

DE LORA DELTORO, P., *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 343 pp.

Hace algunos años, F. Rubio Llorente indicaba en relación con la jurisdicción constitucional que era «más viva que nunca la discusión sobre cuáles deban ser los límites de este poder *antimayoritario* en relación con los otros poderes *políticos* del Estado»¹. Creo que la obra de P. de Lora efectúa una excelente contribución al problema. En trescientas páginas el lector podrá encontrar una aproximación desde la Filosofía del Derecho a la teoría de la interpretación constitucional originalista. El objetivo ha sido, pues, verificar si la institución que dispone de la máxima potestad para controlar la constitucionalidad de la ley puede compensar su carencia de legitimidad democrática guardando *fidelidad a la intención original del constituyente*.

Las transformaciones político-jurídicas vinculadas al constitucionalismo han convertido a la hermenéutica constitucional en un capítulo relevante para la dogmática constitucionalista², y seguramente también para la teoría del Derecho. Relevante y sumamente polémico, entre otras cosas, porque cuando la interpretación tiene por objeto, nada menos, que fiscalizar la validez de las leyes pueden aparecer distorsionados principios básicos del ordenamiento, como la división de poderes y el principio democrático. Estos principios se alterarían, no ya por el hecho de que la anulación de leyes equivalga a una suerte de legislación *negativa*, sino porque el juicio de constitucionalidad resulta o se fundamenta en una interpretación de las *elásticas* disposiciones constitucionales que podrá eventualmente ser alternativa (y en cualquier caso prevalente) a la del Parlamento. Esto ya lo advirtió Kelsen, al observar que el equilibrio entre la justicia constitucional y la democracia parlamentaria dependería del tipo de Constitución, pues en el caso de que ésta no fuese la categoría lógico-fundamental del ordenamiento y, por el contrario, reuniese principios sustantivos y vagos –justamente lo que hoy sucede– se estaría otorgando a la institución un poder que «habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento»³.

La legitimidad del control de constitucionalidad ha tratado, no obstante, de fundamentarse en la propia jerarquía del sistema de fuentes⁴: fue seguramente la supremacía normativa de la Constitución lo que hizo intuir a Hamilton o a Marshall que los jueces, en su tarea de aplicación del Derecho, venían obligados a enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, sin considerar la extralimitación del poder judicial en perjuicio del legislador que ello implicaba. En todo

¹ RUBIO LLORENTE, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho» *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril 1988, p. 12.

² A juicio de F. Rubio Llorente la doctrina constitucional representa «el núcleo mismo de la teoría de la Constitución y del Derecho constitucional» (RUBIO LLORENTE, F., «Problemas de la interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 3-4, 1988, p. 40).

³ *Vid.* KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», trad. de J. RUIZ MANERO, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 143.

⁴ *Vid.* DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, pp. 95 ss.

caso, el principal error de concebir el escrutinio judicial de las leyes como una exigencia lógica radica, a juicio de Nino⁵, en haber confundido una necesidad lógica con la exigencia de asegurar la *efectiva* supremacía constitucional, pues, como señala De Lora, «es lógicamente concebible la existencia de una Constitución que limita al Parlamento impidiéndole dictar ciertas normas, aunque no exista otro órgano que tenga la competencia para derogar o anular aquellas que vulneren esa prohibición»⁶. En otros términos, la instauración de un control de constitucionalidad tal vez pueda plantearse como una exigencia *práctica*, pero desde luego no como una necesidad *lógica*.

De hecho, la excusa más frecuente en apoyo del control de constitucionalidad ha sido que su déficit democrático resulta admisible o aceptable si a cambio se obtiene el efectivo respeto de la Constitución. La reflexión descansa en una cierta idea de Constitución como precompromiso o pacto concluido entre individuos libres e iguales en el establecimiento de la sociedad política. Tal precompromiso no sólo versa sobre la organización estatal, sino también sobre el orden de valores intangibles, cualesquiera que sean las circunstancias que rodeen la adopción de los futuros acuerdos políticos. Así pues, en una organización política democrática, donde las decisiones se adoptan por mayoría, el pacto constitucional sería una medida de *precaución*; una cláusula protectora de los intereses de todos frente a los particulares de quienes en un momento posterior representen la orientación mayoritaria. La Constitución operaría, en definitiva, como *plus* normativo que refuerza la estabilidad y que clausura la organización política fundada, evitando soluciones abusivas, *injustas*, a la luz del orden de valores consagrado.

