbito, a las alude el artículo 149°, Const.). Será frecuente identificar que una disposición coincida con una norma, pero existen casos en que la «norma» no se identificará claramente sino que será resultado de un proceso interpretativo complejo en el que se puede apreciar la actividad constructiva del intérprete.

2.2.5. Normas constitucionales derrotables y normas constitucionales inderrotables

¹³⁴ Al respecto Roger Rodríguez sostiene que el gran valor del artículo 3° de la Constitución “consiste en que representa el reconocimiento jurídico de que en el Estado Constitucional las disposiciones constitucionales no se agotan en su semántica, sino que la trascienden sobre la base de un tipo de razonamiento que es propio del contenido moral que en ella reside”, o en otros términos, que dicho artículo “representa una fórmula con base en la cual el derecho se pone en diálogo con la moral, solo que con la moral reconocida jurídicamente. Se trata del reconocimiento de la relación dialógica que debe existir entre literalidad del derecho y la moral sustantiva por ella reconocida, sobre la base del razonamiento práctico y la argumentación”. RODRÍGUEZ SANTANDER Roger. “La cláusula de los derechos no enumerados en el marco del debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico”. En: AA.VV. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Op.cit.* p.90.

¹³⁵ Exp. N.° 00010-2002-AI/TC FJ 34.

¹³⁶ GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs Norma*. Lima, Palestra Editores, 2011. p. 136.

La identificación de la derrotabilidad de las normas jurídicas viene a ser una de las más destacadas contribuciones a la teoría del razonamiento jurídico¹³⁷. Sin embargo, debe precisarse que la doctrina no es uniforme en resaltar dichas contribuciones. Así, Rodríguez y Sucar, luego de analizar los diferentes sentidos de derrotabilidad, concluyen en lo siguiente: “creemos que si este planteo resulta tan atractivo es porque deviene incontestable, dada la vaguedad con que se formula. Pero una vez que se estudia con cuidado el tipo de situaciones a las que con él se hace referencia, se revela sin sustento alguno. El concepto de derrotabilidad es tramposo puesto que en apariencia se presenta como revelador de ciertas características esenciales y ocultas del derecho, cuando en realidad sólo nos ofrece un panorama confuso”.¹³⁸

Más allá de tales posiciones, podemos afirmar, en general, que la derrotabilidad se presenta en el ámbito aplicativo del derecho¹³⁹ y alude a la inaplicación de una norma jurídica en un caso concreto cuando se identifica un supuesto de hecho no previsto en su formulación inicial. Sin embargo, reconocer que las normas jurídicas *pueden* ser derrotables no debe llevarnos a afirmar que en un ordenamiento jurídico todas las normas jurídicas son derrotables¹⁴⁰. La derrotabilidad constituye un supuesto excepcional y que por tanto no puede ser generalizado en ningún ámbito del derecho, menos aún en el ámbito de las normas constitucionales. Asumir la derrotabilidad de “todas las normas jurídicas” y en “todo momento”, no sólo es inexacto e irreal, sino además implicaría desconocer el principio de seguridad jurídica, específicamente, que los contenidos normativos deben contener un mínimo de predictibilidad para los ciudadanos y para los operadores jurídicos.

En el ámbito de las normas constitucionales también se presenta el fenómeno de la derrotabilidad aunque no con la misma frecuencia que pudiera presentarse en el ámbito de las normas legales u otras normas infralegales. En general, la derrotabilidad puede ser entendida como la exclusión de la consecuencia jurídica de una norma, como resultado de la identificación de un supuesto de hecho nuevo (una excepción), no previsto en el supuesto de hecho inicialmente contenido en tal norma jurídica (*derrotabilidad por defecto de la norma jurídica*).¹⁴¹

Como refiere Bayón, “lo que en realidad se quiere sostener al decir que una norma jurídica es derrotable es que ni siquiera es posible identificar de antemano en su totalidad el conjunto de circunstancias *genéricas* que constituirían sus excepciones”.¹⁴²

¹³⁷ BAYÓN, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”. *Doxa*, N.º 24, 2001, p. 35.

¹³⁸ RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán. “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”. *Doxa*, N.º 24, 2001, p.419.

¹³⁹ Ello quiere decir que antes de la aplicación de una norma jurídica a un caso concreto no podríamos identificar qué normas son derrotables o no.

¹⁴⁰ Bayón sostiene la tesis de que “puede haber efectivamente normas jurídicas derrotables: pero que quienes sostienen que de hecho *todas* –o prácticamente todas– las normas jurídicas son realmente derrotables parecen no darse cuenta de que, tomada en serio, su afirmación es fuertemente contraintuitiva y con toda probabilidad falsa, así que el apoyo que pueda prestar a la idea de que el razonamiento jurídico es derrotable debe ser visto con recelo”. BAYÓN, Juan Carlos. *Op.cit.* pp. 37-38.

¹⁴¹ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto del Derecho”. *Diritto e questioni pubbliche*, N.º 3, 2003. p. 197.

¹⁴² BAYÓN, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?” *Op.cit.* pp.51-52.

En la *derrotabilidad por defecto de la norma jurídica*, es importante distinguir lo que es “la formulación normativa” (el conjunto de expresiones lingüísticas que conforman una regla jurídica), de lo que es una “justificación subyacente” (aquel juicio o razón que motiva la regulación normativa). Así por ejemplo, el artículo 139°.13, Constitución establece “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)”. El conjunto de expresiones que forman parte de dicho artículo constituye la denominada formulación normativa. La justificación subyacente a dicha disposición podría ser la siguiente: *evitar la inseguridad jurídica que se produciría si se vuelve a revisar aquello que los jueces ya han decidido definitivamente*.

Partiendo de reconocer la autonomía semántica de las formulaciones normativas – que genera discordancias entre aquello que la “formulación normativa” exige y lo que la “justificación subyacente” de dicha formulación requiere¹⁴³–, la derrotabilidad de una norma jurídica se presenta: i) “cuando la generalización contenida en la formulación normativa comprenda estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación la regla”¹⁴⁴, es decir, hay una *sobrerregulación* que termina aplicándose a supuestos que no se encuentren relacionados con la justificación subyacente (*prescripción supraincluyente*). En estos casos la respectiva norma jurídica es derrotable en la medida que no se aplica a dichos supuestos no vinculados con la razón subyacente, lo que exige una motivación o justificación especial por parte del juez para solucionar el respectivo caso; y ii) “cuando la prescripción contenida en la formulación normativa no comprende ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla, es decir, cuando las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos en los que su justificación sí sería aplicable”¹⁴⁵. Hay una *regulación insuficiente* que no incluye supuestos que si debieron estar regulados si se pretendía lograr la justificación subyacente (*prescripción infraincluyente*). En estos casos la respectiva norma jurídica es derrotable en la medida que no ha regulado dichos supuestos, valga la redundancia, no incluidos, lo que exige una motivación o justificación especial por parte del juez para solucionar el respectivo caso.

En el ámbito de las normas constitucionales se pueden identificar normas derrotables e inderrotables conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes. Un ejemplo de una norma constitucional derrotable es el artículo 2°.24.c de la Constitución cuando establece que “*No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios*”. Dicha norma constitucional se considera derrotable en la medida que, al aplicarla casos concretos, se identificaron nuevos supuestos de hecho que generaron que dicha norma no se aplique a tales supuestos no vinculados con la razón subyacente. En efecto, si buscamos descubrir el significado de dicho artículo, tenemos una norma que nos indica que *está prohibida la prisión por deudas, salvo el caso del mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios* (en otras palabras, una persona no puede ir a prisión cuando tenga “*cualquier tipo de deuda*”, salvo la deuda alimentaria). Buscando identificar la razón

¹⁴³ RÓDENAS, Angeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas”. *Doxa*, N.º 24, 2001, p. 73

¹⁴⁴ *Idem*. p.73.

¹⁴⁵ *Idem*. p.73

subyacente a dicha norma, el TC sostuvo que “cuando el citado artículo prohíbe la prisión por deudas, *con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones, cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil*. La única excepción a dicha regla se da, como la propia disposición constitucional lo señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios”¹⁴⁶. Ya en el ámbito aplicativo del derecho, en innumerables casos, los justiciables alegaban la vulneración de dicho artículo cuando jueces penales ordenaban la prisión por *incumplimiento de aquella regla de conducta consistente en pagar los daños ocasionados por el delito*. Aparentemente estos casos deberían ser cubiertos por el citado artículo 2°.24.c. y por lo tanto, no debería proceder la prisión cuando se presente este tipo de deuda. Sin embargo, el TC sostuvo que “el cumplimiento de la regla de conducta consistente en reparar los daños ocasionados por el delito no constituye una obligación de orden civil, sino que es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, por lo que su incumplimiento sí puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena. Esto es así porque el origen de la obligación de pago se afianza en el ámbito penal, sede en que se condenó al beneficiario imponiéndosele como regla de conducta reparar el daño ocasionado por el delito”¹⁴⁷. Este tipo de casos constituían supuestos de *suprainclusión* pues no estaban vinculados con la razón subyacente, de modo que no les resultaba aplicable la garantía del artículo 2°.24.c de la Constitución.

Respecto de las normas constitucionales inderrotables no se puede excluir la consecuencia jurídica de una norma en la medida que no se pueden identificar nuevos supuestos que no se encuentren ya previstos en el supuesto de hecho previsto en tal norma jurídica (por ejemplo, el artículo 153°, Const. prevé que “Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga”).¹⁴⁸ Dicha norma constitucional es inderrotable en la medida que no se aprecian nuevos supuestos de hecho que puedan generar la inaplicación de tal norma. En general, las normas constitutivas constituyen normas inderrotables.

Debe precisarse que la derrotabilidad de las normas constitucionales, para ser coherentes con el concepto meridianamente claro de derrotabilidad, no se puede vincular con aquellos principios con contenido normativo incompleto o indeterminado¹⁴⁹ (por ejemplo, el derecho fundamental a la libertad de expresión), pues recién después de argumentar mediante la ponderación, se podrán determinar las situaciones jurídicas y fácticas que serán objeto de protección en el caso concreto. En cambio, la derrotabilidad asume que sobre determinada norma jurídica

¹⁴⁶ Expediente N.º 01428-2002-HC/TC

¹⁴⁷ Expedientes N.ºs 02982-2003-HC/TC y 03657-2012-PHC/TC.

¹⁴⁸ Bayón sostiene que “puede haber efectivamente normas jurídicas derrotables: pero que quienes sostienen que de hecho *todas* –o prácticamente todas– las normas jurídicas son realmente derrotables parecen no darse cuenta de que, tomada en serio, su afirmación es fuertemente contraintuitiva y con toda probabilidad falsa”. BAYÓN, Juan Carlos. *Op.cit.* pp. 37-38.

¹⁴⁹ Bustamante sostiene que: “la derrotabilidad se presenta como una característica de las reglas jurídicas, que son las normas más rígidas del sistema jurídico. Curiosamente, la teoría de Alexy permite sostener que las normas derrotables son reglas, y no principios, pues sólo es posible derrotar o establecer excepciones a una norma que haya especificado una serie de consecuencias que deben ser aplicadas en un caso concreto”. BUSTAMANTE, Thomas. “Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios”. En *Doxa*, N° 33, 2010, p.94.

ya se conoce, inicialmente, cuales las situaciones jurídicas y fácticas de aplicación, pero que a raíz de caso concreto se identifica un supuesto de hecho nuevo, no previsto en el supuesto de hecho inicialmente contenido en tal norma jurídica.

2.3. La distinción “fuerte” y “débil” entre reglas y principios en el ámbito de las normas constitucionales

Otros tipos de normas constitucionales son aquellas relacionadas con la distinción entre reglas y principios. Hemos preferido examinarlas en este apartado dada su importancia y amplio desarrollo en el movimiento neoconstitucionalista. Partiremos de mencionar algunas referencias sobre el origen de esta distinción, para luego analizar las características principales de las denominadas distinciones “fuerte” y “débil” entre reglas y principios.

2.3.1. Cuestiones generales sobre la distinción entre reglas y principios

La distinción entre reglas y principios ha sido materia de discusión durante gran parte del siglo pasado. El *origen* de esta distinción se puede identificar en la teoría de Walter Wilburg en 1941¹⁵⁰. Luego fue Josef Esser quien en 1956 introduce dicha distinción, por primera vez, en el ámbito alemán. Sin embargo, el debate sobre tal distinción se inició en 1967, cuando Ronald Dworkin publicó la primera versión de su teoría sobre los principios, que luego formaría parte de uno de los capítulos de su importante obra *Los derechos en serio*, publicada en 1978.¹⁵¹ Aunque tal distinción no es aceptada uniformemente por la doctrina, fue destacada de modo importante por Dworkin, como ya lo hemos analizado en el capítulo anterior, cuando dirige su ataque contra el positivismo jurídico de Hart, denunciando, errónea o interesadamente, que el análisis de dicho positivismo se circunscribía a considerar un solo tipo de normas [las reglas], dejando de lado otro tipo de normas como son los principios. Dworkin consideraba que la diferencia entre “principios jurídicos” y “normas jurídicas” es una distinción lógica, pues las normas jurídicas son aplicables a la manera de disyuntivas y los principios tienen una dimensión que le falta a las normas que es la dimensión del peso o la importancia.¹⁵²

Posteriormente es Alexy quien plantea que la más importante distinción teórico-estructural para la teoría de los derechos fundamentales es la distinción entre reglas y principios¹⁵³. En opinión de dicho autor, sin tal distinción no puede existir una teoría adecuada de los límites a los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales, ni tampoco una teoría suficiente del rol que

¹⁵⁰ Wilburg “entiende a la ciencia del derecho como un ‘sistema oscilante’. Se trata de una dinámica de ‘fuerzas oscilantes’, las cuales deben ser determinadas en función de las normas individuales y sus respectivos supuestos jurídicos, en ese sentido se trata de hallar una decisión ‘caso por caso’”. Citado por PORTOCARRERO, Jorge. *Peligros y límites de la ponderación. Análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos paradigmáticos del Tribunal Constitucional*. Tesis. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1605/1/portocarrero_qj.pdf.

¹⁵¹ AARNIO, Aulis. “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. *Anuario da Faculdade de Direito*. p.593. En: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1977. pp.74-75.

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p.63.

juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico¹⁵⁴. Él también parte de reconocer que no sólo los derechos fundamentales pueden ser identificados como principios, sino que también como reglas cuando la respectiva norma constitucional puede ser tomada como “ley” o cuando puede ser objeto de fundamentaciones deductivas¹⁵⁵.

Según Alexy entre principios y reglas existe no sólo una distinción gradual sino una *cualitativa*. Existe un criterio que posibilita distinguir con toda precisión entre estos dos tipos de normas jurídicas: los principios son *mandatos de optimización*. Ello implica que los principios son normas que *ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible*, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por el contrario, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Son si quiere mandatos definitivos, es decir, *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. “Toda norma es o bien una regla o un principio”¹⁵⁶

Sin embargo, Alexy sostiene que lo antes expuesto constituye un modelo simple por lo que se requiere un modelo más diferenciado. Por ello, los principios deben ser entendidos como aquellos que son siempre razones *prima facie*, mientras que las reglas, salvo que se haya establecido una excepción (dado que es posible, a raíz de decidir un caso concreto, introducir en las reglas una cláusula de excepción en razón de un principio), son razones definitivas. La interrogante que se presenta necesariamente en este punto es, *¿para qué sirven o qué función tienen las reglas y principios, entendidos como razones?* Raz diría que las normas son *razones para la acción* (por ejemplo, para hacer o no hacer algo), pero Alexy sostiene que reglas y principios son *razones para normas* o *razones deber ser* (razones para normas abstractas y generales, y/o razones para normas individuales). En ese sentido, refiere que “cuando una regla es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que pronunciar, como ocurre cuando ella es válida, es aplicable y no admite ninguna excepción, entonces es una *razón definitiva*. Si este juicio concreto de deber ser tiene como contenido el que a alguien le corresponde un derecho, entonces este derecho es un *derecho definitivo*. Por el contrario, los principios son siempre sólo *razones prima facie*. Tomados en sí mismos, establecen sólo derechos *prima facie*”.¹⁵⁷

Las tesis de Alexy no han estado exentas de críticas. Una de ellas, planteada por Aarnio y Sieckmann, se ha dirigido contra su definición de principios como mandatos de optimización, en el sentido de que sería inadecuado para servir de fundamento a la distinción entre reglas y principios. En efecto, si se tiene en cuenta los principios son entendidos como mandatos de optimización porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, entonces, este mandato tiene en realidad un carácter definitivo y sólo puede ser cumplido o incumplido –y siempre está ordenado cumplirlo plenamente–, de modo tal que los mandatos de optimización tienen como tales la estructura de las reglas.¹⁵⁸ Al respecto, Alexy responde del siguiente modo: “resulta necesario diferenciar los

¹⁵⁴ *Idem.* p.63.

¹⁵⁵ *Idem.* p.64

¹⁵⁶ *Idem.* p. 68.

¹⁵⁷ *Idem.* p.83.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. En: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, pp. 107-108.

mandatos que se optimizan y los *mandatos de optimización*. Los mandatos que se optimizan son los objetos de la ponderación, que pueden ser denominados como un ‘deber ser ideal’ o simplemente pueden entenderse como ‘ideales’. El deber ser ideal es aquello que debe optimizarse y que por medio de la optimización debe transformarse en un deber ser real. En cuanto objeto de la optimización, este deber se encuentra en el nivel de los objetos. Por el contrario, los mandatos de optimización o mandatos de optimizar se sitúan en un metanivel. En este metanivel, ellos establecen lo que debe hacerse con lo que se encuentra en el nivel de los objetos. Estos mandatos ordenan que sus objetos, es decir, los mandatos que se optimizan, se realicen en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización, ellos no debe optimizarse sino cumplirse, acción que consiste en llevar a cabo la optimización. Los principios, en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar”.¹⁵⁹

Es importante destacar que entre los planteamientos de Dworkin y Alexy existen algunas diferencias importantes. Una de ellas radica en el concepto de principios como mandatos de optimización, concepto que sólo sostiene Alexy y no Dworkin. Por otra parte, para Alexy el ámbito conceptual de la expresión “principio” incluye tanto a los “derechos individuales” (derecho a la libertad personal, a la integridad física, etc), como a los “bienes colectivos” (seguridad pública, salud pública, etc.). Por constituirse en principios pueden ser objeto de ponderación. En cambio para Dworkin, cuando hace referencia a los principios está identificando como tales sólo a los derechos de defensa, pues los bienes colectivos son identificados como “normas programáticas” o *policies*, y no como principios.

La distinción entre principios y reglas no es una distinción banal sino que incluso ha llevado, de la mano de Dworkin, a servir de base a una concepción del derecho: la concepción antipositivista o principialista. Más allá de las críticas que ha recibido tal concepción (por partir y sustentar presupuestos inexactos, conforme lo destaca el propio Hart, entre otros), no queda duda que el impulso dado por esta concepción al análisis teórico de los principios ha dejado de lado la consideración de éstos como mecanismos complementarios para colmar las lagunas del ordenamiento jurídico o criterios de interpretación, y hoy en día, como ya se ha analizado, se constituyen en normas jurídicas directamente vinculantes, que instauran el derecho y son fuente de fuentes del ordenamiento jurídico.

¹⁵⁹ *Idem*. pp.108-109. Asimismo, Portocarrero hace referencia a una interesante crítica de Ulrich Pensi al mandato de optimización de Alexy, como criterio para diferenciar reglas y principios: “Pensi sostiene que el mandato a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, es totalmente indeterminado y expresaría solamente la visión particular de Alexy. Pensi expone que el concepto de principio de derecho, como realización de un objetivo o meta, es más preciso y vinculante que la exigencia de Alexy a que algo sea realizado en la mayor medida posible. A pesar de ello, Pensi reconoce que las colisiones entre principios son inevitables y por ello sería necesario ponderar (...) la necesidad de ponderar no se sigue del carácter de principio de una norma. Más bien esto se sigue de la indeterminación del comportamiento exigido a través de los principios de derecho”. PORTOCARRERO, Jorge. *Peligros y límites de la ponderación (...) op.cit.* pp.25-26.

En general, se puede afirmar que las diferentes posiciones, a favor y en contra de la distinción entre reglas y principios pueden ser divididas de alguna manera en las dos siguientes tesis: i) *tesis de la distinción fuerte*; y ii) *tesis de la distinción débil*.¹⁶⁰

2.3.2. La tesis de la distinción fuerte entre reglas y principios

La distinción fuerte, también denominada *cualitativa* o *categorial*, sostenida, entre otros, por Dworkin, Alexy, Bin, Zagrebelsky, Atienza, Ruiz Manero, Mengoni, Modugno, Baldassarre, Kress, Martínez Zorrilla y Sherwin, afirma que existen determinadas características permanentes de los principios, que no tienen las reglas, las mismas que generan diferencias *cualitativas* (por ejemplo, las reglas se aplican o no se aplican, mientras que los principios se ponderan). Con algunas excepciones, esta tesis es defendida por aquellos autores denominados antipositivistas o neoconstitucionalistas.

Precisamente para la orientación antipositivista la distinción entre reglas y principios debe seguir el siguiente esquema argumentativo: a) reglas y principios son normas diferentes, no pueden equipararse; b) elementos característicos del positivismo tales como la sola atención a la validez formal de las normas, la aplicación silogística-deductiva de éstas o la separación entre derecho y moral, no pueden explicar la existencia y papel de los principios; c) pero en los ordenamientos jurídicos contemporáneos los principios se encuentran en las Constituciones y tienen fuerza vinculante; y d) por tanto, el positivismo no es útil para explicar la presencia de los principios en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.¹⁶¹

Asimismo, la distinción fuerte entre reglas y principios, parte de reconocer determinadas características de los principios, respecto de las reglas: a) los principios son de una particular importancia y constituyen los valores fundantes y constitutivos del ordenamiento, mientras que las reglas no tienen esas características pues a ellas se les obedece o no, se cumplan o no se cumplen; b) los principios, en general, son normas abiertas, pues tienen un considerable grado de indeterminación, vaguedad, ambigüedad y generalidad, mientras que las reglas, son normas cerradas, que tienen bien identificado el supuesto de hecho general y la consecuencia jurídica a aplicarse; c) los principios proclaman valores, mientras que las reglas sólo expresan conductas a seguirse sin revelar el valor que pretendan conseguir; d) los principios tienen una dimensión del “peso” de modo que su forma de aplicación es mediante la ponderación de los principios que se encuentran en conflicto en un caso concreto, mientras que las reglas no tienen dicha dimensión, ni se ponderan o balancean, sino tan sólo se cumple o no se cumplen; e) los principios pueden ser objeto de una aplicación

¹⁶⁰ PINO, Giorgio. “I principi tra teoría della norma e teoría dell’argomentazione giuridica”. *Diritto e questioni Pubbliche*. N.º 11, 2011, pp. 81 y ss. AARNIO, Aulis. “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. *Op.cit.* p. 593. Alexy distingue 3 tesis fundamentales sobre la relación entre reglas y principios: a) la *tesis de la conformidad*, según la cual no existen diferencias entre reglas y principios; b) *tesis débil de la separación*, según la que no existen diferencias cualitativas entre reglas y principios sino diferencias de grado (la generalidad y la vaguedad son propiedades de los principios pero también se pueden identificar reglas generales y vagas); y c) *tesis fuerte de la separación*, según la cual existen diferencias cualitativas entre reglas y principios, de modo que toda norma o es regla o es principio”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición, Madrid, CEPC, 2007, pp.66-67.

¹⁶¹ PINO, Giorgio. “I principi tra teoría della norma ...”. *Op.cit.* p. 83.

“gradual”o “flexible”, entretanto, las reglas siguen la lógica del “todo o nada”; f) los principios son mandatos de optimización, que persiguen conseguir un fin en la mayor medida posible, conforme a las respectivas condiciones jurídicas o fácticas que se presenten en el caso, mientras que las reglas son mandatos definitivos que se aplican o no se aplican; y g) en general, un conflicto entre dos principios no genera la invalidez de uno de ellos, mientras que un conflicto entre reglas sólo puede ser resuelto proclamando la invalidez de una de las reglas en conflicto.¹⁶²

Una interesante crítica hacia la tesis fuerte es la que elabora García Figueroa, quien sostiene que “la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios puede presentar un talón de Aquiles no sólo debido a una deficiente descripción de los principios, sino también debido a una pobre descripción de las reglas. Si la descripción de los principios no deja autonomía a las reglas, entonces carece de sentido mantener la distinción entre reglas y principios en los estados constitucionales (...) En otras palabras, debería ser posible reconstruir una regla como una *norma completa* (...) Sin embargo (...), reconstruir una norma completa es más difícil y seguramente sea imposible (...) En un estado constitucional una regla puede y debe tener excepciones constitucionales (...)”.¹⁶³ Todo ello origina lo que se ha venido en denominar *paradoja del principialismo* : “la dicotomía regla/principio surgió para comprender mejor el derecho de los estados constitucionales, pero la distinción fuerte entre reglas y principios fracasa precisamente en (y lo que es más importante, a causa de) los estados constitucionales”.¹⁶⁴

2.3.3. La tesis de la distinción débil entre reglas y principios

Por su parte, la *tesis de la distinción débil*, sostenida entre otros por Crisafulli, Raz, MacCormick, Gianformaggio, Twining, Hart (Postcript), Moreso, Comanducci, Prieto Sanchis, Schauer y Pino¹⁶⁵, afirma que entre reglas y principios existe una distinción de grado, no cualitativa. Ambas normas poseen en alguna medida las mismas características, dado que “guardan entre sí una relación de parecido de familia”¹⁶⁶. Aquello que diferencia reglas y principios es el *grado* en el que las características mencionadas en la distinción fuerte se encuentran, respectivamente, entre ambos tipos de normas. Así, los principios serían normas más genéricas, más abiertas a las excepciones implícitas respecto de lo que pueden ser las reglas y tendrían una mayor dimensión del peso. Serían razones menos conclusivas.¹⁶⁷

Quizás una de las características que mejor identifique a los principios es el alto grado de indeterminación que poseen los principios. Por ello, cuanto más genérica e indeterminada es la consecuencia jurídica que una norma asocia a un supuesto de hecho general (el campo de aplicación de la norma), tanto más podrá ser considerada

¹⁶² PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 52-53.

