

TÍTULO SEGUNDO

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN GENERAL Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR

CAPÍTULO

I

**APROXIMACIÓN TEÓRICA A
LA POLIFACÉTICA TEMÁTICA DE
LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA
EN GENERAL**

I. Prolegómeno

Razones metodológicas y de construcción teórica del soporte de argumentaciones que más adelante efectuaremos (en torno a la interpretación constitucional y otros puntos afines), nos impulsan a brindar aquí algunas precisiones sobre un espacio temático inagotable: *el razonamiento y la interpretación jurisdiccionales*.

Si bien el epígrafe de este capítulo alude a apuntamientos *teóricos*, obviamente estos se enlazan con problemas prácticos de la interpretación jurídica en general y, ya más singularizadamente, de la hermenéutica constitucional. Por ejemplo, respecto de esta última, todo lo concerniente a las circunstancias pragmáticas que rodean y se desprenden del dictado de *sentencias “atípicas o intermedias”* por parte del órgano de cierre de la justicia constitucional de que se trate.

En una simplificación extrema de la cuestión, tres son las grandes tesis que han procurado explicar aquel fenómeno. Esas corrientes de pensamiento anudan a la hermenéutica jurisdiccional problemas jurídicos tan arduos como reveladores. Por caso, descifrar si ella es o no una actividad cognoscitiva (y si lo es, en qué medida); examinar el grado de determinación/indeterminación del derecho; dilucidar si existe o no unidad de respuesta correcta para cada caso difícil; discurrir sobre el radio de acción de la discrecionalidad judicial; y determinar si el juez puede o no crear derecho.

Como es fácil suponer, semejantes cuestiones —que han dado lugar a ríos de tinta— no pueden ser exhaustivamente abarcadas en este limitado compendio introductorio.

En consecuencia, razones de brevedad nos imponen enunciar los puntos nodales de cada una de tales corrientes de pensamiento e identificar algunos de sus respectivos representantes doctrinarios más conspicuos, para luego dejar nuestra impresión personal sobre el tema en discusión.

II. Las tres tesis principales

Las tesis en cuestión han recibido diferentes denominaciones, aunque las más usuales son⁶⁹: **i) objetivista, cognoscitiva o cognoscitivista; ii) subjetivista o no cognoscitivista; y iii) ecléctica.**

69 En el desarrollo de las tres corrientes, más allá de nuestras aportaciones personales, seguiremos referencialmente determinados aspectos tratados por MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, 2ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 37-39; y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, “La aplicación judicial del derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 21, 1º sem. de 2008, Monográfico: “Orientación y método de derecho constitucional”, UNED, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 355 y ss.

De un modo más simple y directo podría decirse que la primera responde al *formalismo jurídico*; la segunda al *realismo jurídico*; y la tercera ofrece una visión *intermedia* entre las dos primeras, que son radicalmente opuestas entre sí.

Por cierto, tales corrientes han recepcionado también otros nombres, por ejemplo y respectivamente: tesis de la *única respuesta correcta*; tesis de la *indeterminación radical*; y tesis de la *indeterminación parcial*.

1. La concepción objetivista, cognoscitiva o cognoscitivista

Para esta tesis, la interpretación del derecho es una actividad cognoscitiva y en todos los casos permite identificar de manera unívoca el significado de los textos, llegando a la conclusión de que la cuestión jurídica en examen admite *una única respuesta correcta*. En otras palabras, transmite la convicción de que existe *unidad de solución correcta*.

DWORKIN (fallecido en tiempos relativamente recientes⁷⁰) se ubica en esta corriente. Al menos así lo ha trasuntado en una de sus obras fundamentales, al referirse a los *hard cases* (casos difíciles): “Mi argumento será que, *aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos*. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles”⁷¹.

2. La posición subjetivista o no cognoscitivista

Según sus seguidores, *no es posible identificar la unidad de solución correcta* con anterioridad a la decisión judicial por cuanto los textos legales son sustancialmente indeterminados. El ordenamiento jurídico es incompleto e incoherente.

Además, la interpretación del derecho *no es una actividad cognoscitiva, sino una labor decisoria o estipulativa*⁷², que tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, carentes de valores de verdad. En síntesis, *la interpretación es una actividad valorativa y decisoria pero no cognoscitiva*.

70 Su deceso se produjo en Londres, el 14 de febrero de 2013.

71 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 1ª ed., 4ª reimpres., Ariel, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1999, p. 146 (versión española de *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977).

72 MENDONÇA, Daniel, op. cit., *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, p. 38.

Se suele encuadrar a GUASTINI en esta posición. Veamos lo que sostiene en este fragmento: “*Los enunciados interpretativos [...] no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda que las definiciones llamadas estipulativas*, esto es, aquellas definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una cierta expresión, sino que proponen atribuir a un término o a una expresión un significado preferentemente a otros”⁷³.

3. La percepción ecléctica o intermedia

Defiende que la labor interpretativa es en ciertas ocasiones actividad cognoscitiva y en otras, actividad decisoria. Es, en definitiva, una labor mixta, con elementos lógico-deductivos (la decisión del juez aparece determinada por el derecho existente y el juez la descubre), y también normativos o de creación de derecho propiamente dicho (la decisión del juez no aparece *completamente* determinada por el derecho existente)⁷⁴.

Explica MENDONCA que, para esta tesis, los textos legales están parcialmente indeterminados y, por consiguiente, *existen respuestas correctas para ciertos casos*, los *típicos*, en los que el derecho está determinado; mientras que en los *atípicos*, el derecho no se encuentra previamente determinado y no existe respuesta correcta para ellos⁷⁵.

