

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EFICACIA DEMOCRÁTICA

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND DEMOCRATIC EFFECTIVENESS

LUIS DELGADO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Interpretación y derecho. III. La interpretación jurídica: ¿declarar o desentrañar? IV. Variedad de intérpretes en la significación del derecho. V. El ser y el deber ser en la interpretación constitucional. VI. El entendimiento de la eficacia democrática. VII. La eficacia democrática en la interpretación orgánica constitucional. VIII. La tesis de La mano muerta del pasado. IX. La Constitución como árbol viviente. X. Conclusión. XI. Bibliografía.

Resumen

La filosofía jurídica contemporánea ha puesto en su mira el acto interpretativo y dentro de los objetos a interpretar, se encuentra la Constitución. Los operadores jurídicos, en su trabajo hermenéutico, dan sentido a las palabras escritas por los constituyentes. Cabe preguntarse si esta interpretación asegura los derechos de los ciudadanos y la democracia. Este trabajo expone qué se entiende por interpretación, cómo está relacionada la interpretación con el derecho y cuáles son las técnicas interpretativas propuestas por diversos autores para significar la Carta Magna, de una manera en que se asegure la eficacia democrática. Como se observará a lo largo del trabajo, los modelos interpretativos propuestos tienen aspectos que debemos rescatar. El lector podrá determinar cuál es la técnica

¹ Estudiante del Programa de Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez; conferencista en temáticas de filosofía del derecho, filosofía de la historia e interpretación jurídica; columnista en revistas fronterizas y nacionales; correo: luis.delgado.mx@hotmail.com

de mayor plausibilidad para interpretar una Constitución.

Palabras clave: interpretación jurídica, filosofía del derecho, democracia.

Abstract

The contemporary jurisprudence has focused on interpretation and within the objects to be interpreted we find the Constitution. The legal operators, on their hermeneutic effort, provide the meaning to the words written by the Founding Fathers. It is necessary to think over if this interpretation ensures the rights of citizens and the democratic government. This work exposes what the connotation of interpretation refers to, how is related with legal interpretation, and which hermeneutic techniques are proposed to significate the Bill of Rights in a democratic way. As we will see in this article, the interpretative techniques have features that we must consider. At the end of this work, the reader could determinate which is the best technique to significate the Constitution.

Keywords: legal interpretation, jurisprudence, democracy.

I. Introducción

La inquisición fundamental de este escrito, se basó en entender cuál es la técnica más democrática que los jueces, magistrados y ministros deben utilizar en la interpretación constitucional. Esta pregunta forjaría el cuestionamiento sobre temas relacionados: la relación entre el derecho y la interpretación, lo que hacen los jueces al momento de interpretar y quiénes son capaces de interpretar.

Sin duda, la interpretación constitucional es uno de los temas de mayor controversia en nuestra actualidad. Para tratar de entenderla, en este trabajo se aborda la relación entre la interpretación y el derecho, para luego pasar a la interpretación jurídica y, finalmente, a la interpretación constitucional.

La relación entre la interpretación y el derecho es axiomática, es decir, no se pone en duda. Los operadores jurídicos o cualquiera que indague en el significado de un texto jurídico, estarán interpretando dicho objeto. Sin embargo, existen elementos de discusión donde no hay consenso.

En esta breve investigación se explica que el vocablo “interpretación” es equívoco. Las posturas tradicionales aseguran que interpretar es desentrañar el verdadero significado de un texto, mientras tesis más contemporáneas afirman que el acto interpretativo es la declaración de sentido a un signo.

Por fines pragmáticos, esta labor se acotó al estudio de la interpretación jurídica, en donde se hace notar que el término originario de la interpretación, en conjunto con el papel místico de los intérpretes antiguos, produciría la acepción más utilizada en el mundo del derecho; la interpretación es desentrañar la voluntad

del legislador o, si se es aún más metafísico, descubrir la voluntad de la ley. Por supuesto, las críticas a esta postura son sumamente duras y en este trabajo, se exhiben.

Después de analizar en este escrito qué es lo que se realiza al momento de interpretar objetos jurídicos, se procede a examinar a los intérpretes: ¿es acaso que todos podemos interpretar material jurídico? Si la contestación es afirmativa, conseguimos derivar una clasificación interpretativa con base en el “poder” que un individuo tiene sobre la aplicación de una norma jurídica. Y, como se observará, la interpretación por parte de jueces, magistrados y ministros es el punto central de la indagación respecto a la interpretación constitucional.