¹⁶³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional. Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”. En: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp.346-348.

¹⁶⁴ *Idem*. p. 352.

¹⁶⁵ PINO, Giorgio. “I principi tra teoría della norma ...”. *Op.cit.* p. 87.

¹⁶⁶ AARNIO, Aulis. “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. *Op.cit.* p.594.

¹⁶⁷ PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione (...)*. *Op.cit.*p.53.

un principio, y viceversa, cuando más específica y determinada sea la consecuencia jurídica que una norma asocia a un supuesto de hecho, tanto más podrá ser considerada una regla.¹⁶⁸ Es importante acotar que en ningún extremo se está afirmando que no existan niveles de indeterminación en las reglas. Claro que existen, sólo que en menor medida. Y es que la indeterminación es un fenómeno que afecta a todas las normas jurídicas.¹⁶⁹

Siguiendo la distinción débil entre reglas y principios pueden ser identificadas determinadas disposiciones en la Constitución peruana. Así por ejemplo, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece, entre otras, la siguiente REGLA: “1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”. Nótese que en esta norma se puede identificar específica y claramente el supuesto de hecho (nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N.° 20530), y la respectiva consecuencia jurídica (no están permitidas). Es diferente dicho grado de especificidad y determinación con relación a un PRINCIPIO como por ejemplo el artículo 2°, inciso 24), apartado “h” establece que: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes”. Nótese que en dicha norma resultan indeterminados los extremos “violencia moral, psíquica o física”, “tortura” y “tratos inhumanos y degradantes”.

Finalmente, cabe precisar que, en general, si apreciamos la mayor parte de los textos de autores antipositivistas como Dworkin o Alexy, se podrá verificar que en ellos se alude a la tesis fuerte de la distinción entre reglas y principios. En cambio, autores que no siguen el movimiento antipositivista se identifican mejor en la tesis débil de dicha distinción. En nuestra opinión, la tesis débil de la distinción entre reglas y principios es la que mejor describe los tipos de normas de los ordenamientos jurídicos de los denominados Estados Constitucionales. Y es que la distinción fuerte es objeto de críticas que no se pueden salvar fácilmente. Una de ellas tiene que ver con que la orientación antipositivista se basa, en su ataque al positivismo, en una determinada concepción positivista, como por ejemplo la Kelseniana o la Hartiana, pero en un sentido, como ya hemos visto en el primer capítulo, que o bien ha sido superada y ya casi nadie la sostiene (positivismo de Kelsen), o que no refleja lo que realmente

¹⁶⁸ PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione (...)*. *Op.cit.* pp.55-56.

¹⁶⁹ Ródenas expone los principales sentidos en los que frecuentemente se habla de problemas de indeterminación del derecho: “1. Indeterminación causal de las decisiones judiciales. La indeterminación equivale en esta acepción a la insuficiente fuerza motivadora de las normas jurídicas en relación con las decisiones judiciales (...) Este es el planteamiento característico del realismo jurídico americano (...) 2. Indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos. (...) El Derecho resulta indeterminado porque no podemos precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones. Esta indeterminación puede tener su causa bien en problemas de consistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud. Desde esta perspectiva interesa el problema de las lagunas (normativas) y el de la inconsistencia normativa [antinomia] (...) 3. Indeterminación lingüística del Derecho (...) la indeterminación supone que puede haber casos en los que no es posible identificar qué es lo que el Derecho requiere debido a problemas del lenguaje mediante el que éste se expresa. La indeterminación lingüística puede tener su origen tanto en problemas de ambigüedad [semánticos, sintácticos y pragmáticos] como en problemas de vaguedad [que no afecta a los términos sino a los conceptos] 4. Indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia (...) asociada a la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas (...)”. RÓDENAS, Ángeles. “En la penumbra (...)”. *Op.cit.* pp.64-68.

contienen sus postulados teóricos (positivismo de Hart). En segundo lugar, resulta irreal afirmar que los principios y las reglas tengan exactamente, todas y cada una de las características que menciona la distinción fuerte. En ningún sistema jurídico, en sentido abstracto o concreto, se podría identificar nítidamente tales diferencias. En algunos ordenamientos no todos los principios tienen las aludidas características y en otros, incluso determinadas “reglas” presentan dichas características. En tercer lugar, tanto reglas como principios pueden tener grados de indeterminación, vaguedad y ambigüedad. Y finalmente, no todas las reglas se aplican mediante la modalidad “todo o nada”, pues en algunos casos estas son derrotables de modo que se logran identificar excepciones no previstas al elaborarlas.

2.4. Principios en sentido estricto, directrices, reglas de acción y reglas de fin en el ámbito de las normas constitucionales

Si bien la distinción entre reglas y principios resulta importante no sólo para identificar las peculiaridades de las normas constitucionales y sobretodo en la argumentación jurídica, como veremos más adelante, aquella ha sido cuestionada por resultar insuficiente. Precisamente, Atienza y Ruiz Manero, han criticado la caracterización de los principios como mandatos de optimización elaborada por Alexy y han elaborado una nueva clasificación de las normas jurídicas, la misma que puede servir también en el reconocimiento de las normas constitucionales.

En efecto, desde un enfoque estructural de la distinción entre principios y reglas, lo que interesa es verificar si los principios, al igual que las reglas, pueden manifestarse mediante un esquema condicional como el de Alchourrón y Bulygin, en el que se correlacione *casos genéricos* (el conjunto de propiedades que conforman un caso) y *soluciones* (la calificación normativa de una determinada conducta, es decir, la calificación como obligatoria, prohibida o permitida de la realización de una cierta acción).¹⁷⁰

En el ámbito de las reglas, tal esquema condicional es apropiado para el tipo habitual de reglas jurídicas regulativas, como son las denominadas **reglas de acción** (reglas que tienen claramente determinada tanto solución normativa como el respectivo caso genérico). Así por ejemplo, el artículo 17° de la Constitución establece que: “La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias”. Aquí se aprecia la identificación clara y *cerrada* del caso genérico o supuesto de hecho general (la educación inicial, primaria y secundaria), y la calificación normativa o consecuencia jurídica de dicho caso genérico, prescribiendo la realización de una acción concreta (son obligatorias). En el ámbito aplicativo, este tipo de reglas, dado su nivel de determinación, se aplican “todo o nada”. No se podría interpretar que estas reglas en algunos casos dichos niveles educativos no sean obligatorios o que lo sean en cierto grado.

Las reglas de acción deben distinguirse de las **reglas de fin** que son aquellas reglas que tienen como solución normativa *la obtención de un fin o un cierto estado de cosas*. Asimismo, las reglas de fin configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación y establecen un fin, un estado de cosas, que debe cumplirse en forma

¹⁷⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 2ª edición, 2004, p. 29.

plena. Distinguir entre reglas de acción y reglas de fin es relevante cuando la consecución de dicho estado de cosas deja al respectivo destinatario un margen de “discreción” en la selección de los medios para lograr dicho estado. Un ejemplo de reglas de fin sería el segundo párrafo del artículo 31° de la Constitución, en cuanto establece que “es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación”. Aquí se aprecia la identificación clara y *cerrada* del caso genérico o supuesto de hecho general (los vecinos tienen el derecho y deber de participar en el gobierno municipal de su jurisdicción), y la calificación normativa o consecuencia jurídica de dicho caso genérico, prescribiendo la realización de un fin o estado de cosas (normar y promover los mecanismos directos e indirectos de dicha participación), a ser realizado por el legislador mediante un determinado ámbito de discrecionalidad. En el ámbito aplicativo, este tipo de reglas, dado el nivel abierto de su solución normativa, exige que el legislador deba ponderar entre los diferentes medios que se utilizarían para lograr el aludido estado de cosas.

En el ámbito de los principios, se puede distinguir entre **principios en sentido estricto** y directrices. Los primeros, pueden formularse como enunciados que correlacionan casos genéricos *de forma abierta*, con la calificación normativa *cerrada* de una determinada conducta. La diferencia principal con las reglas de acción radica en el caso genérico que en los principios en sentido estricto es expuesto de modo abierto y en las reglas de acción es expuesto de modo cerrado¹⁷¹. Por ejemplo, el artículo 2°.2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Aquí se aprecia la identificación *abierta* del caso genérico o supuesto de hecho general (discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole), y la calificación normativa o consecuencia jurídica de dicho caso genérico, prescribiendo la realización de una acción concreta (está prohibida la discriminación).

Así también, cabe resaltar que los principios en sentido estricto establecen que “salvo que en el caso de que se trate incida(n) otro(s) principio(s) que tengan un mayor peso, debe –o puede– seguirse un determinado modelo de conducta que aparece configurado, al modo de las reglas de acción, de forma cerrada (lo que implica que,

¹⁷¹ Ahora bien, autores como Giorgio Pino sostienen que la distinción entre reglas y principios, en tanto dos tipos de normas jurídicas, “es sensata desde el punto de vista teórico y útil desde el punto de vista explicativo, pero no puede ser considerada como una distinción cualitativa entre dos tipos de normas nítidamente distintas (...) Mas bien, la distinción entre reglas y principios es una distinción: a) cuantitativa, en el sentido que reglas y principios son normas que se diferencian con base en el distinto grado en el que exhiben ciertas características (principalmente, generalidad e indeterminación del supuesto de hecho y de las consecuencias jurídicas); desde este punto de vista, los principios son normas con el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica más genérica y más indeterminada respecto a las reglas –pero dado que generalidad e indeterminación son propiedades graduales, no existe un punto fijo que permita separar claramente normas que son reglas de normas que son principios; b) interpretativa, porque es la interpretación jurídica la que asigna una cierta norma a la categoría “regla” o a la categoría “principio” (esto, sin embargo, se sigue casi necesariamente de la definición misma de norma jurídica como producto de la interpretación de una disposición normativa)”. En PINO, Giorgio. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima, Palestra, 2013, pp. 12-13.

en los casos en que prevalece un determinado principio frente a otros eventualmente concurrentes, éste exige un cumplimiento pleno)¹⁷².

En el ámbito aplicativo, los principios en sentido estricto, dado el nivel de concreción de su consecuencia jurídica y de los supuestos de hechos (expuestos en la norma u otros que pudieran determinarse en el caso concreto), se pueden aplicar mediante el procedimiento de “todo o nada”.

Otro ejemplo de principios en sentido estricto, son los derechos fundamentales contenidos en el artículo 2° inciso 4) de la Constitución que establece lo siguiente: Toda persona tiene derecho: (...). A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”. De dicha disposición se pueden desprender dos regulaciones, según se trate el destinatario de las mismas. Dirigida a la **persona**, dicha disposición establece el caso genérico o supuesto de hecho general (en todo caso que haya oportunidad de informar, opinar, expresar u difundir el pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos), y la calificación normativa o consecuencia jurídica de dicho caso genérico, prescribiendo la realización de una acción concreta (están permitidas dichas conductas). Salvo que concurra otro principio que en un caso concreto logre vencer tales derechos fundamentales, estos deben aplicarse “todo o nada” en dicho caso. Si la disposición se dirige a los **poderes públicos** (poder legislativo o poder judicial, por ejemplo), establece un supuesto de hecho general (en todo caso que los poderes públicos tengan la oportunidad de restringir o intervenir en los derechos de las personas, a informar, opinar, expresar u difundir el pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos), y la respectiva consecuencia jurídica (está prohibida dicha actuación, salvo en el caso concreto concurra otro principio que logre vencer tales derechos fundamentales).

Las **directrices** o normas programáticas configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación con el modelo de conducta previsto (tanto el supuesto de hecho general, como la consecuencia jurídica). Así por ejemplo, el artículo 65° de la Constitución establece que “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”. En dicho artículo, no se ordena, se permite o se prohíbe ninguna acción, sino se pretende conseguir un objetivo, un cierto estado de cosas (la defensa del interés de los consumidores y usuarios), el mismo que deberá ser conseguido en la mayor medida posible. Asimismo en dicho artículo no se menciona en todas las condiciones o actos debe el Estado conseguir el mencionado estado de cosas. Tan sólo se menciona un acto como es garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a disposición de los usuarios y consumidores en el mercado.

¹⁷² *Idem*.p.191.

Atienza y Ruiz Manero estiman que “a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de todos estos objetivos”, y que la posición de Alexy, al considerar a los principios como mandatos de optimización, que pueden realizarse en la medida que las condiciones jurídicas y fácticas lo permitan, es “distorsionadora (...) en relación con los principios en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices”¹⁷³ Asimismo dichos autores también discrepan de Alexy en el sentido de que “todo conflicto entre principios en sentido estricto (...) y directrices se resuelve, con carácter general, con el triunfo de los primeros”¹⁷⁴

De otro lado, si bien los principios en sentido estricto pueden expresarse como enunciado que correlacionan casos con la *calificación normativa de una conducta*, la diferencia entre dichos principios y las reglas (de acción, por ejemplo) es que aquellos configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada (conjunto finito de propiedades).

Finalmente, cabe mencionar que la clasificación de Atienza y Ruiz Manero también ha recibido críticas. Una de las más importantes es la de Prieto, quien sostiene que en la aludida clasificación existe “una errónea presentación de las reglas”, pues “muchas veces en el razonamiento jurídico las reglas aparecen como criterios hermenéuticos y no como reglas especiales y exhaustivamente comprensivas del caso examinado, exigen también con frecuencia conjugarse con otros estándares jurídicos (principios o normas), lo que matiza o altera su alcance y el propio ámbito de aplicación y, en fin, ofrecen siempre una textura abierta o vaguedad potencial en su significado, de modo que no enuncian de un modo completo y absoluto un catálogo de posibles excepciones a su aplicación”. En ese sentido, la postura comentada parece mostrar excesiva confianza en la finitud lógica, ya que no del sistema jurídico en su conjunto, sí al menos del sistema de reglas”.¹⁷⁵

2.5. Conclusiones. Aportes y críticas a las tesis neoconstitucionalistas

Teniendo en cuenta las diferentes posiciones expresadas respecto de las características o peculiaridades de las normas constitucionales que pueden ser identificadas en el neoconstitucionalismo, podemos arribar a las siguientes conclusiones.

2.5.1. Los principios constitucionales constituyen normas jurídicas positivizadas por una autoridad y no por la naturaleza o la razón

Se puede afirmar que los principios que aparecen en la Constitución son normas jurídicas, en la medida que son el producto de una autoridad que tiene el poder para “positivizar” dichas normas en un sistema jurídico. Los principios constitucionales no han sido puestos en la Norma Fundamental por obra de la

¹⁷³ *Idem.* p.34.

¹⁷⁴ LOPERA, Gloria. “Los derechos fundamentales como mandato de optimización”. *Doxa*, N.º 27, 2004, p.225.

¹⁷⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas (...) Op.cit.* pp.33-34.

naturaleza o de la razón, sino por la voluntad de actos humanos (Poder Constituyente) que han establecido y reconocido cuáles deben ser las normas rectoras del ordenamiento jurídico. Incluso en el caso de normas abiertas como el artículo 3° de la Constitución que permite el reconocimiento de nuevos derechos que se basen en la dignidad de la persona y otros principios, constituye una norma positivizada por una autoridad que expresamente está autorizando dicho reconocimiento de nuevos derechos.

Precisamente, un aporte de neoconstitucionalistas como Aienza y Ruiz Manero es la denuncia que hacen a la doctrina y jurisprudencia constitucional, por incurrir en una petición de principio, al sostener que las normas de la Constitución son jurídicas y vinculantes porque así lo dice la propia Constitución. En ese sentido, para calificar de jurídicas a las normas constitucionales es indispensable identificar la regla de reconocimiento que opera en los Estados Constitucionales: *serán jurídicas y por tanto vinculantes las normas contenidas en la Constitución así como aquellas que sean expedidas conforme a ella*. Dicha regla que no sólo es una *norma convencional* sino que también se desprende de la decisión de una autoridad como es el poder constituyente (el pueblo).

2.5.2. La relevancia de las distinciones entre “disposición” y “norma”, y de contenido “*prima facie*” y contenido “definitivo”, en la identificación de las normas constitucionales

Ninguna posición extrema es correcta. Esa es una de las conclusiones que se desprende del examen de los diferentes tipos de normas constitucionales. Ni es correcto afirmar que existe, en todos los casos, una clara y definitiva distinción entre reglas y principios, como tampoco es correcto afirmar que no existe, en todos los casos, ninguna distinción entre reglas y principios. De un lado, el poder constituyente no pretende –ni puede–, lograr un nivel de precisión matemática en la comunicación del mandato normativo de todas las disposiciones constitucionales establecidas, y de otro lado, la Constitución no se podría constituir en fuente de fuentes del ordenamiento jurídico, si es que no tuviera, mínimamente, algún bloque de disposiciones que indicaran de modo claro y concreto el mandato normativo que deben seguir los diferentes operadores jurídicos. Sobre el particular, Ávila sostiene que se debe mantener la distinción entre principios y reglas, pero también se debe hacer una nueva estructuración de estos pero con fundamentos distintos a los frecuentemente utilizados por la doctrina, demostrándose “por un lado, que los principios no sólo explicitan valores, sino que, indirectamente, establecen especies precisas de comportamientos; y, por otro, que la regulación de conductas mediante reglas también puede ser objeto de ponderación, aunque el comportamiento preliminarmente previsto dependa de que se satisfagan algunas condiciones para ser superado. Con ello, se deja atrás tanto la mera exaltación de valores sin la regulación de comportamientos, como la automática aplicación de reglas”.¹⁷⁶

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p.27. Asimismo, dicho autor refiere que “un sistema no puede estar integrado únicamente por principios o únicamente por reglas. Un sistema sólo de principios sería demasiado flexible, por la falta de guías claras de conducta, lo que

Desde el punto de vista del razonamiento jurídico del juez, uno de sus primeros pasos deberá enfocarse en la distinción entre “disposición” y “norma”, es decir, entre el texto o conjunto de enunciados lingüísticos de una disposición constitucional (texto sin interpretar), y el sentido interpretativo o sentidos interpretativos que se desprendan de dicha disposición constitucional (texto interpretado). Más allá de la afirmación de que no existe correspondencia biunívoca entre disposición y norma¹⁷⁷, esta distinción es fundamental para verificar la participación “interpretativa” del juez –y con ello sus niveles de discrecionalidad e identificación de límites. Varios de los tipos de normas constitucionales (reglas, principios, normas implícitas, normas derrotables, etc.) son identificadas mediante un proceso interpretativo a cargo del juez, a partir de expresas disposiciones constitucionales.

Asimismo, una vez realizada la interpretación de las disposiciones constitucionales, el juez cuenta con un contenido *preliminar* o *prima facie* de la norma constitucional, de modo que su actividad debe encaminarse, en función del contexto de aplicación del caso concreto (intención del autor de la norma, ámbito histórico-sociológico, criterios de interpretación de la Constitución, posibilidades jurídicas o fácticas, posibilidades de construcción interpretativa, precedente o doctrina jurisprudencial vinculante, entre otras), a determinar el contenido *definitivo* de la norma constitucional.

2.5.3. Las normas constitucionales también pueden resultar derrotables e inderrotables

Teniendo en cuenta los tipos de normas constitucionales analizados (normas constitutivas y regulativas; normas implícitas y explícitas; normas derrotables e inderrotables, y normas-regla y normas-principio), entre otros, podemos apreciar que la sola distinción entre principios y reglas no puede dar cuenta del conjunto de normas de la Constitución. Uno de los tipos de normas que despierta mucho interés en el ámbito aplicativo del derecho es aquel de las normas constitucionales derrotables e inderrotables.

La derrotabilidad de las normas constitucionales alude a la inaplicación de una norma constitucional en un caso concreto cuando se identifica un supuesto de hecho no previsto en su formulación inicial. Esto no implica que en un ordenamiento constitucional todas las normas sean derrotables, pues dicha característica de algunas normas constitucionales constituye un supuesto excepcional. Y es que la seguridad jurídica y la propia ordenación que pretende un Estado de Derecho, impiden que se pueda asumir que todas las normas, especialmente las constitucionales, tengan sus contenidos derrotables, es decir, que puedan ser vencidos y por tanto inaplicables.

ocasionaría problemas de coordinación, conocimiento, costes y control de poder. Un sistema sólo de reglas, aplicadas de modo formalista, sería demasiado rígido, por la falta de válvulas de apertura para la armonización de las soluciones con las particularidades de los casos concretos”. *Op.cit.* p.107.

¹⁷⁷ *Idem.* p.30.

La derrotabilidad de las normas constitucionales se puede presentar ya sea cuando se trate de las normas que conocemos como reglas o como principio, siempre y cuando se haya podido identificar con meridiana claridad su contenido normativo (supuesto de hecho general y consecuencia jurídica), y con posterioridad, en un caso concreto, se identifique un supuesto de hecho nuevo, no previsto en la norma y al que ésta no le resultará aplicable. No se podrá presentar respecto de aquellos principios de los que se desconozca su contenido normativo, por ejemplo, la mayoría de los derechos fundamentales (derecho a la libertad de asociación, de contratar, de empresa, de propiedad, etc.), pues su contenido normativo aplicable al caso concreto se definirá recién como consecuencia de la ponderación con otros derechos fundamentales.

2.5.4. Entre reglas y principios existe a lo mucho una distinción débil

Teniendo en cuenta la tesis fuerte y la tesis débil de la distinción entre reglas y principios, estimamos que ésta última es la que mejor describe los tipos de normas que operan en los ordenamientos jurídicos de los Estados Constitucionales. La tesis de la distinción débil entre reglas y principios implica una distinción de grado y no cualitativa. Los principios son normas más genéricas y abiertas a las excepciones implícitas respecto de lo que pueden ser las reglas y por ello tienen una mayor dimensión del peso. Asimismo, la distinción fuerte es criticable, entre otras razones, por ser equívoca, toda vez que los principios y reglas no tienen exactamente cada una de las características que se mencionan en dicha distinción.

Los elementos más característicos y relevantes en la distinción entre reglas y principios son los grados de generalidad, indeterminación y completitud. En general, cuando revisamos la Norma Fundamental podemos identificar normas con altos grados de generalidad, de indeterminación o incompletas, tanto en el supuesto de hecho general como en la respectiva consecuencia jurídica. (PRINCIPIOS), pero también, normas específicas, particulares, con un mínimo grado de indeterminación o si se quiere, completas en cuanto al contenido normativo que pretende expresar, ya sea en el supuesto de hecho general regulado o en su consecuencia jurídica (REGLAS).

Lo expuesto respecto de las reglas, específicamente que a veces se pueden configurar como normas completas, requiere de una precisión. Con ello no estamos afirmando que existan normas perfectas, que nunca podrán verse alteradas, por ejemplo, al identificarse en el futuro una excepción no prevista inicialmente. No, eso no estamos afirmando. Tan sólo se quiere expresar que desde el momento que entra en vigencia una Constitución, existen determinadas normas que tienen claramente identificados los supuestos de hecho generales y sus consecuencias jurídicas, y por ello tienen un contenido normativo determinado, de modo que cuando en un caso concreto se presenta un supuesto de hecho específico, simplemente se verifica si debe ser aplicado o no. Es en ese sentido que se puede hablar de una norma completa. Ello no quiere decir que dicha completitud no pueda verse alterada en el futuro, cuando en un caso concreto se evidencie la existencia de una excepción o supuesto de hecho no regulado por la formulación inicial de la regla, que origine su no

aplicación a dicho supuesto (por ejemplo, en los casos de normas derrotables que hemos visto anteriormente).

Si bien los grados de indeterminación de las normas constitucionales afectan tanto a reglas como a principios, en el caso de las reglas el grado de indeterminación *existe*, aunque es mínimo, por lo menos en su formulación inicial. Aquí queremos destacar la inexactitud en aquella afirmación de que el fenómeno de la indeterminación de las normas jurídicas es exclusivo de los principios. Tal indeterminación afecta a todas las normas jurídicas, tanto a las reglas como a los principios, aunque es mayor el grado de indeterminación en estos últimos.

En cuanto a los derechos fundamentales, según los grados de indeterminación o completitud, pueden configurarse como principios pero también como reglas. En efecto, es común aceptar que los derechos fundamentales se constituyen en principios (derechos a la vida, a la intimidad, al honor, etc.), en la medida que no tenemos una idea clara sobre cuál es el todo el alcance o significado de tales derechos, específicamente de los respectivos supuestos de hecho o consecuencias jurídicas. Sin embargo, también se pueden identificar derechos fundamentales que se constituyan en reglas (derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que implica que *“nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”*), en la medida que tenemos una idea meridianamente clara sobre cuál es el alcance o significado de tal derechos, específicamente de los respectivos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, aunque no podemos afirmar que sobre tal derecho no existe ningún grado de indeterminación, pues, por ejemplo, podrían existir dudas mínimas en cuanto al significado de expresiones tales como “domicilio” o “flagrante delito”.

No es común identificar derechos fundamentales como reglas pero existen también en la Constitución. Es más, la existencia de reglas en la Norma Fundamental es indispensable para materializar la fuerza normativa de la Constitución.

