

# «DERECHO VIVIENTE» Y «ENTRENCHMENT». ENTRE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y CONSERVADOR\*

Por MICHELE CARDUCCI y MILENA D'ONGHIA\*\*

## SUMARIO

1. ESCRIBIR E INTERPRETAR.—2. LA HIPÓTESIS DE LUHMANN.—3. LA HIPÓTESIS DE SCHAUER.—4. EL PELIGRO DE LA COARTADA.—5. *LOOKING FORWARD AND LOOKING ROUND*.—6. «ENTRENCHMENTS» IRRETROACTIVOS Y «ENTFREMUNG».—7. EL «DERECHO VIVIENTE» EN ITALIA.—8. LA TÉCNICA DE LA «SOLDADURA».—9. «DERECHO VIVIENTE» Y «DISTINGUISHING».—10. LA PERSPECTIVA DEL «ENTRENCHMENT» EN ESPAÑA.—11. «ENTRENCHMENT» Y «UNGESCHRIEBENES VERFASSUNGSRECHT».—12. «ENTRENCHMENT» Y ESPACIO PÚBLICO.

## ABSTRACT

The issue of constitutional interpretation is usually tackled from the hermeneutical perspective of the communicative relationship between writer and reader (*intention auctoris/intention lectoris*) within which the creative spaces are founded on the semantic value that the reader can establish while observing the specific case and with reference to the abstract normative provision of the formal text.

In common parlance, people refer to *provision* (to indicate linguistic statements) and of *rules/norms* (to indicate contents) as the physiological differentiation of the normative semantics in the reality in which their effects occur. And the 'creativity' of the judge is considered to be 'guided' by the presupposed written text.

Contributions inspired by 'systems theory' describe the Constitution not as a legal text that must be interpreted, but as a political decision regarding the future which, like any political decision, comes up against the uncertainties and risks of the context in

---

\* Los primeros siete epígrafes son de Michele Carducci, los restantes, de Milena D'Onghia. La traducción en español es de Milena D'Onghia.

\*\* Michele Carducci es Profesor Catedrático de Derecho Constitucional en la *Università degli Studi di Lecce* (Italia). Milena D'Onghia es Doctoranda en «Sistemi giuridici e politico sociali comparati» en la *Università degli Studi di Lecce* (Italia).

which its effects will be played out. In this way, the act of writing and the act of interpreting are elevated to a 'political role' that can only be valued after the event, *ex post*, as only then will these acts be subject to certainty.

The article examines the systemic theory of Luhmann with the American concept of 'entrenchment', in describing decision-making strategies and tactics in interpretation.

Not all strategies are provided with rulefulness, ie, adhered to a model of decision-making that is exclusively rule-based. Some strategies (case-based decision making) try to cope with the specificities of each particular case, its contingencies and the contingencies of its interpreters and its '*vita*' in order to take into account the unrepeatable 'prescribed requirement of each case'.

Any decision, strategy or tactic in writing or reading the constitution will reflect this balance between means and ends. It is this that makes it reasonable and balanced, regardless of the forms in which singular circumstances express themselves.

*Key words:* Interpretation, constitutional theory, living law, entrenchment, constitution and legal traditions.

## RESUMEN

El tema de la interpretación constitucional se suele afrontar en la perspectiva hermenéutica de la relación comunicativa entre texto escrito y lector (*intentio auctoris/intentio lectoris*), en cuyo interior los espacios creativos se fundamentan en el valor semántico que el lector del texto es capaz de elaborar durante la observación del caso concreto y con referencia a la previsión normativa abstracta de la disposición formal.

Se habla comúnmente de *disposición* (para indicar los enunciados lingüísticos) y de *norma* (para indicar los contenidos) como fisiológica diferenciación de la semántica normativa en la realidad en la que produce sus efectos. Y la «creatividad» del juez se considera «orientada» por el texto escrito presupuesto.

Sólo las contribuciones inspiradas en la «teoría de sistemas» describen la Constitución no como texto legal que se debe interpretar, sino como decisión política de cara al futuro, que, como las decisiones políticas *tout court*, se enfrenta con las incertidumbres y los riesgos del contexto en el cual producirá sus efectos. De esta manera, el acto de la escritura como el de la interpretación ascienden a un «rol político» que se puede valorar sólo *ex post*, por su certeza.

El artículo examina la teoría sistémica de Luhmann con el concepto americano de *entrenchment*, en la descripción de las estrategias y tácticas decisionales de interpretación.

No todas las estrategias están estipuladas con reglas, es decir, adheridas a un modelo de decisión exclusivamente reglado. Algunas estrategias intentan enfrentarse a las especificaciones de cada caso particular, sus contingencias y las contingencias de sus intérpretes y su «vida», en orden a tomar en cuenta la irreplicable «exigencia reglamentaria de cada caso».