Célebre exponente de esta visión es HART (primordialmente, con posterioridad a la revisión de su teoría ante las críticas dworkinianas, en lo que se ha dado en llamar *postpositivismo*). Lo evidencia, por ejemplo, en el siguiente pasaje: “He retratado la teoría del derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. *La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra*”⁷⁶.

73 GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 109.

74 Sobre este tópico ver MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, op. cit., “La aplicación judicial del derecho constitucional”, p. 359.

75 MENDONCA, Daniel, op. cit., *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, p. 39.

76 HART, Herbert L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 144.

III. Nuestra visión

Puesta en contexto la trilogía de tesis (principales) en torno a la interpretación judicial, nos enrolamos en la última de ellas: *ecléctica* o *intermedia*.

Es que ni todas las soluciones vienen provistas por el derecho, pues de lo contrario el juez no sería sino un autómatas y desangelado aplicador de disposiciones jurídicas (como de alguna manera era percibido en el Estado Legal de Derecho), ni es razonable preconizar una *indeterminación absoluta* del derecho que lleve a pensar que siempre viene instituido por el juez al adjudicar derechos y obligaciones de manera individual, como radicalmente esgrime la corriente de pensamiento denominada *Critical Legal Studies*, evocada por MORESO⁷⁷.

Así como el derecho no es pura indeterminación, la discrecionalidad judicial no es ilimitada ni omnipotente. Como en todos los ámbitos jurídicos, la *prudencia* y la *razonabilidad* con que se conduzca el juez resultan decisivas.

Puntualmente en torno al principio de “razonabilidad” no puede ya dudarse de que, ZAGREBELSKY⁷⁸ *dixit*, ha pasado de ser *requisito subjetivo del jurista* a ser *requisito objetivo del derecho*.

77 MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 1997, pp. 211-212.

78 ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 147.

CAPÍTULO

II

**SOBRE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL**

I. Preludio

Con el pasaje del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional (cuestión a la que ya hicimos referencia), tipificado *inter alia* por la evolución de la Constitución de norma política a norma jurídica suprema, el problema de la interpretación — invisibilizado y trivializado en el Estado Legal de Derecho— adquirió notables trascendencia e interés.

Para ello fue necesario tanto que la Norma básica se consolidara y legitimara como normativa jurídica y vinculante para los poderes públicos y los particulares, cuanto que, entre otras circunstancias, los denominados derechos públicos subjetivos del constitucionalismo clásico se transformaran en derechos fundamentales (principalmente después de la Segunda Guerra Mundial) en el contexto del ahora Estado Constitucional.

Mudó la dinámica jurídica, se “descubrieron” los principios y valores constitucionales y asomaron nuevos derechos económicos y sociales. Además, se introdujeron (junto a los tradicionales derechos “negativos”, o sea, de libertad de los individuos) otras disposiciones que establecieron obligaciones de hacer, fines, tareas y objetivos a cumplir, por parte de los poderes públicos en general y del legislador en particular.

En este remozado escenario, brotaron asimismo nuevas exigencias para el juez constitucional (también para la doctrina y la dogmática jurídica) en punto a generar técnicas y métodos de interpretación que le permitieran dar respuesta a las crecientes demandas de aplicación de la Ley fundamental.

II. Interpretación constitucional y métodos tradicionales de interpretación jurídica

1. Una pregunta inicial

Se impone un interrogante básico: las nuevas exigencias que al juez constitucional plantea la interpretación de la Carta magna en el Estado Constitucional, ¿podrían ser exhaustivamente cubiertas por los métodos clásicos de interpretación?

Antes de intentar una respuesta, vale consignar que cuando hablamos de métodos interpretativos clásicos aludimos a aquellos diseñados por la pluma

de SAVIGNY a mediados del siglo XIX. O sea, gramatical, histórico, lógico y sistemático⁷⁹.

El método *gramatical* “tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comuniquen con el nuestro”; el *histórico* “tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley”; el *lógico* “tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes”; y el *sistemático* “se refiere a la conexión interna que enlaza todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”⁸⁰.

2. Respuesta al interrogante

La contestación a la pregunta que abría el apartado anterior es, a nuestro juicio, negativa.

Sin restar utilidad a ese importante cuarteto de métodos tradicionales, entendemos que varias circunstancias *hacen que aquellos resulten insuficientes por sí solos*: la complejidad cualitativa que desafía a la actividad de los tribunales o cortes constitucionales y las cortes supremas de justicia; las particularidades de la interpretación constitucional⁸¹ (cuya especificidad se muestra más notoriamente en ordenamientos jurídicos con sistemas de control concentrado o mixto); la conflictividad de la realidad social en la que la labor hermenéutica debe operar; la complejidad abierta de las disposiciones constitucionales; y, entre otros factores de peso, el rol de la Constitución en el sistema jurídico, *hacen que aquellos resulten insuficientes por sí solos*.

Si bien una combinación de dichos instrumentos puede brindar algún auxilio en el área de la labor hermenéutica que debe desenvolver el juez constitucional, *sería impropio identificar la ley con la Constitución*, por lo que corresponde acudir a otras herramientas específicas y propias de la interpretación constitucional.

79 VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, bei Veit und Comp., Berlin, 1840.

Hay versión en español: *Sistema del derecho romano actual*, F. Góngora y Cía., trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, con prólogo de Manuel Durán y Bas, Madrid, 1878-1879.

80 VON SAVIGNY, Friedrich Karl, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en VON SAVIGNY, Friedrich Karl, VON KIRCHMANN, Julius Hermann, ZITELMANN, Ernst y KANTOROWICZ, Hermann, *La ciencia del Derecho*, Losada, trad. de Werner Goldschmidt, Buenos Aires, 1949, p. 83.