2.5.5. La relevancia de la diferencia entre reglas y principios se presenta en la argumentación jurídica

Si bien en cuanto a su estructura no existe una distinción relevante o fuerte entre principios y reglas constitucionales, sí se apreciará tal distinción en el ámbito aplicativo del derecho, específicamente en el ámbito de la argumentación jurídica. Para tal efecto, debemos ayudarnos de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Al respecto, García Figueroa sostiene que “la diferencia entre reglas y principios presenta un parecido de familia con la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. En un plano puramente teórico, sería difícil distinguir entre casos fáciles y casos difíciles de una manera absoluta. Cualquier caso *puede* ser difícil, puesto que cualquier caso es *potencialmente* (disposicionalmente) problemático. Sin embargo, en un nivel pragmático, en el nivel en que los juristas trabajan, los casos fáciles y difíciles son distinguibles con cierta

Como dijimos antes, los casos fáciles son aquellos en los que, por ejemplo, es comprensible claramente un supuesto de hecho general y su respectiva consecuencia jurídica, mientras que en los casos difíciles no se puede identificar claramente ya sea el supuesto de hecho general o la consecuencia jurídica, o cuando presentan conflictos entre derechos fundamentales. Frecuentemente los jueces no se plantearán, cuestionarán o argumentarán sobre si una determinada norma jurídica es una regla o un principio (en el sentido de Dworkin, Alexy o Atienza y Ruiz Manero), o cuál es exactamente el grado de indeterminación de dicha norma, o si debe prevalecer la distinción fuerte o débil entre reglas y principios, o quizás la tesis de la conformación (en el sentido de que no existen diferencias entre reglas y principios). Tan sólo buscarán verificar si la respectiva norma resulta aplicable o no al caso concreto que debe resolver.

Asumir en esta oportunidad la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, no implica equiparar *mecánicamente* de un lado, “casos fáciles” con “subsunción”, y de otro, “casos difíciles” con “ponderación”. Si bien en la aplicación del derecho se presenta con cierta frecuencia dicha equiparación, no puede afirmarse su *aplicación categórica*, en todos los casos. Tal como lo refiere Bustamante, al criticar a García Figueroa por dicha equiparación, “Alexy en ningún lugar hace estas equiparaciones. Al contrario, deja bastante claro en sus escritos que puede haber tanto serias dificultades en la subsunción como casos extremadamente fáciles en la ponderación. Según Alexy y Dreier, una construcción puramente deductiva del significado de la regla jurídica que ha de ser aplicada en un caso concreto solo sería posible si no hubiera controversia entre los sujetos jurídicos afectados por la decisión acerca de cada una de las siguientes indagaciones: (1) ¿cuáles son las normas que deben ser aplicadas? (2) ¿cómo deben ser interpretadas?, y (3) ¿en torno a qué hechos se mueve la decisión jurídica? (...) Como es fácil notar, hay en este procedimiento espacio para muchas dudas, valoraciones e incluso para ciertas ‘ponderaciones’ que ‘son integradas en un esquema deductivo’ (...) de suerte que el juez sólo subsume los hechos en una norma después de superados los problemas interpretativos suscitados por ella”.¹⁷⁹

Coincidimos en que no se puede establecer, de modo absoluto, una diferencia entre casos fáciles y casos difíciles, pero reconocer esa deficiencia no origina la inexistencia de la distinción, pues ya en el ámbito de la aplicación del derecho, es evidente que los jueces si pueden identificar tales tipos de casos. Asimismo, en el ámbito aplicativo de normas constitucionales –que puede incluir tanto procesos ordinarios como procesos constitucionales– se puede apreciar que los casos fáciles no son los más comunes, aunque de hecho existen. A partir de ellos se pueden presentar distintos tipos de problemas (de interpretación, de

claridad. Esto explica la dificultad para situar la distinción entre reglas y principios en un plano ontológico. La distinción rige en un plano funcional, en un plano pragmático, y teniendo en cuenta las especificidades del estado constitucional. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Existen diferencias entre reglas y principios (...)”. *Op.cit.* p.368.

¹⁷⁹ BUSTAMANTE, Thomas. “Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*”. En: BONORINO, Pablo (ed). *Teoría del derecho y decisión judicial*. Madrid, Bubok, 2010, p.233.

relevancia, de prueba, de calificación, entre otros), con diferentes grados de dificultad. Asimismo, puede presentarse un supuesto en el que un tipo de caso concreto que en algún momento pueda haber sido fácil, posteriormente, con nuevas cuestiones de hecho o de derecho que se desprendan de un nuevo caso, igual al anteriormente analizado, conviertan a dicho caso en un difícil. De igual modo, puede presentarse un supuesto en el que un tipo de caso concreto que en algún momento pueda haber sido difícil, posteriormente, con el desarrollo jurisprudencial del respectivo principio constitucional (por ejemplo, un derecho fundamental) por parte del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema, en un nuevo caso, igual al anteriormente analizado, conviertan a dicho caso en un fácil.

En ese sentido, la argumentación jurídica de los jueces, en cuanto a la identificación de la norma constitucional aplicable al caso, específicamente si ésta se configura como regla o como principio, debe desarrollarse teniendo en cuenta los siguientes puntos de referencia:

- En los denominados casos fáciles (aquellos en los que por ejemplo es meridianamente claro el supuesto de hecho general y su respectiva consecuencia jurídica), los jueces, luego de examinar las características del caso concreto, verificarán: i) si la respectiva norma constitucional aplicable al caso está completa –en el sentido que antes hemos analizado–, es decir, si tiene identificado claramente el supuesto de hecho general y la consecuencia jurídica aplicable al caso (PREMISA NORMATIVA); ii) luego, si los hechos probados del caso concreto, del caso individual, son aquellos configurados en el supuesto de hecho general de la norma constitucional aplicable (PREMISA FÁCTICA); y iii) consecuentemente, que al subsumirse el supuesto de hecho individual en el supuesto de hecho de general, resulta lógica la conclusión de que se aplique la respectiva consecuencia jurídica (CONCLUSIÓN). La forma argumentativa utilizada para resolver este caso es la SUBSUNCIÓN.

Por ejemplo, veamos un caso que podría denominarse fácil en la medida que al no plantear problemas con la identificación del supuesto de hecho general y consecuencia jurídica de una norma constitucional, podría constituirse en uno que aplica una *NORMA-REGLA*. Se trata de un proceso de habeas corpus promovido por Florencio Chávez Abarca y otras 16 personas contra la Policía Nacional del Perú¹⁸⁰. En dicho caso, se peticionaba que se ordene la libertad de los demandantes, quienes habiendo participado en la denominada “marcha de los 4 suyos”, fueron detenidos sin que exista orden judicial ni delito flagrante. Para solucionar el caso, el TC verificó que la norma constitucional que resultaba aplicable era el artículo 2°.24.f., conforme al que “2. Toda persona tiene derecho (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (...)”(PREMISA NORMATIVA).

¹⁸⁰ Expediente N.º 01324-2000-HC/TC

Luego de verificar los medios probatorios obrantes en autos, el TC determinó que en la detención de Florencio Chávez Abarca y los otros demandantes, no existió orden judicial como tampoco se encontraban en delito flagrante (PREMISA FÁCTICA), por lo que concluyó que en el caso de los demandantes se vulneró la prohibición contenida en dicha norma constitucional, y en consecuencia, ordenó su libertad (CONCLUSIÓN).

- Si bien en este caso no existió mayor problema en identificar las premisas normativa y fáctica, pueden aparecer otros casos en el que sea de aplicación la misma norma constitucional, pero que a raíz del nuevo caso aparezcan asuntos que dificulten la interpretación del caso, y lo conviertan en un caso difícil, pero que de igual forma pueda ser solucionado mediante la argumentación mediante subsunción. Por ejemplo imaginemos que en el caso nuevo se alegue que una persona ha sido detenida por la policía después de 20 horas de haberse producido un robo y que la policía alegue que lo hizo en base al artículo 259° del Código Procesal Penal, que le autoriza, sin mandato judicial a detener a una persona dentro de las 24 horas de producido el hecho punible. Éste será un típico supuesto de problema de interpretación de la norma jurídica aplicable al caso, específicamente verificar qué significa la expresión “flagrancia” contenida en el mencionado artículo 2°.24.f de la Constitución, si ésta sólo implica *inmediatez temporal* o puede extenderse hasta 24 horas. Una vez interpretada dicha expresión, el juez habrá completado el respectivo contenido de la premisa normativa y verificará si el caso concreto se subsume o no en la norma constitucional ya interpretada.
- De otro lado, en los denominados casos difíciles (aquellos en los que no es claro el supuesto de hecho general y su respectiva consecuencia jurídica, o cuando se plantean conflictos entre derechos fundamentales, entre otros supuestos), los jueces, luego de examinar las características del caso concreto, apreciarán por ejemplo que no identifican la premisa normativa del caso debido a que se encuentran en conflicto dos NORMAS-PRINCIPIOS, cuyo contenido normativo es incompleto o indeterminado, de modo que la única forma argumentativa para solucionar el caso no será la “subsunción”, sino que deberá acudir a otra forma argumentativa como la “PONDERACIÓN” (“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁸¹), para lo cual verificarán: i) el grado de no satisfacción del principio intervenido, restringido o limitado (grado de desventajas); ii) el grado de satisfacción del principio que se pretende proteger o promover (grado de ventajas); y iii) finalmente, verificar si para obtener el respectivo grado de satisfacción del principio que se pretende proteger o promover, se justifica o no el respectivo grado de no satisfacción del principio intervenido (justificación).

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op.cit. p.138 y ss.

Por ejemplo, veamos un caso que podría denominarse difícil en la medida que al no conocer con cierta claridad cuál es el contenido normativo de los principios constitucionales aplicables al caso, y que incluso se encuentran en conflicto, podría constituirse en uno que aplica *NORMAS-PRINCIPIOS*. Se trata de un proceso de amparo promovido por una asociación de comerciantes de Huaral contra la Municipalidad Provincial de Huaral¹⁸². En dicho caso, se peticionaba que se declare inaplicable una Ordenanza Municipal que declaró como zona rígida el Centro Histórico del distrito de Huaral y prohibió el comercio ambulatorio en dicha zona, alegando que con tal medida se vulnera su derecho a la libertad de trabajo. Por otra parte, la municipalidad demandada alegó que dictó dicha ordenanza con la finalidad de proteger el orden público y el patrimonio cultural de la nación. Luego de analizar el caso, el TC verificó que no existía una norma jurídica que solucione este tipo de casos, sino más bien que existían dos principios constitucionales que se encontraban en conflicto (derecho fundamental a la libertad de trabajo vs. principios de orden público y de protección del patrimonio cultural de la nación). Por ello, para resolver el caso, el TC utilizó la forma argumentativa de la PONDERACIÓN, que para estos efectos se encontraba incorporada dentro de una forma argumentativa más compleja como es el test de proporcionalidad, y al final identificó lo siguiente: i) el grado de no satisfacción del principio intervenido, restringido o limitado (derecho fundamental a la libertad de trabajo), era *leve*; ii) el grado de satisfacción del principio que se pretende proteger o promover (principios de orden público y de protección del patrimonio cultural de la nación), que era *elevado*; y iii) finalmente, verificó que para obtener un *elevado* grado de satisfacción de los principios de orden público y de protección del patrimonio cultural de la nación, si se justificaba un *leve* grado de no satisfacción del derecho fundamental a la libertad de trabajo. En consecuencia, resolvió declarar infundada la demanda.

- Lo expuesto hasta este punto, muestra cómo en el ámbito de aplicación del derecho, se puede identificar con mayor claridad la distinción entre reglas y principios, y que en general, aunque no de modo absoluto, las reglas exigirán la argumentación mediante “subsunción” y los principios exigirán la argumentación mediante “ponderación”.

¹⁸² Expediente N.º 08726-2005-PA/TC

Capítulo 3: La interpretación constitucional como “descubrimiento” y como “creación” de significados

Hace casi 20 años, en un interesante trabajo¹⁸³, un constitucionalista como Domingo García daba cuenta que la interpretación constitucional no tuvo ninguna importancia en el siglo XIX, y a lo mucho se entendía como un problema de civilistas y filósofos del derecho, toda vez que se asumía la suficiencia de las categorías elaboradas en dichas disciplinas, pero que sin embargo, a partir de segunda posguerra la interpretación constitucional empieza un “desarrollo lento pero indetenible, que se incrementa en forma sustanciosa y, por demás, creadora, a partir de la década de los setenta”.¹⁸⁴

Precisamente, la progresiva materialización de los Estados Constitucionales, después de la segunda posguerra, no sólo ha generado un amplio debate en torno a cómo debe conceptualizarse el derecho, o a las peculiaridades de las normas constitucionales (específicamente a la distinción entre reglas y principios), sino también en el ámbito de la interpretación jurídica, básicamente respecto de cómo la forma de operar o rol de ésta ha cambiado al interpretar las normas constitucionales, ahora dotadas de fuerza vinculante. El interés por la interpretación jurídica en el último siglo, ha pasado de ocupar un *lugar periférico* (por ejemplo en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen), a un lugar esencial en la teoría del Derecho actual, al punto que autores como Dworkin consideran a su teoría como una “interpretativa de Derecho”.¹⁸⁵

Como una de las causas que ha generado este distinto rol de la interpretación se puede mencionar la aproximación de la cultura jurídica occidental a la tradición del pensamiento dialéctico o problemático, y más bien alejarse de la tradición iusfilosófica del pensamiento racional o sistemático. La primera de ellas, considera al derecho, más que como un universo normativo, como un conjunto de argumentos idóneos para orientar el razonamiento de los operadores jurídicos, entendiendo que no es posible reconstruir el orden jurídico como un sistema racional, unitario, completo y coherente. Por su parte, la segunda tradición considera al derecho como un orden racional dotado de una lógica interna o por lo menos como un objeto que puede ser susceptible de conocimiento o reconstrucción racional.¹⁸⁶

Asimismo, la interpretación jurídica desempeña un rol central en el Estado Constitucional, toda vez que concepciones iuspositivistas como la de Kelsen, no dan cuenta de los principios contenidos en las Constituciones, de modo que su noción de validez de las leyes por ejemplo es reconducida a sus características *formales* (*validez formal*). Por el contrario, en el neoconstitucionalismo, la validez de las leyes no es sometida tan sólo a vínculos de tipo formal, sino también a vínculos de tipos *sustancial* o *materiales*, los mismos que se encuentran unidos a la vinculatoriedad que

¹⁸³ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N.º 86, octubre-diciembre, 1994. pp. 9-37.

¹⁸⁴ *Idem*.p.16.

¹⁸⁵ Lifante (2008-2009), p.258

¹⁸⁶ VILLA, Vittorio. *Una teoría pragmáticamente orientada dell’interpretazione giuridica*. Torino, Giappichelli Editore, 2012, p. 4.

hoy en día tiene el contenido de los principios constitucionales (*validez material*).¹⁸⁷ Desde esa perspectiva, “la interpretación juega un rol absolutamente decisivo en el control de la *validez material* de una ley”.¹⁸⁸

Tal como lo sostiene Atienza, el problema de la interpretación jurídica y en especial de la interpretación constitucional se encuentra en el centro de la teoría jurídica, básicamente por dos razones: la primera, relacionada con el carácter de supralegalidad de las constituciones contemporáneas, en la medida que la interpretación constitucional marca los “límites de posibilidad” de la interpretación de todas las otras normas de un modo conforme con la Constitución; y la segunda, deriva de las peculiaridades de las constituciones, con relación a otros materiales jurídicos que son objeto de interpretación, cuyos enunciados de principio o enunciados valorativos tienen mayores niveles de complejidad a diferencia del resto de normas del ordenamiento jurídico.¹⁸⁹

Uno de los aspectos en los que se va a manifestar con mayor incidencia la problemática de la interpretación constitucional es el de los límites de la justicia constitucional, específicamente de los Tribunales Constitucionales. Precisamente por ello, De Lora sostiene que la interpretación constitucional “se apunta como la gran panacea para los que observan la dificultad de justificación de la institución del control jurisdiccional de la constitucionalidad como una amenaza genuina, pero al tiempo perciben que la justicia constitucional es de alguna forma necesaria o, en todo caso, un mecanismo lo suficientemente enraizado en algunos sistemas como para plantearse *ex novo* su conveniencia”.¹⁹⁰

Dada la especial configuración de la interpretación constitucional, seguidamente examinaremos cuatro asuntos de relevancia: (1) cuáles son los órganos que se encargan de la interpretación de la Constitución; (2) cómo opera la interpretación jurídica en el Estado Constitucional; (3) cuáles son los mecanismos o criterios de interpretación constitucional; (4) que problemas plantea la interpretación de la Constitución; y (5) las conclusiones respecto de los aportes y críticas del neoconstitucionalismo en el ámbito de la interpretación constitucional.

3.1. Los intérpretes de la Constitución y las diferentes supremacías interpretativas

En este punto, conviene examinar, cuáles son los órganos encargados de la interpretación de las normas constitucionales, qué órgano tiene la supremacía interpretativa según se trate del ámbito de lo constitucionalmente necesario,

¹⁸⁷ Es por ello que en la labor que realiza el Tribunal Constitucional al examinar la constitucionalidad de las leyes, examina, entre otros vicios, los vicios de forma y de fondo. Así, en el Expediente N.º 00020-2005-PI/TC FJ 23, sostuvo que “ Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales, es decir, cuando resulta atentatoria no de las normas procedimentales o del *iter* legislativo, sino de las normas sustanciales reconocidas en la Constitución”.

¹⁸⁸ VILLA, Vittorio. *Una teoría pragmáticamente orientada dell’interpretazione giuridica*. Op.cit.p.7.

¹⁸⁹ ATIENZA, Manuel. *Interpretación constitucional*. Op.cit. p.114.

¹⁹⁰ DE LORA, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, CEC, 1998, p.25

imposible o posible; y finalmente, cuáles son algunos de los modelos de jueces constitucionales que se observa en la actividad interpretativa.

En cuanto a lo primero, conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional, todos los operadores jurídicos e incluso los ciudadanos interpretamos la Constitución, ya sea cuando ejercitamos nuestros derechos, cuando el Parlamento legisla o cuando la Administración y el Poder Jurisdiccional aplican e interpretan el derecho en los diferentes casos concretos que deben resolver, o incluso, cuando la doctrina se pronuncia sobre los diferentes significados de la normas constitucionales.

Un intérprete ordinario de la Constitución es el Poder Legislativo, en la medida que al dictar las respectivas leyes en materia civil, penal, laboral, económica, etc., no sólo debe partir por respetar los contenidos constitucionales que sobre el particular haya establecido la Norma Fundamental, sino que además debe desarrollar aquellas normas (sobre competencias o sobre derechos fundamentales, entre otras), que expresa o implícitamente le hayan encargado dicha labor de desarrollo y complementación del mandato constitucional.¹⁹¹

La interpretación constitucional que realiza el legislador tiene la ventaja de contener un clarísimo mandato popular y además tiene el poder de dar a su interpretación un alcance general y vinculante.

El órgano que en el ámbito de la interpretación constitucional ha adquirido una importante cuota de poder es el Poder Jurisdiccional (Tribunal Constitucional y Poder Judicial), en cuyo ámbito “cada vez se incrementa la denominada «judicialización de la política» y la «judicialización de la vida cotidiana».¹⁹² Precisamente, en cuanto a éstos últimos órganos, la Constitución ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138º: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva, como Supremo Intérprete de la Constitución se encuentra el Tribunal Constitucional (artículos 201º y 204º de la Constitución)¹⁹³.

¹⁹¹ En el Expediente N.º 00005-2007-PI/TC, el Tribunal Constitucional destacó que el Poder Legislativo permanentemente interpreta la Constitución, “por ejemplo, cuando el Legislador penal regula en el Código Penal las conductas punibles así como sus correspondientes penas, debe interpretar el respectivo contenido constitucional de la libertad personal, pues es precisamente el derecho fundamental el que será restringido por una pena privativa de libertad, además que debe observar el principio de proporcionalidad pues no pueden penalizarse aquellas conductas que podrían ser prevenidas por el derecho administrativo sancionador o no pueden establecer penas que no resulten proporcionales con el grado de afectación de determinados bienes jurídicos”.

¹⁹² GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N.º 58/59, p. 193.

¹⁹³ Expediente N.º 00005-2007-PI/TC FJ 25. Asimismo en el Expediente N.º 00030-2005-AI/TC FJ 46, el TC ha sostenido lo siguiente: Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138º de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución). En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200º) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es este Tribunal el encargado de dirimir en última (en el caso de las

Como se aprecia, hemos mencionado al Poder Judicial dentro de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, en la medida que, conforme al citado artículo 138° de la Norma Fundamental, todos los jueces del Poder Judicial, de cualquier especialidad (civil, penal, laboral, constitucional, etc.) son jueces de la Constitución. En efecto, si los jueces tienen el poder-deber de aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes, ello implica que en cada caso concreto tienen no sólo la capacidad, sino también la obligación de interpretar las normas constitucionales, de modo tal que al verificar la incompatibilidad entre ésta y la ley que se aplica en el caso, deben inaplicar dicha ley. En ese sentido, en el caso peruano, todos los jueces del Poder Judicial son jueces constitucionales y por tanto, intérpretes especializados de la Constitución. No rige la conocida expresión de que “el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución y que el Poder Judicial es el supremo intérprete de la ley”, que se puede predicar más en aquellos sistemas de control constitucional concentrado, pero en sistemas como el nuestro, de control constitucional dual (difuso y concentrado), tales actividades de interpretación, así como la supremacía interpretativa, son compartidas de alguna manera por ambos órganos. Así, conforme a lo expuesto, intérpretes especializados de la Constitución son tanto el Tribunal Constitucional como todos los jueces del Poder Judicial, teniendo, en general, como supremo intérprete al primero de estos, y como supremo intérprete de la ley, principalmente al Poder Judicial, pero, excepcionalmente, también al Tribunal Constitucional cuando por ejemplo en proceso de inconstitucionalidad, identifica una interpretación de la ley conforme con la Constitución, la misma que, pese a la desestimación de la respectiva demanda, resulta vinculante para los jueces y todos los operadores jurídicos. Tales supremacías interpretativas, con sus diferentes matices, serán mejor explicadas más adelante.

En cuanto a lo segundo, corresponde examinar qué órgano tiene la supremacía interpretativa de la Constitución, según se trate del ámbito de lo constitucionalmente necesario, imposible o posible. Para tal efecto, nos ayudaremos de la conocida clasificación de Alexy, para quien las diferentes disposiciones constitucionales pueden prever un contenido normativo «constitucionalmente necesario» (lo que está ordenado por la Constitución y no se puede dejar de hacer, obedecer o respetar), «constitucionalmente imposible» (lo que está prohibido por la Constitución y no se debe hacer de ningún modo), o «constitucionalmente posible» (lo que está delegado por la Constitución por ejemplo al legislador por que no está ordenado ni está prohibido)¹⁹⁴. Teniendo en cuenta dicha clasificación, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que “si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de lo constitucionalmente prohibido y de lo constitucionalmente obligatorio, mientras el legislador actúe respetando márgenes suficientes de razonabilidad y los criterios

resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203°), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional —llamado a proteger en definitiva (artículos 138° y 200° a 204°) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38°, 45° y 51°)— el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201°) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo”.

¹⁹⁴ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de C. Bernal, 2da. edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 519

vinculantes del [Tribunal Constitucional], tal legislador tiene la calidad de supremo intérprete en el marco (amplio, por cierto) de lo constitucionalmente posible (...).¹⁹⁵

Asimismo, en cuanto a los límites del Tribunal Constitucional respecto de la interpretación de la ley realizada por la Corte Suprema –en el ámbito de lo constitucionalmente posible–, el TC sostuvo que “las dudas atinentes a cuál deba ser la interpretación adecuada de la ley, desvirtuadas en el ámbito de todo aquello que la Constitución permite, no es algo que [el] Tribunal pueda imponer si es que de por medio existe ya una posición de la Corte Suprema de Justicia de la República. En otras palabras, si entre muchas interpretaciones de la ley, todas ellas constitucionalmente válidas, la Corte Suprema opta por una, ¿puede el [Tribunal Constitucional] obligarle a optar por otra? A juicio de este Tribunal, la respuesta a tal interrogante es manifiestamente negativa, pues ello supondría afectar injustificadamente las competencias de los otros órganos constitucionales, allí donde la Constitución les ha reservado un margen de razonable apreciación. Tal como se ha referido antes, ‘si el Tribunal Constitucional se juzgase competente para dilucidar tales cuestionamientos, pasaría de ser el supremo intérprete de la Constitución a ser el supremo intérprete de la ley, función, ésta última, que ciertamente no le ha confiado el Poder Constituyente` (...) Y es bajo este presupuesto que [el] Tribunal le ha reconocido a la Corte Suprema la condición de “suprem[a] intérprete de la ley”’.¹⁹⁶ [resaltado agregado]

Lo expuesto por el Tribunal Constitucional constituye un notable esfuerzo por materializar el principio de corrección funcional, buscando que cada órgano constitucional (Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y Poder Judicial), pueda ejercer correctamente sus funciones y competencias, sin desvirtuar las funciones y competencias de otros órganos a quienes también se les ha encargado la interpretación de la Norma Fundamental. Sin embargo, conviene hacer tan sólo algunas precisiones. Con relación a la supremacía interpretativa del Poder Legislativo en el ámbito de lo constitucionalmente posible (pues, por ejemplo, será este órgano el que desarrolle legislativamente los sistemas de protección contra el despido arbitrario, conforme lo dispone el artículo 27° de la Constitución), si bien el Tribunal Constitucional no podrá interferir con dicha función (estableciendo cuál deba ser el mejor sistema de protección contra el despido arbitrario), toda vez que en el ejercicio de tal función la supremacía interpretativa de la mencionada disposición constitucional la tiene el Parlamento, ello no impide que si la respectiva ley creada por el legislador vulnera alguna disposición constitucional, vacía de contenido a ésta o se excede en los límites de lo constitucionalmente posible, el Tribunal Constitucional pueda controlar dicha ley y de ser el caso, incluso expulsarla del ordenamiento jurídico.