Cualquier decisión, estrategia o táctica, de escritura o de lectura del texto constitucional, reflejará este equilibrio de objetivos y medios, resultando, entonces, razonable y balanceada, independientemente de las formas expresivas de las singulares circunstancias.

*Palabras clave:* Constitución y tradiciones legales, Derecho viviente, *entrenchment*, interpretación, teoría constitucional.

## 1. ESCRIBIR E INTERPRETAR

El tema de la interpretación constitucional se suele afrontar en la perspectiva hermenéutica de la relación comunicativa entre texto escrito y lector (*intentio auctoris/intentio lectoris*), en cuyo interior los espacios creativos se fundamentan en el valor semántico que el lector del texto es capaz de elaborar durante la observación del caso concreto y con referencia a la previsión normativa abstracta de la disposición formal.

Se habla comúnmente de disposición (para indicar los enunciados lingüísticos) y de norma (para indicar los contenidos) como fisiológica diferenciación de la semántica normativa en la realidad en la que produce sus efectos. Y la «creatividad» del juez se considera «orientada» por el texto escrito presupuesto<sup>1</sup>.

Sólo las contribuciones inspiradas en la «teoría de sistemas» describen la Constitución no como texto legal que se debe interpretar, sino como decisión política de cara al futuro, que, como las decisiones políticas *tout court*, se enfrenta con las incertidumbres y los riesgos del contexto en el cual producirá sus efectos<sup>2</sup>. De esta manera, el acto de la escritura como el de la interpretación ascienden a un «rol político» que se puede valorar sólo *ex post*, por su certeza.

El conjunto de las disposiciones y normas constitucionales, desprendibles de la interpretación, define el complejo de la decisión normativa asumida por el sujeto constitucional, creador o intérprete del texto.

De esta manera, el rol de la Constitución resulta eminentemente práctico en la relación entre norma jurídica y política como sistemas decisionales y no se identifica ni con la rigidez conceptual de los esquemas formalistas, que postulan la coincidencia entre construcción metodológica y realidad a investigar, ni con las evocaciones del Derecho natural como axiología de la diferencia entre eternidad (de los valores, de los principios, de las ideas constitucionales) y temporalidad (de los sujetos, de las voluntades, de los intereses).

Al mismo tiempo, el valor explicativo de los contenidos constitucionales aparece conscientemente «artificial», condicionado por el tiempo y por la contingencia de los nexos sistémicos entre política y derecho, sin tener que justificar, como normalmente hace cualquier teoría de la Constitución, la plausibilidad de presupuestos y referencias exteriores y extrañas al tiempo, para fijar el objeto y tratar la diversidad desde el modelo

<sup>1</sup> Para una síntesis eficaz véase F. MODUGNO, «Sistema giuridico», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, 1993, 13 ss.

<sup>2</sup> Sobre la concepción de la función de la constitución en Luhmann, cfr. J. TORRES NAFARRATE, *Luhmann: la política como sistema*, México, EFCE, 2004.

teórico como crisis, como crítica, o en el mejor de los casos, como transformación desde y no transformación de algo.

Este enlace entre decisión y realidad puede producir resultados contrapuestos en la cualificación de los procesos interpretativos de la Constitución.

## 2. LA HIPÓTESIS DE LUHMANN

El Derecho constitucional revela evidentes dificultades en responder a los desafíos de la materialización del derecho. La Constitución ha pretendido y pretende ser el estatuto jurídico de lo político. Sin embargo, lo político se demuestra rebelde con respecto a una normativización legalista, porque a la norma constitucional no le está permitido conformar autoritariamente la sociedad. Debe, más bien, favorecer la adecuación de la esfera jurídica a los diferentes ámbitos sociales y a las diversas prácticas sociales. Entonces, si las teorías de la Constitución representan de todos modos un producto de las concepciones voluntaristas del derecho y del sujeto, la contribución de Luhmann obliga a confrontarlas con la autorreferencialidad y la auto-organización de los varios sistemas y subsistemas sociales.

Todas las teorías de la Constitución describen más o menos una concepción «clásica» de la Constitución, en el sentido de referirse a sujetos identificados en su histórica individualidad y antropológicamente sometidos a sus esquemas normativo-integradores, teorizados para explicar la fuerza normativa de la Constitución (Constitución material, integración, Estado, pluralismo jurídico)<sup>3</sup>.

Luhmann acepta la crisis de la reflexividad, o sea la imposibilidad de ir hacia un sistema regulador central que históricamente llega a ser la Constitución, de crear un conjunto unitario de respuestas dotadas de racionalidad y coherencia con referencia a un grupo cada vez más complejo y creciente de peticiones o exigencias, procedentes del o construidas en el sistema social. Esta crisis de reflexividad repercute en el centro político y en el sistema de las fuentes del orden jurídico: las fuentes del derecho —empezando por la Constitución— se revelan funcionalmente inadecuadas para servir como impulso y para construir las bases jurídicamente conformadoras de una sociedad diferenciada.