Manifestando lo que plausiblemente se afirma como interpretación jurídica y aclarando que la interpretación orgánica es de interés en este trabajo, en la sección *El ser y el deber ser en la interpretación constitucional*, se inspecciona si la técnica interpretativa que se efectúa en una “simple” norma debe ser igual a la que se realiza en la Carta Magna, ya que la interpretación de una Constitución, por parte de una autoridad, altera todos los aspectos de una sociedad.

También se especifica el uso del concepto “efectividad democrática” y su relación con la interpretación realizada por los órganos judiciales.

Posteriormente, se muestran las distintas tesis que prescriben el modo interpretativo que deben utilizar los operadores jurídicos frente a una Constitución. Se expone el debate que existe entre una interpretación constitucional más dinámica frente a una más rígida y los efectos democráticos que cada adscripción de significado pueda dar.

Para finalizar, se brindan las consideraciones del autor en relación con ambas posturas, desplegando la parte argumentativa del mismo en la conclusión.

II. Interpretación y derecho

El concepto de la interpretación es uno de los temas que no se puede obviar por parte de cualquier filósofo o persona que inquiete en el significado de los signos. Las teorías generales sobre la interpretación han sido discutidas desde tiempos antiguos. Al respecto, el profesor francés Paul Ricœur menciona que en *Crátilo*, Platón ya había mostrado que el problema de la “verdad” de las palabras o nombres aislados, debe permanecer indeterminado, porque el nombrar no agota el poder o la función del habla.² Esto es una clara evidencia de que el problema relacionado con la ontología de la interpretación es añejo.

La sempiterna pregunta sobre qué es la interpretación solo puede estar sujeta a

2 Paul Ricœur, *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. México, Siglo Veintiuno Editores, 2014, pág. 15.

las tesis que han tratado de definirla, es decir, el concepto “interpretación” estará atenido a las teorías que tratan de explicar su naturaleza, por lo que dar una definición sobre el vocablo “interpretación” sería tomar partido, prematuramente, sobre alguna tesis.

Por el momento, es menester decir que interpretación se asocia con el término “significado y operación”; operación de quien interpreta y significado de lo que se interpreta.³

La interpretación, al estar relacionada con el significado de un lenguaje, abarca todas las áreas del saber humano. El físico interpreta la materia, la energía, el movimiento, mientras que el psicólogo interpreta la conducta humana. Un filósofo del arte interpretará un fresco o una escultura.

En el derecho, el acto interpretativo no se escapa. Los operadores jurídicos, sean jueces, magistrados o ministros de la corte, interpretan normas jurídicas. Los abogados, los profesores universitarios y cualquiera que se relacione con temas jurídicos, significarán el objeto que se reflexiona.

La reflexión del concepto “interpretación” es, indudablemente, interesante; sin embargo, para no divagar en este problema, se acotará el vocablo “interpretación” al de la interpretación jurídica, a fines de este trabajo, para luego entender qué es la interpretación jurídica constitucional.

³ Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Editorial Porrúa, segunda edición, 2000, pág. 1.

III. La interpretación jurídica: ¿declarar o desentrañar?

Según el ilustre iusfilósofo italiano Riccardo Guastini (2000), la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual; aquella que significa determinados fragmentos del lenguaje como los vocablos, las locuciones o los enunciados.⁴ Con esta acotación que realiza el filósofo del derecho, se puede evidenciar una clara marca de la filosofía jurídica analítica, ya que define la interpretación jurídica, entre palabras, como la atribución de significado a signos y estos no son otra cosa que normas.⁵

Aunque coincido con Guastini (2000) en que la interpretación jurídica es dar el sentido a un signo jurídico, debo puntualizar que los debates siguen existiendo sobre lo que se entiende por interpretar un texto legal.

Comenzaré diciendo que la definición de interpretación jurídica no es del todo consensuada. Mencionar que la interpretación jurídica es un acto de declaración de sentido, es una posición más contemporánea. Existen teorías más tradicionales, donde se asume que la interpretación

⁴ *Ibidem*, pág. 2.

⁵ La marca analítica italiana se puede comparar con el profesor Norberto Bobbio, quien sostendría que el derecho solo puede ser conceptualizado bajo la noción de normas (Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Editorial Temis, cuarta edición, traducción de Jorge Guerrero, 2013, pág. 19).

de una norma es tratar de descubrir su sentido.