Precisamente el temor a que la política ordinaria rebase el límite constitucional aconseja, en primer lugar, institucionalizar el precompromiso haciéndolo constar por escrito, y, en segundo lugar, crear un órgano que vele por su cumplimiento al margen del Parlamento. Ambas decisiones serían requisitos de la operatividad del modelo constitucional, y obedecerían a la comprensión de una radical diferencia de naturaleza entre el momento constituyente y el momento legislativo: la consagración constitucional de los derechos y libertades básicas es el instante de la cordura y del consenso; la legislación, por el contrario, es el tiempo de la discordia y del arreglo de intereses. La contraposición revelaría una visión bastante realista de los órganos de representación política, que está presente ya en Locke y en Hamilton, pero también en autores como Rawls, Habermas, Dworkin o Ackermann. Su visto bueno a la *judicial review* se vincularía, en suma, a una concepción que ensalza la Constitución al tiempo que se muestra cautelosa ante la ley, potencialmente perjudicial para las libertades individuales y los principios de justicia.

A este respecto, Dworkin no duda en afirmar que la sociedad de Estados Unidos es «más justa de lo que habría sido si los derechos constitucionales se hubieran dejado a la conciencia de las instituciones mayoritarias»⁷. La judicatura poseería más que cualquier otra institución la actitud imparcial y la cuali-

⁵ Vid. NINO, C. S., «Los fundamentos del control judicial de de constitucionalidad», en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 97-137.

⁶ DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 101. Vid. NINO, C. S., *op. cit.*, pp. 106-107.

⁷ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, p. 356. Hay trad. cast. de C. FERRARI, *El imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 252.

ficación técnica necesarias para velar por la igual consideración y el respeto de todos los individuos. Por lo demás, una visión de la democracia más compleja, a la que Dworkin denomina *constitucional* para diferenciarla de la visión *estadística*, permitiría eliminar cualquier sombra de duda sobre la posición que ocupa la jurisdicción constitucional y su compatibilidad con el sistema democrático. De hecho, la decisión de la Corte constitucional no lesionaría de forma significativa el derecho que los ciudadanos tienen a participar en la política, entre otras razones, porque la importancia del derecho de participación debe medirse en función de la capacidad de influencia política efectiva que otorga al ciudadano, y en democracias populosas es mínima ⁸.

Ahora bien, justificar la labor del juez constitucional enfatizando las notas que parecen presidir el razonamiento judicial frente a la presunta demagogia reinante en la arena política resulta objetable. En palabras de P. de Lora, «el diagnóstico sobre la *pobreza deliberativa* de las legislaturas... no conduce necesariamente a procurar la sustracción al legislador o al pueblo de las cuestiones constitucionales fundamentales y su residencia en un órgano no representativo» ⁹. De un lado, porque la regla de las mayorías, tan criticada en sede legislativa, opera también en este ámbito ¹⁰: en el fallo del tribunal constitucional no cuenta el peso del mejor argumento, sino el del mayor número de votos. De otro, porque la justificación tendría un cariz *elitista* ¹¹: es cierto que la Corte o Tribunal, debido a su naturaleza judicial, está obligada a fundamentar sus decisiones ¹², pero por muy escrupulosamente que efectúe esta tarea no parece que exista ningún criterio infalible que acredite finalmente la mayor corrección de su decisión frente a la del Parlamento, máxime, como subraya Waldron ¹³, «si la coyuntura es la del desacuerdo y el cambio social» ¹⁴. Por lo demás, podría añadirse que enfatizar o insistir en las aptitudes de la judicatura para tutelar a los ciudadanos podría generar una visión errónea de su tarea, como si ésta consistiese no ya en custodiar la norma jurídica suprema, sino en garantizar la justicia misma; esto es, como si la Constitución engendrara la última palabra sobre la moral, olvidando que aquélla no es fruto de ningún momento místico que alumbre una moralidad objetiva e indiscutible, sino de un consenso, espejo de las convicciones políticas o morales mayoritarias y, por tanto, tan susceptible de crítica como los preceptos que la desarrollan ¹⁵.