81 Una visión crítica respecto de las particularidades de la interpretación constitucional, puede encontrarse en POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, N° 21, Vol. 2 - 1998, Universidad de Alicante, trad. de Josep M. Vilajosana, Alicante, pp. 339-353.

Por diversas razones no es lo mismo interpretar la ley que interpretar la Constitución. Como no lo es interpretar ciertos institutos de derecho privado que hacerlo con disposiciones, valores o principios constitucionales.

Uno de los aspectos de la peculiaridad de la Ley fundamental es explicado por GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien la cotización específica de la Constitución no es como la de una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino “como portadora de unos determinados valores materiales”⁸². En línea con ello, una adecuada teoría de la interpretación constitucional debe partir de que los métodos tradicionales de interpretación presentan un peso exiguo (salvo para algunos aspectos concretos y puntuales) en relación con las necesidades y los problemas propios de la hermenéutica constitucional, porque dichos métodos fueron pensados para operar respecto de preceptos concretos de derecho civil y penal y no de disposiciones constitucionales que muestran una estructura abstracta y genérica.

En ese sentido, HOLLERBACH asevera que la apología extrema del método jurídico —basada en el entendimiento de que *la Constitución es ante todo una ley* y, consiguientemente, la necesidad de ser interpretada mediante una actividad hermenéutica orientada por cánones caracterizados por guardar una distancia mínima respecto de los empleados para la interpretación de otras leyes— soslaya que una adecuada visión del derecho constitucional presupone siempre tomar en cuenta para la decisión de un caso concreto, la existencia de antinomias constantes entre forma y materia, seguridad y justicia, previsibilidad jurídica y corrección⁸³.

Además, los cánones interpretativos clásicos son limitados y no idóneos para resolver antinomias entre principios constitucionales, en cuyo marco no podrían emplearse criterios tradicionales como el de jerarquía o el de especialidad. Circunscribirse a tales cánones supone —según HESSE— desconocer la finalidad de la interpretación constitucional y, en buena medida, la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo⁸⁴.

Convergentemente, los nuevos problemas de interpretación y aplicación del derecho que constantemente surgen o se reinventan en el terreno de desarrollo de la praxis constitucional, desnudan la inoperancia del método jurídico clásico de la (pura y solitaria) subsunción. Con ello, en modo alguno pretendemos afirmar que este ha desaparecido, pues incluso cuando se utiliza la *ponderación* en algún punto del proceso *es necesario subsumir*.

82 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento”, op. cit., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 98.

83 HOLLERBACH, Alexander, “Auflosung der rechtsstaatlichen Verfassung?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85 (1960), pp. 241 y ss.

84 HESSE, Konrad, “La interpretación constitucional”, op. cit., *Escritos de derecho constitucional*, p. 40.

Es que, como pone de relieve ALEXY, las dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica son precisamente la subsunción y la ponderación⁸⁵.

Si bien en referencia al contexto alemán, pero con valor que creemos general en el escenario del Estado Constitucional, WÜRTEMBERGER ha puntualizado que la *apertura* de la Constitución la prepara para la tarea de adaptarse (y concretizarse) a la transformación histórica, social y económica y al cambio de las condiciones de vida, *por medio de la interpretación y la evolución constitucionales*⁸⁶.

Sin perjuicio de todo lo analizado hasta aquí, los detractores de los nuevos métodos interpretativos en el ámbito constitucional también han hecho oír sus voces. Con cargo a volver sobre el tema, aquí sólo anunciaremos que FORSTHOFF (en su trabajo “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”) ha efectuado una férrea defensa de los métodos hermenéuticos tradicionales alegando su utilidad en el marco de la interpretación constitucional, lo que implicaba correlativamente una no menos inflexible crítica a los entonces novedosos procedimientos interpretativos propugnados por autores de la talla jurídica de Rudolf SMEND⁸⁷.

III. Métodos, técnicas y criterios

El tema es absolutamente inabarcable, por lo que sólo efectuaremos aquí una muestra panorámica y meramente enunciativa.

1. Repaso ilustrativo

En este universo de instrumentos de hermenéutica constitucional pueden, por ejemplo, mencionarse los siguientes:

- El método *comparatista* propiciado por HÄBERLE, quien llega a sostener que a la comparación jurídica le corresponde ser el quinto método de interpretación (en obvia referencia a los cuatro métodos clásicos propugnados por SAVIGNY y la Escuela Histórica del Derecho), al menos en el derecho constitucional del tipo del “Estado Constitucional”, lo que sería consecuente con la historia de la doctrina de

85 ALEXY, Robert, “Addenda: La fórmula del peso”, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., 1ª reimpres., CEPC, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, p. 349.

86 WÜRTEMBERGER, Thomas, “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, enero-diciembre de 2002, trad. de Joaquín Brage Camazano, CEPC, Madrid, p. 610.

87 Más adelante veremos la respuesta de Otto BACHOF a tales críticas.

la interpretación jurídica⁸⁸. Insiste, además, en la importancia de la comparación cultural. Entiende también que la comparación jurídica que esgrime “debe ser incorporada de manera decidida y abierta en la interpretación de los derechos fundamentales”⁸⁹.