Hoy, en los mismos espacios de gravitación de la normativa constitucional, han surgido otros universos (mercado, empresa, grupos, sistemas

<sup>3</sup> Véase R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986, 62 ss.; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000; M. MORLOK, *Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, 34 ss.

de información, tecnologías), que reivindican una universalidad específica y la alternativa a la validez y eficacia de las normas constitucionales. El discurso constitucional aparece insuficiente o en todo caso parcial, no por «incompleto», sino porque es «inadecuado» a los discursos reales emergentes, que vehiculan o sirven como gramáticas específicas, códigos y programas marcados con una racionalidad propia de los singulares mundos parciales (economía, telecomunicaciones, informática).

Quizás la teoría constitucional contemporánea sobre la integración europea pueda reconocerse en el léxico de la *Teilverfassung*, la «Constitución parcial»<sup>4</sup>, respecto de los modos vitales, prevalentemente económicos, de la Unión Europea<sup>5</sup>.

Por otra parte, la teoría de la Constitución se ha identificado también con una «teoría del Estado», mientras que la actual sobrenacionalización e internacionalización del derecho desautorizan el Estado y precisamente su Constitución (OTAN, UE, MERCOSUL, NAFTA, ONU, Uruguay-Round, Schengen, información-CNN), para favorecer la pluralización de los discursos.

De esta manera, mientras las lecturas de teoría constitucional se han referido siempre a temas clásicos del «derecho político» (representación, soberanía, partidos políticos, métodos electorales), Luhmann descubre otra manera de tratarlos, concibiéndolos como paradojas, dilemas, teoremas, estructurados en términos de complejidad y basados no en la intencionalidad constructivista de la política y del sujeto, sino más bien en la idea de la auto-organización en sistemas (político, económico, religioso, científico) que no se reconocen necesariamente en un centro único, normativo y constitucional<sup>6</sup>.

De esta manera, la complejidad revelada genera sistemas distintos y códigos funcionales distintos, no siendo realista intentar dirigir constitucionalmente la sociedad a través de un código unitario y voluntarista de las disposiciones constitucionales.

Colocada en este nuevo contexto, la autoevolución «sin sujeto» de la sociedad vacía la subjetividad del Estado y por consiguiente «su» Constitución.

Por otra parte, cualquiera puede observar que, con respecto a los conceptos «clásicos» del Estado como sujeto jurídico e integrador social, hoy

<sup>4</sup> Véase la reciente contribución explicativa del debate alemán, de T. HERBST, *Legitimation durch Verfassungsgebung*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2003.

<sup>5</sup> Por ejemplo, P. RIDOLA, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo», en P. COSTANZO (dir.), *La Carta Europea dei diritti*. Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova, Genova, De Ferrari, 2001-2002, 7 ss.

<sup>6</sup> H. HOFMANN, «Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?», en *Juristen Zeitung*, 1999, 1074.

se cuestiona el concepto de Estado como «regulador» de los sistemas, «garante» o supervisor de la producción (económica) y de las decisiones políticas de todos los actores sociales<sup>7</sup>, con independencia y casi con indiferencia respecto de la Constitución.

En esta nueva perspectiva, las representaciones (teorías) de la Constitución no pueden convertirse de «descripciones de la realidad» en «construcciones intelectuales»<sup>8</sup>, condicionadas por el sujeto que observa y del contexto en el que actúa. Preguntarse sobre una (o sobre la) teoría de la Constitución llega a ser casi imposible, y ciertamente inútil, no porque haya cambiado el fenómeno sino más bien porque se diferencian las maneras de observarlo.

En Luhmann, la única operación plausible, para discurrir sobre la Constitución, no consiste en la identificación (imposible) de su antropomórfica —y objetiva— voluntad normativa de teorizar, sino más bien en la búsqueda de su «sentido», y de la función, que la misma representa delante de las complejidades de los sistemas sociales, en cualquier contexto, independientemente de las conformaciones finalísticas o planificadoras de los diferentes sujetos sociales.

El resultado paradójico de la hipótesis de Luhmann es que el texto constitucional puede tener «sentido» si «no tiene sentido», es decir si semánticamente se vacía de significados apriorísticamente teorizables<sup>9</sup>, para actuar funcionalmente como criterio selectivo de la producción y de la valoración de las normas con respecto a los diferentes sentidos que se pueden dar en la sociedad.

Es así que la Constitución llega a ser un producto evolutivo (*evolutionäre Errungenschaft*)<sup>10</sup>, pero no en el sentido normativo-racional de extracción weberiana, ni tampoco en el historicista-individualista de origen *diltheyano*.