⁸ Vid. DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996, pp. 19-20. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., pp. 83-84.

⁹ *La interpretación originalista...*, cit., p. 87.

¹⁰ *Ibid.*, p. 91.

¹¹ *Ibid.*, p. 89.

¹² Sobre la naturaleza de la justicia constitucional a medio camino entre la función legislativa y judicial, vid. GASCÓN ABELLÁN, M., «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 63-87. A su juicio, el tribunal constitucional «ejerce un poder en cierto modo exorbitante, porque, a diferencia del juez ordinario, no sólo puede enjuiciar leyes, sino que el fundamento jurídico de sus sentencias representa una forma de legislación; pero, al mismo tiempo, a diferencia del legislador, que tan sólo dicta enunciados normativos, el Tribunal se comporta como un verdadero juez, esto es, interpreta y argumenta. Si puede decirse así, la justicia constitucional dicta sentencias con la fuerza de leyes y leyes con la fuerza y el alcance interpretativo de las sentencias» (*ibid.*, pp. 75-76).

¹³ Vid. WALDRON, J., «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, pp. 18-51.

¹⁴ DE LORA, P., *La interpretación originalista*, cit., p. 57.

¹⁵ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 86.

Todas estas razones han llevado a sugerir la posibilidad de señalar los límites de la actuación de la justicia constitucional, a fin de evitar que resulte comprometida la libertad política del legislador. En particular, Ely ha indicado la necesidad de circunscribir la función de aquella institución a depurar los canales de la participación política¹⁶. Y seguramente sea acertado circunscribir o constreñir la función del Tribunal, pero acaso no de ese modo, dado que las reglas que informan el procedimiento democrático –las únicas que supuestamente habría de controlar– poseen el mismo rango que el resto de los derechos y principios de justicia constitucionales¹⁷.

En suma, la justicia constitucional sería explicable por una cuestión de conveniencia o de necesidad práctica del constitucionalismo, pero difícilmente acomodable en el sistema democrático o, mejor dicho, sólo compatible con una muy particular concepción de la democracia que convierte en su depositario principal a una élite judicial. Si la Constitución justamente por ser «la manifestación más alta del Derecho positivo»¹⁸, reúne normas sustantivas y tendencialmente contradictorias (principios) que, en consecuencia, precisan del intérprete «una toma de posición conforme con su *ethos*»¹⁹, resulta manifiesto que en la evaluación de la constitucionalidad de la ley *el Tribunal se convierte en una especie de legislador* al margen del proceso democrático. De modo que si los jueces constitucionales resultan ser órganos *políticos* carentes de legitimidad electiva o de origen, parece que ésta tendrá que derivarse de su *modus operandi*²⁰, pues, «así como al legislador se le exige principalmente autoridad, el juez debe responder ante todo del modo en que ejerce su actividad»²¹.

Ahora bien, tal vez si el juez constitucional dispusiera de una pauta precisa para la interpretación no habría siquiera razón para rendirse a la evidencia de que la doctrina del Constitucional *crea* Derecho. Me parece que éste sería uno de los designios del originalismo. Esta corriente, particularmente desarrollada en los Estados Unidos, cuna de la democracia constitucional, revitaliza un viejo argumento: la deferencia a las intenciones del constituyente. La *interpretación originalista de la Constitución* aportaría al juez constitucional la guía de actuación que le reporta legitimidad. Su hipótesis podría enunciarse así: la justicia constitucional en el Estado democrático puede gozar del aval de un método interpretativo basado en la fidelidad a la intención original del constituyente. En el supuesto de que el referido criterio hermenéutico fuese viable para conocer el verdadero significado de la Constitución, la *judicial review* quedaría exenta, libre, de toda sospecha de intromisión política, pues su labor sería, por así decir, neutral, al no añadir nada a la voluntad del constituyente.

Pero –repárese–, desde esta perspectiva la interpretación originalista de la Constitución aparece entonces como la única alternativa para definir la posición de la justicia constitucional. Y el corolario parece claro: si determinar aquello

¹⁶ ELY, J. H., *Democracy and Distrust. A Theorie of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), pp. 102-103. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 93.