Con relación a aquella supremacía interpretativa de la ley, reconocida a la Corte Suprema de Justicia de la República, y en la que no puede interferir el Tribunal Constitucional, cabe precisar que sólo se producirá en aquellos casos en los que una disposición legal tenga varios sentidos interpretativos, *todos ellos compatibles con la Norma Fundamental*, de modo que si la Corte Suprema, de modo uniforme, opta por uno de ellos, el Tribunal Constitucional no podrá reemplazar la opción interpretativa

¹⁹⁵ Expediente N.° 04235-2010-PHC/TC, FFJJ 33-34.

¹⁹⁶ Expediente N.° 04235-2010-PHC/TC, FFJJ 33-34.

de dicha corte. Sin embargo, si la disposición legal ha sido sometida a control del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en un proceso de inconstitucionalidad, y dicho órgano identifica que existen dos sentidos interpretativos, uno compatible y otro incompatible con la Constitución, el Tribunal tiene la obligación de optar por el sentido interpretativo conforme con la Constitución para salvar a la disposición legal de su declaratoria de inconstitucionalidad. Tal sentido interpretativo resultará vinculante no sólo para la Corte Suprema sino para todos los operadores jurídicos.¹⁹⁷

Finalmente, en cuanto a lo tercero, relacionado con algunos de los modelos de jueces constitucionales que se observa en la actividad interpretativa, debemos partir por mencionar aquella interrogante planteada por Ferreres: “¿deseamos que los tribunales se limiten a hacer efectivos los juicios normativos expresados por otros (el constituyente, el legislador) o, por el contrario, deseamos que recurran a sus propios juicios normativos acerca del contenido y alcance de los principios fundamentales de justicia?”¹⁹⁸. Al respecto, Sager da cuenta, siguiendo la práctica constitucional norteamericana, de 2 grandes modelos de jueces: 1) *modelo de agencia*: el juez es un mero agente o guardián de la voluntad de una combinación de texto constitucional, contexto, voluntad de los constituyentes y tradición (el juez sigue instrucciones); y 2) *modelo de colaboración*: el juez aporta o colabora en el proyecto de establecer y dar contenido operativo a las disposiciones constitucionales (los jueces aportan su propio juicio normativo)¹⁹⁹. A su vez, tales modelos pueden ser sub-divididos del siguiente modo: 1.1) *modelo de agencia pura: el originalismo*. En dicho modelo la interpretación constitucional es una actividad que mira el pasado, de modo tal la labor del juez se circunscribe a descodificar el texto así como las circunstancias en las que se fijaron los constituyentes; 1.2) *modelo de agencia moderada: las teorías reticentes*. En tal modelo si bien parten de reconocer que sería preferible que la Constitución histórica ofreciera un mandato claro y estable que evite los juicios morales independientes de los jueces, la realidad muestra que ello no es así, de modo que los jueces necesitan recurrir a tales juicios; 2.1) *modelo de colaboración pura: las teorías basadas en la justicia*. Aquí se valora la colaboración activa de los jueces constitucionales “a partir de la idea de que los juicios normativos de los tribunales, guiados de manera general por el texto de la Constitución, pueden conducirnos razonablemente bien en el proyecto de hacer que nuestra comunidad política responda mejor a las cuestiones fundamentales de la justicia política”²⁰⁰; y 2.2) *modelo de colaboración moderada: las teorías democráticas*. Aquí se reconocen y valoran los juicios normativos independientes de los jueces, pero intentan limitar el ámbito de ese juicio, circunscribiéndolo al “proyecto de hacer más democrática nuestra comunidad política”²⁰¹. De tales modelos, Sager opta por el modelo de colaboración basado en las teorías de la justicia, considerando que los jueces no son seguidores de instrucciones, sino que deben materializar juicios normativos al interpretar y aplicar

¹⁹⁷ Adicionalmente, cabe mencionar que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que “los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad (...)”.

¹⁹⁸ FERRERES COMELLA, Víctor. *Estudio introductorio a SAGER, Lawrence. Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p.15.

¹⁹⁹ SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 43-44.

²⁰⁰ *Idem*. p. 47.

²⁰¹ *Idem*. p. 49.

los principios morales contenidos en la Constitución (libertad religiosa, igualdad, debido proceso, etc.).

Citando los modelos de jueces de Sager no pretendemos hacer una aplicación mecánica de dichos modelos en ordenamientos como el peruano, sino tan sólo expresar cómo en un ordenamiento constitucional como el norteamericano, que lleva más de 200 años de constitucionalismo, se han presentado a lo largo de su historia tales modelos. Asimismo, es claro que en un ordenamiento del *common law*, los jueces van a tener un distinto rol en la creación o recreación del derecho, a diferencia del *civil law*, en el que dicho rol lo ha desempeñado fundamentalmente el legislador, siendo los jueces más bien funcionarios “aplicadores” del derecho, pero que gracias a la implementación de los Tribunales Constitucionales, han ido, progresiva y excepcionalmente, asumiendo tal actividad de creación o recreación del derecho.

3.2. Formas en la que opera la interpretación jurídica en el Estado Constitucional

En este punto debemos examinar tres cuestiones: la primera, respecto de si existe o no peculiaridades de la interpretación constitucional que la diferencien de la interpretación jurídica en general; la segunda, sobre los diferentes tipos de ambigüedades que presenta el vocablo “interpretación”; la tercera, más amplia, sobre cómo opera la interpretación de la Constitución, específicamente las teorías intencionalistas y constructivistas de la interpretación jurídica, y dentro de ésta últimas, las etapas en que se desarrolla dicha interpretación, para lo cual partiremos de la propuesta de Dworkin sobre el particular; y la cuarta, sobre cómo opera la interpretación de la Constitución en la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales.

3.2.1. ¿Existen peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación jurídica en general?

Al respecto, cabe mencionar, en primer término, que la doctrina constitucionalista ha reconocido, en mayoría, que la interpretación constitucional posee características especiales que la hace distinta de la interpretación jurídica tradicional. Así, Hesse considera que: i) “para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas”²⁰²; ii) que “la teoría tradicional de la interpretación persigue, por lo común, revelar la voluntad (objetiva) de la norma o la voluntad (subjética) del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como, finalmente, del sentido y finalidad (...) de la norma”, pero que “el objeto de la interpretación sólo relativamente puede consistir en el descubrimiento de una ‘voluntad’ objetiva o subjética preexistente en la Constitución”²⁰³; y iii) que “restringirse a las ‘reglas tradicionales de interpretación’ supone desconocer la finalidad de la interpretación constitucional; supone en buena medida desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo, por lo que sólo

²⁰² HESSE. Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y otro. 2012, p.58.

²⁰³ *Idem*. p.59.

de manera imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros. Si frente a esas reglas, la praxis se orienta a una interpretación vinculada al objeto y al problema, ello no es simple casualidad sino precisamente expresión y consecuencia de esta realidad”²⁰⁴.

En el ámbito de la teoría del derecho, Guastini ha sostenido que la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional puede ser asumida desde un punto de vista *descriptivo* y desde un punto de vista *prescriptivo*. Desde el primero, se asume que la interpretación de los textos constitucionales es, *de hecho*, diferente de la interpretación de la ley, “ya sea: (a) porque son diferentes los intérpretes de las constituciones; (b) porque las constituciones contienen problemas interpretativos *sui generis*; o (c) porque las constituciones son comúnmente interpretadas adoptando métodos hermenéuticos peculiares”.²⁰⁵ Desde el segundo, se sostiene que en la interpretación de los textos constitucionales *se deben* usar métodos o técnicas de interpretación diferentes de aquellos que establecen en la interpretación de la ley.²⁰⁶

Es importante destacar que en el constitucionalismo clásico, iniciado a finales del siglo XVIII, la interpretación constitucional prácticamente no existía como problema pues los derechos fundamentales y garantías mencionadas en la Constitución se materializaban mediante las leyes, y que no era una necesidad jurídica imperativa interpretar la Constitución debido al carácter y comprensión fundamentalmente políticas de la Norma Fundamental.²⁰⁷

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que la interpretación constitucional constituye una modalidad de la interpretación jurídica en general, pues comparte determinados procedimientos y técnicas de interpretación, pero que sin embargo, tiene además características particulares y distintas a aquellas de la interpretación jurídica en general, “unas derivadas de su objeto normativo, y otras que

²⁰⁴ *Idem.* p.63. Sobre el particular, Böckenforde lo siguiente: “dado que la gran mayoría de las normas constitucionales es insuficiente en su estructura normativa material para ello, se buscan nuevas vía de interpretación y relleno que deben remediar esta insuficiencia y asegurar la presupuesta función de ley de la Constitución. Con esto se reconoce precisamente que las nuevas vías de interpretación tienen un carácter relleno, creador de derecho «concretizador», excediendo la interpretación en su sentido habitual”. BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, 1993, p.36.

²⁰⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano, Giuffré Editore, 2011, pp.344-345.

²⁰⁶ *Idem.* p.345.

²⁰⁷ LANDA ARROYO, César. “Teorías de la interpretación constitucional”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). *Interpretación Constitucional*. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2005, p.732. Asimismo, Landa refiere que “por un lado, en el marco del Código Civil y del Código Penal se desarrollaron las técnicas de interpretación jurídica, que fueron asumidas por la teoría general de la interpretación a través de la hermenéutica jurídica. Por otro lado, a partir del desarrollo de la parte orgánica de la Constitución que era concebida como un asunto político no justiciable, es decir, no sujeto a la interpretación jurídica, sino a las relaciones de poder, lo cual fue evolucionando a partir de la justiciabilidad de los asuntos de poder (...) en la primera hora del constitucionalismo moderno la interpretación constitucional se convierte en un tema superfluo, dado el rol indiscutible de la ley y la pretensión de claridad y transparencia de la legalidad”. *Op.cit.* pp. 732-733.

responden a la peculiar función de los órganos jurisdiccionales competentes o a las también especiales consecuencias que se atribuyen a sus decisiones”.²⁰⁸

3.2.2. Tipos de ambigüedades que presenta el vocablo “interpretación”

Sobre el particular, cabe resaltar la clasificación hecha por Guastini²⁰⁹: i) primera ambigüedad: *interpretación como proceso e interpretación como producto*. Este es uno de los tipos de ambigüedad más conocidos. La interpretación puede ser entendida como aquella actividad o proceso de descubrir el significado de un texto, o como el resultado o producto final de tal actividad. La “interpretación” como actividad “es un proceso mental”, mientras que como resultado “es más bien un discurso” o una argumentación²¹⁰. Debe diferenciarse “interpretación” y “argumentación”. En general, la “interpretación” es el proceso mental de descubrir el significado de una disposición, mientras que la “argumentación” es el conjunto de razones que materializan o concretizan una “interpretación”. Puede existir “interpretación” sin “argumentación”, pero no “argumentación” sin “interpretación”; ii) segunda ambigüedad: *interpretación en “abstracto” e interpretación “en concreto”*. Desde un punto de vista lógico, una cosa es preguntarse sobre el sentido de un conjunto de palabras –sin hacer referencia a un supuesto de hecho concreto–, y otra cosa es preguntarse si un particular supuesto de hecho concreto clasifica o no en el campo de aplicación de un determinada norma, previamente identificada “en abstracto”; iii) tercera ambigüedad: *interpretación como “acto de conocimiento” e interpretación como “decisión”*. La interpretación como “acto de conocimiento” o interpretación-valoración, consiste en identificar los diferentes significados de una disposición, mientras que la interpretación “decisoria”, consiste en escoger o elegir un significado determinado, descartando los restantes. A su vez, la interpretación “decisoria” puede ser diferenciada como “estándar” o “creativa”. La primera de estas consiste en escoger un significado en el ámbito de los significados ya identificados mediante la interpretación cognitiva, mientras que la segunda, también conocida como interpretación *creativa*, consiste en atribuir a un texto un significado “nuevo”, no

²⁰⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Notas sobre la interpretación constitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. N° 9, mayo-agosto, 1991, p. 176. Asimismo, Prieto refiere que “la diferencia entre la interpretación legal y la constitucional no reside sólo en las peculiaridades del objeto, sino también en la función que generalmente se atribuye a los órganos encargados de realizarla. En este aspecto, una de las características del juez ordinario es lo que pudiera llamarse ‘unidad de solución justa’, esto es, la exigencia institucional de que, en presencia de un caso concreto, sólo cabe una interpretación correcta, mientras que, en cambio, la misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar la ‘mejor’ o la ‘única’ respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables. En otras palabras, el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto ‘libre’, el legislador, y, por tanto, que su tarea ha de ser mas bien delimitar el camino dentro del cual la ‘interpretación política’ resulta admisible o no arbitraria”. *Idem*. pp.176-177.

²⁰⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. *Op.cit.* pp.13-37.

²¹⁰ *Idem*. p.14.

incluido en aquellos identificados mediante la interpretación cognitiva²¹¹; y iv) cuarta ambigüedad: *interpretación en sentido estricto e interpretación como construcción jurídica*. Aquí, la atribución de significado a un texto (la interpretación propiamente dicha), debe distinguirse de aquella actividad de construcción jurídica que incluye un conjunto de operaciones características de la doctrina –y también de la jurisprudencia–, como por ejemplo: la creación de lagunas axiológicas, la elaboración de normas de reglas o principios implícitos (con el fin de colmar lagunas o de concretizar principios), la creación de jerarquías axiológicas entre normas, la ponderación entre principios en conflicto, la solución de ciertas antinomias.

Otro tipo de ambigüedad respecto del término “interpretación” es la expuesta por Wróblewsky quien refiere tres sentidos que puede adoptar: *interpretación sensu largissimo*, *interpretación sensu largo* e *interpretación sensu stricto*. El primero, se presenta cuando se trata de “la comprensión de cualquier objeto en tanto que fenómeno cultural”. Para este sentido, todo acto de conocimiento es un acto de interpretación (por ejemplo, reglas no escritas que pueden influir en los operadores jurídicos al estudiar un caso). El segundo, más restringido, se refiere únicamente a entidades lingüísticas expresadas en forma verbal o escrita (por ejemplo, leyes o reglamentos), con independencia de que se planteen dudas en su comprensión. Y el tercero, que alude a la “determinación del significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación”.²¹² Hesse es un autor que se ubica en este último sentido cuando considera que la interpretación constitucional sólo se produce cuando existen dudas en la interpretación de las normas constitucionales, de modo que si hay claridad en dichas normas no se requiere interpretar (*In claris non fit interpretatio*).²¹³

3.2.3. ¿Cómo opera la interpretación de la Constitución?

Para responder tal interrogante debemos partir por examinar las dos grandes teorías prescriptivas a propósito de la interpretación jurídica: las teorías intencionalistas y las teorías constructivistas, las que, como veremos, representan diferentes exigencias de los Estados de Derecho. Brevemente diremos que para las teorías intencionalistas, que se adecúan a la dimensión de autoridad del Derecho y que supone el imperio de la ley y la división de poderes, interpretar implica fundamentalmente descubrir los motivos o intenciones de un operador jurídico o de la propia norma. Para las teorías constructivistas, que se adecúan a la “dimensión que caracteriza a la interpretación como un supuesto concreto del fenómeno más amplio de la explicación”, interpretar “consiste en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva”.²¹⁴ Isabel Lifante, citando a Dworkin, refiere que si bien toda interpretación obedece a un propósito, a una intención, éstas no tienen que ser entendidas como “estados

²¹¹ Como sostiene Guastini, “la interpretación cognitiva constituye una operación puramente científica, privada de cualquier efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación creativa son operaciones políticas (en sentido amplio, de política del derecho, se entiende)”. *Idem*. p.31.

²¹² WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación*. Madrid, Civitas, 1988, pp.21-24.

²¹³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. *Op.cit.* p.57.

²¹⁴ LIFANTE, Isabel. “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, Tomo XXV, 2008-2009, pp.269-271.

mentales”, pues su “sentido” puede ser identificado incluso cuando no exista un autor histórico a quien se le pueda atribuir dicho propósito.²¹⁵

Seguidamente, desarrollaremos un poco más dichas teorías. Las **teorías intencionalistas** se suelen distinguir entre *teorías subjetivas*, que se caracterizan por privilegiar la intención del legislador, y *teorías objetivas*, que buscan hacer prevalecer la denominada “voluntad de la ley”.²¹⁶

3.2.3.1. El originalismo y la intención de los constituyentes

En el ámbito de la interpretación constitucional una de las versiones de las teorías subjetivas es el **originalismo**, según el cual, en general, el texto de la Constitución debe ser interpretado de conformidad con las intenciones de los autores de aquella. El originalismo fue uno de los primeros métodos interpretativos con los que se buscaba justificar la “neutralidad” de la función de los jueces. Ya en su tiempo Madison sostenía que si no se respetase lo establecido por la Constitución y por las convenciones que la ratificaron, no habría posibilidad de asegurar un gobierno estable y consistente. Por otra parte, James Wilson sostuvo que “la primera y más importante máxima en la interpretación de un texto legal consiste en descubrir el significado que le dieron aquellos que lo redactaron”²¹⁷.

Interpretar las normas constitucionales conforme a la intención original de los constituyentes, ha sido una postura tanto de un sector relevante del constitucionalismo norteamericano, como de una parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Es más, dicha tesis fue utilizada, por ejemplo, en el caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), quizás uno de los casos más criticados de dicha corte. En este caso la materia de controversia era si un esclavo (*Dred Scott*) podía ser considerado o no como ciudadano de los Estados Unidos a los efectos de reclamar su derecho a la libertad ante los tribunales (había sido trasladado por su dueño al Estado de Illinois y por lo tanto se consideraba automáticamente emancipado según las leyes de dicho Estado). La Corte le denegó el estatuto de ciudadanía fundamentándose en el artículo cuarto, segunda sección, apartado 3 de la Constitución, según el cual “las personas obligadas a servir o laborar en un Estado, con arreglo a las leyes de éste, que escapen a otros, no quedarán liberadas de dichos servicios o trabajo a consecuencia de cualesquiera leyes o reglamentos del segundo, sino que serán entregadas al reclamarlo la parte interesada a quien se deba tal servicio o trabajo”. Como consecuencia de esta decisión, en 1868 se expidió la Enmienda 14 de la Constitución, según la cual “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen (...)”.

²¹⁵ *Idem.* (p.271)

²¹⁶ MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*. Madrid, CEPC, 1997, p.223.

²¹⁷ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Quito, Corte Constitucional, p.81

El Juez Roger B. Taney, Presidente de dicho Tribunal Supremo y encargado de la redacción de la decisión, sostuvo lo siguiente: “no es competencia de este tribunal decidir sobre la justicia o injusticia, corrección o incorrección política de estas leyes. La decisión sobre esa cuestión perteneció al poder político o legislativo, a aquellos que formaron la soberanía y establecieron la Constitución. El deber de este tribunal es interpretar el instrumento que elaboraron con la mejor luz que podamos obtener sobre la materia, y administrarlo como lo encontramos, de acuerdo con su verdadera pretensión y significado cuando fue adoptado (...) La Constitución no sólo habla con las mismas palabras, sino también con el mismo significado y propósito con el que habló cuando salió de la mano de sus redactores, y fue votado y adoptado por el pueblo de los Estados Unidos. Cualquier otra regla de interpretación abrogaría el carácter judicial de este tribunal convirtiéndolo en el mero reflejo de la opinión popular o pasión del día”.²¹⁸

No puede dejar de mencionarse que algunos autores han establecido una conexión entre el originalismo y el conservadurismo político.²¹⁹ De los casos *Bowers v. Hardwick* y *Dronenburg v. Zech* se pueden extraer algunos de los rasgos básicos de las posturas filosófico-jurídicas y metaéticas que subyacen a la apuesta por la doctrina originalista de la interpretación constitucional: *desconfianza y rechazo extremos de las estrategias liberales de justificación de los derechos fundamentales*.²²⁰

Se ha criticado a los originalistas por no describir la práctica constitucional norteamericana, ni remotamente, como es o como ha sido,²²¹ y además que existen consecuencias normativas de la Constitución (normas derivadas) que nunca han sido prescritas explícitamente por ninguna autoridad, de modo que no tienen una intención que las respalde, lo que indica que respecto de tales normas derivadas la búsqueda de una intención resulta inadecuada (crítica a la tesis radical de la intención),²²² pero, además, los cambios en el mundo pueden generar que aparezcan nuevas acciones que constituyan por ejemplo “tratos inhumanos” o “tratos degradantes”, de modo que al ser expresiones valorativas y presuponer el uso de reglas morales para su aplicación, se generarán cambios también en nuestras teorías morales, lo que al final va a afectar nuestro concepto de “tratos inhumanos” y “tratos degradantes”, evidenciando que el papel de las intenciones de los autores en la interpretación del derecho es limitado (crítica a la tesis débil de la intención).²²³

Así también, Raz ha considerado como una concepción artificial o inútil, aquella tesis según la cual las interpretaciones lo son necesariamente de la intención de un autor, pues “es claro que cuando hablamos del significado de algo podemos imaginar un ser real o ficticio que intenta realizar aquello a lo que atribuimos dicho significado. Algunas veces presentar las interpretaciones en esos términos es divertido. Otras veces no lo es. Pero, excepto que estén afectadas intenciones reales, hablar de

²¹⁸ DE LORA, Pablo. *Op.cit.* p. 29.

²¹⁹ *Idem.* p.43.

²²⁰ *Idem.* p.43.

²²¹ SAGER, Lawrence. *Op.cit.* p.80.

²²² MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho (...)* *Op.cit.* p. 224.

²²³ *Idem.* p.231.

intenciones hipotéticas de gente ficticia raramente es de ninguna importancia real. No nos permite progresar en nuestra comprensión de ninguna manera”.²²⁴

3.2.3.2. La semántica y la voluntad objetiva de la norma

De otro lado, en el ámbito de la interpretación constitucional también se puede identificar una de las versiones de las teorías objetivas, como es aquel de la **voluntad de la norma**, que tiene como una de sus características principales la exigencia de descubrir el significado de una norma, independientemente de si coincide o no con la intención de sus autores. Esta versión, también desarrollada de modo importante en el ámbito europeo-continental, básicamente para interpretar la ley, ha sido utilizada en el ámbito de interpretación de la Constitución, lo que se evidencia si analizamos la forma de operar de los Tribunales Constitucionales.

No cabe duda que Guastini es uno de los autores que desde la teoría del derecho europea ha analizado con mayor profundidad y amplitud el fenómeno de la interpretación jurídica y en particular de la interpretación constitucional. Dicho autor nos expone algunas de las teorías que se han elaborado para descubrir el significado de las normas. En primer término, menciona aquella que denomina *cognitivismo ingenuo de la Ilustración*, también llamada “formalismo”. Dicha teoría asume que la interpretación en un acto de conocimiento que consiste en descubrir el “verdadero” significado objetivo de los textos normativos²²⁵. La interpretación es un acto de descubrimiento o conocimiento del significado. Esta es la teoría característica de los juristas de finales del siglo XVIII, de la Escuela de la Exégesis, así como de la Escuela Histórica²²⁶. En dicha perspectiva, por ejemplo, el juez, por ser parte de un poder nulo como se consideraba al Poder Judicial, es llamado por Montesquieu como “la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”²²⁷. El significado del texto de una norma pertenece al discurso descriptivo, lo que genera que dicho significado sea acreedor de la calificación de verdadero o falso. Para todo texto normativo existe uno, y sólo un sentido interpretativo unívoco y predeterminado (sin vaguedad, vacío o defectos).²²⁸

²²⁴ RAZ, Joseph. “La intención en la interpretación”. *Doxa*. 20, 1997, pp.206-207. Asimismo, refiere que “la doctrina de la autoridad no puede proporcionar una base completa y exhaustiva para todas las formas en que los argumentos interpretativos son parte en la aplicación del derecho. Se desprende que, aún donde las normas jurídicas bajo consideración son normas promulgadas, la doctrina de la autoridad, y con ella la base en la intención, no cubre todos los fundamentos de validez de esas normas”. *Op.cit.*, p.232.

²²⁵ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Trotta, 2008, p.39.

²²⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano, Giuffré Editore, 2011, p.409.

²²⁷ Al respecto, Guastini refiere lo siguiente: “esta doctrina [cognitivista] encuentra su fundamento principal en otras doctrinas, como aquella de la soberanía del Parlamento y de la separación de los poderes. El juez, intérprete último de las leyes no ha sido investido de la legitimidad que confiere la elección democrática. Por lo tanto, él debe limitarse a ser, según la expresión de Montesquieu, nada más que “la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”. Las responsabilidades de las elecciones de naturaleza política incumben al Parlamento (...) Estos principios postulan que el significado de las leyes sea predeterminado por el Parlamento, y que el intérprete sea políticamente pasivo y sometido a la voluntad soberana de la cual emana la ley”. GUASTINI, Riccardo. *Idem*. pp.411-412.

²²⁸ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología*. *Op.cit.* p.39.