En consecuencia, Luhmann puede declarar que los valores, objeto específico de cualquier discurso de teoría constitucional, no son «programas decisionales»<sup>11</sup>, no porque sean «universales», «naturales», «compartidos», sino más bien porque no son practicables ni supeditados a su negación, y por lo tanto vaciados de contenido, lo que vuelve a remitir a los singula-

<sup>7</sup> H. WILKE, *Supervision der Staates*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1997.

<sup>8</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, «O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição», Conferência proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional em Curitiba, 16 octubre 2002, en *Revista da PGE*, 56, 2002, Porto Alegre, 25 ss.

<sup>9</sup> Sobre el concepto de vaciamiento semántico, véase A. PODLECH, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971.

<sup>10</sup> N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, 470 ss.

<sup>11</sup> N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1997, Suhrkamp, 789-800.

res subsistemas de la sociedad compleja y de que la Constitución tiene que ocuparse de la disciplina de los conflictos.

De esta manera, el texto constitucional se transmuta de «axiológico», jerárquicamente fundado en la voluntad de un sujeto histórico, en «autológico», necesaria autodescripción del derecho y de la sociedad altamente indiferente con respecto a las formas que asumen las relaciones sociales. Constitución y teoría de la Constitución, «indiferentes» con respecto a la realidad y a la historia, ... no sirven para nada ... y por eso, paradójicamente serían «útiles» a los sistemas sociales.

¿Y las teorías de la «Constitución material»<sup>12</sup>, de la «Constitución dirigente»<sup>13</sup>, de la «Constitución abierta»<sup>14</sup>, en suma las «teorías adjetivadas de la Constitución»<sup>15</sup> con las que representar «modos significativos» para crear un nexo aceptable entre «semántica del derecho» y «estructuras sociales»? Tampoco éstas contribuyen para nada, si el «sentido» de la Constitución es como una «autoconstrucción», sin lugar ni tiempo, indiferente a las connotaciones existenciales de las personas, a las regularidades históricas de una civilidad, a las explicaciones históricas de sí misma.

Una Constitución sin adjetivos, sin historia, y finalmente ... sin contenidos. ¿Por qué entonces teorizarla?

### 3. LA HIPÓTESIS DE SCHAUER

Sin embargo, la equiparación de escritura e interpretación constitucional como decisión política puede preludiar otros resultados. Puede permitir la comprensión, por ejemplo, sobre que cualquier decisión normativa se refiere al futuro, como cualquier decisión política, en una doble dimensión:

<sup>12</sup> C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.

<sup>13</sup> En la importante teoría de J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª ed. 2001, recogida y discutida por la literatura latinoamericana y sobre todo brasileña, como testifican L. L. STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, 122 ss., y G. BERCOVICI, «A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição», en AA.VV. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

<sup>14</sup> Se hace referencia al pensamiento de P. HÄBERLE, que se puede sintetizar en *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998, 620 ss., y recogido por diferentes autores latinoamericanos, en particular, para la comparación con LUHMANN, por P. BONAVIDES, *A Constituição Aberta*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, 31 ss. También N. DE BARROS BELLO FILHO, *Sistema Constitucional Aberto*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

<sup>15</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *O Estado Adjetivado*, cit.

- como futuro presente, o sea como percepción de las condiciones de realización de las decisiones en el «después» temporal de la eficacia, todavía no del todo cierto, claro, completamente conocido;
- como presente futuro, o sea como conjunto actual de las finalidades que hay que realizar y que se pueden retener probables o nada menos plenamente conseguibles en aquel «después» temporal de la eficacia, todavía no efectivamente conocido por aquella decisión misma<sup>16</sup>.

Escritura e interpretación constitucional, entonces, juegan con el presente futuro y futuro presente del contexto en el que operan y utilizan el contexto para finalidades pronósticas o persuasivas sobre su futuro. En este sentido, sostiene Schauer, las dos son «reglas del juego»<sup>17</sup>.

En cualquier juego, para alcanzar las finalidades se necesitan los medios. En el contexto contemporáneo de las Constituciones, los medios no son suministrados por la fuerza física, la violencia, la legitimación ultraterrena del poder.

Representan un juego «político», pero «democrático»: es decir que se reconocen en la inteligencia del diálogo y del consentimiento.

Eso determina que el enlace de los medios y finalidades pide necesariamente una coordinación social continua y persistente entre diferentes actores. Tal coordinación social describe el ambiente en el cual jugar el partido, en el cual decidir la propia estrategia y las propias tácticas de juego y, por ende, de decisión.

Por lo tanto, la Constitución no es sin adjetivos, sin historia ... sin contenido. Para proyectarse verosímilmente al futuro, ésta tiene que reconocerse en reglas compartidas del juego: lo que significa que tiene una identidad histórica y un proceso persistente, inevitablemente democrático.

Schauer describe esta idea de democraticidad de la manera siguiente.