¹⁷ En otros términos, «una vez que concluimos que la participación exige algo más que el derecho al sufragio, hemos abierto la puerta para que los jueces resuelvan sobre un buen número de derechos fundamentales asociables a aquél como condición de posibilidad de su ejercicio» (DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 94)

¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 1992, trad. de M. GASCÓN, Trotta, Madrid, 1995, p. 116.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 118.

²⁰ Sobre la caracterización de los tribunales como *órganos de producción jurídica*, vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 108 ss.

²¹ PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre la interpretación constitucional», cit., p. 186.

que *quiso decir* el constituyente cuenta con dificultades insuperables y, por consiguiente, no hay manera alguna de tener certeza absoluta sobre el verdadero significado de los flexibles preceptos constitucionales, habría que concluir que en la práctica el escrutinio de las leyes no procura interpretar; no procura determinar el significado de la Constitución, sino discutir si las leyes se ajustan a ciertas convicciones morales. Semejante conclusión agravaría la dificultad de auspiciar órganos no elegidos por el pueblo para desempeñar una función así. Pues, ¿cómo justificar que la lectura del documento constitucional efectuada por el restringido grupo de magistrados prevalezca sobre la del Parlamento si tal lectura no tiene por objeto interpretar sino resolver problemas políticos? Dicho de otro modo, dado que el valor del precompromiso constitucional no reside en su especial relevancia moral, sino en un potencial integrador de opciones políticas de muy distinto signo, la diferencia entre el momento constituyente y el momento legislativo se diluye. La Constitución puede desempeñar su papel pacificador debido al carácter más básico de las cuestiones que contempla, pero, precisamente por ello, cuando en el discurso legislativo se hayan retomado cuestiones básicas sobre las que, además, exista radical desacuerdo, el juicio de constitucionalidad podría equiparse del todo a una toma de postura política y el Tribunal Constitucional actuaría como un mediador privilegiado en el debate, por mucho que se trate de un órgano con alta preparación técnica. El objeto del debate sería semejante al del momento legislativo –y no cualitativamente distinto al del momento constituyente–, tanto si se desarrolla en la asamblea de representantes, como en la Corte Constitucional, y no parece que el principio democrático autorice a esta última a *legislar* en ningún caso. En otros términos, si se frustrase la posibilidad de *interpretar* la Constitución, de *conocer su significado*, entonces las dudas y cuestiones interpretativas equivaldrían en realidad a problemas políticos y morales. Precisamente en aras de evitar la referida conclusión, la interpretación originalista se mostraría como único expediente capaz de definir o legitimar la posición del Tribunal Constitucional.

A grandes rasgos, el término *originalismo*, y otros análogos como *intencionalismo* o *interpretativismo*, aluden a la teoría de la interpretación según la cual la determinación del significado correcto o verdadero de las expresiones lingüísticas –entre ellas las normativas– se vincula a la intención de su autor. En palabras de Fish, uno de los autores que sostiene el originalismo con mayor rotundidad, «cualquiera que es un intérprete está en el negocio de la intención»²². Lo cierto es, sin embargo, que el originalismo puede dar cabida a un abanico de tesis comprendidas entre dos polos opuestos: el *intencionalismo más radical*, que reduce la interpretación de los enunciados normativos al conocimiento de la intención o propósitos últimos de su autor, y el *realismo semántico*, que prescinde casi completamente del elemento intencional en beneficio de la *verdadera naturaleza de lo referido* en las disposiciones jurídicas²³. Si esta última puede calificarse de «originalista» es sólo porque admite el origen intencional o deliberado de los actos normativos²⁴.

²² FISH, F., «Play of Surfaces: Theory and the Law», en *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Gregory Leyh (ed.), University of California Presse, Berkeley, 1992, p. 301. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 52.

²³ De Lora ilustra las referidas tesis con un ejemplo: en el primer caso la proposición o enunciado interpretativo «el significado de “castigos crueles e inusuales es \emptyset ” es verdadera si con la emisión de tal conjunto de signos (“castigos crueles e inusuales”) *el hablante o el constituyente quiso decir \emptyset* . En función del segundo modelo, la proposición «el significado de “castigos crueles e inusuales” es \emptyset » es verdad si «castigos crueles e inusuales» significa \emptyset *de acuerdo con la mejor teoría disponible sobre la naturaleza de «castigo cruel e inusual»* (*La interpretación originalista...*, cit., p. 28).