Aunque, *aparentemente*, no es compartida por ningún autor, esta teoría se encuentra inscrita o incorporada en muchas instituciones del Estado moderno. Así, basta mencionar el principio de separación de poderes o todos los controles de legitimidad sobre actos de los poderes públicos (por ejemplo, el control de casación sobre la legalidad de las sentencias de mérito, el control de constitucionalidad de las leyes, la garantía de los derechos de libertad confiada en última instancia al poder jurisdiccional, sin ningún control o contrapeso externo a la jurisdicción misma).²²⁹ Asimismo, dicha teoría se encuentra siempre presente en el estilo discursivo y argumentativo de muchos tribunales.²³⁰

No es extraño apreciar dentro de la teoría cognitivista, una ideología “estática” de la interpretación, una doctrina que no solo persigue describir lo que sucede sino más bien prescribir aquello que debería suceder²³¹. Así también, cabe destacar que en cuanto a resultados, la teoría cognitivista tiende a asegurar certeza del derecho mediante la estabilidad de las relaciones entre poderes y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, así como realizar la justicia formal, mediante el tratamiento igual a casos iguales.²³²

En segundo lugar, se menciona el *neo-cognitivism contemporáneo*, que para algunos es la teoría más difundida en la actualidad²³³. Es una forma de cognitivism pero moderado. A diferencia de la anterior, reconoce la vaguedad, vacío o defectos que pueden contener las normas jurídicas, pero sostiene que ello se produce sólo en los denominados “casos difíciles”, en los que precisamente el juez tiene discrecionalidad para encontrar la solución al caso. Por el contrario, en los “casos fáciles”, la aplicación de una norma al caso concreto, no supone ningún problema para el juez, pues es simple la identificación del respectivo contenido normativo.

Esta teoría también ha sido objeto de críticas. Una de ellas, parte de afirmar que el reconocimiento que tal teoría realiza de la vaguedad, vacío o defectos de una norma jurídica, se hace en la *interpretación en concreto*, permitiendo que se asuma que en la *interpretación en abstracto*, aun se pueda identificar simple o fácilmente el mandato normativo de acuerdo con las reglas del lenguaje común, lo que lleva a Guastini a afirmar que dicha teoría “desconoce (...) lo equívoco del lenguaje normativo, la pluralidad de métodos interpretativos, la influencia de la dogmática sobre la interpretación, y el poder discrecional de los intérpretes que deriva de todo lo anterior”.²³⁴

Ahora bien, es importante destacar que tanto las teorías subjetivas como objetivas de la interpretación, también se desarrollaron de modo importante en el ámbito europeo. Así, Larenz da cuenta que en la literatura jurídico-filosófica, y también en la metodológica se formaron, ya en la mitad del siglo XIX, sobre la meta de la interpretación de la ley: la teoría subjetiva (Windscheid y Bierling, y en alguna forma, Philip Heck), que consideraba como meta la averiguación de la voluntad histórico-

²²⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Op.cit. p.410.

²³⁰ *Idem*. p.410.

²³¹ *Idem*. p.411.

²³² *Idem*. p.412.

²³³ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología*. Op.cit. p.40.

²³⁴ *Idem*. p.41.

psicológica del legislador; y la teoría objetiva, o teoría de la interpretación inmanente a la ley (Kohler, Binding y Wach, y posteriormente, Radbruch, Sauer y Binder), que consideraba como meta la apertura del sentido inherente a la ley misma.²³⁵ Según el referido autor “a cada una de estas teorías corresponde parte de verdad; por ello, ninguna puede aceptarse sin limitaciones. La verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para hombres, es expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo, en cuanto sea posible y adecuado a las necesidades de la sociedad (...) La verdad de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había planeado. Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores”.²³⁶

En general, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, Hesse menciona que las tradicionales teorías de la interpretación persiguen revelar la voluntad (subjetiva) del Legislador, o la voluntad (objetiva) de la norma, ya sea mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como de su sentido y finalidad.²³⁷ Según estas teorías existe interpretación, en incluso interpretación constitucional “en la simple ejecución de una voluntad preexistente (objetiva o subjetiva), que puede ser alcanzada por certidumbre objetiva a través de esos métodos y con independencia del problema a resolver”.²³⁸

3.2.3.3. El constructivismo y la “mejor” interpretación de la norma

Por otra parte, las teorías constructivistas tienen a Dworkin como uno de sus principales representantes, por lo que dada la importancia de su teoría interpretativa en los tiempos de neoconstitucionalismo, nos detendremos a examinar brevemente los elementos principales de dicha teoría (la crítica a las teorías semánticas del derecho, “el argumento del agujón semántico”, la tesis del “derecho como integridad”, las etapas interpretativas, y la tesis de la única respuesta correcta), así como las críticas que se han formulado a esta teoría.

En el libro *El imperio de la Justicia* (1986)²³⁹ Dworkin busca desarrollar una teoría del derecho como concepto interpretativo, afirmando que “el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro Derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas como un todo, que consiste en la mejor historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser. Desde este punto de vista, la estructura y coacción distintivas del argumento legal surgen sólo cuando distinguimos e identificamos las diversas dimensiones, a menudo competitivas, de valor político, las diferentes hebras entretnejidas en el complejo juicio de una interpretación hace que la historia de la ley sea mejor, tomando en cuenta todas las cosas, que cualquier otra”.²⁴⁰ Su forma de entender la interpretación lo lleva a comparar la interpretación en el Derecho con la interpretación en la literatura,

²³⁵ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Ariel, 2ª ed. 2001, p.312.

²³⁶ *Idem*. p.313.

²³⁷ HESSE, Konrad. *Op.cit.* p.59.

²³⁸ *Idem*. p.59.

²³⁹ DWORIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 2012.

²⁴⁰ *Idem*. p.11.

planteando la conocida metáfora entre el Derecho y una “novela escrita en cadena”.²⁴¹

Dicha teoría del derecho de Dworkin analiza el fenómeno jurídico desde la perspectiva del *caso concreto*, de los problemas que se presentan al momento de resolver un caso²⁴². Precisamente, una de sus principales preocupaciones, desde su enfoque interpretativo del derecho, es dar cuenta de las discusiones de los juristas sobre cuestiones de mucha controversia que se presentan en casos que involucran problemas de constitucionalidad²⁴³.

Es por ello que critica a las que denomina “teorías semánticas del derecho”, es decir, aquellas teorías que para analizar las proposiciones normativas exigen tener en cuenta ciertas reglas de uso aceptadas, *previamente*, por la comunidad lingüística, en la medida que en el Derecho no resulta posible que anticipadamente a los casos concretos se puedan establecer de modo completo y determinado cuáles son las consecuencias jurídicas a dichos casos. Algunas de dichas teorías semánticas, según Dworkin, son las teorías positivistas como la de Hart.

Dichas teorías semánticas del Derecho se ven afectadas por lo que Dworkin denomina como “argumento del agujón semántico”, que consiste en aquel *defecto* en considerar que la calificación de una norma como de Derecho presupone que de todas formas se han respetado las reglas que una comunidad ha elaborado para determinar el significado de tal Derecho. Es dicho respeto irrestricto a las reglas semánticas de identificación del Derecho el que precisamente va generar respuestas insatisfactorias sobre los denominados “desacuerdos teóricos”, es decir, sobre aquellos desacuerdos de cómo se configuran los “fundamentos de Derecho” que resulten pertinentes para solucionar los casos. Es debido a esta insatisfacción que se debe extraer dicho agujón semántico, abandonando las teorías semánticas del Derecho y optando por una teoría diferente, que considere la decisiva importancia del factor interpretativo en la conformación del derecho.

²⁴¹ Según Dworkin, “en este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad. Este proyecto literario imaginario es fantástico, pero no irreconocible”. DWORKIN, Ronald. *Idem*. p.167.

²⁴² Para Dworkin, la teoría del derecho debe tomar como punto de partida la forma sobre cómo se resuelven los problemas concretos. Así, refiere: “importa la forma en que los jueces deciden los casos. Importa más a todas las personas sin suerte o litigiosas o perversas o lo suficientemente santas como para encontrarse en una corte”. DWORKIN, Ronald. *Idem*. p.15. Al respecto, Calsamiglia sostiene que “la osadía de Dworkin consiste en poner en cuestión ese paradigma [positivista de la separación entre la “Ciencia de la Legislación” y la “Jurisprudencia”]. Pretende restaurar las relaciones entre la “Ciencia de la Legislación” y la “jurisprudencia” poniendo de manifiesto que la tarea de la ciencia jurídica no es describir el derecho desde fuera sino ofrecer solución a los problemas que se plantean. Pretende, por tanto, construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias jurídicas”. CALSAMIGLIA, Albert. “El derecho como integridad: Dworkin”. Working Paper N° 25, Barcelona, 1990, p.3. En: www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_1_25

²⁴³ BONORINO, Pablo Raúl. *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Colombia, Siglo del hombre Editores. 2003, p.47.

De las diferentes teorías interpretativas sobre el derecho (convencionalismo²⁴⁴, pragmatismo²⁴⁵, etc.), es la del “derecho como integridad”, sostenida por Dworkin, la que en opinión de dicho autor puede brindar respuestas satisfactorias sobre los mencionados desacuerdos teóricos. Conforme al derecho como integridad se asume que los problemas jurídicos deberían ser resueltos considerando que las respuestas se encuentran siempre en el Derecho, en su conjunto, visto íntegramente, pues así no sean visibles en primera aproximación, los principios terminan por coadyuvar en la labor judicial de identificación del derecho. Al respecto, Calsamiglia refiere que “la virtud de la integridad exige, por tanto, que las leyes no sean el fruto de un compromiso entre concepciones de justicia subjetivas contradictorias sino que respondan a una concepción coherente de la justicia pública. Una sociedad democrática requiere, por tanto, que los actos de coacción estatal estén justificados conforme a principios. Supone tratar la comunidad como si fuera una persona moral y exigir a esa persona integridad moral”.²⁴⁶ Asumir la tesis del derecho como integridad explica por qué Dworkin asume también la tesis de una única respuesta correcta que debe ser identificada por el juez Hércules. Dicho juez personifica la integridad que debe caracterizar al derecho dworkiniano.²⁴⁷

Asimismo, según Dworkin, sólo en las sociedades que han desarrollado la actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho²⁴⁸, éste puede ser analizado mediante tres etapas interpretativas: i) etapa “preinterpretativa”, en la que se busca identificar el objeto interpretado (materiales jurídicos: reglas positivas, principios, etc.) y calificarlo como perteneciente a un determinado género (acuerdo inicial suficiente sobre qué prácticas son prácticas jurídicas); ii) etapa propiamente “interpretativa”, en el que se busca averiguar cuál es el sentido de la práctica social (adecuación entre el sentido descubierto en la interpretación y los materiales previamente identificados como jurídicos en la etapa anterior). Aquí ya entra a actuar la idea de integridad, en la medida que todos los materiales jurídicos identificados deben ser vistos como formando parte de una unidad, y además, en esta etapa se identificarán diferentes

²⁴⁴ Para el convencionalismo el Derecho se encuentra en las convenciones del pasado. Una teoría que en opinión de Dworkin es representativa de un convencionalismo moderado es la teoría del derecho de Hart, quien asume que la completitud del derecho no es una propiedad necesaria, de modo que cuando el juez encuentra algunas lagunas debe decidir discrecionalmente la solución al caso concreto.

²⁴⁵ Para el pragmatismo, por ejemplo, el realismo jurídico, los jueces no deben quedar limitados por las decisiones del pasado (por las normas dictadas), de modo que para solucionar un caso deben guiarse por criterios de justicia. Primero se toma de decisión (por intuición) y luego utiliza las normas como criterio de justificación.

²⁴⁶ CALSAMIGLIA, Albert. “El Derecho como integridad: Dworkin”. *Op.cit.* p.9.

²⁴⁷ LIFANTE, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid, CEPC, 1999, p.295.

²⁴⁸ Lo que no implica afirmar que para Dworkin la teoría del derecho actual sólo se preocupe de los problemas interpretativos. Así lo evidencia Hart en su *Postscriptum* cuando sostiene que “Dworkin mismo ha aceptado que los problemas parcialmente valorativos que (...) denomina ‘interpretativos’ no son los únicos de que tratan la filosofía y la teoría del Derecho, y que hay un lugar importante para una filosofía del Derecho general y descriptiva (...) Se trata de una corrección importante y acertada de lo que parecía una tesis extravagante y, ciertamente, como el mismo Dworkin la ha calificado, ‘imperialista’, según la cual la única forma apropiada de la teoría del Derecho sería la interpretativa y valorativa”. HART, H.L.A. “Postscriptum”. *Op.cit.* pp. 96-97.

interpretaciones o teorías que buscan dar cuenta de los aludidos materiales jurídicos; y iii) etapa “postinterpretativa”²⁴⁹, en la que se trata de elegir una de las diferentes teorías desarrolladas en la etapa anterior y que compiten por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos. En esta última etapa se deberá encontrar la decisión justificada para cada caso, lo que también se conoce como la tesis de “la única respuesta correcta”.²⁵⁰

Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, tanto las leyes, los principios, como todas las fuentes del Derecho positivizadas conforman el Derecho en la etapa preinterpretativa, mientras que para solucionar jurídicamente un determinado caso, se procederá a la *reconstrucción* de dichas normas, apreciando así el Derecho en sus etapas interpretativa y postinterpretativa. Es esta última etapa, la posinterpretativa, se muestra una de las tesis principales de la teoría de Dworkin, que sostiene la posibilidad de llegar a una interpretación que muestre al objeto interpretado como el mejor caso posible del género al que se considera que pertenece. El juez Hércules se sitúa en esta etapa postinterpretativa, siendo su tarea “resolver los casos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico”²⁵¹. Por ello es que se considera que la teoría de Dworkin apuesta por una visión holística o integradora respecto del fenómeno jurídico.

Sobre la tesis de la única respuesta correcta, ésta presupone, para Dworkin: i) que los principios forman parte del derecho; y ii) que un juez “Hércules”, que ejemplifica una situación ideal de habla, sería capaz de encontrar dicha respuesta correcta²⁵². En cuanto a lo primero, asume que no solo el derecho establecido sino además los principios del derecho, constituyen las garantías últimas de una teoría más coherente. Tales principios, y sólo ellos, proporcionan una respuesta correcta a cada caso difícil. Sin embargo, dado que tales principios con frecuencia entran en conflicto entre sí y carecen de precisión, es necesario recurrir a un concepto adicional como es aquel del “juez ideal”, al que Dworkin denomina como “Hércules J.”. Dicho juez es, frente a un juez “humano”, uno que tiene sabiduría o conocimiento de muchas cosas, dispone de ilimitado tiempo, información acerca del caso y argumentos aplicables, por lo que tiene la capacidad de adoptar las decisiones más difíciles, además de ser imparcial.²⁵³

Ahora bien, debe destacarse que la teoría de Dworkin, al concebir al Derecho como un concepto interpretativo, no es una teoría del Derecho de alcance general, que pudiera ser aplicable a cualquier Derecho, sino una que sólo podría aplicarse a aquellos ordenamientos jurídicos que pueden haber desarrollado la actitud

²⁴⁹ Sobre la etapa postinterpretativa, Dworkin menciona lo siguiente: “Debe haber una etapa posinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita ‘en realidad’ la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa”. DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*. *Op.cit.* p.58.

²⁵⁰ LIFANTE, Isabel. “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”. *Op.cit.* p.275.

²⁵¹ *Idem.* p.330.

²⁵² ATIENZA, Manuel. “Sobre la única respuesta correcta”. *Jurid. Manizales*, Colombia 6(2): 13-26, julio-diciembre, 2009, pp.14-15. En: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf>.

²⁵³ AARNIO, Aulis. “¿Una única respuesta correcta?”. *Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Jornada 27, Bases teóricas de la interpretación jurídica. ¿Una única respuesta correcta? ¿Cambio o desarrollo?*, Mayo, 2009. En: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada27/1_AARNIO.pdf.

interpretativa frente a la práctica del derecho, y asimismo, que no es una teoría de todo el fenómeno jurídico sino básicamente de la aplicación del Derecho.²⁵⁴

La teoría constructivista de Dworkin ha sido objeto de diferentes críticas. Una de ellas consiste en que prácticamente ha abandonado un tema importante para la teoría del Derecho como es una teoría de las fuentes, una teoría sobre los criterios de identificación de los materiales jurídicos, los que son indispensables en la etapa preinterpretativa²⁵⁵. Otra de las críticas se dirige contra la metáfora de la “novela escrita en cadena”, pues resulta oscuro asumir que el primer novelista tenga un rol puramente creador, mientras que el resto de los novelistas deben crear e interpretar. Es claro que dicho primer novelista también debe realizar alguna actividad interpretativa²⁵⁶. Y además, Stanley Fish refiere que la importancia de esta “tarea en cadena”(es decir, el derecho como integridad) depende del presupuesto de que se distinga claramente entre interpretar un “texto” y alterarlo o inventar uno nuevo, pero esta distinción es insostenible pues *toda* la lectura o interpretación altera el “texto”. “La única forma en la que el “texto” está presente como algo que puede ser leído o interpretado está determinada por las convicciones que constituyen las precomprensiones previas de una comunidad interpretativa dada.²⁵⁷ Una tercera crítica la dirige Bonorino, para quien la concepción constructiva de la interpretación no resulta lo suficientemente sólida, puesto que el holismo semántico presupuesto en defensa de tal concepción resultaba incompatible con las tesis jurídicas a las que supuestamente debía dar apoyo.²⁵⁸ Finalmente, otra de las críticas importantes apunta a la tesis de la “única respuesta correcta”. Sobre dicha tesis, Aarnio sostiene que “no satisface nuestras necesidades sociales y no facilita herramientas para que el abogado alcance ‘el mejor resultado posible’, es decir, la máxima aceptabilidad (...) lo que realmente necesitamos en la sociedad no es una misteriosa única respuesta correcta, sino una justificación racional de las decisiones en la medida de lo posible, y una aceptación genuina y equitativa del principio regulador en todo el razonamiento jurídico”.²⁵⁹

Más allá de tales críticas, no deja de ser muy importante, desde el punto de vista metodológico y argumentativo, la clasificación de las citadas etapas interpretativas (preinterpretativa, interpretativa y postinterpretativa), pues éstas reflejan en gran medida lo que en determinados casos “difíciles” constitucionales sucede, con cierta frecuencia en el ordenamiento norteamericano, y de modo muy excepcional en los ordenamientos europeos y latinoamericanos, por ejemplo, cuando, en el ámbito de la

²⁵⁴ LIFANTE, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho (...)*. *Op.cit.* pp.328-329.

²⁵⁵ *Idem.* pp.331-332.

²⁵⁶ BONORINO, Pablo Raúl. *Integridad, derecho y justicia (...)* *Op.cit.* p.69.

²⁵⁷ MARMOR, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2001, pp.101-102.

²⁵⁸ BONORINO, Pablo Raúl. *Integridad, derecho y justicia (...)* *Op.cit.* p.165. “La posición de Dworkin, en consecuencia, no puede apoyarse consistentemente en la variante de *holismo semántico* defendida por Quine, porque la misma le impediría explicar los desacuerdos teóricos sobre el derecho como desacuerdos genuinos, y éste es uno de los principales objetivos que persigue con su propuesta teórica. Las tesis expuestas en *El Imperio de la Justicia* presupondrían una posición semántica incapaz de dar cuenta de la base mínima de acuerdo que requiere la existencia de un desacuerdo genuino, principal razón por la que Dworkin consideraba inaceptables a las denominadas Teorías Jurídicas Semánticas, entre ellas la de Hart”.
Idem. p.159

²⁵⁹ AARNIO, Aulis. “¿Una única respuesta correcta?”. *Op.cit.* p.13.

interpretación de la ley, los Tribunales Constitucionales expiden las denominadas sentencias “interpretativas”.

En suma, se han examinado tres de las teorías más importantes de la interpretación jurídica, y que pueden ser de utilidad en la interpretación de la Constitución. La primera, el *originalismo*, de amplio desarrollo en el ámbito jurídico norteamericano, sostiene, en general, que las normas constitucionales deben ser interpretadas de conformidad con las intenciones de los constituyentes. La segunda, que busca descubrir la *voluntad de la norma*, desarrollada de modo importante en el ámbito jurídico europeo-continental –y también en el ámbito latinoamericano–, sostiene, en general, que las normas constitucionales deben ser interpretadas conforme a la voluntad que de ellas se desprenda, independientemente de la intención de los constituyentes. Y tal tercera, el *interpretativismo* de Dworkin, desarrollado teniendo en consideración determinados casos difíciles del ámbito jurídico norteamericano, sostiene que las normas constitucionales deben ser interpretadas en un modo que muestre a dichas normas del mejor modo posible como parte de un sistema constitucional visto íntegramente, independientemente de la voluntad de los constituyentes o de las propias normas. Para esta teoría los jueces, en la etapa postinterpretativa, *construyen* sentidos interpretativos de las disposiciones constitucionales, más allá de las intenciones que los autores de las mismas hayan formulado, y más allá de la voluntad que se desprenda de dichas disposiciones en su formulación inicial.

3.2.4. Forma en que opera la interpretación de la Constitución en la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales

Al respecto, cabe mencionar que, en general, las aludidas teorías de la interpretación jurídica han sido aplicadas, en diferentes momentos, frecuencia y nivel de desarrollo, por los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas que ejercen control constitucional. En cuanto a la Corte Suprema de Estados Unidos, las tesis originalistas, semánticas y constructivistas han sido materializadas a lo largo de su jurisprudencia. El originalismo no ha tenido el mismo éxito en los Tribunales Constitucionales europeos, como tampoco en los latinoamericanos. Por el contrario, en estos Tribunales Constitucionales han predominado las decisiones orientados por las teorías cognitivistas objetivas, que tratan de descubrir el significado predeterminado de las normas –tan igual como se produce la interpretación de la ley–, aunque no han sido extrañas las decisiones basadas en teorías constructivistas o decisiones constructivistas, por ejemplo, al expedir decisiones que de una u otra forma coinciden con lo que se conoce en la doctrina italiana como “sentencias interpretativas”, en las que se han construido y reconstruido los significados de la ley objeto de control. Precisamente, teniendo en cuenta que este tipo de reconstrucción no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino de la ley, no será examinada en nuestro trabajo.

Asimismo, si hacemos un breve análisis de la jurisprudencia emitida por los jueces constitucionales del Poder Judicial peruano, podemos sostener que la teoría cognitivista objetiva o teoría semántica es una que, expresa o implícitamente, ha sido

asumida prácticamente de modo exclusivo por los operadores en dicho ámbito judicial. No ha sucedido lo mismo con el Tribunal Constitucional peruano, que pese a tener buena cantidad de decisiones orientadas por un dicho cognitivismo objetivo, no se ha negado la posibilidad de dictar decisiones constructivistas y ha expedido importantes sentencias que, por ejemplo, han creado nuevos derechos fundamentales.

3.3. Mecanismos o criterios de interpretación constitucional

Pese a que los estudios sobre interpretación constitucional se centran en los mecanismos o criterios *específicos* de dicho tipo de interpretación, la práctica jurisprudencial nos demuestra que la mayoría de los mecanismos o criterios frecuentemente utilizados por los jueces constitucionales, sobre todo en los denominados casos fáciles, pero también en la mayoría de los casos difíciles, son los mismos que se utilizan en la interpretación de la ley, es decir, los criterios gramatical, lógico, histórico, sistemático²⁶⁰ y teleológico. Tomaremos dichos criterios tradicionales²⁶¹, pero verificando su operatividad en la interpretación de la Constitución. Con ello no pretendemos afirmar que no existe ninguna diferencia entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución, o que se trata de normas con estructura idéntica, sino tan sólo que, más allá de los fundamentos ideológicos o políticos en que se fundamentan ambos tipos de interpretación, los aludidos criterios son utilizados también por los jueces al interpretar la Constitución.

3.3.1. Criterio de interpretación gramatical

Considera las palabras del texto a interpretar como un medio necesario para llegar al pensamiento (sentido) ínsito en la norma. Tiene que ver con el lenguaje de las normas. Conforme a la interpretación literal declarativa se atribuye a una disposición su significado “más inmediato” o su significado *prima facie*, el mismo que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.²⁶² El fundamento principal a favor de la prioridad del criterio literal es que favorece la predictibilidad de la decisión, pero, en algunos casos, la aplicación estricta de este criterio nos puede conducir a interpretaciones absurdas.²⁶³

²⁶⁰ Respecto de estos cuatro criterios, Haberle menciona lo siguiente: “desde el canon de los métodos de interpretación de F.C. de Savigny (1840), ciertamente no pensable sin el «genio» de los juristas romanos, tienen los juristas unas «herramientas» supuestamente «seguras». De acuerdo con Savigny, parten del tenor literal del texto (interpretación gramatical), vuelven a la historia (interpretación histórica, con las variantes de la interpretación histórica subjetiva y objetiva) y analizan la posición sistemática de la norma en su conjunto (lo que últimamente se caracteriza como el «contexto»). HABERLE, Peter. “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, N°13, enero-junio, 2010, p.385.

²⁶¹ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Granada, Editorial Comares, 2005, p.96, y VIOLA, Francesco. “R. Von Jhering e la conoscenza del diritto”. Estratto dal volumen “Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica”, Aprile, 1974, Edizioni Celup, Palermo, pp.25 y ss. En: http://www.unipa.it/viola/Jhering_e_la_conoscenza_del_diritto.pdf.

²⁶² GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Mexico, Editorial Porrúa, 2008, p.26.

²⁶³ BARRANCO AVILES, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p.73.