Acertadamente, el académico mexicano Rolando Tamayo y Salmorán (1996) describe la etimología de la palabra “interpretación” y cómo esta influyó en el sentido de la interpretación jurídica: la expresión interpretación proviene del latín *interpretatio* y esta, a su vez, del verbo *interpretor*, que se refiere a servir de intermediario o venir en ayuda de. En este último sentido, por extensión, interpretación significa *explicar*. Asimismo, el verbo *interpretor* se deriva del sustantivo *interpretes*, que designa al intermediario e, igualmente, al traductor de un texto, que pone en un lenguaje accesible lo que se encuentra en uno desconocido. De ahí que *interpretes* —continúa Tamayo— se aplique a aquel que explica, al que esclarece, al que da sentido.⁶

Con esto, el filósofo del derecho vincula oportunamente el sentido originario de la palabra “interpretación” con lo que se asume que realiza un intérprete de normas jurídicas.

Además, el *interpretes* y sus métodos para significar fueron misteriosos en tiempos remotos, lo que llevó a dar una explicación errónea de lo que se efectúa al momento de interpretar.

Rolando Tamayo y Salmorán (1996) alude que los brujos, augures o sacerdotes no hacían sino dotar de sentido a ciertos sig-

nos, que en razón de su posición o poder solo ellos manejaban y entendían (o hacían creer que entendían). En este escenario se desenvolvían los pontífices patricios en relación con las fórmulas del derecho, métodos que solo ellos conocían y que interpretaban a petición de los legos.⁷

Este pasaje histórico que nos relata el iusfilósofo Tamayo y Salmorán (1996), aunque pareciese irrelevante, es de suma importancia, pues describe cómo el poder de la investidura del intérprete, en este caso los pontífices patricios, haría creer que con la interpretación se trata de “desentrañar” el significado verdadero de un texto jurídico.

Sin embargo —dice Tamayo y Salmorán— cualquiera que “inquiera” por el sentido que guardan ciertos objetos, signos o acontecimientos y obtenga una “respuesta”, se encuentra en realidad, asignando un significado a estos objetos, signos o acontecimientos. El sentido es siempre incorporado mediante la interpretación, pero ni se busca ni se desentraña.⁸

Los adscritos a tesis subjetivistas de la interpretación, en conjunto con las palabras mencionadas por el doctor Tamayo y Salmorán (1996), señalan que la creencia de que los signos tienen un significado por sí mismos y que este sentido puede ser

6 Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, Editorial Themis, 1996, pág. 333.

7 *Ibidem*, pág. 334.

8 *Ibidem*, pág. 335.

desentrañado, se deriva de tesis metafísicas tradicionales.

El profesor danés Alf Ross (1997), suscribiendo el subjetivismo interpretativo, expone una crítica a las posturas más tradicionales de la filosofía del lenguaje tradicional; nos relata:

Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica derivan de la creencia de que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descrito por la filosofía. Partiendo de esa concepción, que se remonta al idealismo de Platón y a la teoría de la definición de Aristóteles, el filósofo se pregunta qué “son realmente” “verdad”, “belleza”, “bondad”, etc., y cree posible establecer definiciones verdaderas.⁹

El significado atribuido a las palabras —continúa Alf Ross (1997)— es claramente convencional. Nada impediría que la palabra “gato” fuera usada para designar al animal doméstico de cuatro patas que hace “guau-guau”, y “perro” para señalar al que hace “miau”.¹⁰ El significado atribuido a los símbolos lingüísticos está deter-

minado por las costumbres de una determinada comunidad.¹¹

Por honestidad intelectual, debo enfatizar que me adhiero a una corriente subjetivista de la interpretación, es decir, creo que la interpretación es declarar el sentido de un signo y no desentrañarlo.

iv. Variedad de intérpretes en la significación del derecho

Partiendo de la premisa de que interpretación es una declaración de sentido por parte del sujeto cognoscente hacia un signo o un objeto, caemos en cuenta de que todos los individuos con una capacidad racional pueden interpretar. No obstante, aunque cualquiera puede interpretar material judicial, existen diferencias entre la interpretación que realiza un agente con competencia jurisdiccional de cualquier otro sujeto.

Podemos englobar la universal cantidad de interpretaciones del derecho clasificándolas en tres tipos: una interpretación que crea derecho; otra que no lo crea pero sí lo reflexiona; y una última referida a la interpretación que lleva a cabo quien creó el texto jurídico. A la primera, tradicionalmente

9 Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, segunda edición, 1997, pág. 148.

10 *Idem*. La tesis subjetivista en el derecho pareciera caer en una anarquía interpretativa; sin embargo, la interpretación no es “libre”: siempre existe un condicionamiento doctrinal que limitará al intérprete en su significación (Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos...*, *op. cit.*, págs. 350-352).