Estrategias y tácticas decisionales no están provistas de un régimen de reglas puro (*ruleness*), esto es, un régimen cuyo modelo se fundamenta exclusivamente en reglas (*rule based decision making*), pero se confronta con la especificidad de los casos particulares de cada partido, con sus contingencias y las contingencias de sus jugadores y de su vida (*case based decision making*), para coger las irrepetibles «exigencias reglamentarias del caso»<sup>18</sup>. El modelo de coordinación social de las decisiones, por tanto,

<sup>16</sup> Cfr. G. CORSI, *Sistemi che apprendono*, Lecce, Pensa Multimedia, 1998, 42 ss.

<sup>17</sup> F. SCHAUER, «Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making» in *Law and in Life*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1991.

<sup>18</sup> El concepto de «exigencias reglamentarias del caso» es expreso por G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

debe ser capaz de hacer convivir todos los partidos del juego, garantizando condiciones inderogables de condisión, a las que apelar cuando las finalidades sean traicionadas o los medios instrumentalizados, con menoscabo de la generalidad de los partidos.

Cualquier decisión, estrategia o táctica, de escritura o de lectura del texto constitucional, reflejará este equilibrio de objetivos y medios, resultando, entonces, razonable y balanceada, independientemente de las formas expresivas de las singulares circunstancias.

En otros términos, no será relevante que las finalidades persiguadas constituyan el resultado de negociaciones assemblearias o de autorrepresentaciones individuales de la propia libertad, sino más bien que se consigan con medios proporcionados para todos y coherentes con la premisa de la condisión en el consentimiento.

De esa manera, el porcentaje de politicidad del proceso hermenéutico no viene eliminado ni ocultado a través de ficciones jurídicas de tipo formal o iusnatural; es simplemente traducido en un método compartido y participado.

El concurso de decisiones razonables y balanceadas (sean textos normativos, sentencias, actos administrativos o contratos tiene poca importancia), contribuye a consolidar el nexo medio-finalidad, determinando lo que Schauer define como fenómeno del *entrenchment*, o sea, la elevación de la experiencia de técnicas compartidas de argumentación y normación a regla inderogable (*mandatory Rule*) de convivencia<sup>19</sup>.

El *entrenchment* expresa el desarrollo constitucional de una comunidad, y por ende la efectividad del derecho, más allá de los apriorismos de la pretensión de generalidad y abstracción de las decisiones normativas, justamente porque es perseguida en la coordinación social de todos.

No es entonces la simple escritura del texto constitucional que activa el *entrenchment* sino el aprendizaje de prácticas argumentativas y decisorias razonables y equilibradas entre todos los «lectores» de textos y decisiones sobre el propio o ajeno futuro presente y presente futuro.

El *entrenchment* es futuro presente y presente futuro.

Si la certeza del derecho, en la perspectiva de Luhmann, declina hacia el «vacío semántico» de los enunciados constitucionales, en Schauer se reajusta como plausibilidad semántica de los enunciados, en continuo y difundido aprendizaje y en continua variación participada y compartida.

---

<sup>19</sup> En el derecho y en la comunicación social: cfr. F. SCHAUER, «Judicial Self-Understanding and the Internalization of Constitutional Rules», en *University Colorado Law Review*, 1990, 61, 749 ss.

#### 4. EL PELIGRO DE LA COARTADA

La relación entre certeza del derecho y el futuro pasa a través del aprendizaje y la difusión del *entrenchment*, o sea, a través los esfuerzos de la razonabilidad y del equilibrio, como condiciones de certeza y difusión de derechos en el presente y en el futuro.

El *entrenchment* orienta al decisor, sea juez o legislador, en la contingencia de los casos. El *entrenchment* confía en las decisiones tomadas por los otros, hace acopio de las experiencias ajenas, no solo de la propia, y en ello es aliviado de la responsabilidad de recorrer todas las etapas de experiencias vividas por los otros, contribuyendo a consolidar el consentimiento y la participación.

Este «efecto de alivio»<sup>20</sup>, sin embargo, explica también la constante tentación del decisor, juez, legislador, administrador, de utilizar el *entrenchment* como coartada, como instrumento de conservación.

El riesgo existe y se muestra cada vez que se recurre al *entrenchment* como instrumento de simple eficiencia decisional, «para decidir sin demasiada fatiga» sin valorar el perfil de la suficiencia existencial de las decisiones asumidas respecto a las situaciones presentes y futuras de las representaciones de la vida y de la libertad de la persona humana.

Pero, al mismo tiempo, la circularidad de la aportación plural y pluralística al desarrollo constitucional impone inexorablemente a todos el hecho de enfrentarse con la realidad, con la libertad, con las autorrepresentaciones, con la dignidad.

El pluralismo democrático es el mejor antídoto al conservadurismo constitucional<sup>21</sup>.