- El criterio, argumento o método *teleológico* que —desde la óptica de GARRORENA MORALES— interpreta las normas en atención al fin que persiguen, ya sea del fin querido por el legislador (*concepción subjetiva*), o de la voluntad objetivada en la ley (*concepción objetiva*)⁹⁰. De su lado, se ha predicado de él su vinculación con el método “sistemático” tradicional ya aludido (que se mueve desde la premisa de un sistema jurídico como conjunto ordenado y coherente de normas). Así, según anota DÍAZ REVORIO, en muchas ocasiones el espíritu y la finalidad sólo pueden descubrirse tras una interpretación sistemática que considere a la Constitución como unidad. Añade que el *sentido teleológico* del ordenamiento constitucional está descrito fundamentalmente por los principios y valores explícitos y, remitiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, trae a colación que el sistema constitucional de valores impone una *interpretación finalista de la Constitución* (STC N° 18/1981, Fundamento Jurídico —F.J.— 2)⁹¹.
- El procedimiento de la *ponderación* (conocido como *bilanciamento* en Italia o *balancing of interest* en EE.UU.), propiciado por el *neoconstitucionalismo* al que aludiéramos. Ligado estrechamente al Estado Constitucional, el neoconstitucionalismo ha modificado, *inter alia*, el marco teórico del derecho constitucional, surgiendo —en cuanto a lo que aquí interesa— una nueva dogmática constitucional caracterizada por la complejización del derecho, el que también se tornó menos previsible, permitiendo que en el terreno de la interpretación constitucional gane espacio justamente la técnica de la *ponderación* de valores y principios. Esta, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad⁹², es un método apropiado para formular un “enunciado de

88 HÄBERLE, Peter, “La comparación jurídica como ‘quinto’ método de interpretación y como comparación cultural”, ap. IV del capítulo IV de su libro *El Estado Constitucional*, UNAM - Pontificia Universidad Católica del Perú, trad. de Héctor Fix-Fierro, Lima, 2003, pp. 164-165.

89 *Ibid.*, p. 163.

90 GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 87-88.

91 DÍAZ REVORIO, Francisco J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997, p. 319 y nota 95.

92 En una aproximación a tal principio se ha sostenido que se trata del “instrumento metodológico adecuado para resolver las colisiones que, en determinadas situaciones, parecen enfrentar los principios constitucionales —en especial los derechos fundamentales— al entablar una relación en la cual satisfacer a uno lleva al menoscabo del otro. Protagónicamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia alemanas, el *principio de proporcionalidad* ha encontrado cabida en la práctica de otros

preferencia condicionada” o trazar una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta distinta en otro supuesto⁹³.

- El principio ‘*pro persona*’ (*terminología que preferimos a la de ‘pro homine’ por ofrecer un espectro de cobertura más amplio y mostrar una perspectiva de género*), *que impone al intérprete escoger la interpretación más favorable y efectiva para la protección de los derechos, las garantías y libertades del ser humano. Constituye un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos de manera extraordinaria*⁹⁴.

2. Acerca del aporte de HESSE al estudio de la interpretación constitucional

A) Sin pretender abarcar el enorme abanico de metodologías y criterios interpretativos que se han propuesto para llevar adelante la hermenéutica constitucional, tema ciertamente inagotable, recordaremos sólo ilustrativamente la propuesta del autor identificado en el epígrafe, quien para salvar la insuficiencia de los métodos interpretativos tradicionales, propone a manera de complemento los siguientes principios⁹⁵:

- De unidad de la Constitución*: la relación y la interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la disposición aislada, sino visualizarla en el conjunto normativo donde debe ser situada. Además, todas las disposiciones constitucionales han de ser interpretadas de manera tal que se eviten contradicciones con otros preceptos constitucionales.
- De concordancia práctica*: en la solución del problema, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que todos ellos conserven su entidad.

tribunales constitucionales —entre los que destaca el español—” (SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, IJ de la UNAM, México, D.F., 2007, p. 121).

93 PRIETO SANCHÍS, Luis, op. cit., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 123 y ss. El entrecomillado del texto se encuentra en p. 142.

94 PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

95 HESSE, Konrad, op. cit., “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, pp. 45-48.

- iii) *De corrección funcional*: el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones que se le han encomendado, lo que es aplicable en particular a las relaciones entre el legislador y el tribunal constitucional ya que, frente a aquel, al tribunal sólo le corresponde una función de control, estándole vedada una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador (a la que ya aludiéramos) más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo.
- iv) *De la eficacia integradora*: si la Constitución se propone la creación y el mantenimiento de la unidad política, en la resolución de los problemas jurídico-constitucionales debe otorgarse preferencia a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad.
- v) *De la fuerza normativa de la Constitución*: en la solución de los problemas jurídico-constitucionales, debe darse preferencia a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso.

B) Si bien el aporte de HESSE ha suscitado un importante seguimiento doctrinario, también ha recibido comentarios críticos.

Entre estos últimos, el de FERRERES COMELLA para quien, analizado el catálogo de argumentos de aquel, concluye que sólo *el principio de corrección funcional* merece ser destacado como peculiar en el ámbito de la interpretación constitucional, mientras que los demás pueden subsumirse perfectamente en las reglas tradicionales de interpretación⁹⁶.

En tal sentido, agrega que el *principio de unidad de la Constitución* no es más que el viejo principio de interpretación sistemática; el de *concordancia práctica* es consecuencia del principio de unidad aplicado a las colisiones entre diversos bienes jurídicos (con lo que se continúa en el campo de la interpretación sistemática); el de *eficacia integradora* es un ejemplo concreto de aplicación del argumento teleológico; y el de *fuerza normativa de la Constitución* no tiene nada de especial, porque toda norma debe aplicarse de modo que se obtenga su máxima eficacia, dentro de lo posible⁹⁷.

E incluso acerca del *principio de corrección funcional* manifiesta que tal como está formulado no permite avanzar demasiado en la tarea interpretativa de la Constitución, ya que si como afirma HESSE el tribunal no puede interpretar la Constitución de

96 FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., 1ª reimpres., CEPC, Madrid, 2012, p. 41.

97 Ídem.

manera que restrinja la libertad del legislador más allá de los límites establecidos constitucionalmente, el argumento es circular. Es que —siempre en la visión de FERRERES COMELLA— si sólo se pueden determinar qué restricciones impone la Constitución interpretándola, se vuelve al punto de partida, o sea a cómo el tribunal debe interpretar la Constitución⁹⁸.