11 La significación siempre estará determinada por un código (lingüístico) presupuesto por una determinada comunidad. Como lo señala John Langshaw Austin, “tiene que existir un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional, y que debe incluir la expresión de ciertas palabras por ciertas personas en ciertas circunstancias” (Cfr. John L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, España, Editorial Paidós, traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, 1990, pág. 67).

se le conoce como interpretación orgánica o judicial, mientras que a la segunda se le ha nombrado como interpretación dogmática o doctrinal. Y a la última, se le llama interpretación auténtica. Esta clasificación es realizada a partir del sujeto que interpreta y no del objeto que está significando, es decir, se divide por el rol que tiene cada individuo en el mundo del derecho.¹²

Es menester aclarar las distinciones que existen entre estas tres interpretaciones para proseguir con este trabajo. Para esto, el filósofo italiano antes citado, Riccardo Guastini (2000), describe claramente, y en breves enunciados, la distinción entre las tres: “La interpretación auténtica se entiende, en un sentido amplio, la realizada por el autor mismo del documento interpretado; en sentido estricto y por antonomasia, es la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante otra ley sucesiva”.¹³

Como interpretación dogmática o doctrinal —agrega Guastini (2000)—, se entiende la que llevan a cabo los juristas como profesores de derecho, por ejemplo.¹⁴ En esta interpretación se encuentra toda la crítica, descripción, valoración y reflexión que cualquier individuo realice. “En los

sistemas jurídicos modernos, los profesionales del derecho no están jurídicamente habilitados para ‘decidir’ el significado de los textos normativos: pueden hacer solamente sugerencias o propuestas”.¹⁵

En última instancia, nos comenta el profesor anteriormente citado, la interpretación orgánica o judicial es aquella que produce efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto decidido. La interpretación judicial es una “orientada a los hechos”; dicho en otros términos, el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación del derecho requiere, juntas, la interpretación de las fuentes y la calificación del supuesto de hecho.¹⁶

Hecha esta importante distinción entre los distintos intérpretes que dan sentido a un texto, podemos proceder a un punto focal de este trabajo de investigación: la interpretación jurídica constitucional y sus diversas tesis interpretativas.

v. El ser y el deber ser en la interpretación constitucional

El término de interpretación, como se ha desarrollado en los subtítulos anteriores, consiste en dar sentido a algún signo u objeto. Sin embargo, cabe preguntarse si esta definición es plausible para describir el proceso al momento de interpretar la

12 Podemos encontrar esta clasificación en la línea analítica de la filosofía del derecho; Riccardo Guastini y Rolando Tamayo y Salmorán serían algunos de los autores que mencionan explícitamente la clasificación (Cfr. Riccardo Guastini, *Estudios...*, op. cit., pág. 19; Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos...*, op. cit., pág. 339).

13 Riccardo Guastini, *Estudios...*, op. cit., pág. 19.

14 *Idem*.

15 Riccardo Guastini, *Estudios...*, op. cit., pág. 20.

16 *Idem*.

Carta de Derechos.¹⁷ O mejor, formularse el cuestionamiento de si existe una distinción en el mecanismo para dar sentido a la Constitución.

Comenzaré diciendo que la interpretación jurídica varía dependiendo del objeto que se interpreta, pero el objeto interpretado no varía el mecanismo interpretativo. En otras palabras, no se puede sostener que la interpretación de un texto varía de acuerdo a su contenido.

Al respecto, Guastini (2000) señalaría que nadie puede laudablemente sostener que una interpretación pueda ser una cosa o la otra, según la identidad del texto interpretado. Pero la distinción sí puede darse en las técnicas interpretativas distintas a las que se utilizan en las leyes.¹⁸

¿Por qué Guastini señala que la Constitución puede tener técnicas interpretativas distintas? Para los grandes iuspositivistas, incluido él mismo, el derecho solo está construido por normas, señalando que la Constitución, por más supremacía que tenga, no deja de ser una regla. Entonces, ¿por qué la Carta de Derechos tendría una técnica interpretativa distinta a la de las normas de todo el ordenamiento jurídico? Estas preguntas ponen en duda la tesis de

la separación entre el ser y el deber ser en el positivismo jurídico.¹⁹

A partir de este punto, se rompe entre la descripción de la interpretación constitucional y la prescripción de una asignación de sentido a la Carta de Derechos. La clara distinción entre cómo se interpreta una Constitución y cómo debería interpretarse por los operadores jurídicos.²⁰

Como veremos en los siguientes subtemas, el deber ser de la interpretación constitucional estará enfatizado hacia la eficacia democrática; formulado con otras palabras, cuál es la técnica interpretativa que los operadores jurídicos deben utilizar al momento de interpretar la *Bill of Rights* para promover un Estado democrático.