El criterio literal o gramatical ha sido utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. En primer lugar, para dar cuenta que es una forma de interpretar dichas normas. Pero, en segundo lugar, para sustentar que no puede ser el único criterio de interpretación y menos que sea reiteradamente utilizado²⁶⁴. Así por ejemplo, sostuvo que “el derecho fundamental al debido proceso es un derecho que está previsto en la Constitución (...) (artículo 139, inciso 3), [señalando] que “son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] la observancia del debido proceso [...]”. Una interpretación literal de esta disposición constitucional podría llevar a afirmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación en ese sentido no es correcta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso es uno que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza. Ello es así en la medida en que el principio de interdicción de la arbitrariedad es inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora”.²⁶⁵

Cabe agregar una de las críticas al criterio de interpretación literal, en la medida que carece de rigor, pues no es posible establecer nítidamente el significado literal de las palabras y resulta imposible fijar una línea precisa de demarcación entre la interpretación literal y otros tipos de interpretación. Como refiere Guastini, el significado literal “es una variable que depende de la competencia y de la intuición lingüística de cada uno; y, en ese sentido, es algo bastante subjetivo”.²⁶⁶ Sin embargo, más allá de las críticas formuladas contra la interpretación literal, no debe

²⁶⁴ Expediente N.º 01941-2002-AA/TC FJ 5: “En materia de derechos fundamentales el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes”.

²⁶⁵ Expediente N.º 00644-2006-PA/TC FJ 4. Otro ejemplo en los Expedientes N.ºs 02861-2010-PA/TC FJ 2 y 00009-2007-PI/TC FJ 20: “En materia de derechos fundamentales el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes”. Asimismo, en uno de los casos más importantes en materia de interpretación constitucional, el Caso Lizana Puelles, sostuvo lo siguiente: “qué duda cabe de que una interpretación literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona. Empero, el resultado de esta interpretación ¿es sustentable constitucionalmente? Son distintas las razones que permiten al Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional. En primer lugar porque, lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, incluyendo, desde luego, los que efectúe el JNE”. Expediente N.º 05854-2004-AA/TC FFJJ 17 y 18. Ver también, Expedientes N.ºs 03559-2008-PHC/TC FJ 16; y 03742-2008-PHC/TC FJ 16.

²⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op.cit. p.26.

olvidarse que toda interpretación de un texto debe comenzar con el criterio de interpretación literal.²⁶⁷

3.3.2. Criterio de interpretación lógica

Este criterio tiene en cuenta la conexión y la articulación lógica de las diferentes partes o contenidos del pensamiento (sentido) contenido en la norma, o si se quiere, que en el descubrimiento del significado de una norma debe tomarse en consideración la relación lógica en la que se encuentran las diversas partes del pensamiento del autor de la norma.

En general, por lógica se entiende al “conjunto de las relaciones formales que enlazan proposiciones y a la ciencia que estudia esas relaciones formales”²⁶⁸. Desde la antigüedad la ciencia lógica fue elaborada con la función de control de razonamientos diferentes respecto de aquellos que realizaban los operadores jurídicos, pero progresivamente se fue utilizando para controlar determinados razonamientos de determinados operadores jurídicos. Esto de ningún modo nos puede llevar a afirmar que los sistemas lógicos proporcionan reglas para la atribución de un particular significado a un documento *preconstituido*, pues en el derecho se pueden imponer o prohibir también, por ejemplo, reglas de argumentación retórica.²⁶⁹

El ámbito de utilización de la lógica en la interpretación jurídica es importante aunque ciertamente limitado. Pretender ampliar en la mayor medida de lo posible dicho ámbito, oculta el hecho de que la asunción según la cual el sistema jurídico se encuentra dotado de coherencia y completitud, constituye una elección del órgano de aplicación y no un carácter intrínseco del discurso del autor de la norma.²⁷⁰

Ahora bien, en la aplicación del criterio lógico en el razonamiento jurídico debe distinguirse, de un lado, su utilización como *mecanismo de interpretación*, que nos sirve para descubrir el significado de las normas, y de otro, como *mecanismo de argumentación* (justificación interna), para establecer la conexión entre: i) premisas (normativa y fáctica); y, ii) la respectiva conclusión. En este último supuesto no se está descubriendo el significado de una norma, sino más bien, para su utilización, parte de derecho aplicable *previamente determinado* (premisa normativa), de la prueba de los hechos del caso concreto que se subsumen en tal derecho (premisa fáctica), y establece la respectiva conclusión *lógica*.

Dicha distinción coincide con aquella elaborada por Bobbio, quien a su vez diferenciaba entre la «lógica de los juristas» y la «lógica del derecho»: la primera, que tiene por objeto el análisis del razonamiento de los juristas y forma parte de la teoría de la interpretación jurídica; y la segunda, tiene por objeto el análisis de la estructura lingüística de las normas jurídicas en tanto proposiciones normativas y en la

²⁶⁷ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Op.cit.p.316.

²⁶⁸ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Lima, Palestra, 2013, p.91

²⁶⁹ *Idem*. pp.91-92.

²⁷⁰ *Idem*. p.98.

posibilidad de construir reglas de inferencia, formando parte de la teoría general de la norma jurídica y del ordenamiento jurídico.²⁷¹

Como mecanismo de interpretación de las normas constitucionales, el criterio lógico ha sido utilizado, aunque no frecuentemente, en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Así por ejemplo, el TC español al interpretar el artículo 25°.2 de la Constitución (“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”), sostuvo lo siguiente: “la reeducación y resocialización –que no descartan (...) otros fines válidos de la norma punitiva– han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla (...) No cabe, pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales cuantas medidas privativas de libertad –tengan o no el carácter de «pena»– puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración Penitenciaria”.²⁷²

Asimismo, en la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales, se aprecian casos que evidencian la utilización del criterio de interpretación lógica cuando, siguiendo en parte a Kalinowski²⁷³, podemos verificar el empleo de los «argumentos lógicos»: argumento *a fortiori* (sea *a maior ad minus* o *a minor ad maius*), argumento analógico (*a pari* o *a simili ad simile*), y el argumento *a contrario*.

En el caso peruano, destaca el caso de la interpretación del artículo 200° inciso 2) de la Constitución, respecto de la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. Dicho artículo establece, expresamente, en su segundo párrafo, que el amparo “no procede contra (...) Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular”. Interpretando dicha disposición, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional, interpretaron que, *a contrario sensu*, el amparo sí procede contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento “irregular”²⁷⁴. Mediante dicha interpretación, realizada en sentido contrario a aquel contenido expresamente, se estableció un significado que *lógicamente* se desprendía del referido artículo 200° inciso 2).

Finalmente, es importante resaltar que la utilización de la lógica en el razonamiento jurídico resulta indispensable para dotar de mayor racionalidad a dicho razonamiento. Sin embargo, por sí sola no logra tal objetivo de racionalidad, dado que es

²⁷¹ Citado por ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p.369.

²⁷² Tribunal Constitucional de España. STC 19/1998 Fundamento 9. También STC 160/2012 Fundamento 4.

²⁷³ Citado por TARELLO, Giovanni. *Op.cit.* p.98.

²⁷⁴ De dicha interpretación se da cuenta en el caso “Apolonia Ccolcca” (Expediente N.° 03179-2004-AA/TC FJ 13). Adicionalmente, en dicho caso, se amplía el significado dado a la expresión “procedimiento regular”, pues se sostiene que la primera interpretación dada a dicha expresión, haciéndola equivalente a “debido proceso”, resultaba excesivamente restrictiva (por comprender sólo la protección del debido proceso), por lo que, modificando su jurisprudencia, interpretó que la expresión “procedimiento regular” implicaba que en amparo contra resoluciones judiciales se debía proteger *todos* los derechos fundamentales, salvo aquellos que ya eran protegidos mediante habeas corpus y habeas data.

insuficiente. Como mecanismo de interpretación debe operar junto con los criterios histórico, gramatical, sistemático y teleológico. Como mecanismo de argumentación, debe operar junto con la justificación externa, es decir, con la corrección de las premisas normativa y fáctica.

3.3.3. Criterio de interpretación histórica

Esta tiene presente el contexto histórico-jurídico que ha inspirado la específica normatividad. Ya el método de la Escuela Histórica del Derecho proponía dos puntos principales para la interpretación jurídica: i) la interpretación no está vinculada solamente con los casos de oscuridad de la norma, sino a toda aplicación de ésta a la vida real; y ii) junto a los elementos gramatical y lógico se da entrada en la interpretación a los elementos histórico y sistemático, debiendo utilizarse combinadamente estos cuatro elementos²⁷⁵.

Si el sentido literal que resulta del uso general del lenguaje, o la conexión de significado de la norma y la sistemática conceptual a ella subyacente, generan diferentes posibilidades de interpretación, entonces es indispensable identificar la intención reguladora del legislador histórico a efectos de encontrar la interpretación que mejor se identifique con dicha intención.²⁷⁶

La interpretación que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del creador de la norma, presenta dos variantes²⁷⁷: i) la intención del creador de la norma se identifica con la voluntad del Poder Constituyente histórico, 'de carne y hueso', la misma que frecuentemente se encontrarán contenidos en los Actas de la respectiva Asamblea Constituyente; y ii) la intención del creador de la norma se identifica con la 'voluntad de la norma' considerada en abstracto, sin tener en cuenta las aludidas Actas, pues se considera que en éstas sólo se contienen la subjetividad de los integrantes del Poder Constituyente. De las dos variantes, es la primera, la que, en general, ha sido más identificada con el criterio de interpretación histórico.

El criterio histórico ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. Así por ejemplo, en una *inicial* doctrina jurisprudencial respecto de la ratificación de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), el TC sostuvo que "es evidente, a la luz de la historia del derecho constitucional peruano, que las constituciones de 1920, 1933 y 1979 establecieron, como parte del proceso de ratificación judicial, la obligatoriedad de motivar la resolución correspondiente. Sin embargo, no ha sido esta una exigencia que se haya incorporado al texto de 1993. Por el contrario, de manera indubitable y *ex profeso*, los legisladores constituyentes de dicha Carta optaron por constitucionalizar la no motivación de las ratificaciones judiciales, al mismo tiempo que diferenciaron esta institución de lo que, en puridad, es la destitución por medidas disciplinarias (cf. Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional-1993, T. III, pp. 1620 ss.). Desde una interpretación histórica es evidente que el mecanismo de ratificación judicial ha cambiado y, por ende, actualmente es percibido como un

²⁷⁵ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*. Lima, Grijley, 2011, p.286.

²⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. *Op.cit.* p.325.

²⁷⁷ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. *Op.cit.* pp.33-34.

voto de confianza o de no confianza en torno a la manera como se ejerce la función jurisdiccional. Como tal, la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere estar motivada. Ello, a diferencia de la destitución, que, por su naturaleza sancionadora, necesaria e irreversiblemente debe ser explicada en sus particulares circunstancias”.²⁷⁸

No cabe duda de la importancia del criterio histórico en la interpretación de la Constitución. Sin embargo, es necesario precisar que si existe conflicto entre la intención del Constituyente histórico y el texto de la Constitución, debe prevalecer este último, debido a que ha adquirido autonomía una vez aprobada la Norma Fundamental. Así también lo ha destacado el TC: “si bien el debate constituyente es una de las herramientas para la interpretación jurídica, pues permite conocer las diversas posiciones sobre un determinado tema y cuál fue la tesis que prevaleció, no es menos cierto que cuando una norma es aprobada, y la Constitución no escapa a esta regla, dicha norma adquiere autonomía respecto de sus creadores y, por tanto, conforme a ella, corresponde a los intérpretes determinar el alcance, contenido y perfil exacto de cada una de sus disposiciones”.²⁷⁹

3.3.4. Criterio de interpretación sistemática (o de unidad de la Constitución)

Reconstruye en su coherencia interna los institutos jurídicos y las normas de derecho. Mediante este criterio se busca interpretar el texto en relación con el contexto. Se presenta también en distintas formas, cuyos resultados no siempre son coherentes con aquellos que se desprenden de una interpretación literal, ni entre sí.²⁸⁰

Mediante este criterio se propugna la idea de que la interpretación debe servir para reconstruir, en su conjunto, la voluntad racional del autor ideal de la norma. En sus distintas versiones, en la interpretación sistemática se manifiesta la creencia en la racionalidad del sistema.²⁸¹ La idea de sistema como unidad finalista fue aplicada al Derecho por la Escuela Histórica, siendo emblemáticas las siguientes expresiones de Savigny: “el orden de una obra sistemática está naturalmente determinado por esa íntima conexión que se debe reflejar en ella. A menudo se quiere pensar sólo en esto cuando se habla de tratamiento sistemático (...) las relaciones jurídicas de la rica y vívida realidad forman un todo orgánico, que nosotros, sin embargo, estamos constreñidos a descomponer en sus partes para comprenderlas sucesivamente y para poderlas comunicar a otros”.²⁸² Pese al distinto contexto histórico-jurídico en el que Savigny planteó este criterio, se debe destacar que la idea de sistema como un todo unitario y coherente ha influenciado claramente en el pensamiento de los teóricos posteriores, hasta hoy.

²⁷⁸ Expediente N.° 01941-2002-PA/TC FJ 20, caso Almenara Bryson, entre otros. Posteriormente, en el caso Álvarez Guillén, el TC varió su jurisprudencia y mediante un precedente vinculante empezó a exigir que todas las decisiones del CNM deban observar estrictamente el derecho a la motivación (Expediente N.° 03361-2004-AA/TC).

²⁷⁹ Expediente N.° 00004-2004-CC/TC FJ 18.

²⁸⁰ BARRANCO AVILES, María del Carmen. *Op.cit.* p.80.

²⁸¹ *Idem.* p.80.

²⁸² SAVIGNY, Friedrich Carl. *Op.cit.*, p.96 y ss.

Veluzzi, en un interesante trabajo²⁸³, concluye que el concepto de interpretación sistemática se puede dividir en dos sub-clases: interpretación sistemática en sentido fuerte y en sentido débil. A la primera son reconducibles los argumentos que permiten la *coherencia* del sistema, permitiendo la prevención de las antinomias, de conflictos normativos, “asumiendo este aspecto una función fundamental en la atribución de significado, en la corrección en sentido restrictivo o extensivo del significado del texto normativo”²⁸⁴. A la segunda, son reconducibles los otros argumentos interpretativos que comúnmente han sido considerados como sistemáticos (por ejemplo, inconstancia terminológica), en los que la atribución de significado se lleva a cabo en función de criterios textuales o teleológicos.

El criterio sistemático ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. Por ejemplo, de una interpretación sistemática de los artículos 3° y 57° (segundo párrafo) de la Constitución, estableció que los tratados de derechos humanos ostentan rango *constitucional*. Así, sostuvo que: “La Constitución vigente no contiene una disposición parecida al artículo 105° de la Constitución de 1979, en la cual se reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos; sin embargo, a la misma conclusión puede arribarse desde una interpretación sistemática de algunas de sus disposiciones. Por un lado, la Constitución, en el artículo 3°, acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales (...) si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”. Por otro lado, el artículo 57, segundo párrafo, establece que “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.” Esta norma regula la fuente constitucional de producción, admisión y/o control de los tratados en la medida que de afectar la Constitución por el fondo se establece una forma agravada de su incorporación al orden jurídico nacional, siguiendo el proceso de la reforma constitucional. Si bien todo tratado que verse sobre materia constitucional no significa una afectación constitucional, por cuanto podría solamente complementarla o desarrollarla, en cambio se deriva de dicha norma suprema la constitucionalización de determinados tratados internacionales. Dentro de ellas es fácilmente reconocible los tratados de derechos humanos establecidos analógicamente en el artículo 3° y reforzados en su ejecución en la Cuarta Disposición Final y Transitoria”.²⁸⁵

De otro lado, si tenemos en cuenta el denominado principio de unidad de la Constitución, como uno de los principios de la interpretación constitucional, expuestos por Hesse, así como lo expuesto respecto del criterio de interpretación sistemática, estimamos que *dicho principio de unidad de la Constitución es sólo una forma de interpretación sistemática*, no evidenciándose ninguna razón que justifique su

²⁸³ VELUZZI, Vito. “Interpretación Sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”. *Doxa*. 21-I, 1998, pp.65-82.

²⁸⁴ *Idem*. pp.81-82.

²⁸⁵ Expediente N.º 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, FFJJ 27 a 31.

diferenciación. En efecto, Hesse sostiene, respecto del principio de unidad de la Constitución, que “la relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales”.²⁸⁶ Tal como está expuesto dicho principio, contiene ya los elementos característicos del criterio de interpretación sistemática pero aplicado al sistema constitucional. Así por ejemplo, las ideas de sistema jurídico como conjunto unitario, de coherencia, de no relevancia de interpretaciones aisladas y la exigencia de evitar contradicciones entre las distintas normas.

3.3.5. Criterio de interpretación teleológica

Mediante este criterio se asume que la aplicación de cualquier texto normativo requiere una previa identificación del fin, propósito o valor que la norma busca proteger. Incluso la aplicación formalista del texto debe ceder ante el respectivo fin normativo cuando dicho texto pretenda llevar a resultados contrarios al fin.²⁸⁷

El criterio teleológico ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. Por ejemplo, en un caso en el que se pretendía que mediante un amparo, que es un proceso de control “concreto”, se examine la constitucionalidad en “abstracto” de un norma de rango infralegal, sostuvo lo siguiente: “tras una interpretación teleológica del aludido artículo 200° 2 de la Carta Fundamental (...) esta disposición tiene por propósito evitar que el proceso constitucional de amparo se convierta en una vía en la que pueda enjuiciarse, en abstracto, la validez constitucional de la generalidad de las normas (no sólo las legales), con el propósito de, determinada su inconstitucionalidad, expulsarlas del ordenamiento jurídico, pues dicho cometido ha sido reservado constitucionalmente al proceso de inconstitucionalidad (artículo 200° 4) –en lo que a las normas de rango legal respecta–, y al proceso de acción popular (artículo 200° 5) –en lo que a las normas de rango infralegal se refiere. Así las cosas, siendo el presente un proceso de amparo, no es posible evaluar la constitucionalidad del decreto de alcaldía cuestionado [norma infralegal] desde una perspectiva abstracta.”²⁸⁸

Criterios especiales para interpretar la Constitución

En cuanto a los mecanismos o criterios *adicionales* y *especiales* para interpretar la Norma Fundamental²⁸⁹, cabe destacar que el Tribunal Constitucional peruano²⁹⁰, siguiendo a un importante sector de la doctrina comparada (especialmente de Konrad Hesse), ha considerado, respecto de la Constitución, que “(...) la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no

²⁸⁶ HESSE, Konrad. *Op.cit.* p.67.

²⁸⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego. *Op.cit.* p.47.

²⁸⁸ Caso CGTP, Expediente N.° 04677-2004-PA/TC FJ 2.

²⁸⁹ LOPEZ MEDINA, Diego. *Interpretación Constitucional*. 2ª ed., Colombia, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia, marzo de 2006.

²⁹⁰ Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, FJ 12

se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional”.

De dichos principios de interpretación (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y de fuerza normativa de la Constitución), no desarrollamos el de *unidad de la Constitución*, pues como antes hemos expuesto, este principio es tan sólo una forma de expresa una interpretación sistemática. Tampoco desarrollamos el *principio de fuerza normativa de la Constitución*, pues si tenemos en cuenta que la interpretación jurídica implica un proceso de *descubrir* el significado de una norma, estimamos que para dicho efecto no resulta de la mayor relevancia verificar cual debe ser el efecto vinculante de una norma. En otras palabras, en el proceso de identificación de los contenidos de una norma constitucional, no influye en nada tener en cuenta si le vamos a dar o no fuerza vinculante a dicha norma, que metodológicamente es un paso posterior a la interpretación. De seguro que la fuerza normativa de la Constitución tiene importancia en la solución de los casos constitucionales, pero no la tiene en la interpretación de dichas normas.

Tampoco haremos referencia al denominado *criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución*, pues propiamente no coadyuva en el descubrimiento del significado de una disposición constitucional²⁹¹. No sucede lo mismo con el *criterio de interpretación de la Constitución conforme a la ley*, que veremos al final de los criterios específicos de interpretación constitucional.

3.3.6. Criterio de concordancia práctica

En virtud de dicho criterio toda aparente tensión en la interpretación entre las disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su contenido normativo, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

El criterio de concordancia práctica ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. Así, cuando se plantean conflictos entre disposiciones constitucionales, la interpretación última que el Tribunal

²⁹¹ CARPIO MARCOS, Edgar. “Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (coord.). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio. Tomo VI: Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*. México, UNAM, 2008, p.159. Asimismo, Carpio sostiene que “en realidad, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución es una técnica inmanente o consustancial a la justicia constitucional, más que un criterio de interpretación de normas (...) puesto que impone la regla a todo juez constitucional de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si es que ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo al menos uno de ellos conforme con la Constitución”. p.160.

utilizará para resolver el caso, es una que ha sido obtenida interpretando en primer lugar cada una de dichas disposiciones y de allí, como consecuencia de las circunstancias específicas del caso concreto y de una interpretación que buscaba optimizar –y no sacrificar– cada una de las disposiciones en conflicto, establece un significado final aplicable al caso. Por ejemplo, en un caso en el que se cuestionaba si las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) podían ser revisables mediante un proceso constitucional de amparo, el TC sostuvo, luego de una amplia argumentación, “que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo [artículo 200°.2, Constitución], es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente”. Como se aprecia, al finalizar su razonamiento, el TC identifica un nuevo sentido interpretativo: *el amparo procede también contra decisiones del JNE cuando éste vulnere derechos fundamentales*. Dicha interpretación es producto de la búsqueda de equilibrio, ponderación o de concordancia práctica, entre dos disposiciones constitucionales (de un lado, los artículos 142° y 181°, y de otro, el artículo 200°.2, entre otros), en la que no se han sacrificado unos en detrimento de otros, sino que se ha equilibrado y ponderado ambas disposiciones.

Es necesario precisar que el criterio de concordancia práctica es en el fondo una forma de ponderación. Por ello, teniendo en cuenta que con frecuencia se sostiene que la ponderación es un tipo de argumentación especial de los principios constitucionales, debemos aclarar que, sin negar su calificación como técnica argumentativa, la ponderación, en alguna medida, también se constituye en criterio de interpretación. Luego de interpretar dos derechos fundamentales (por ejemplo, derecho a la intimidad y derecho a la libertad de información), en función del caso concreto, el juez va identificar, con la ayuda de la ponderación, una interpretación final de tales derechos, aunque sólo sea para el caso concreto.

3.3.7. Criterio de corrección funcional

Mediante este criterio se exige al operador jurídico que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que la Constitución ha asignado a cada uno de los poderes del Estado, órganos constitucionales o gobiernos regionales y locales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.²⁹² Es un criterio de interpretación en la medida que al realizar el proceso de descubrimiento del significado de una norma constitucional que establezca las funciones y competencias de los órganos estatales, deben identificarse aquellos contenidos o propiedades que se circunscriban al ámbito de lo estrictamente

²⁹² Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, FJ 12. Al respecto, Hesse refiere que “si la Constitución regula de una determina manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones estatales a través del modo y del resultado de dicha interpretación”. HESSE, Konrad. *Op.cit.* p.68.

encomendado a tales órganos, y no para atribuirse funciones y competencias que le correspondan a otros órganos.

Si bien el criterio de corrección funcional debe ser utilizado para interpretar la competencia de los órganos antes mencionados, no cabe duda que uno de los ámbitos en los que más se ha demandado su utilización es en la interpretación que hace el Tribunal Constitucional cuando controla las leyes, no sólo para controlar la arbitrariedad (por exceso o por defecto) en la que pudiera incurrir el legislador, sino también para autocontrolarse y no invadir las competencias de de dicho poder del Estado.

El mismo razonamiento se presenta en la relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, especialmente en el control constitucional de resoluciones judiciales mediante amparo o habeas corpus. Conforme al principio de corrección funcional, el juez constitucional, cuando interpretar las respectivas normas constitucionales competenciales que le permiten realizar dicho control, no puede asumir que en dichas normas existen funciones que, siendo de la jurisdicción ordinaria, también las puede ejercer.

El criterio de corrección funcional ha sido utilizado con cierta frecuencia por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. Por ejemplo, en un proceso de inconstitucionalidad, el TC destacó algunos de los límites que tiene la jurisdicción cuando interpreta la ley penal: la “actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no sólo afectaría el principio de legalidad penal, pues conforme al artículo 2°.24.d, de la Norma Fundamental, “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, el mismo que expresamente ha delegado al legislador, y no a los jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino que también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93°, Const.), así como el principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución, pues conforme a dicho principio, al realizar su labor de interpretación, el juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales”.²⁹³

3.3.8. Criterio de función integradora

Conforme a dicho criterio, el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.²⁹⁴

²⁹³ Expediente N.º 00008-2012-PI/TC FJ 58. Como tal, dicho criterio difiere en parte a lo sostenido por Hesse: “si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad”. HESSE, Konrad. *Op.cit.* p.69.

²⁹⁴ Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, FJ 12

Teniendo en cuenta que una de las formas de interpretación de la Constitución es la interpretación constructivista (una en la que se construyen determinados significados, a partir de lo autorizado en las disposiciones constitucionales, por ejemplo, en el caso del legislador, en tanto intérprete supremo de lo constitucionalmente posible), tal interpretación no podrá de dejar considerar la función integradora de la Constitución, en tanto fuente de fuentes del ordenamiento jurídico (integración no sólo entre poderes público, sino también de estos con la sociedad), debiendo descartarse aquellas interpretaciones del mandato constitucional que no posibiliten tal función integradora.