²⁴ *Ibid.*, p. 147.

El *realismo semántico* ha sido particularmente desarrollado por Kripke y Putnam en relación con la interpretación de enunciados sobre fenómenos empíricos. La operatividad del realismo semántico en el ámbito de la interpretación jurídica se vincula a la idea de que las proposiciones normativas pueden conocerse de modo semejante a las que versan sobre hechos físicos o naturales o, lo que es lo mismo, a la *continuidad* del conocimiento²⁵. De ahí que, mientras siga habiendo aspectos que muestran la distancia entre los saberes empíricos y el resto de disciplinas, el realismo semántico resulta difícilmente sostenible en la interpretación del Derecho²⁶.

Por lo que se refiere al *intencionalismo más radical* tampoco es, según De Lora, un método indicado para la interpretación jurídica, pues pierde de vista que el Derecho es un tipo de comunicación, y, como la experiencia muestra, la comunicación no se produce tratando descubrir las intenciones últimas de los interlocutores, sino, muy al contrario, confiando en que las intenciones se manifiestan a través de un lenguaje convencional²⁷. De manera que cuando se habla de la interpretación originalista de la Constitución se está haciendo referencia a una tesis o punto intermedio entre los dos referidos extremos: aun cuando haya de tomarse en consideración el propósito o intención del constituyente, el significado convencional o literal de las disposiciones jurídicas resulta prioritario. Interpretar la Constitución requeriría, en suma, un *intencionalismo moderado* o matizado por la *autonomía semántica* de los textos jurídicos; es decir, que advierta, primero, el importante papel que las intenciones desempeñan en el Derecho y, segundo, una cierta independencia entre las disposiciones jurídicas y los fines o propósitos de quienes las dictaron²⁸.

En efecto, la intención o propósito del autor del Derecho puede considerarse un rasgo fundamental del fenómeno jurídico, y no sólo por el hecho de que las normas jurídicas sean el producto de actos deliberados o voluntarios, tal y como señala Raz en su tesis de la *intención autoritativa*²⁹, sino, sobre todo, como destaca P. de Lora, porque la intención sería un elemento indispensable para identificar el Derecho y en particular la Constitución³⁰. Ésta, a diferencia del resto de las normas jurídicas, se funda en un acto de habla no reglado, por lo que para reconocer su carácter *jurídico* no serviría de nada atender a los criterios competenciales y procedimentales vigentes en el sistema, sino que parece preciso advertir una de las *intenciones* de quien, además, se presenta como su *legítimo* autor (el constituyente), a saber, la intención de su voluntad se obedezca con independencia del juicio que pueda merecer su contenido³¹.

²⁵ *Ibíd.*, p. 148.

²⁶ *Ibíd.*, p. 184.

²⁷ *Ibíd.*, p. 120.

²⁸ *Ibíd.*, pp. 128 y 230.

²⁹ Vid. RAZ, J., «Intention in Interpretation», en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, R. P. GEORGE (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 249-286. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, pp. 138 ss.

³⁰ En consecuencia, «si bien el originalismo estricto es una tesis inaceptable en el nivel semántico, no lo parece tanto si la contemplamos como una propuesta conceptual sobre la identificación de la Constitución que, siguiendo el camino trazado por MacCormick y Bankowski, aparecería frente a la legislación subsiguiente que a partir de ella se genera, como un acto de habla informal (que resulta exitoso, por todo ello, si se da el tipo de reconocimiento mutuo de pretensiones que Grice desarrolló en su análisis de los casos de “querer decir”» (*La interpretación originalista, cit.*, p. 106).

³¹ Afirma P. de Lora que «la referencia a la intención autoritativa será especialmente procedente en el caso de la Constitución como forma de reconocer en ella su naturaleza prescriptiva» (*La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 145).