VI. El entendimiento de la eficacia democrática

Para ahondar en las temáticas de la interpretación constitucional e inquirir cuál es la técnica que permite cerciorar al Estado

17 Comúnmente se le denomina a la Constitución como Carta de Derechos o *Bill of Rights*, en inglés, debido a las diez enmiendas estipuladas por la Constitución de Estados Unidos.

18 Riccardo Guastini, *Estudios...*, op. cit., pág. 114.

19 Al respecto, Jaime Cárdenas nos menciona que el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, ha sometido a crítica y revisión todas las tesis tradicionales del positivismo (Cfr. Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pág. 50).

20 La valoración en la construcción de una ciencia del derecho, es una de las tesis fundamentales que propone el positivismo jurídico contemporáneo (Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, traducción de Roberto J. Vernengo, 1982, págs. 15 y 79). Sin embargo, las vertientes del positivismo jurídico incluyente han tomado una nueva faceta en la prescripción de la interpretación jurídica, como bien lo señalan algunos autores (véase: Pilar Zambrano, *La interpretación jurídica como co-creación, Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 3, México, 2009, págs. 382-385).

democrático, es preciso delimitar lo que se concibe por eficacia democrática.

Autores como Robert Dahl (1999) brindan criterios para dictaminar si un gobierno es democrático o no. La participación efectiva, la igualdad del voto, el que los ciudadanos se instruyan sobre las opciones políticas existentes en un Estado y el ejercicio de una agenda, entendida como el control de las políticas públicas que se realizan, son notas que se deben cumplir si una forma de gobierno aspira a ser democrática.²¹

Si bien estos criterios desarrollan una clasificación para, plausiblemente, fichar a los gobiernos democráticos, la efectividad democrática en esta investigación se encamina a la representatividad de la ciudadanía por parte de las autoridades judiciales.

El problema de la efectividad democrática en los jueces versará sobre la revisión constitucional; la cuestión de relevancia —dice Robert Dahl (1999)— es si un tribu-

nal debe declarar inconstitucional una ley dictada por el Parlamento nacional.²²

El problema democrático de los órganos judiciales, se genera cuando la interpretación efectuada por estos entra en conflicto con las disposiciones emitidas por el cuerpo legislativo de un Estado.

Los jueces no pueden librarse del manto ideológico al momento de interpretar la normatividad del legislador; es preciso preguntarse si, a pesar del factor volitivo del juez, este debe declarar inconstitucional una regla de derecho.

El Poder Judicial tiene un problema de legitimidad si yacen disputas con el Poder Legislativo, pues los órganos judiciales no son organismos electos, al menos en los tribunales de jerarquía superior.

Dice el profesor Dahl (2003) que cuando la Corte actúa en la esfera de derechos democráticos fundamentales, es difícil cuestionar la legitimidad de sus actos. Empero, cuando esta se desplaza de su campo de acción, se convierte en un cuerpo legislativo no electo. Bajo la apariencia de interpretar la Constitución —continúa el politólogo—, el tribunal superior promulga leyes y políticas que pertenecen al territorio de los funcionarios electos.²³

¿Es posible la eficacia democrática cuando un órgano judicial no electo interpreta

21 Robert Dahl es uno de los padres de la teorización democrática en los estudios politológicos del mundo. El profesor Dahl conceptualiza la democracia como un ideal y brinda una serie de pautas para enmarcar si un gobierno es, en mayor o menor medida, democrático (véase: Robert Dahl, *La democracia: una guía para los ciudadanos*, España, Taurus, traducción de Fernando Vallespín, 1999, págs. 47-57). La teorización de este académico impondrá la visualización de la democracia “no como un fenómeno de suma cero, sino más bien una escala que, partiendo del cumplimiento de ciertos criterios, va de lo mínimo aceptable a la situación óptima” (véase Daniel Levine y José Enrique Molina, *Calidad de la democracia: fortalezas y debilidades en América Latina*, *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, vol. 5, Ecuador, 2011, pág. 97).

22 *Ibidem*, pág. 141.

23 Robert Dahl, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, traducción de Pablo Gianera, 2003, págs. 160-161.

la Constitución? El debate está en si la interpretación constitucional representa a la sociedad circunscrita a la norma fundamental. Para aproximarse a una respuesta, es necesario examinar la significación constitucional de la Carta Magna.

VII. La eficacia democrática en la interpretación orgánica constitucional

Una vez visualizado el problema democrático de los cuerpos judiciales, es de interés para esta investigación ahondar en la eficacia democrática y la interpretación constitucional; dos temas que, *en conjunto*, han sido discutidos por grandes filósofos del derecho, académicos e individuos en general.