Sea como fuera, entendemos que es indudable la contribución de HESSE a la teoría de la interpretación constitucional, uno de los temas más arduos y conflictivos en los ámbitos del derecho constitucional y el procesal constitucional.

3. Otras propuestas metodológicas

La cantera de formulaciones metodológicas en materia de interpretación constitucional es interminable. Citaremos sólo un puñado de ellas a simple modo de muestra. Algunos de tales métodos interpretativos son llamados “modernos” (aunque en términos cronológicos no lo sean del todo), para remarcar su contraposición con los cánones interpretativos “clásicos” que —como apreciábamos— hacen converger la gramática (también la sintaxis), la historia, la lógica y el sistema.

A) HESSE y la concretización

Otro de los ricos aportes que a la teoría constitucional y al derecho constitucional ha realizado el varias veces citado Konrad HESSE⁹⁹, discípulo de Rudolf SMEND y a su vez maestro de Peter HÄBERLE, es su percepción sobre el *principio de concretización* en el proceso de interpretación de las normas constitucionales, por ejemplo a través de la jurisprudencia constitucional. Su *método de interpretación constitucional como concretización* nos pone en sintonía con el rol activo y constructivo del intérprete en el desarrollo del proceso hermenéutico.

B) La Tópica

Autor imprescindible para un acercamiento a la “Tópica” es el alemán Theodor VIEHWEG¹⁰⁰.

98 *Ibid.*, pp. 41-42.

99 Su obra magna es *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl. 1966, 20. Aufl. 1995 (Neudruck, 1999).

Además de lo señalado en el texto, otra aportación significativa de HESSE son sus proposiciones sobre la *fuerza normativa de la Constitución* (*Die normative Kraft der Verfassung*, 1959) en contrapunto con Georg JELLINEK, quien sostenía la *fuerza normativa de lo fáctico* (*normative Kraft des Faktischen*).

100 Su obra cumbre es *Topik und Jurisprudenz* (1ª ed., Beck, München, 1953), y ha despertado gran interés en la doctrina.

Sintetizando al máximo su pensamiento, seguimos a GARCÍA AMADO, quien explica que aquel concibe a la Tópica como *técnica de pensamiento de problemas* (*Techné des Problemendenkens*) o *procedimiento de búsqueda de premisas*. Su punto de arranque es un *problema concreto*, una situación de la vida real, una “*aporía*”, entendida por VIEHWEG como una cuestión acuciante o ineludible respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. La Tópica pretende dar orientaciones, indicaciones de cómo proceder en una determinada situación, a fin de no quedar bloqueado sin remisión. Lo que caracteriza a una cuestión como “problema” es que existan *distintas alternativas para su tratamiento, diferentes respuestas o vías de actuación posibles*, pero lo que se busca es *una solución o respuesta*, cuestión que ineludiblemente conlleva la necesidad de una decisión, de una elección entre alternativas¹⁰¹.

Es interesante resaltar la vinculación entre la “concretización” y la “Tópica” en el marco de la interpretación constitucional.

Así, HESSE¹⁰² ha puntualizado que si la Constitución “no contiene un sistema cerrado y unitario (ya sea éste lógico-axiomático o de jerarquía de valores) y si la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preexistente, la misma hará necesario un procedimiento de concretización que responda a esta situación: a través de una actuación ‘tópica’ orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la *inventio*, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (*topoi*)”.

Los tópicos o *topoi* son para la doctrina tópica el elemento operativo central del proceder que ella describe, aunque su conceptualización no escapa de lo que parece ser la tónica recurrente de VIEHWEG en *Topik und Jurisprudenz*: carencia de definiciones o caracterizaciones unívocas.

En un intenso esfuerzo doctrinario, GARCÍA AMADO intenta inferir qué significan los *topoi* para VIEHWEG. Explica que en la mayoría de las ocasiones los denomina “puntos de vista” (*Gesichtspunkte*), aunque anticipa que para aquel lo importante de estos es su función; es decir, la dimensión funcional, operativa y práctica que los aglutina y los hace susceptibles de un tratamiento teórico unitario. Advierte, sin embargo, que no es la de “puntos de vista” la única expresión o término con que el

101 Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, 1ª ed., Universidad de Oviedo (Servicios de Publicaciones), Civitas, Madrid, 1988, pp. 75-78.

102 HESSE, Konrad, op. cit., “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, pp. 42-43.

autor alemán denomina a los *topoi*. Un tema digno de destacar es que, para este último, *el derecho —en cuyo centro está la aporía perenne de qué sea lo justo en cada lugar y momento—* constituye uno de los campos privilegiados de actuación para los *topoi*¹⁰³.

C) El método “científico-espiritual”

Su artífice es el mencionado SMEND¹⁰⁴. Varios elementos e ingredientes dan forma a la interesante construcción teórica y conceptual del método en cuestión.

Por ejemplo, la concepción del Estado no como persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, sino como parte de una realidad espiritual “integrada”. En esa dirección, adquiere realce la visión de la Constitución como ley de la integración (no sólo como un estatuto de organización), proceso integrante en el que cobran importancia los derechos fundamentales. La Constitución es además para SMEND *una forma vital de los ciudadanos que participan de la vida del Estado*. En semejante “teoría de la integración” que prefigura, los valores comunes expresados y servidos por la Constitución actúan como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben ser entendidos y aplicados.

Enfatiza —como se anunciara— el sistema material (también cultural) de valores en que la Constitución se sustenta. Intenta también potenciar la concreción de respuestas hermenéuticas conciliatorias en la búsqueda de soluciones que propicien la cohesión política y social.