Precisamente por ello, el intencionalismo terminaría concediendo prioridad a la interpretación textual o literal: si cuando se habla de intención relevante para *conocer* el Derecho no se está haciendo alusión a los concretos fines u objetivos políticos, sociales, etc., que persigue la autoridad, sino a la *pretensión de legitimidad* de ésta; es decir, a su propósito de que los destinatarios reconozcan la existencia de un mandato justificado, pero no por el contenido que posea, sino por la legitimidad de quien lo dicta, entonces el constituyente debió querer que los aplicadores del Derecho atendieran exclusivamente al significado literal o convencional de los enunciados jurídicos, sin debatir sobre las intenciones. En palabras de Raz, «lo que el legislador dijo es lo que sus palabras significan, dadas las circunstancias de la promulgación y la legislación, y las convenciones de interpretación prevalentes en ese momento. Pero decir que la legislación tiene ese significado es imponer una restricción severa en ella. No cualquier interpretación concebible cumpliría esta condición. Muchas teorías hermenéuticas son inconsistentes con esa guía interpretativa»³². En consecuencia, del intencionalismo deriva el criterio que habría de presidir la interpretación constitucional, y que consistiría en presumir la validez de las leyes literalmente interpretadas. La actuación del Tribunal Constitucional estará justificada, pues, siempre que realice un esfuerzo de *autocontención* o *autorrestricción*, no entrando a valorar la constitucionalidad de la ley a menos que su texto resulte manifiestamente incompatible con la Constitución.

La obligación de *self-restraint* o autoconstricción exigible a la justicia constitucional se ha defendido, como pone de manifiesto P. de Lora³³, desde perspectivas distintas a la teoría de la interpretación originalista. Se argumenta que el deber de presumir la legitimidad de la ley se basa en la supuesta *mayor pericia del legislador* para deliberar sobre cuestiones políticas. El «teorema de Condorcet» trató de mostrar mediante un razonamiento matemático que, bajo ciertas condiciones, es en el procedimiento legislativo donde surge la mayor probabilidad de *acertar* a dar con la solución *verdadera*, dado el mayor número de participantes en la decisión³⁴. Asimismo, Nino ha sostenido, en su tesis del «constructivismo epistemológico»³⁵, que la democracia es el *sucedáneo* del discurso moral³⁶, el procedimiento que «*tiende* a producir de manera más confiable decisiones moralmente correctas»³⁷. Sin embargo, las críticas que, a juicio de P. de Lora, podrían formularse a ambas posiciones revelarían que la autorrestricción exigible a la jurisdicción constitucional se fundamenta mejor desde la teoría de la interpretación originalista.

³² «Al mismo tiempo –prosigue Raz– es verdad que la tesis de la intención autoritativa no es en sí misma un método interpretativo. Más bien indica a los tribunales que acudan a las convenciones de interpretación prevalentes en el momento de la legislación» (RAZ, J., «Intention in Interpretation», *op. cit.*, p. 271). Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 215.

³³ *La interpretación originalista...*, *cit.*, pp. 257 ss.

³⁴ Vid. CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 257, nota 33.

³⁵ NINO, C. S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 91 ss.

³⁶ En palabras de Nino: «Mientras el discurso moral es un procedimiento de justicia procesal pura perfecta... la democracia es un procedimiento de justicia procesal pura pero imperfecta, porque sus reglas implican algún apartamiento del procedimiento ideal» (*ibíd.*, p. 127).

³⁷ DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 261. Cf. NINO, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. SABA, Gedisa, Barcelona, 1997, 303 pp.

De Lora no ha dejado de señalar, no obstante, que entre el deber que el intérprete o juez constitucional tiene de autorrestricción y su obligación de guardar fidelidad a la intención del constituyente, esto es, entre la conclusión y la premisa básica del originalismo, existiría un contradicción³⁸, salvo que el intérprete considerase que «nada hay más allá del texto, y que éste recoge la intención del edictor»³⁹. En suma, la pauta de la interpretación constitucional podría resumirse en el brocardo *in claris no fit interpretatio*. La interpretación de la Constitución sería, como sostiene Marmor, «excepcional», pues «uno no interpreta aquello que viene *determinado* por reglas o convenciones»⁴⁰. El Tribunal Constitucional sólo intervendría ante casos difíciles o controvertidos, supuestos para los que contaría con algunas alternativas: acaso el Tribunal habría de efectuar, como sugeriría Dworkin, una interpretación *constructiva* de la práctica social en que consiste el Derecho a fin de mostrarla en su conjunto en su mejor aspecto⁴¹, y hallar de este modo la solución que el orden jurídico dispone. O, si por el contrario se considera que esto último no es siempre posible, tal vez tenga sentido proponer que el juez resuelva la duda interpretativa sobre la base de razones intersubjetivamente aceptables, actuando *como si* pudiera alcanzarse una solución correcta⁴².