Después de lo señalado en este trabajo, y en otras obras cumbres referenciadas, sería ocioso preguntarse si una Constitución se interpreta, puesto que esta es un objeto de significación *para* todos los operadores jurídicos. Incluso, desbordando la frontera del área orgánica, la interpretación reflexiva se encuentra en los ciudadanos.

El cuestionamiento fundamental está en el *deber ser* de la interpretación *orgánica* constitucional; en cómo los jueces, magistrados y ministros deben dar sentido a los textos de la Carta Magna para asegurar un gobierno democrático.²⁴

24 No es menester de este trabajo reflexionar si la democracia es el óptimo sistema de organización para una sociedad. Cabe decir que una gran parte de los iusfilósofos modernos coinciden en, o presuponen, el modelo democrático como el más plausible para implementarse en una sociedad. Sin embargo, la teorización sobre la mejor forma de organizar una

De esta interrogante surgen dos tesis que tratan de dar solución y dictar, de una manera laudable, la manera en cómo se debería interpretar la Constitución; la primera se denomina *The dead hand of the past*, que se traduce como La mano muerta del pasado, mientras que la segunda se conoce como *The Living Tree Theory*, que se castellaniza como la Teoría del árbol viviente.

Estas dos tesis han sido discutidas por los más eruditos profesores del mundo; el debate es tan reciente que en las Cortes del mundo, incluyendo la nuestra, se disputa si la significación de la *Bill of Rights* debe decantarse por una técnica interpretativa, como la que propone la tesis de La mano muerta del pasado, o si la Corte y los operadores jurídicos deberían ver la interpretación constitucional como un árbol viviente.

VIII. La tesis de La mano muerta del pasado

A la tesis *The dead hand of the past* también se le ha llamado originalismo o historicismo. Bajo este nombre, se conglomeraron todos los argumentos que estaban en contra de una interpretación evolutiva de la Constitución.²⁵

comunidad no puede encontrar una respuesta absoluta, pues los criterios para determinar si un gobierno es mejor que otro no son elementos lógico-racionales, sino valorativos (véase: Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 2001, pág. 83).

25 El juez de la Corte norteamericana, Antonin Scalia, quien sería ministro por casi treinta años, sería el férreo representante del originalismo.

Miguel Carbonell (2011) menciona que el originalismo defiende el acto de interpretar la Constitución de forma estricta, según sus palabras o la intención de los redactores del texto. Para los originalistas —continúa el constitucionalista— no hay dilema alguno que resolver, ya que la Constitución sigue ofreciendo respuestas apropiadas a los problemas del presente.²⁶

Como bien lo hemos mencionado a lo largo de este trabajo, al momento de que se interpreta un escrito no se desentraña el significado unívoco y verdadero, sino que simplemente se adscribe significado al signo. Sin embargo, los originalistas han obviado esa crítica sosteniendo que no se desentrañan los textos, sino que la interpretación debe condicionarse a una técnica histórica²⁷ de conocer la voluntad del legislador o, mejor dicho, de los *Founding Fathers*.²⁸

El argumento de la voluntad del legislador o la intención del padre constituyente nos lleva a criticarlo y cuestionar: ¿cuál es el método para conocer (si es posible) la voluntad de un legislador que ya está muerto, como en la mayoría de los casos?

Guastini (2000) ha contestado esta interrogante —no siendo un originalista— en que la única manera de averiguar esa voluntad “omnipresente” del legislador, es a través de los trabajos preparatorios, en los actos parlamentarios, por ejemplo.²⁹

Si es que se puede argumentar la primera pregunta, surge otro elemento de harta mayor importancia que debe ser respondido: ¿es eficazmente democrático interpretar una Constitución a través de la cosmovisión del legislador originario en tiempos actuales?

Carbonell (2011) cita convenientemente lo que un mismo padre fundador, Thomas Jefferson, dijo sobre las leyes perpetuas:

los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad... ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente.³⁰

¿Por qué tendríamos que sentirnos hoy ligados por un documento producido hace más de dos siglos?, pregunta el profesor Robert Dahl (2003).³¹

26 Miguel Carbonell, La constitución viviente, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 35, México, 2011, pág. 188.

27 Riccardo Guastini, *Estudios...*, op. cit., pág. 50.

28 El término anglosajón *Founding Fathers* es una expresión popular estadounidense para señalar a los constituyentes originarios, quienes serían los que redactarían la Constitución. Como ejemplo en nuestro sistema constitucional, el claro “padre fundador” sería el constituyente Venustiano Carranza.