El criterio de eficacia integradora ha sido utilizado con poca frecuencia por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. Por ejemplo, en un proceso de inconstitucionalidad en el que se cuestionaban ordenanzas municipales, el TC sostuvo, sobre la garantía institucional de la autonomía municipal y el requisito de la ratificación como elemento esencial para la producción normativa de ordenanzas distritales sobre arbitrios, que dicho requisito “se consustancia con la garantía constitucional de la autonomía municipal. De no hacerlo, se entendería que el Congreso al regular mediante ley –por mandato constitucional– el ejercicio de la potestad tributaria municipal, no habría tomado en cuenta la observancia de la Constitución como un todo normativo y de eficacia integradora, en virtud del cual la garantía institucional de la autonomía local torna exigibles las garantías positivas necesarias para resguardar una capacidad ‘efectiva’ de autogobierno local como elemento esencial de la llamada autonomía local”²⁹⁵.

3.3.9. Criterio de interpretación de la Constitución conforme a ley

Se manifiesta como un principio suplementario (mediato) de interpretación de la Constitución por parte de los tribunales, según el cual “se interpretará la norma constitucional, dentro de lo posible, en el sentido en que el legislador la ha concretizado”.²⁹⁶

El criterio de interpretación de la Constitución conforme a la ley ha sido utilizado en contadas ocasiones por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación de las normas constitucionales. Por ejemplo, en un proceso de habeas corpus en el que se interpretó el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el TC sostuvo que “la configuración legal del derecho fundamental que no afecte su contenido esencial o el de otros derechos fundamentales, y resulte relevante constitucionalmente, forma también parte del parámetro de constitucionalidad de los actos que sean acusados de violar el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia. En estos casos, acreditada la constitucionalidad de la ley configuradora, la jurisdicción constitucional tiene la obligación de interpretar la disposición constitucional que reconoce el derecho a la pluralidad de la instancia, de conformidad con aquélla, reconociendo como perteneciente al contenido del derecho aquel ámbito establecido por el legislador que resulte constitucionalmente relevante”.²⁹⁷

3.4. Problemas que plantea la interpretación de la Constitución

²⁹⁵ Expediente N.º 00053-2004-PI/TC punto 2.

²⁹⁶ HESSE, Konrad. *Op.cit.* pp.74-75.

²⁹⁷ Expediente N.º 04235-2010-PHC/TC FJ 30.

Finalmente, respecto de los problemas que plantea la interpretación constitucional²⁹⁸, podemos formular las siguientes interrogantes: i) ¿es la disposición escrita el último límite de los intérpretes de la Constitución?; ii) ¿qué pasa cuando, al interpretar una disposición constitucional, la voluntad del Poder Constituyente es claramente opuesta a la voluntad objetiva de la norma?; y iii) ¿qué pasa cuando una interpretación literal de una disposición constitucional resulta opuesta a una interpretación sistemática (unidad de la Constitución) de dicha disposición, entre otras?

En cuanto al primero de los mencionados problemas, sobre si la disposición escrita constituye el último límite de los intérpretes de la Constitución, cabe mencionar que es casi unánime la posición doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de más allá del texto de la norma jurídica no se puede realizar actividad interpretativa alguna²⁹⁹, y menos, interpretar en contra de dicho texto. Sin embargo, existen determinados casos en los que un Tribunal Constitucional peruano ha realizado una “interpretación” de una disposición constitucional en un sentido exactamente contrario a lo establecido en dicha disposición.

Ello ha sucedido por ejemplo en el caso “ratificación de jueces” del Tribunal Constitucional peruano.³⁰⁰ En este caso, un magistrado no ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), cuestionó a dicho órgano mediante un proceso de amparo, alegando que resultaba arbitrario que se le prohíba volver a postular a una plaza de juez con el argumento de que tiene la condición de magistrado no ratificado. Para resolver el amparo, el TC interpretó el artículo 154° inciso 2) de la Constitución, [que establece: “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”. Pese a que resulta clara la prohibición que contiene tal disposición, el TC estableció como precedente vinculante que “los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público y, por tanto, de reingresar a la carrera judicial”³⁰¹. El fundamento principal de tal interpretación fue que “se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del CNM, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria [lo que no está prohibido por la Constitución]; produciendo así un trato desigual injustificado. Por ello, sin perjuicio de exhortar al órgano de la reforma constitucional a que sea éste el que, en ejercicio de

²⁹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México, Porrúa, 2008, pp. 123 y ss.

²⁹⁹ Hesse sostiene que “para una interpretación constitucional que parte de la primacía del texto constituye éste último el límite infranqueable de su actuación. Las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de sus posibilidades tópicas. De ahí que el método tópico sólo pueda jugar un papel limitado en el marco de la interpretación constitucional”. HESSE, Konrad. *Op.cit.* p.71.

³⁰⁰ Expediente N.° 01333-2006-PA/TC.

³⁰¹ “Regla sustancial: El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2º, con el numeral 2.2º, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial”. Expediente N.° 01333-2006-PA/TC FJ 25.

sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación, el TC considera que tales magistrados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público”³⁰².

Si analizamos tal decisión, queda claro que la actividad realizada por el TC difícilmente podría ser calificada como “interpretación” del respectivo extremo del artículo 154° inciso 2) de la Constitución, pues mediante tal actividad no se procedió a descubrir su significado (que era claro en prohibir la reincorporación de los magistrados *no ratificados*), sino todo lo contrario, se estableció, jurisprudencialmente, una nueva norma (permitir la reincorporación de los magistrados no ratificados). Pero esta nueva norma “creada” por el TC, no se obtuvo sólo de “interpretar” el artículo 154°.2, sino de constatar que en el artículo 154°.3 no se encontraba regulada una similar prohibición para el caso de los magistrados *sancionados*, lo que consideró como vulneratorio del principio de igualdad (artículo 2°.2), es decir, que el TC identificó una especie de norma constitucional que resultaba “inconstitucional”. Asimismo, para el TC es claro que el mecanismo institucional que permite corregir dicha situación es la reforma constitucional. Sin embargo, termina decidiendo la “creación” de una nueva norma, con lo que excede el marco de las funciones interpretativas que le corresponde. El texto de la Constitución constituye uno de los principales límites de sus intérpretes.

En cuanto al segundo de los mencionados problemas, sobre lo que pasa cuando, al interpretar una disposición constitucional, la voluntad del Poder Constituyente es claramente opuesta a la voluntad objetiva de la norma, cabe mencionar que no es frecuente identificar normas constitucionales en las que se presente dicha oposición, pero en los casos que se presenten, debe prevalecer la voluntad objetiva de la norma constitucional, en la medida que esta ha adquirido autonomía de su creador una vez que se ha producido su promulgación.

Así lo ha destacado correctamente el Tribunal Constitucional en el caso de la “Legislación Antiterrorista”³⁰³. En este caso se cuestionaban Decretos Leyes que regulaban el delito de traición a la patria, entre otras razones porque atribuyen competencia a los tribunales militares para a los civiles que hayan cometido dicho delito, lo que se consideraba violatorio del derecho al juez natural. Para resolver el caso el TC debió interpretar el primer párrafo del artículo 173° de la Constitución. Esta disposición establece que “en caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina (...)”.

Al respecto, el TC sostuvo que “la doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático (...). Sin embargo, más allá de

³⁰² Expediente N.° 01333-2006-PA/TC FJ 7.

³⁰³ Expediente N.° 00010-2002-AI/TC FFJJ 94-109.

estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, ésta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla (...) el TC considera que si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse. En efecto, una interpretación literal del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”.

En cuanto al tercero de los mencionados problemas, sobre la oposición que se puede formular entre la interpretación literal de una disposición constitucional y la interpretación sistemática (unidad de la Constitución) de dicha disposición, entre otras, cabe mencionar que no existe una regla que nos exija preferir una sobre la otra, sino que deberemos obrar conforme a la circunstancias específicas del caso concreto y con una argumentación especial que evidencie las razones que justifican dicha preferencia.

Por ejemplo, en un caso sobre la denominada “reforma total” de la Constitución, el Tribunal Constitucional tuvo que interpretar los artículos 32°.1 y 206° de la Norma Fundamental, prefiriendo una interpretación sistemática de dichas disposiciones. Éstas establecen que “Pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución” y “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum (...)”. De una interpretación literal de estas disposiciones se desprendería que mediante referéndum el pueblo podía “ratificar” una reforma “total” de la Constitución, “aprobada” por el Congreso. Sin embargo, el TC sostuvo que “una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar “parcialmente” la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206°, Const.), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional (...) el TC considera (...) que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, *per se*, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante. El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206° de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales)”.³⁰⁴

³⁰⁴ Expediente N.º 00014-2002-AI/TC FFJJ 99 y

3.5. Conclusiones. Los aportes y peligros de las tesis neoconstitucionalistas

Teniendo en cuenta las diferentes posiciones expresadas respecto de las características de la interpretación jurídica en el Estado Constitucional, podemos arribar a las siguientes conclusiones.

3.5.1. Para la determinación de la supremacía interpretativa de la Constitución es relevante la distinción entre lo constitucionalmente prohibido, obligado o posible

Es frecuente verificar en la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada sostener que en los ordenamientos jurídicos que establecen un Tribunal Constitucional éste termina siendo el supremo intérprete de la Constitución. Sin embargo, poco se ha reparado en que existen determinados ámbitos de la Norma Fundamental en los que el Tribunal Constitucional no debe realizar mayor actividad interpretativa y menos aún constituirse en supremo intérprete. Estos ámbitos, son aquellos que forman parte de lo constitucionalmente posible, es decir, ámbitos normativos que establecen reservas a favor del Poder Legislativo, en las que sólo a él, y no al Tribunal Constitucional, le corresponde desarrollar los contenidos constitucionales conforme al mandato constitucional.

Por ejemplo, cuando el artículo 2°.24.d, establece que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, queda absolutamente claro que dicha norma constitucional delega en el Poder Legislativo, y sólo en él, la competencia para determinar las conductas prohibidas y sus respectivas penas, las que serán fijadas en la respectiva ley penal, no pudiendo ningún juez o tribunal, ejercer, en caso alguno, dicha competencia. En otros términos, *en la interpretación de los bienes jurídicos de relevancia constitucional* que deben ser protegidos por el derecho penal, el supremo intérprete de la Constitución es el Poder Legislativo y no el Tribunal Constitucional.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional cuando ha sostenido que el legislador penal, conforme al mencionado artículo 2°.24.d, es el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones;³⁰⁵ cuando ha sostenido que el legislador, conforme al artículo 106°, Const., es el órgano competente para determinar, por ejemplo, la sede de funcionamiento de un órgano constitucional como es el propio Tribunal Constitucional;³⁰⁶ o cuando ha sostenido que el legislador, en el desarrollo de los derechos fundamentales de configuración legal, sea el órgano competente para establecer los requisitos que deben cumplir para que dichos derechos sean cumplidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir.³⁰⁷

³⁰⁵ Expediente N.° 00008-2012-PI/TC FJ 56.

³⁰⁶ Expediente N.° 00013-2010-PI/TC FJ 6.

³⁰⁷ Expediente N.° 04235-2010-PHC/TC FJ 12.

Afirmar que el legislador sea el supremo intérprete de la constitucionalmente posible no implica que la Norma Fundamental le haya atribuido *discrecionalidad absoluta* y que por ello constituya una zona exenta de control. Nada de eso. El Poder Legislativo, en tanto poder constituido, es un poder limitado, con *discrecionalidad relativa*. Precisamente, en los supuestos mencionados en el párrafo anterior, el Poder Legislativo tiene límites fijados por la propia Constitución³⁰⁸ y cuya observancia deberá controlar el Tribunal Constitucional. El hecho de que el TC realice dicho control de límites no incluye la posibilidad de reemplazar al legislador en las competencias exclusivas a él delegadas y de cuya materia delegada sólo él será el supremo intérprete.

En general, las normas que forman parte de ese bloque denominado lo «constitucionalmente prohibido» o lo «constitucionalmente obligado» constituyen un tipo de disposiciones que, en general, poseen un contenido normativo determinado, a diferencia de las normas que forman parte de lo «constitucionalmente posible», que constituyen un tipo de disposiciones con un contenido normativo *incompleto*, de modo tal que con la actuación del legislador, se *complementará* el respectivo mandato constitucional.

3.5.2. La interpretación constitucional implica el proceso de “descubrir” y “crear” significados respecto de las disposiciones constitucionales

Un paso previo al pronunciamiento sobre los diferentes problemas que presenta la interpretación constitucional es establecer determinadas reglas: *i) identificar desde qué punto de vista vamos a pronunciarnos*. Por ejemplo, si es desde el punto de vista del juez que va resolver el caso (punto de vista interno), o es desde el punto de vista del observador académico (punto de vista externo), entre otros; *ii) identificar si las disposiciones constitucionales objeto de interpretación se encuentran dentro de lo constitucionalmente prohibido, obligado o posible*, pues dependiendo del respectivo ámbito, se establecerán los respectivos titulares de la supremacía interpretativa, así como el grado de discrecionalidad que tendrán sus intérpretes; y *iii) determinar claramente si la perspectiva de análisis de las disposiciones constitucionales se realizará desde la teoría del derecho, derecho constitucional, ciencia política*, entre otros, a efectos de no distorsionar dicho análisis. Por ejemplo, algunos constitucionalistas sostienen que el principio de fuerza normativa de la Constitución constituye un “principio de interpretación constitucional”, confundiendo la importancia que ciertamente tiene tal fuerza normativa para el derecho constitucional, con un elemento que, visto desde la teoría del derecho, no coadyuva en el proceso de descubrir o crear significados de una disposición constitucional, sino que aparece en un momento posterior a la interpretación.

En general, de lo expuesto en este capítulo y desde el punto de vista del observador académico y de la teoría del derecho, podemos afirmar que la interpretación constitucional es aquel proceso mediante el cual, de un lado, se busca «descubrir» el significado de aquel contenido que en su esencia está predeterminado en una o más disposiciones constitucionales; y que, de otro lado, se busca «crear» un significado

³⁰⁸ Expedientes N.ºs 00008-2012-PI/TC FFJJ 56 y ss.; 00013-2010-PI/TC FJ 5; y 04235-2010-PHC/TC FFJJ 14 y ss.

en aquello que otras disposiciones constitucionales han delegado a determinados órganos (legislador, jueces o Tribunal Constitucional), expresa o implícitamente.

Si en dicho proceso se debe «descubrir» o «crear» el significado de una disposición constitucional, va a depender del tipo de disposición que debemos interpretar: **i)** si trata de una disposición con contenido normativo determinado o por lo menos con su *contenido normativo básico* determinado, entonces el proceso a seguir es el de *descubrir* dicho contenido. En dicho proceso puede haber *cierta actividad creativa mínima (discrecionalidad reducida)*, en la medida que al final del proceso interpretativo pueden aparecer nuevas propiedades jurídicas que no se apreciaban *formalmente* en el texto inicial, pero ello es sólo una posibilidad, que puede no darse (porque el contenido normativo es absolutamente claro), o puede darse (pero sólo complementariamente al *contenido normativo básico* determinado). Por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional identifica el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de asociación, *descubre* determinadas características principales de tal derecho (facultades de asociarse, de no asociarse, libertad de constituir asociaciones, de pertenecer a ellas libremente, de desafiliarse de una a la que pertenezca, de no ser excluido arbitrariamente o la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización)³⁰⁹, que forman parte de su núcleo normativo básico y lo hacen distinguible de otros derechos. El juez, al realizar la respectiva actividad interpretativa, no podría crear algo distinto de dichas propiedades; y **ii)** si se trata de una disposición constitucional que delega la “creación” de nuevas normas constitucionales, entonces el proceso a seguir es el de *crear* un contenido constitucional nuevo. Por ejemplo, cuando la Constitución establece en el artículo 3° que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, está autorizando, bajo determinados límites generales, la creación de nuevos derechos fundamentales, es decir, la creación, vía interpretativa, de nuevas normas constitucionales (**discrecionalidad amplia**). Como sostiene el Tribunal Constitucional “la apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita”.³¹⁰

No se puede afirmar que en “todo” proceso de interpretación de “toda” disposición constitucional se deban o puedan *crear* nuevos significados. Lo que más se hace en

³⁰⁹ Expediente N.° 03574-2007-PA/TC FFJJ 46-47.

³¹⁰ Expediente N.° 03315-2004-PA/TC FJ 10. Asimismo, en otro caso el TC sostuvo que “Es bien conocido que, en un sinnúmero de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales a consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de ‘desarrollo de los derechos fundamentales’, cuyo propósito no solo es prestarle reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de la Constitución”. Expediente N.° 00895-2001-AA/TC.

materia interpretativa de la Norma Fundamental es *descubrir* sus significados³¹¹ y sólo excepcionalmente se *crean* nuevos significados, nuevas normas constitucionales, cuando la propia Constitución lo autoriza. En general, cuando los jueces o el Tribunal Constitucional interpretan la Constitución deben *descubrir* los significados que ella contiene, verificando su modo de aplicación a cada caso concreto, por ejemplo, comprobando si el supuesto de hecho concreto se subsume o no en la respectiva norma constitucional, o incluso cuando se debe identificar la solución ponderada en un caso específico (pues dicha solución ponderada no se obtiene de la discrecionalidad amplia del juez, sino de forma complementaria partiendo de un *contenido normativo básico* que contienen los principios a ponderar). Más allá de la alta vaguedad o ambigüedad de las disposiciones constitucionales ya existe en ellas un *contenido normativo básico* que el intérprete debe descubrir.

Al afirmar que lo más frecuente en materia de interpretación de la Constitución es *descubrir* significados, nos oponemos a aquellas consideraciones que asumen una permanente y totalizadora actividad de *crear* significados. La Constitución es un conjunto normativo puesto (positivizado) por una determinada autoridad, que más allá de la indeterminación, ambigüedad o alto contenido valorativo de sus disposiciones, tiene ya, en general, un *mínimo contenido normativo* en cada una de ellas, pero no tiene un conjunto normativo que posibilite la “creación” jurisprudencial, en la totalidad de sus disposiciones, conforme a las distintas prácticas y contextos (por ejemplo, no se realiza interpretación *creativa* sobre normas inderrotables como las constitutivas). Es evidente que la interpretación *creadora* de significados se presenta en la interpretación constitucional de los jueces, pero ésta es excepcional, lo que implica una **discrecionalidad amplia** para *crear* nuevas normas, por ejemplo, cuando no exista norma constitucional, siempre que la propia autoridad constituyente haya delegado expresa o implícitamente tal potestad creadora.

Cuando los jueces interpretan una disposición sobre derechos fundamentales no están buscando *crear* aquel significado nuevo que libremente estiman aplicable al caso. Tienen discrecionalidad, eso es claro, pero dicha discrecionalidad es limitada, pues se reduce a elegir, entre diversas alternativas, aquel significado que, a raíz del caso concreto, se identificará como *contenido normativo complementario* de aquel *contenido normativo básico* establecido en una disposición de derecho fundamental. En dicho proceso hay algo de “*creación*”, eso también es claro, pero no es creación

³¹¹ Al respecto, conviene recordar las interesantes expresiones de Segundo Linares: “en definitiva, en materia de interpretación de la Constitución rechazamos toda pretensión de pureza metodológica que imponga al intérprete el uso exclusivo y absoluto de un método determinado a la manera de las fórmulas matemáticas o las recetas medicinales. El intérprete ha de tener amplia libertad para escoger y utilizar los diversos procedimientos metodológicos que conoce la técnica constitucional. El éxito fincará, entonces, no en la aplicación rigurosa de tal o cual método –que sus respectivos sostenedores puedan considerar como una verdadera panacea de la hermenéutica– sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma constitucional en el momento de ser interpretada, congruente con los grandes propósitos o fines de la Constitución, el primero y el más importante de los cuales es la garantía de la libertad y la dignidad humana (...)”. [resaltado agregado] LINARES QUINTANA, Segundo. “La interpretación constitucional”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). *Interpretación Constitucional*. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2005, p.766.

de un derecho nuevo, ni creación en sentido estricto³¹², sino la aparición *formal* de unos *contenidos normativos complementarios* que se pueden *descubrir* a partir del aludido *contenido normativo básico*.³¹³

Con lo antes expuesto, y eso debe resaltarse, no pretendemos afirmar que “todo” el contenido normativo de las disposiciones constitucionales se encuentra “predeterminado”, y que no existen autorizaciones para *crear* nuevo derecho. Nada de eso. Tan sólo se pretende evitar las distorsiones que se podrían generar como consecuencia de discursos sobre la interpretación constitucional, tales como los siguientes: i) que la interpretación jurídica, incluida la constitucional, implica siempre una etapa postinterpretativa en la que se *reconstruyen* las disposiciones jurídicas; o ii) que el juez es quien en definitiva hace el derecho, siendo las disposiciones jurídicas, simples instrumentos que dicho juez puede transformar libremente. En efecto, en cuanto al punto i), debe resaltarse que desde el punto de vista del juez que debe resolver un caso constitucional, la regla general, no va a estar constituida por una discrecionalidad amplia para *reconstruir* los significados de las disposiciones constitucionales objeto de interpretación, pues sólo excepcionalmente, en los casos extremadamente difíciles, se realizará tal actividad de reconstrucción. Lo mismo sucede con el punto ii), pues el juez será quien hace, *creativamente* el derecho, sólo de modo excepcional, en los casos extremadamente difíciles, pero no en la mayoría de los casos. La crítica a las aludidas tesis, más allá de sus importantes contribuciones a la interpretación jurídica, es haber generalizado lo que realmente sucede en casos excepcionales.

Finalmente, cabe mencionar que la intención subjetiva del Poder Constituyente, de los denominados “padres fundadores”, es importante en la interpretación de la Constitución, pero tal interpretación no puede circunscribirse únicamente a la voluntad de los constituyentes, pues más allá de la dificultad de identificar tal voluntad en cada uno de los 206 artículos de la Constitución, queda claro que una vez promulgada la Norma Fundamental ésta se independiza de su autor. La voluntad subjetiva de los constituyentes puede servir más bien como uno de los criterios que nos ayudan a descubrir la voluntad objetiva de la norma constitucional.

3.5.3. Los criterios de interpretación de la ley son la base más frecuente, aunque no la única para la interpretación de la Constitución

Al examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha podido apreciar que los denominados criterios de interpretación de la ley son permanente utilizados en la interpretación de las disposiciones constitucionales, incluso con mayor frecuencia que los denominados criterios específicos de interpretación de la

³¹² Según la Real Academia Española, la palabra “crear” significa: “producir algo de la nada” o establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado”.

³¹³ Lo expuesto coincide, en cierta medida, aunque sin usar la expresión “descubrir”, con lo expuesto por Hesse: ““la interpretación constitucional es concretización. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la ‘realidad’ de cuya ordenación se trata. En ese sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma”. HESSE, Konrad. *op.cit.* p.63.

Constitución. Ello nos indica de alguna forma que la interpretación constitucional, si bien presenta características especiales, no deja de ser parte de la interpretación jurídica en general, de modo tal que para interpretar las disposiciones constitucionales nuestro punto de partida debe ser el conocimiento de los criterios de interpretación de la ley.

De los denominados criterios específicos de interpretación de la Constitución (unidad, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora, fuerza normativa de la Constitución), formulados por Hesse y recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, estimamos que sólo constituyen, propiamente, criterios de interpretación que nos ayudan a descubrir significados, los criterios de unidad de la Constitución (que en realidad es una forma de interpretación sistemática), de concordancia práctica, corrección funcional y función integradora, no siendo el de fuerza normativa de la Constitución uno que se constituya en criterio de interpretación pues el efecto vinculante que le busquemos dar a las normas es presenta luego de que ya han sido interpretadas y no antes. Lo mismo pasa con el criterio de interpretación de la ley conforme con la Constitución pues, en sentido estricto, este criterio no nos ayuda a interpretar una disposición constitucional, sino a interpretar una disposición *legal* pero buscando encontrar otro sentido interpretativo que resulte compatible con la Constitución.

Un supuesto diferente es el criterio de interpretación de la Constitución conforme a la ley, en el que partiendo de lo que hemos entendido como la supremacía interpretativa de la Constitución por parte del Poder Legislativo en el ámbito de lo constitucionalmente posible, se asume que cuando los tribunales interpretan las disposiciones constitucionales, por ejemplo, derechos fundamentales de configuración legal, no podrán omitir tomar en consideración aquella interpretación del Tribunal Constitucional que delimita su contenido esencial, sino además aquel contenido complementario identificado por el legislador.

3.5.4. La argumentación jurídica constituye el fundamento de legitimidad de la interpretación constitucional

Si bien hemos concluido en que la interpretación de las disposiciones constitucionales implica no sólo un proceso de *descubrir* significados, sino también de *crearlos*, ello no significa que en el acto interpretativo constitucional se deban utilizar ambos procesos, a la vez, en todos los casos. Es distinta la forma de interpretar cuando no hay norma aplicable –y por tanto debe *crearse* una nueva norma, que cuando ya existe una norma aplicable pero que no está completa, en cuyo caso el proceso a seguir es el *descubrir* lo que dicha norma pretende regular.

Precisamente, la argumentación jurídica se constituye en el mecanismo indispensable que el juez debe utilizar para legitimar sus decisiones cuando utiliza una u otra forma de interpretación constitucional. Sólo con la respectiva justificación interna y externa de su decisión el juez podrá exponer las razones jurídicas y fácticas relevantes para *descubrir* o *crear* significados, según sea el caso concreto.

Es por ello que la argumentación jurídica de los jueces, en cuanto a la interpretación de las disposiciones constitucionales en el caso concreto, debe desarrollarse teniendo en cuenta los siguientes pasos:

- *Paso 1: identificación de la disposición constitucional aplicable al caso concreto*

Conforme a la descripción de los elementos característicos del caso concreto (que se obtendrán de los argumentos de las partes o de los elementos probatorios que aparezcan en el expediente), se deberá identificar la disposición constitucional *relevante* que resulte aplicable al caso, ya sea por invocación de las partes o de oficio, en aplicación del principio *iura novit curia*. En este último supuesto, el juez que identifique de oficio la disposición constitucional aplicable tiene la obligación de circunscribirse estrictamente a identificar la disposición relevante para solucionar el caso concreto.