#### 5. LOOKING FORWARD AND LOOKING ROUND

Evidentemente, la experiencia del *entrenchment* es particularmente propia de los ordenamientos de *Common Law*, por el valor que se atribuye al precedente judicial.

Pero como técnica de orientación de las decisiones judiciales, tal experiencia sintetiza, en realidad, exigencias de justicia, presentes en todas las experiencias constitucionales<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> G. ZAGREBELSKY, «Relazione», en AA.VV., *Diritto Costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti dell' Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, Cedam, 2004, 31 ss.

<sup>21</sup> F. SCHAUER, L. ALEXANDER, «On Extrajudicial Constitutional Interpretation», en *Harvard Law Review*, 110, 1997, 1359 ss.

<sup>22</sup> Cfr. M. CARDUCCI, *Tecniche costituzionali di argomentazione, normazione, comparazione*, Lecce, Pensa Multimedia, 2003, 113 ss.

En los países de Derecho europeo continental, al precedente no se le atribuye valor normativo, pero se utiliza para orientar las decisiones.

Ciertamente en los sistemas de *Common Law*, al precedente se le atribuye una «función normativa». El precedente no tiene significado neutro, ni simplemente cronológico. Identifica, en cambio, una decisión que se caracteriza por el hecho de ser destinada a operar como *pattern upon which future conduct may be based*, o sea, como punto de referencia de un cierto tipo de conducta que comprueba, en el nuevo caso objeto de juicio, los presupuestos factuales de su condicionamiento.

No obstante, en todos los contextos constitucionales, la mirada hacia el pasado (*looking forward*) dirige la construcción compartida del *entrenchment*», en la contextualización de las decisiones y de los hechos (*looking round*), adquisibles como *tertium comparationis*<sup>23</sup>.

#### 6. «ENTRENCHMENTS» IRRETROACTIVOS Y «ENTFREMDUNG»

El nexo entre pasado y contexto satisface la orientación hacia respuestas correctas a los problemas constitucionales más difíciles, que escapan tanto a la seguridad formal del silogismo judicial como a la discrecionalidad incontenible del antiformalismo judicial.

Según ha observado Ronald Dworkin<sup>24</sup>, los jueces no detentan el poder político de las soluciones definitivas sobre casos difíciles. Entonces ellos no pueden producir normas que retroactivamente se constituyan como elecciones del legislador. Más bien concurren a garantizar la irretroactividad para tutelar las libertades, para mantenerlas constantemente efectivas en la aplicación de los principios fundamentales compartidos.

En esta perspectiva, el *entrenchment* realiza una técnica de irretroactividad en la aplicación de los principios y en la actuación de los derechos.

Además, el *entrenchment* no es nada más que un reflejo de las incertidumbres alimentadas por el tiempo. De hecho, el factor cronológico incide en la certeza del derecho, en la medida en que el desarrollo de las relaciones sociales consagra los límites del derecho vigente y produce una progresiva enfatización (*Entfremdung*) del texto respecto a los cambios del contexto.

Más lejos en el tiempo está el Derecho viviente, más grande es la abertura al «Derecho viviente»<sup>25</sup>. Más grande es la distancia temporal de los

<sup>23</sup> Sobre las implicaciones del recurso al precedente, R. S. SUMMERS, «La natura fondamentale di un sistema di precedenti giudiziari e il suo carattere formale», trad. it. en *Ragion pratica*, 6, 1996, 45 ss.

<sup>24</sup> Cfr. *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1982.

<sup>25</sup> Cfr. N. PEDRO SAGÜÉS, «Sobre el concepto de "constitución viviente" (*Living Constitution*)», en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 1, 2003, 269 ss.

textos, más fuerte es la exigencia del *entrenchment* a través el recurso no al texto, y a su interpretación, sino al contexto, es decir a las argumentaciones sufragadas por *tertia comparationis* formales y factuales.

## 7. EL «DERECHO VIVIENTE» EN ITALIA

Piénsese en el «derecho viviente» jurisprudencial y normativo en Italia, que mueve específicas técnicas de decisión de la *Corte Costituzionale*, como las denominadas sentencias *corretive* que sirven para confirmar y reforzar el «derecho viviente» jurisprudencial, o las sentencias *interpretative di rigetto*, con las que la *Corte* quiere dirigir una interpretación, en sentido constitucionalmente conforme, de leyes que todavía no son interpretadas por la jurisprudencia, con la finalidad de orientar las futuras decisiones judiciales en los casos concretos<sup>26</sup>.

El recurso al «derecho viviente» refuerza la identificación del presente futuro y del futuro presente de las decisiones (judiciales, normativas, administrativas).