En su momento, las ideas *smendianas* fueron duramente fustigadas por el citado FORSTHOFF y también por KELSEN, pero es indudable que ellas han tenido una singular influencia en los criterios interpretativos con los que ha venido operando el Tribunal Constitucional Federal alemán. Incluso algunas de sus aportaciones hermenéuticas y materiales en el ámbito de los derechos fundamentales han sido recibidas por un Tribunal Constitucional como el austríaco, primigeniamente arraigado en una lógica férreamente formal-positivista alimentada por el pensamiento kelseniano.

D) HÄBERLE y la democratización de la interpretación constitucional

Dicho autor se muestra decididamente contrario a la idea de que la interpretación constitucional sea monopolizada en exclusiva por los juristas. En ese sentido,

103 García Amado, Juan Antonio, op. cit., *Teorías de la Tópica Jurídica*, pp. 119 y ss.

104 Su gran obra es *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, 1985.

Una síntesis del pensamiento *smendiano* puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 100.

preconiza que aquella es un proceso público y pluralista y que para que la Constitución se materialice es imprescindible que los ciudadanos se involucren en el proceso de su interpretación y aplicación.

Presenta, así, su tesis sobre la *sociedad abierta de los intérpretes constitucionales*. Además, con matices, muestra una percepción convergente con ZAGREBELSKY en punto al pluralismo metodológico de la Constitución. Para el doctrinario alemán, no existe un orden de prelación entre los diferentes métodos interpretativos y tampoco es conveniente ceñirse a uno solo de ellos. Postula de tal modo la conveniencia de una *utilización metodológica combinada*.

Destaca, por último, la particular idoneidad de la teoría constitucional para recurrir a la ciencia cultural, al orientarse a la totalidad del orden jurídico¹⁰⁵.

E) La teoría de la argumentación jurídica

La temática de la argumentación jurídica es muy extensa y también intensa¹⁰⁶. Al solo efecto ilustrativo traeremos telegráficamente aquí algunas aportaciones de ATIENZA y de MACCORMICK.

Luego de evocar las *concepciones del Derecho* (el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo y el escepticismo jurídico), ATIENZA señala que ellas parecieran haber entrado en crisis como consecuencia de la irrupción, en las últimas décadas del siglo XX, del paradigma del constitucionalismo (neoconstitucionalismo, para algunos). Aclara que lo anterior no quiere decir que haya que prescindir sin más de aquellas concepciones puesto que contienen elementos imprescindibles para desarrollar *un enfoque argumentativo del Derecho*, pero ninguna de ellas parece, por sí misma, adecuada para cumplir ese objetivo¹⁰⁷.

Según su visión, *la nueva concepción del Derecho (constitucionalismo o postpositivismo)* supone, en términos generales y entre otras cosas, que el Derecho no puede verse exclusivamente como una “realidad ya dada”, como el producto de una autoridad, sino además como una “práctica social” que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica: **i)** un cierto “objetivismo valorativo”; **ii)** *atribuir una especial importancia a la interpretación*, entendida como “una actividad

105 Otros lineamientos de la tesis pueden verse en HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 13, enero-junio de 2010, trad. de Francisco Balaguer Callejón, Universidad de Granada, Granada, pp. 379-411.

106 Sobre el tema en general, y entre otros valiosos aportes, véase la citada obra de ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*.

107 ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 28. Las concepciones del Derecho aludidas por el autor, constan en pp. 21-28.

guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica”; **iii)** otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo; y **iv)** que el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo tendría que ser el de “integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales”¹⁰⁸.

Además, tal concepción supone una mayor demanda de justificación, de argumentación en el Derecho, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. “Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento ‘insular’: la argumentación jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política”¹⁰⁹.

Para finalizar esta brevísima reseña de alguna faceta del pensamiento de ATIENZA, vale traer a colación su criterio en cuanto a que el enfoque del Derecho como argumentación presupone un trasfondo “pragmatista”, entendiendo por tal no exactamente una teoría o una filosofía del Derecho, sino más bien una cierta actitud en relación a qué teoría del Derecho merece la pena elaborar. Y la respuesta es que sólo aquella que parte de la primacía de la práctica. El tipo de pragmatismo específico que defiende presupone una idea fuerte de razón práctica, es decir que no implica circunscribir la racionalidad práctica a la adecuación entre medios y fines, concepción que —advierte— “permitiría calificar de pragmatistas a filósofos como KANT o como HABERMAS, o a teóricos del Derecho como DWORKIN”¹¹⁰.

Por su parte, para MACCORMICK los criterios que en la argumentación jurídica deben adicionarse a los estrictamente lógicos, y que conforman la denominada razón práctica, son los de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias, concebidas como lógicas o normativas, con lo cual —en palabras de ATIENZA— la concepción de MACCORMICK “no significa un consecuencialismo a la BENTHAM”¹¹¹ [énfasis del original].

Y la argumentación jurídica —dentro de los límites establecidos por los principios de universalidad, consistencia, coherencia— es esencialmente una argumentación

108 *Ibid.*, p. 29.

109 *Ibid.*, pp. 29-30.

110 *Ibid.*, p. 30.

111 ATIENZA, Manuel, “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”, en su obra *Cuestiones judiciales*, 1ª ed., 2ª reimpres., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 91, Fontamara, México, D.F., 2008, p. 18.

*consecuencialista*¹¹². Según MACCORMICK el principio *consecuencialista* se pone de manifiesto en las relaciones entre la argumentación y la decisión jurídica con el mundo. Así, una decisión debe tener sentido no sólo en relación con el sistema sino también con el mundo.