Asimismo, es importante resaltar que con frecuencia se pueden observar demandas en las que se invoca la aplicación de innumerables disposiciones constitucionales, no necesariamente relacionadas con la solución del caso. En este punto, el juez debe realizar un control de *relevancia* de modo tal que se identifiquen las disposiciones constitucionales que, por su relación directa e importancia en la solución del caso concreto, justifiquen su interpretación.

- *Paso 2: identificación del problema interpretativo (si el caso constitucional es fácil, difícil o trágico)*

El siguiente paso consiste identificar cuál es el problema interpretativo que presenta la disposición constitucional que será objeto de interpretación. Dicha labor pasa por verificar, desde el punto de vista de la premisa normativa, si el caso constitucional es fácil, difícil o trágico. Reconociendo que no es posible una definición precisa de lo que es un caso fácil o de caso difícil, y dentro de este último, lo que sea un caso trágico, estimamos que, desde la perspectiva del razonamiento judicial, si es posible distinguir entre dichos tipos de casos. Así, un caso fácil podrá ser entendido como aquel en que, por ejemplo, es comprensible claramente la norma jurídica aplicable al caso, es decir, no hay mayor problema para identificar un supuesto de hecho general y su respectiva consecuencia jurídica. Un caso difícil, por ejemplo, será aquel en el que no se podrá identificar claramente un supuesto de hecho general o su respectiva consecuencia jurídica, o que plantea conflictos entre derechos fundamentales. Y finalmente, un caso trágico, en tanto especie agravada de un caso difícil, es aquel que, por ejemplo, no tiene una respuesta normativa por parte del derecho para el caso concreto.

Coadyuva en la labor de verificar casos fáciles y difíciles (moderada y extremadamente difíciles), la identificación de los siguientes tipos de problemas interpretativos que se pueden presentar en la norma constitucional: cuando el “autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad o vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de laguna y contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho

–lo escrito– y lo que se quiso decir); es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento”³¹⁴

- Paso 3: determinación sobre si el caso requiere “descubrir” o “crear” significados

Si ya hemos identificado tanto la disposición constitucional que será objeto de interpretación, así como el respectivo problema interpretativo (si el caso es fácil, difícil o trágico), corresponde establecer el proceso interpretativo que se requerirá para identificar el significado que nos ayude a solucionar el caso, es decir, si en el caso concreto debemos: i) “descubrir” el significado que a partir de un *contenido normativo mínimo* de la disposición constitucional, y en función del caso concreto, constituirá el *contenido normativo complementario* descubierto por el juez; o ii) “crear” el significado que, por ejemplo, ante la ausencia de disposición constitucional que, en función del caso concreto, constituirá el nuevo contenido normativo que sirva para solucionar el caso.

La relevancia de esta distinción se va a poder apreciar en los niveles de discrecionalidad del juez al momento de interpretar una disposición constitucional. En general, los jueces, cuando buscan *descubrir* el significado de una disposición constitucional, tiene un nivel de *discrecionalidad reducida*, mientras que cuando buscan *crear* un nuevo significado, tiene un nivel de *discrecionalidad amplia*. Un ejemplo de lo primero se presenta cuando el Tribunal Constitucional identifica el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. En el caso CGTP³¹⁵, el TC interpretó el artículo 2°.12 de la Constitución que estableció lo siguiente: toda persona tiene derecho “a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”. Conforme a dicha disposición constitucional, el TC estableció que el contenido esencial del derecho de reunión se encuentra compuesto por los siguientes elementos: a) subjetivo: se trata de un derecho individualmente titularizado, pero sólo susceptible de ejercitarse de manera colectiva; b) temporal: manifestación temporal o efímera de su ejercicio; c) finalista: su finalidad debe ser lícita; d) real o espacial: se ejerce en un lugar de celebración concreto (éstos lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, así como plazas o vías públicas); y e) eficacia inmediata: no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio. Si revisamos tal interpretación podemos apreciar que dichos elementos del derecho de reunión constituyen un proceso de *descubrimiento* de significados que el juez constitucional obtiene de una disposición expresa. Su discrecionalidad es relativa. No está *creando* derecho nuevo. En un sentido formal hay creación, porque aparece algo que formalmente no estaba antes,

³¹⁴ ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Op.cit. p.437.

³¹⁵ Expediente N.º 04677-2004-AA/TC FJ 15.

pero si apreciamos el proceso interpretativo, verificaremos que, fundamentalmente, se han identificado *contenidos normativos complementarios* de aquel *contenido normativo básico* ya establecido en la respectiva disposición constitucional.

Un ejemplo de lo segundo, la *creación* de un nuevo significado, se presenta, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional, *crea* un nuevo derecho fundamental. En el caso Villegas Namuche³¹⁶, un proceso de habeas corpus en el que se denunciaba la desaparición forzada de Genaro Villegas Namuche, el TC, ante la inexistencia de una norma jurídica que sirva para solucionar el caso, decidió, a partir de determinados hechos concretos (Genaro era un estudiante de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional de Piura. El día 2 de octubre de 1992 salió a trabajar, y que nunca más se le volvió ver. Se afirma que al día siguiente, hombres armados y encapuchados, en número de veinte, bajaron de carros portatropa e ingresaron violentamente a su domicilio, forzando la puerta, en busca de material subversivo), *crear* un nuevo derecho fundamental: el derecho a la verdad, el mismo que se debe entender como “el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal (...) se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores”. En la parte resolutive de este caso, el TC declaró fundada la demanda por vulneración del derecho a la verdad. Si revisamos tal interpretación podemos apreciar que tanto el derecho a la verdad como sus elementos constitutivos constituyen un proceso de *creación* de significados que el juez constitucional realiza para solucionar el caso. Su discrecionalidad es amplia. Está *creando* derecho nuevo.

Este paso de diferenciar entre *descubrir* y *crear* significados es importante en nuestra opinión porque nos va a servir, mínimamente, para que el juez pueda identificar sus niveles de discrecionalidad (reducida o amplia, ésta última excepcionalmente) al momento de interpretar las disposiciones constitucionales, y a su vez para criticar a los autores neoconstitucionalistas o antipositivistas que, pronunciándose respecto de particulares casos extremadamente difíciles, desmerecen la interpretación semántica y apuestan por una interpretación creadora, cuando en realidad ésta se presenta sólo de modo excepcional.

- Paso 4: aplicación de los criterios de interpretación constitucional, según se trate de “descubrir” o “crear” significados

En general, aunque no con precisión matemática, estimamos que la aplicación judicial de los criterios de interpretación constitucional, puede seguir, tentativamente, el siguiente esquema:

³¹⁶ Expediente N.º 02488-2002-HC/TC.

Argumentación del proceso de “descubrir” significados constitucionales³¹⁷:

- El criterio gramatical, que considera las palabras del texto a interpretar como un medio necesario para llegar a interpretar una disposición constitucional, es el punto de partida de todo proceso de interpretación constitucional. En la interpretación de dichas palabras puede ser de utilidad, aunque sea sólo referencial, el criterio histórico, es decir, lo que pensaron los autores de las disposiciones. De existir diferencias entre el criterio gramatical y el criterio histórico, debe prevalecer el primero en la medida que el texto se independiza una vez que ha sido dictada la respectiva disposición que lo contiene.
- Los criterios lógico y teleológico, constituyen los siguientes pasos en el proceso de *descubrir* los significados de una disposición, en la medida que debemos hacer un examen del razonamiento interno de la disposición, así como la identificación del fin, propósito o valor que ésta busca proteger.
- Los criterios sistemático (o de Unidad de la Constitución), y de concordancia práctica, son los siguientes pasos a seguir. Mediante dichos criterios ya no estamos en lo que podríamos denominar una fase individualizada en la disposición constitucional objeto de interpretación, sino que buscamos su compatibilidad con el resto de disposiciones de la Constitución. Estos criterios no siempre serán coincidentes con la interpretación que hemos identificado en la aludida fase individualizada. Dependiendo del caso concreto se establecerá la respectiva carga de argumentación que legitime la actuación judicial.
- Los criterios de corrección funcional y de función integradora no son frecuentemente utilizados, aunque son muy importantes cuando el legislador deba interpretar la Norma Fundamental, dentro del ámbito de lo *constitucionalmente posible*. Sin embargo, el juez debe tomarlos en consideración cuando en los anteriores pasos aparezcan disposiciones de la parte orgánica de la Constitución, de modo que el significado a descubrir no termine desvirtuando las funciones y competencias de los diferentes poderes u órganos constitucionales.
- Finalmente, en cuanto al criterio de interpretación de la Constitución conforme a ley, cabe mencionar que en su labor de interpretación el juez no puede dejar de interpretar, por ejemplo, las disposiciones que reconocen derechos fundamentales de configuración legal, de conformidad con dicha configuración, reconociendo como perteneciente al contenido del derecho aquel ámbito establecido por el legislador que resulte constitucionalmente relevante.

Argumentación del proceso de “crear” significados constitucionales

³¹⁷ Cfr. GARCÍA BELAÚNDE. Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N.º 86, octubre-diciembre, 1994. pp. 35-37.

- Este tipo de argumentación tiene menos predictibilidad en cuanto a la materialización del proceso de *creación* de significados, por lo que va a depender del caso concreto. Definitivamente que en el ámbito judicial dicho proceso creativo se producirá de modo excepcional e implicará la utilización de una discrecionalidad amplia por parte del juez. Sin embargo, no estará exenta de ciertos límites que se deberán observar en el proceso interpretativo. Por ejemplo, cuando se decida crear nuevos derechos fundamentales basándose en el artículo 3° de la Constitución, se deberán observar los siguientes parámetros: i) normativos, pues es el nuevo derecho, deberá fundamentarse en “en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”; y ii) relacionados y orientados por aquellos se encuentran los parámetros argumentativos, pues dicha discrecionalidad amplia para crear significados debe observar también las exigencias generales que las teorías de la argumentación jurídica establecen para justificar un caso difícil (o trágico, cuando se trata de la inexistencia de una disposición que solucione un caso). Según MacCormick, dicha justificación “en primer lugar, debe cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia) y en relación con el mundo (lo que significa, que el argumento decisivo, dentro de los límites marcados por los anteriores criterios, es un argumento consecuencialista).³¹⁸ Adaptando dichas exigencias generales, podemos asumir que para argumentar la *creación* de un derecho fundamental, debemos tomar en cuenta lo siguiente:
- La universalidad exige que el significado creado, pueda constituirse, mínimamente, como una premisa normativa que exprese un principio o un enunciado normativo universalizable, y no particular para el caso concreto.
- La consistencia, exige que el significado creado no resulte antinómico, es decir, que no genere contradicciones normativas en el sistema constitucional respecto de un mismo supuesto de hecho concreto.
- La coherencia, exige que el significado creado pueda subsumirse, conectarse, relacionarse o unirse con aquel conjunto de principios generales o valores del sistema constitucional.
- El consecuencialismo que, desde la perspectiva de Mac Cormick, puede resultar compatible con la idea de que “para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones substantivas: razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve cierto

³¹⁸ Citado por ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Palestra Editores, Lima, 2004. p.115.

estado cosas que se considera valioso) y razones de corrección (una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior)”³¹⁹.



³¹⁹ *Idem*.p.125

Conclusiones Finales

1. Un importante aporte del movimiento neoconstitucionalista tiene que ver con el gran impulso que, más allá de lo correctas o incorrectas de las tesis que lo caracterizan, se ha dado a las discusiones teóricas y jurisprudenciales en el ámbito de la teoría del derecho y del derecho constitucional. Las discusiones sobre el concepto del derecho, la estructura de las normas constitucionales o las posibilidades de la interpretación constitucional, no habrían llegado a los niveles de análisis que hoy podemos apreciar si es que hubiéramos continuado con la inercia propia del positivismo jurídico vigente en el Estado Legal de Derecho.
2. Sin embargo, el razonamiento judicial muestra una de las principales críticas que podemos formular a dicho movimiento neoconstitucionalista. El error de los neoconstitucionalistas, en nuestro concepto, es pretender generalizar lo que sucede, básicamente, en los denominados casos difíciles (o en los casos extremadamente difíciles), los que sólo constituyen una mínima parte de los casos que se presentan en los diferentes ordenamientos jurídicos.
3. En el Estado Constitucional, la excepción no puede convertirse en la regla. Si excepcionales casos difíciles pueden dar cuenta de un nuevo concepto de derecho (unido con la moral), o de una distinción fuerte entre reglas y principios, o de una interpretación en la que el intérprete tiene una discrecionalidad amplia para “crear” derecho, ello no es razón suficiente para afirmar que todos los casos de un ordenamiento jurídico concreto o el derecho en general, tengan tales características. No es necesario exagerar o deformar conceptos para expresar nuevas teorías, más aún cuando ello repercute directamente en los jueces que son al final los destinatarios de nuestras teorizaciones.
4. Es en el ámbito argumentativo del derecho en el que pueden aparecer las distorsiones para aquellos jueces orientados por las tesis neoconstitucionalistas, pues al asumir incorrectamente que en todos los casos –fáciles y difíciles– el derecho se encuentra unido con la moral o que la interpretación constitucional es siempre reconstrucción de contenidos normativos, ven distorsionado el razonamiento a emplear en la argumentación del caso concreto que deben solucionar, excediendo sus límites y reemplazando al Poder Constituyente o al Poder Legislativo, respectivamente.
5. De la revisión de tres de los grandes asuntos que influyen en el razonamiento jurídico de los jueces en el Estado Constitucional (el concepto del derecho, la estructura de las normas constitucionales y la interpretación constitucional), podemos concluir que, en cuanto a tales temas, el neoconstitucionalismo refleja una perspectiva más política o ideológica, pues pretendiendo forzar y reforzar la fuerza vinculante de la Norma Fundamental, frente a la arbitrariedad generada en el Estado Legal de Derecho (manifestada, por ejemplo, en el desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales), termina trastocando o alterando lo que sucede en los diferentes ordenamientos jurídicos, en los diferentes roles (de la jurisdicción, doctrina, etc.), o en los diferentes tipos de casos (fáciles, difíciles o extremadamente difíciles), para asumir, mediante una generalización incorrecta,

la necesaria vinculación entre derecho y moral, la distinción fuerte entre reglas y principios, así como la interpretación constitucional “creadora” de significados.

6. Es en los casos extremadamente difíciles en los que se requiere un juez con un razonamiento constitucional caracterizado por una discrecionalidad amplia, que a partir de la identificación del *contenido normativo mínimo* del respectivo tipo de norma constitucional, busque *complementar* dicho contenido mediante un concepto de derecho en íntima conexión con la moral crítica, descubriendo y creando aquellos *contenidos normativos complementarios* que le sirvan para solucionar el caso concreto sometido a su conocimiento. Es básicamente en los casos extremadamente difíciles, y no en todos los casos, en los que resultan aplicables los principales postulados del neoconstitucionalismo.
7. No cabe duda que los ordenamientos jurídicos contemporáneos, por ejemplo, los latinoamericanos, vienen constitucionalizándose progresivamente. Ello ha generado la exigencia indesligable del razonamiento constitucional en la actividad de los jueces. No obstante, éste no debe ser un *razonamiento constitucional aparente* (que termina manteniendo un encubierto formalismo legalista), ni tampoco un *razonamiento constitucional extralimitado* (que coincide con los defectos de generalización del neoconstitucionalismo), sino debe ser un *razonamiento constitucional prudente* (que parte de reconocer que en los casos constitucionales fáciles o en los moderadamente difíciles, los contenidos normativos puestos por el Poder Constituyente deben ser *descubiertos* por el juez, mientras que en los casos extremadamente difíciles, partiendo del *contenido normativo mínimo* de las disposiciones constitucionales, adicione, mediante su poder de *creación* de significados, aquel *contenido normativo complementario* que resulte necesario para solucionar correctamente el respectivo caso concreto).

Bibliografía

- AARNIO, Aulis. "Reglas y principios en el razonamiento jurídico". *Anuario da Faculdade de Direito*, pp. 593-602. En: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>.
- AGUILÓ, Josep. *Sobre Derecho y argumentación*. Mallorca, Leonard Muntaner Editor, 2008, p.11. En: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/derechoargumentacion.pdf>.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Argentina, Editorial Astrea, 2006.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1994.
- ALEXY, Robert. "Sobre la estructura de los principios jurídicos". En: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALEXY, Robert. "La naturaleza de la filosofía del derecho". *Doxa*. N.º 26, 2006, .
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición, Madrid, CEPC, 2007
- ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*. Barcelona, Ariel, 2ª edición, 2004.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *Isonomía* N.º 27, Octubre de 2007|
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009.
- ATIENZA, Manuel. "Sobre la única respuesta correcta". *Jurid. Manizales*, Colombia 6(2): 13-26, julio-diciembre, 2009. En: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf>.
- ATIENZA, Manuel. *Interpretación constitucional*. Bogotá, Universidad Libre, 2010.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid, Trotta, 2013.
- ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios*. Madrid, Marcial Pons, 2011.
- BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo moral". En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N.º 31, Año 2001.
- BARRANCO AVILES, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- BAYON, Juan Carlos. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BAYON, Juan Carlos. "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?". *Doxa*, N.º 24, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos. "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo". En: *¿Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos*. Lima, Jurista Editores, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid, Editorial Debate, 1993.
- BONORINO, Pablo Raúl. *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Colombia, Siglo del hombre Editores, 2003.
- BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, 1993.
- BUSTAMANTE, Thomas. "Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*". En: BONORINO, Pablo (ed). *Teoría del derecho y decisión judicial*. Madrid, Bubok, 2010.
- BUSTAMANTE, Thomas. "Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios". En *Doxa*, N.º 33, 2010.
- CALSAMIGLIA, Albert. "Por qué es importante Dworkin?". *Doxa*, N.º 2, 1985.

- CALSAMIGLIA, Albert. "El derecho como integridad: Dworkin". Working Paper N° 25, Barcelona, 1990, p.3. En: www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_1_25
- CARBONEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- CARPIO MARCOS, Edgar. "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)". En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (coord.). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio. Tomo VI: Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*. UNAM, 2008
- CLÉRICO, Laura y SIECKMANN, Jan (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 2012.
- DE LORA, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, CEC, 1998.
- ETCHEVERRY, Juan y SERNA, Pedro. *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*. Granada, Editorial Comares, 2010.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*. Lima, Grijley, 2011.
- FERRERES COMELLA, Víctor. *Estudio introductorio a SAGER, Lawrence. Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N.º 86, octubre-diciembre, 1994. pp. 9-37.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina". Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N.º 58/59.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1988.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso. "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto del Derecho". *Diritto e questioni pubbliche*, N.º 3, 2003.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid, Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional. Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy". En: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Quito, Corte Constitucional.
- GASCÓN, Marina y otro. *La argumentación en el Derecho*. 2ª edición corregida, Lima, Palestra Editores, 2005.
- GONZALES MANTILLA, Gorki. "El neoconstitucionalismo y el papel de los jueces". Lima, *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, N.º 383, 29 de noviembre de 2011
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2010

- GREEN, Leslie. "El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral". En: *New York University Law Review*, Vol.83, N.º 4, (2008), pp. 1035-1058. En: <http://hpi2010.files.wordpress.com/2010/09/25-green-leslie-el-positivismo-y-la-inseparabilidad-del-derecho-y-la-moral.pdf>.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Trotta, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México, Editorial Porrúa, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs Norma*. Lima, Palestra Editores, 2011.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano, Giuffré Editore, 2011.
- HABA, Enrique P. "Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El bluff Dworkin". *Doxa*, N.º 24.
- HABERLE, Peter. "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, N.º13, enero-junio, 2010.
- HART, H.L.A. "Postscriptum". En: *La decisión judicial*. Siglo del hombre editores. Bogotá, Universidad de los Andes.1997.
- HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 3ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- HERNANDO NIETO, Eduardo. "Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica, ¿son realmente proyectos convergentes? En: *Gaceta Jurídica*, Guía 6, diciembre de 2009, p. 191.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, CEC y Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.
- HIMMA, Kenneth Einar. *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México, Distribuciones Fontamara, 5ª reimpresión, 2008.
- LANDA ARROYO, César. "Teorías de la interpretación constitucional". En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). *Interpretación Constitucional*. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2005.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Ariel, 2ª ed. 2001.
- LIFANTE, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid, CEPC, 1999.
- LIFANTE, Isabel. "La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista". En Anuario de Filosofía del Derecho, España, Tomo XXV, 2008-2009.
- LIFANTE, Isabel (ed.). *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima, Palestra Editores, 2010.
- LINARES QUINTANA, Segundo. "La interpretación constitucional". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). *Interpretación Constitucional*. México, Editorial Porrúa, Tomo II, 2005.
- LOPERA, Gloria. "Los derechos fundamentales como mandato de optimización". *Doxa*, N.º 27, 2004.
- LOPEZ MEDINA, Diego. *Interpretación Constitucional*. 2ª ed., Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia, marzo de 2006

- MACCORMICK , Neil. *Ragionamento giuridico e teoría del diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2001.
- MARTINEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MARTINEZ ZORRILLA, David. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MARMOR, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2001.
- MENDOZA, Mijail. *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional Peruano*. Lima, Gráfica Bellido, 2000.
- MODUGNO, Franco. *Lineamenti di teoría del diritto oggettivo*. Torino, Giappichelli Editore, 2009.
- MORALES LUNA, Félix. *La filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*. Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho. Universidad de Alicante, 2008. p. 384 y ss. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/11057/1/tesis_doctoral_felix_morales.pdf
- MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*. Madrid, CEPC, 1997.
- MORESO, José Juan. "In difesa del positivismo giuridico inclusivo". *Ars Interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica*. 2001.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- MORESO, José Juan. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- MORESO, José Juan. "La ciudadela de la moral en la corte de los juristas". En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/la-ciudadela-de-la-moral-en-la-corte-de-los-juristas.pdf>.
- MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 2010.
- PINO, Giorgio. "I principi tra teoría della norma e teoría dell'argomentazione giuridica". *Diritto e questioni Pubbliche*. N.º 11, 2011.
- PINO, Giorgio. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima, Palestra, 2013.
- PORTOCARRERO, Jorge. *Peligros y límites de la ponderación. Análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos paradigmáticos del Tribunal Constitucional*. Tesis. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1605/1/portocarrero_qj.pdf.
- POSCHER, Ralf. "Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios". En: SIECKMANN, Jan-R (Ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2011.
- POZZOLO, Susana. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". *Doxa*, N.º 21, 1998, pp. 355-370.
- POZZOLO, Susana. "Inclusive Positivism. Alcune critiche". *Diritto e questioni pubbliche*, N.º 1, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. "Notas sobre la interpretación constitucional". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid. N.º 9, mayo-agosto, 1991.
- PRIETO, Luis, BETEGÓN, Jerónimo y GASCÓN, Marina. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: McGraw Hill, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Trotta, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. México, Fontamara, 2005

- PRIETO SANCHIS, Luis. "Derecho y moral en la época del constitucionalismo". *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N.º 10 – jul/diez, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, Trotta, 2013.
- PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima-Bogotá, Palestra-Temis. 2013.
- RAZ, Joseph. "La intención en la interpretación". *Doxa*. 20, 1997, pp. 199-233.
- RÓDENAS, Angeles. "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas". *Doxa*, N.º 24, 2001.
- RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- RODRÍGUEZ SANTANDER Roger. "La cláusula de los derechos no enumerados en el marco del debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico". En: AA.VV. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, Guía 3, 2009.
- RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán. "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho". *Doxa*, N.º 24, 2001.
- RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- RUIZ MANERO, Juan. "Una tipología de las normas constitucionales". En AGUILÓ, Josep y otros. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid, Iustel, 2007
- SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- SAENZ DÁVALOS, Luis. "Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización". En: AA.VV. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, Guía 3, 2009.
- SÁNCHEZ, Luis Manuel. *Después del positivismo. Re-sustantivando el derecho*. México. Editorial Fontamara, 2011.
- SASTRE ARIZA, Santiago. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo". En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Granada, Editorial Comares, 2005.
- SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni Communita, 1997.
- SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SCHIAVELLO, Aldo. "Introduzione all'edizione italiana". En: MACCORMICK , Neil. *Ragionamento giuridico e teoría del diritto*. Torino, Giappichelli Editore, 2001.
- SCHIAVELLO, Aldo y VELUZZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporáneo*. Torino, Giappichelli Editore, 2005.
- SIECKMANN, Jan-R (Ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2011.
- SQUELLA, Agustín. *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. 2ª ed. México, Fontamara, 1998.
- TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Lima, Palestra, 2013.
- VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y moral*. Barcelona, Gedisa, 1998.
- VILLA, Vittorio. "Il positivismo giuridico di Neil MacCormick", *Diritto e questioni pubbliche*. N.º 9, 2009, pp. 29-52.
- VELUZZI, Vito. "Interpretación Sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación". *Doxa*. 21-I, 1998, pp.65-82.
- VIOLA , Francesco. "R. Von Jhering e la conoscenza del diritto". Estratto dal volumen "Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e política", Aprile, 1974, Edizioni

Celup, Palermo, pp.25 y ss. En:
http://www.unipa.it/viola/Jhering_e_la_conoscenza_del_diritto.pdf.
WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
VILLA, Vittorio. *Una teoría pragmáticamente orientata dell'interpretazione giuridica*.
Torino, Giappichelli Editore, 2012.
WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. 1ª
edición reimpresión, Madrid, Civitas, 1988.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino, Einaudi, 1992.