De hecho, respecto al mecanismo del precedente en el sistema de *Common Law*, el recurso al «Derecho viviente» asigna «valor normativo» a una decisión judicial *a posteriori*, como orientación creada por la libre interpretación y el diálogo entre jueces (piénsese también en el valor explicativo de las argumentaciones, perseguido en los ordenamientos que reconocen las «opiniones que disienten» de los jueces, como mecanismo de transparencia y de «localización» de las responsabilidades interpretativas).

De la misma manera, el denominado «derecho viviente reglamentario» (que se refiere a las praxis aplicativas de la administración pública) extiende la participación constitucional al desarrollo del *entrenchment* también a las actividades y a los procedimientos administrativos.

Éste, en otras palabras, promueve una función de prognosis hacia el futuro (como fijación del presente futuro e futuro presente) y persuasiva, como legitimación plausible y democráticamente aceptable de la creatividad del decisor «intérprete» respecto al decisor «escritor» del texto normativo.

En Italia encontramos interesantes indicios de institucionalización explícita del mecanismo del *entrenchment* a través del «Derecho viviente» sea jurisprudencial sea reglamentario. Así:

- por la Ley 205/2000, sobre la reforma del proceso administrativo, en la parte en que admite la adopción de sentencias sucintamente motivadas fundamentadas en los precedentes;

<sup>26</sup> Cfr. T. GROPPI, «¿Hacia una justicia constitucional "ductil"?, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 38/39, 2002, 69 ss.

- por el nuevo art. 114 de la Constitución, que constitucionaliza el criterio de «adecuación» de las funciones de las municipalidades;
- por el denominado «circuito virtuoso» entre *Corte Costituzionale* y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por el cual se excluye que una cuestión de legitimidad constitucional, que directa o indirectamente implica la aplicación de una disposición comunitaria, pueda ser decisiva a través de una interpretación de aquella disposición europea que no encuentre una comprobación en la jurisprudencia comunitaria europea, en razón del «combinado dispuesto» por el art. 23 de la Ley 87/1953 con el art. 234 (*ex* 177) del Tratado CE, habilitativo del «derecho viviente» comunitario, vinculante para el juez nacional<sup>27</sup>;
- por la legitimación de una especie de «derecho parlamentario» en la interpretación constitucional de las relaciones entre órganos del Estado<sup>28</sup>.

Pero es en el trabajo de interpretación de las leyes que cada día realizan los jueces, que todo el recorrido de la constitucionalidad, en el *entrenchment* del «derecho viviente» comprueba sus complejas articulaciones. Para los jueces, las técnicas constitucionales de argumentación se dirigen no tanto a consolidar interpretaciones generales de una disposición normativa, según los cánones del formalismo de la codificación civil del ochocientos, sino más bien a orientar al juez mismo en la resolución del «caso específico» como se presenta en los hechos, cuando los recursos interpretativos ordinarios de lectura de los textos no son suficientes para satisfacer de manera constitucional conforme (o sea en la concretización del desarrollo constitucional de los principios y de los derechos fundamentales) las exigencias fácticas.

Es en aquel momento que el juez tiene la exigencia de superar la barrera lingüística del enunciado legislativo y optar entre las dos alternativas sugeridas por el *entrenchment*: la conservadora (del texto legislativo), como consecuencia de la compatibilidad constitucional de las interpretaciones elaboradas por la jurisprudencia en los «casos específicos» implicados por la norma; o la otra, de averiguación innovadora del mismo texto, por medio de la solicitud, a través de una formal cuestión de legitimidad constitucional, de intervenciones manipulativas respecto al Juez de las leyes.

<sup>27</sup> El «circuito virtuoso» ha sido explicitado por la Corte Costituzionale italiana en el Auto 536/1995. Véase F. GHERA, «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, 1193 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Sent. Corte Costituzionale Italiana 7/1996.

Como se puede constatar, ambas opciones puestas al juez giran alrededor de la relación entre cuestión de interpretación del texto legislativo y cuestión de constitucionalidad del hecho sobre el cual decidir. En esta perspectiva, el «derecho viviente», evidenciado en las aulas y en los tribunales y consolidado por la *Corte di Cassazione* italiana en su formación denominada nomofiláctica, lleva a la descrita función pronóstica de la correcta convergencia de los impulsos conservadores e innovadores sobre el caso concreto<sup>29</sup>.

Allí donde el «derecho viviente» no resulta identificable o aparece contradictorio en sus contenidos previsionales, de prognosis y de persuasión<sup>30</sup>, al juez se presenta, en toda su problematicidad la tormentosa opción entre alternativa conservativa y alternativa innovadora, de resolver inmediatamente a través de una interpretación conforme a la Constitución o la aplicación directa de la Constitución, o sea el recurso a criterios de la coherencia y de la razonabilidad-proporcionalidad-equilibrio del desarrollo constitucional.