De su lado, es interesante la distinción que entiende existe entre el *resultado* y las *consecuencias* de una acción. El *resultado* de la acción del juez al decidir un caso radica en producir una norma válida, mientras que las *consecuencias* son los estados de cosas posteriores al resultado y vinculados con él¹¹³.

En definitiva, como sostiene CÁRDENAS GRACIA, “en el argumento consecuencialista desarrollado por MACCORMICK, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia”¹¹⁴.

Ello confirma la visión anticipada en cuanto a que no puede catalogarse a la teoría de MACCORMICK como un consecuencialismo a la BENTHAM, sino como un *utilitarismo ideal o consecuencialismo de valores*¹¹⁵.

Finalizamos estas líneas remitiendo a un significativo párrafo de ALEXY, con el que abre el “Prefacio” a su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, ya mencionada aquí. Allí aludió a una resolución de la Sala Primera del *BverfG*, de 14 de febrero de 1973 (*BverfG*, 34, 269 [287]), en la que se dijo que las resoluciones de los jueces deben “basarse en argumentaciones racionales”¹¹⁶. A partir de tal premisa, el autor alemán sintetizó en buena medida el núcleo de la búsqueda que intentaría en el referido libro, en un pasaje que bien vale para graficar la *especial importancia de la argumentación jurídica*: “Esta exigencia de racionalidad de la argumentación puede extenderse a todos los casos en los que los juristas argumentan. La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar sólo a los teóricos del derecho o a los filósofos del derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa

112 Ver MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

113 Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1ª ed., 3ª reimpres., IJ de la UNAM, México, D.F., 2007, p. 123.

114 CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Tº I, Porrúa y UNAM, México, D.F., 2005, p. 274.

115 Sobre este punto, *vid.* el interesante enfoque de PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 8, Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2008, p. 26.

116 ALEXY, Robert, “Prefacio”, *op. cit.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 19.

en las cosas públicas. *De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales*¹¹⁷.

F) En torno al Análisis Económico del Derecho (AED)

En el proceso de formación de la teoría del AED (*Law and Economics*, en lenguaje anglosajón) han sido decisivas las contribuciones de COASE (por ejemplo, en torno al costo social de las actividades económicas) y de CALABRESI (v. gr., en cuanto al análisis costo-beneficio en el proceso de toma de decisiones legales) en la década de los 60 del siglo pasado. No menos fundamental aparece el aporte analítico de POSNER en la década de los 70, para institucionalizar dicha teoría en la cultura jurídica contemporánea¹¹⁸.

Advierte SOLA que al referirse al AED no se alude a estudios contables o de administración sino a la *utilización de la teoría económica para entender mejor las consecuencias del derecho*¹¹⁹. Añade que el AED, como todo análisis de ese tipo, posee un elemento *positivo* y un elemento *normativo*: el elemento *positivo* se da cuando se utiliza análisis económico para conocer mejor las consecuencias de las normas jurídicas, ya sean leyes, reglamentos o sentencias; y el análisis *normativo* tiene lugar cuando el economista analiza alternativas y propone una concretamente, sin expresar las consecuencias de las otras posibles, perspectiva habitual en macroeconomía y particularmente en la llamada economía de bienestar¹²⁰.

Visualizada en términos cognoscitivos, la relación costo-beneficio como una manera de evitar problemas predecibles en el momento de la decisión individual o social¹²¹ constituye una útil herramienta para el juez. Agregamos por nuestra parte que es justamente un instrumento que le permite contar con mayor cantidad (y calidad) de elementos idóneos para dictar una resolución; pero es uno más, no el único ni el mejor.

Para prevenir la disfuncionalidad del sistema, *debe evitarse que el análisis económico del derecho irrumpa en el criterio del juez con mucho de económico y poco de derecho*. Su utilización racional impone dar la importancia que cada ingrediente debe tener en el proceso sentencial, esto es, dosis proporcionales de lo jurídico y lo económico, para

117 Ídem.

118 Para un acercamiento a la ampliación de las relaciones entre el derecho y la economía, el origen del AED y su consolidación teórica, ver por ejemplo, BEJARANO, Jesús A., "El Análisis Económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos", *Revista de Economía Institucional*, N° 1, noviembre de 1999, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 155-167.

119 SOLA, Juan V., "La Corte Suprema y el análisis económico del derecho", *La Ley*, T° 2009-E, Buenos Aires, p. 1225.

120 Ídem.

121 *Ibid.*, p. 1228.

que la economía no termine fagocitando al derecho y menos a la justicia, de la cual este es un instrumento.

Parece conveniente pensar al AED como medio y no como un fin en sí mismo, para permitir a la magistratura constitucional un apropiado contralor de los actos públicos y una mayor posibilidad de resolver adecuadamente los conflictos entre particulares¹²².

Desde ese punto de vista, al menos *a priori*, será posible lograr un mayor grado de *eficacia* en la resolución judicial, entendiendo a aquella como la “capacidad para obrar o para conseguir un resultado determinado”, lo que debe vincularse con la *eficiencia*, concebida como la “capacidad para lograr un fin empleando los mejores medios posibles”, y con la *efectividad*, que en una de sus acepciones supone validez o autenticidad¹²³.

En definitiva, y utilizando con cautela y en su justa medida la metodología del AED —con la marca consecuencialista que le es inherente—, puede resultar importante y útil para medir la potencial incidencia económica de las sentencias jurisdiccionales, aunque el juez siempre deberá mantener una equilibrada actitud que armonice el principio de razonabilidad, las características del escenario valorativo en el que deba moverse al resolver y el mandato que sobre él recae en punto a la adopción de decisiones justas y equitativas¹²⁴.