Ahora bien, en un caso difícil, el intérprete no sólo se enfrentaría al problema de discernir si éstos u otros métodos serían adecuados para la interpretación del lenguaje normativo, sino, sobre todo, a una dificultad insuperable, a saber, determinar con certeza cuándo se está ante un caso de indeterminación semántica y, en consecuencia, ante una de las excepciones que autorizan al juez constitucional a intervenir. Si no existe un criterio que indique cuándo un enunciado es claro y cuándo, por el contrario, vago e impreciso, entonces las disputas sobre la constitucionalidad de las leyes no deberían plantearse como discusiones sobre los modos de interpretar el lenguaje, sino como controversias políticas o morales. Desde esta perspectiva, la prevalencia de la solución del Tribunal Constitucional sólo se justifica desde un elitismo que desvirtúa el sentido del derecho a la participación política.

En suma, cualquier método de interpretación constitucional se enfrentaría en último término al escollo de que, aun cuando la calificación de *fácil* o *difícil*

³⁸ P. de Lora denomina a este problema *dilema del originalismo*. A su juicio «los propios intencionalistas han de admitir para que su propuesta no sea una trivial tautología... la posible divergencia entre el *querer decir* del emisor y el significado de la formulación que emite, y el potencial recurso que constituye la primera fuente para discernir lo segundo» (*La interpretación originalista...*, cit., pp. 230-231). La autorrestricción, en cambio, aboca a una aplicación estricta del Derecho que tiene muy poco de originalista «y que revela al originalismo como un recurso autofrustrante» (*ibíd.*, p. 250).

³⁹ Es decir, si fundiera el método intencionalista con el textualismo (*ibíd.*, p. 275).

⁴⁰ MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 22. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 283.

⁴¹ *Law's Empire*, cit., p. 90 (*El imperio de la justicia*, cit., p. 72).

⁴² Esto es, siguiendo, por ejemplo, una argumentación jurídica racional como la propuesta por R. Alexy (ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. Las teorías del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 346 pp.). El autor sostiene la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general: «resulta racional la introducción de formas y reglas especiales de la argumentación jurídica... De esta forma, dentro del área de incerteza dejado por las normas jurídicas puede limitarse aún más el área de lo discursivamente posible. Con ello, la argumentación práctica general no es expulsada de la argumentación jurídica. La incerteza debida a la naturaleza discrecional del discurso práctico general no puede por ello nunca ser eliminada por completo» (*ibíd.*, p. 274).

dependa en buena medida del lenguaje jurídico, lo decisivo sería el acuerdo o el desacuerdo moral⁴³. La Constitución es un texto de carácter *principialista*, agravándose, por tanto, las dificultades para hallar criterios infalibles para delimitar, en terminología de Hart, la *zona de certeza* y la de *penumbra* de sus enunciados. Si la indeterminación semántica no es parcial sino *radical* o, lo que es lo mismo, «si adolecemos de incertidumbre sobre la propia incertidumbre»⁴⁴, no parece existir pauta que evite una suerte de legislación paralela por el Tribunal Constitucional cuando interpreta.

En definitiva, la teoría originalista de la interpretación constitucional no parece que permita clausurar el debate sobre la tensión entre el juicio de constitucionalidad y el respeto a la libertad política del legislador. El máximo intérprete de la Constitución gozaría de un mayor o menor margen de libertad política irreconciliable con la seguramente más extendida concepción de la democracia. Con todo, precisar la función o los límites de la esta institución sí parece que la haría más aceptable, aunque no la justificase por completo desde la concepción mayoritaria que venimos comentando. La autoconstricción, que supone ampliar la presunción de constitucionalidad de las leyes, podría ser vista como una buena recomendación al Tribunal para que, consciente de su responsabilidad, adopte una «actitud ética de humildad»⁴⁵. O, mejor dicho, como un deber jurídico mínimo a fin de evitar que el Tribunal realice «un juicio de optimización que implicaría decidir cuál es la *mejor* interpretación del texto constitucional y, consiguientemente, asfixiar el margen de apreciación del Parlamento»⁴⁶. Por lo demás, acaso el fallo del Tribunal, limitado a la «sostenibilidad de la legislación»⁴⁷, resulte tanto menos conflictivo con la potestad legislativa cuanto mayor sea la calidad de los argumentos que esgrima en apoyo de la decisión⁴⁸.