29 Riccardo Guastini, *Estudios...*, op. cit., pág. 33.

30 Miguel Carbonell, La constitución..., op. cit., pág. 190.

31 Robert Dahl, *¿Es democrática...?*, op. cit., pág. 10.

ix. La Constitución como árbol viviente

Frente al originalismo del juez Scalia, se encuentra una posición más flexible al momento de interpretar la Carta de Derechos. Esta corriente que logra visualizar la Constitución como un *living tree*, propone una técnica interpretativa donde los jueces tomen posiciones discrecionales frente a las problemáticas de la *Bill of Rights*.

Aunque el máximo representante actual de la corriente del árbol viviente es el doctor canadiense Wil Waluchow (2009), la discrecionalidad interpretativa ha sido aceptada desde tiempo atrás. Cabe citar a Kelsen (1982) cuando menciona que, aunque el legislador es más libre al momento de crear derecho, el juez, asimismo, es creador de derecho y también es relativamente libre con respecto a su función.³²

Guastini (2000) describe que se le llama evolutiva —o viviente— a una interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y no histórico. Dice este autor que el argumento de esta teoría consiste en que la interpretación de la ley debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la norma deba ser aplicada.³³

Lo señalado se convierte en el argumento central de la Teoría del árbol viviente. Y es que para Wil Waluchow (2009), la ley o las enmiendas no pueden abarcar todos

los casos que se presenten ante el juez. Dice el profesor canadiense que no es fácil imaginar inteligiblemente una legislación que, de algún modo, pueda cubrir delicadamente la variedad de los distintos casos difíciles que han sido expuestos en una Constitución.³⁴

Empero, que el juez tenga discrecionalidad, es decir, “libertad” al momento de adjudicar, generaría un problema de certeza jurídica, donde las partes no pueden conocer cuál es la sentencia del incumplimiento de un deber.

Ante esta situación, Ronald Dworkin (1981) ataca la discrecionalidad que puede tener un juez en un caso difícil, donde no exista un núcleo de certeza aplicativa en el juicio. Dice este autor que aun en los casos difíciles, el deber del juez sigue siendo el de descubrir cuáles son los derechos de las partes y no el de inventar nuevos derechos retroactivamente.³⁵

El problema de la tesis representada por Waluchow (2009) es, como bien lo señala Dworkin (1981), la libertad que tiene el juez frente al caso que se le presente. También hay que señalar que Dworkin (1981) hace énfasis en que los jueces no son agentes electos, tal y como lo hacen los legisla-

32 Hans Kelsen, *Teoría pura...*, pág. 353.

33 Riccardo Guastini, *Estudios...*, *op. cit.*, págs. 50-51. En sustancia, el contenido de la Teoría del árbol viviente se adhiere a un evolucionismo interpretativo.

34 Traducción propia extraída de: Wil J. Waluchow, A Common Law Theory of Judicial Review, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 3, México, 2009, pág. 136.

35 Ronald Dworkin, *Casos difíciles*, México, UNAM, Cuadernos de Crítica, traducción de Javier Esquivel, 1981, pág. 5.

dores, por lo que la decisión judicial debe subordinarse a la legislación.³⁶

¿Por qué el Poder Judicial —en el caso de las Cortes—, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático?, pregunta el ilustre profesor Carlos Santiago Nino (1997).³⁷

Si los jueces tienen la última palabra y se adhieren a la tesis del Árbol viviente, podrían desvincularse totalmente de los ciudadanos, encubriendo sus pretensiones en las resoluciones, siempre desde el argumento de interpretar deliberativamente la Constitución.

x. Conclusión

No podemos evadir la eminente relación entre derecho e interpretación; dar sentido a un texto jurídico es un acto interpretativo que puede hacer cualquier individuo con capacidad racional.

Resuelto esto, queda consumir el concepto de la interpretación jurídica: adscribir sentido a un escrito normativo del derecho positivo. Las teorías tradicionalistas se equivocan al afirmar que la interpretación es desentrañar el verdadero y único

sentido de los textos, porque los discursos no contienen un significado por sí mismos, ya que solo el sujeto puede significar un objeto. Si fuese un desentrañamiento de la verdad, se tendría que aceptar la existencia de un sentido unívoco en un vocablo, pero los conceptos de igualdad, justicia, libertad y cualquier otro término axiológico —usualmente encontrados en las Constituciones— no pueden ser absolutos; tienen un alto grado de equivocidad.

En cuanto a la variedad de intérpretes, debe hacerse notar que cualquiera que tenga una capacidad racional puede interpretar; puede adscribir un significado. Sin embargo, las técnicas interpretativas que se proponen van dirigidas hacia los intérpretes orgánicos que continúan con la creación del derecho, en la adjudicación específicamente.