Por lo demás, habrá de proceder con suma prudencia cuando estén en juego derechos fundamentales, primordialmente económicos, sociales y culturales, para sortear el riesgo de que la aplicación rígida de las técnicas del AED (que en EE.UU. han sido criticadas, v. gr., por la fugazmente aludida Teoría Jurídica Crítica —*Critical Legal Studies*¹²⁵—) obture el avance progresivo o produzca un

122 *Ibid.*, p. 1232.

123 Los conceptos de “eficacia”, “eficiencia” y “efectividad” han sido tomados del *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia Española (Fuente: <http://lema.rae.es/drae>).

124 *Mutatis mutandis*, en referencia al instrumentalismo jurídico se ha afirmado que “si bien la ‘materialización’ del derecho [además de Europa] quizá también en Estados Unidos estuvo en sus orígenes ‘asentada sobre una idea de justicia’ (que oscuramente yacía en el trasfondo de al menos algunos miembros del realismo jurídico originario), hacia los años cincuenta del siglo XX, ese horizonte moral quedó definitivamente devorado por la ‘ingeniería social’ y el *policy analysis* (o el ‘análisis económico del derecho’ y la sociología jurídica cientificista y conductista como sus herederos), tan preocupados por la eficiencia instrumental de los medios que olvidaron la genuina discusión valorativa sobre los fines. Tal vez el principal punto débil del instrumentalismo, o al menos de su degeneración tecnocrática [...] sea precisamente su carácter excesivamente instrumentalista” (cfr. PÉREZ LLEDÓ, Juan A., op. cit., *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 21).

125 Sobre el desarrollo de la corriente *Critical Legal Studies* (CLS) en EE.UU., ver por ejemplo, KENNEDY, Duncan, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, pp. 283-293.

En torno a las causas por las que la teoría de CLS no ha sido acogida en España, ver CALSAMIGLIA,

impacto regresivo en derechos básicos estrechamente unidos a la dignidad de la persona.

De manera tangencial, nos permitimos recordar que el AED¹²⁶ ha tenido su aterrizaje formal en el seno de la Corte Suprema de Justicia argentina. En efecto, en la Acordada N° 36/2009¹²⁷, de 9 de septiembre, aquella advierte que, en el marco de sus atribuciones jurisdiccionales como Máximo Tribunal del Poder Judicial, debe adoptar decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realicen en el país (consid. 1°). En tal sentido, dispuso la creación de una unidad técnica a la cual se le pueda solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos que derivarían de decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal, fijando las pautas para el alumbramiento de la *Unidad de Análisis Económico*, que se localizaría en la órbita de la Secretaría General de Administración. Sea como fuera, tal unidad técnica no ha tenido en la práctica una labor muy profusa.

G) *Uso alternativo del Derecho (UAD)*

La lógica tensional constitucionalismo-democracia, a la que aludiéramos y de la que se deriva la delicada relación entre jurisdicción y legislación, justifica —según ZAGREBELSKY— todas las reservas ante los diversos intentos realizados “para desplazar la línea de confin de esta relación a favor de la jurisdicción y negar a la ley el valor que le pertenece en cuanto tal”¹²⁸.

Añade el autor italiano que el UAD representó —a comienzos de los años 70 de la pasada centuria— un intento por derivar, directamente de los principios constitucionales, reglas aplicables en sede judicial como alternativa a las establecidas por el legislador. Así, a las reglas legislativas “se les privaba del valor que debería garantizar su inserción en el círculo interpretativo junto a los principios que cualificaban los casos”.

El UAD consistía, en lo esencial, en una amputación, es decir, en la categorización de sentido y de valor del caso a la luz de la Constitución y en la deducción de la regla a partir de sus principios, como si estos constituyesen un sistema cerrado sin espacios para el legislador¹²⁹.

Albert, “La retórica de *Critical Legal Studies*. Impresiones de un lector español”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, cit. en el párrafo anterior, pp. 295-310.

126 Puede compulsarse sobre el tema el trabajo de TAVANO, María J., *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011. La autora analiza en general el tema del AED en el capítulo I de su obra, en pp. 31-123.

127 Firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay.

128 ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 152.

129 Ídem.

4. Cierre

Para proporcionar una gráfica imagen del nivel de conflictividad y complejidad de la interpretación constitucional (como creemos lo atestiguan las líneas precedentes), puede acudir nuevamente a ZAGREBELSKY, quien propugna un *pluralismo metodológico*.

El autor italiano sostiene que la *pluralidad de métodos*, advirtiendo —como vimos— que cada uno de estos puede ser empleado alternativamente frente a cualquiera de los otros, y el *eclecticismo* de las doctrinas de la interpretación son indicios de la indeterminación de la naturaleza del “derecho legislativo”¹³⁰.

Añade que el *pluralismo metodológico* está tan arraigado en las exigencias del derecho actual que ninguna controversia sobre los métodos ha logrado imponer uno de ellos en detrimento de los demás “y, al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista”. De allí que —prosigue— quien pretende imponer un método logra el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa¹³¹ y de este modo, como ha mencionado KRIELE, “se tiene la impresión de que *los esfuerzos teóricos sobre los métodos [...] tienen algo de donquijotesco*”¹³².

No puede ocultarse que ZAGREBELSKY y HÄBERLE propician el *pluralismo metodológico* en el área de la interpretación constitucional y abrevan de una fuente común: la idea de *Constitución abierta*, es decir, habitada por formulaciones normativas con dosis importantes de indeterminación, que permiten lecturas disímiles y plurales.

Ese fecundo espacio facilita que germinen, respectivamente, proposiciones teóricas como la del *diritto mitte* (la Constitución como *derecho dúctil*) o de la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, para “democratizar” la hermenéutica constitucional.

130 *Ibid.*, p. 135.

131 *Ídem.*

132 KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 26; referido por ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 135.