Gema MARCILLA CÓRDOBA
Universidad de Castilla-La Mancha

⁴³ DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 294.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 288.

⁴⁵ Vid. LESSIG, L., «Fidelity in Translation», *Texas Law Review*, vol. 71, mayo, pp. 1192-1193. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 244.

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre la interpretación constitucional», cit., p. 178.

⁴⁷ THAYER, J. B., «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. VII, núm. 3, octubre 1893, p. 144. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 248.

⁴⁸ Como ha señalado L. Prieto, «en el Estado constitucional el centro de gravedad del Derecho se desplaza de las disposiciones normativas a la interpretación, de la autoridad del legislador a las exigencias de justificación racional del juez. La justificación racional representa una condición de validez, pero, sobre todo, de legitimidad de las decisiones» (PRIETO SANCHÍS, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», *Jueces para la Democracia*, núm. 26, julio de 1996, p. 47).

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Ya lo adelanta Ezquiaga: «El objeto de este trabajo es intentar aclarar algunos debatidos problemas relacionados con la producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional, a partir de la distinción *entre fuente del Derecho, disposición normativa y norma jurídica*». Y con ello comenzamos...

El punto de arranque es el concepto de fuente del Derecho. Tras diferenciarlo del concepto de disposición normativa y de norma jurídica, tras interrelacionar ambos, y tras establecer una tipología de las diversas normas sobre la producción jurídica, distingue las normas que regulan la producción de las fuentes del Derecho, de aquellas otras que regulan la producción de normas, y la producción de disposiciones normativas. A continuación, pasa a examinar de qué modo puede provocarse la vulneración de cada una de ellas, así como –finalmente– qué papel desempeña la Corte constitucional en relación a las vulneraciones anteriormente mencionadas.

Tomamos como inicio la producción de los materiales normativos: es éste un proceso complejo, con al menos cuatro elementos identificados: la *autoridad normativa* (sujeto al que el sistema jurídico le otorga poder para crear Derecho); el *procedimiento normativo* (actos que realiza la autoridad normativa de cara a producir Derecho); el *documento normativo* (el texto aprobado por la autoridad normativa tras el procedimiento seguido, y cuyos enunciados suelen ser *denominados disposiciones normativas*); y el *contenido del documento normativo* (significado otorgado a las disposiciones del documento, tras haber sido éstas interpretadas: a esto lo denominamos *norma jurídica*, y será expresada mediante un enunciado interpretativo).

Pero... ¿qué son las fuentes del Derecho? El autor pretende mostrar la utilidad de una noción formal de fuente del Derecho, para explicar qué hacen los juristas en general, y cómo se lleva a cabo la producción de los materiales jurídico-normativos y el control de ese proceso por parte del Tribunal Constitucional. Con ello, nos brinda la siguiente definición: la expresión «fuente del Derecho» indica las diversas formas o categorías que las autoridades normativas deben utilizar para incorporar al sistema jurídico los materiales (documentos normativos y disposiciones) a partir de los cuales el resto de los operadores jurídicos (y de las mismas autoridades normativas) deben extraer las normas.

Teniendo presente la misma, es preciso establecer algunas apreciaciones inevitables en la regulación –iusprivatista– de las fuentes del Derecho en el Código Civil. Primeramente, porque el propio concepto de Derecho del artículo 1 del Código Civil no se adecúa al diseño constitucional. Segundo: no se tienen en cuenta las diferentes fuentes del Derecho de rango legal que la Constitución crea, ni tampoco la pluralidad de fuentes de rango infralegal que también se establecen en ella. Se obvia el restringido papel que adquiere la costumbre en su condición de fuente idónea para producir Derecho; se omite el que los principios del Derecho sean verdaderas normas jurídicas; y se recorta el papel de elemento informador del ordenamiento únicamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin tener en cuenta la debida extensión al Tribunal Constitucional, y probablemente también, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con todo ello, el concepto de fuente de Derecho que propone es eminentemente formal, puesto que depende de las normas sobre la producción jurídica,