Concluyendo los puntos anteriores, debemos finiquitar si las teorías interpretativas describen lo que hacen los intérpretes orgánicos o los prescriben, para que den sentido al texto jurídico de cierta manera. Proponer una técnica interpretativa es una manera más de ordenar al intérprete cómo debe realizar su adscripción de sentido al escrito legal; sean efectivos, o no, estos modos interpretativos.

Hay que señalar que las tesis de prescripción interpretativa hacia los operadores jurídicos afectan toda la estructura de una sociedad. Por lo regular, el legislador y el representante ejecutivo —en su papel— apa-

³⁶ *Ibidem*, pág. 10.

³⁷ Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, España, Gedisa, traducción de Roberto P. Saba, 1997, pág. 259.

recen como los únicos que crean normas jurídicas; sin embargo, los jueces, magistrados y ministros también crean derecho al interpretar y adjudicar en los casos; los juzgadores no aplican la voluntad del legislador, porque no existe un mecanismo epistémico que desentrañe la voluntad de un individuo —o de varios— en una ley.

Al aseverar que los intérpretes orgánicos crean derecho, ¿puede existir una certeza jurídica? Los jueces, en los sistemas jurídicos contemporáneos, no son electos por la población, a diferencia de los legisladores, por lo que su responsabilidad frente a los ciudadanos parecería un inminente peligro en relación con las instituciones democráticas y el ideal de la certeza. Sin embargo, una técnica interpretativa adecuada podría llegar a “limitar” la discrecionalidad del juez.

En suma, si los jueces tienen discreción en los casos y crean derecho, sin ser elegidos democráticamente, ¿qué técnica interpretativa limita la “libertad” del juez al momento de resolver un conflicto? La contestación a esta pregunta me obliga a repulsar la teoría de visualizar una Constitución como un árbol viviente. Los efectos del *living tree* pueden generar una crisis democrática, donde los órganos judiciales tengan absoluta discrecionalidad y la balanza del juego democrático, se incline hacia órganos no electos por los ciudadanos.

Aunque excluyo la corriente del árbol viviente por considerarla un azar en el Es-

tado democrático, no coincido con los originalistas en apearse a la voluntad de la mano muerta del pasado, porque veo poco plausible, desde un punto de vista democrático, reconstruir cosmovisiones superadas. Creo que los originalistas aportan una gran crítica al árbol viviente en la interpretación constitucional, pero su técnica interpretativa es poco laudable al tratar de revivir a los muertos. Incluso, la tesis de La mano muerta del pasado podría permitir a las Cortes limitar ciertos derechos aprobados por el Poder Legislativo desde el argumento de una búsqueda de la voluntad del padre fundador.

Finalizo con la negación de decantarme por una de las posturas interpretativas expuestas; empero, sostengo que es menester generar una postura que limite la discrecionalidad de los jueces y, al mismo tiempo, se adapte a las impetraciones ciudadanas, para constituir una democracia eficaz.

xi. Bibliografía

- Austin, J. L., (1990). *Cómo hacer cosas con palabras* (trad.: Genaro R. Carrió, & Eduardo A. Rabossi). España: Paidós.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría general del derecho* (4.^a ed., trad.: Jorge Guerrero). Bogotá: Temis.
- Carbonell, M. (2011). La constitución viviente. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 35. México.
- Cárdenas Gracia, J. (2005). *La argumentación como derecho*. México: UNAM.

- Dahl, R. (2003). *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* (trad.: Pablo Gianera). Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- (1999). *La democracia: una guía para los ciudadanos* (trad.: Fernando Vallespín). España: Taurus.
- Dworkin, R. (1981). *Casos difíciles* (Cuadernos de Crítica, trad.: Javier Esquivel). México, UNAM.
- Guastini, R. (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica* (2.^a ed.). México: Porrúa.
- Kelsen, H. (2001). *¿Qué es la justicia?* (trad.: Ernesto Garzón Valdés). México: Fontamara.
- (1982). *Teoría pura del derecho* (trad.: Roberto J. Vernengo). México: UNAM.
- Levine, D., & Molina, J. E. (2011). Calidad de la democracia: fortalezas y debilidades en América Latina. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 5. Ecuador.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa* (trad.: Roberto P. Saba). España: Gedisa.
- Ricœur, P. (2014). *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Ross, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia* (2.^a ed.). Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Tamayo y Salmorán, R. (1996). *Elementos para una teoría general del derecho* (introducción al estudio de la ciencia jurídica). México: Themis.
- Waluchow, W. J. (2009). A Common Law Theory of Judicial Review. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 3. México.
- Zambrano, P. (2009). La interpretación jurídica como co-creación. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 3. México.