No se puede enfrentar en el detalle el complejo de los recorridos argumentativos que sostienen las alternativas de elección del juez italiano. Es importante acordarse que el uso de tales técnicas no se dirige a consolidar interpretaciones generales de una disposición legislativa, sino más bien a orientar al juez en la resolución de «casos específicos», donde los recursos interpretativos ordinarios de lectura de textos no sean suficientes para satisfacer de manera constitucionalmente conforme las exigencias de los casos, de modo que al juez se pone la exigencia de superar la barrera lingüística del enunciado legislativo y optar entre dos alternativas sugeridas por la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*: la primera, de verificación conservativa (del texto legislativo), consiguientemente a la aclarada compatibilidad constitucional de las interpretaciones elaboradas por la jurisprudencia (también de la *Cassazione*) sobre «casos específicos» implicados por la norma; la otra, de verificación innovadora del mismo texto, por medio de la solicitud, por medio de la cuestión de legitimidad constitucional, de intervenciones manipulativas respecto al Juez de las leyes<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, Jovene, 1995, 208 ss.

<sup>30</sup> Cfr. M. CAVINO, «Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi del diritto vivente», en *Diritto e Società*, 2001, 159 ss.

<sup>31</sup> Para mayor información se reenvía a la literatura más reciente, densa de ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales: en primer lugar las monografías de P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, Giappichelli, 2002, y de G. SORRENTI, *L'interpretazione «adeguatrice» delle leggi. Fondamento, natura e implicazioni di una pratica dei giudici e della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; luego los volúmenes de A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (dir.), *Prospettive di accesso alla Corte Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, de G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (dir.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2000, y de

Como se puede constatar, ambas las opciones puestas al juez giran alrededor de la relación entre cuestión de interpretación del texto legislativo y cuestión de constitucionalidad del mismo. Tal enlace parece ponerse en contraste con la jerarquía de las fuentes, resultando formalmente distintas la interpretación constitucional, por un lado, y la interpretación «ordinaria», por el otro. En realidad, los dos planos son circulares, porque giran alrededor del «caso específico» abordado por el juez y miran a la convergencia sobre el mismo de las sugerencias y soluciones, puestas por la normación común, con parámetros de conformidad constitucional, elaborados prioritariamente por la *Corte Costituzionale*<sup>32</sup>.

#### 8. LA TÉCNICA DE LA «SOLDADURA»

Pero en la realidad cotidiana de los jueces, ¿interpretación conforme a la Constitución y aplicación directa de la Constitución identifican el mismo fenómeno?

La respuesta a tal pregunta exige una contextualización histórica del cambio de actitud de los jueces italianos con referencia a la ley ordinaria y al texto constitucional. En los años de la entrada en vigor de la Constitución y del funcionamiento de la *Corte Costituzionale* (años 1956-1976), los jueces tendían a reconducir la interpretación de la Constitución a la de la ley, en nombre de la garantía de certeza de un derecho vigente «preexistente» a la misma Constitución.

La interpretación conforme a la Constitución se reconducía a la interpretación sistemática<sup>33</sup>: el objetivo era crear una nueva norma en la que confluyeran las dos disposiciones como condición de una recíproca compatibilidad. Contemporáneamente, la aplicación directa de la Constitución se entendía como identificación de un vínculo jurídico imputable a la norma constitucional, pero sólo donde ésta última podía colmar un «espacio libre» dejado por la ley en los casos por la misma disciplinados.

Sin embargo, esta técnica de «soldadura» —como combinación de elementos normativos (legislativos y constitucionales)— inducía a considerar la Constitución como instrumento dinámico de «normogénesis» paralelo al de los textos subconstitucionales y como tal capaz de actualizar el contenido de las disposiciones legislativas a través de la interpretación de contenidos de la Constitución sobre hechos concretos.

E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (dir.), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, Torino, Giappichelli, 2002.

<sup>32</sup> Cfr., para todos, A. RUGGERI, «Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale», en AA.VV., *Diritto Costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2004, 311 ss.

<sup>33</sup> Cfr. A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1972, 11 ss.

Respecto a la exigencia de la «certeza del derecho», esta idea de la interpretación conforme a la Constitución como su aplicación directa contextual a la de la ley, salvaguardaba la legislación, dando pero concreción a los principios fundamentales y a las libertades constitucionales en los hechos. Llegaba a ser ella misma aplicación directa de la Constitución.

De esta manera, interpretación conforme y aplicación directa han empezado a significar aplicación de los principios fundamentales y actuación de la libertad en los casos habilitados por la ley<sup>34</sup>.

En la misma perspectiva, la interpretación de la ley, por parte de juez y por parte de la administración pública, se emancipaban de la simple ejecución vinculada de las decisiones normativas, para asomarse a la conformidad de los principios y a las libertades, que hay que aplicar y actuar<sup>35</sup> en todos los contextos decisionales y operativos: o sea, en todo lugar donde se juega la problemática de la relación con el futuro presente/ presente futuro.

#### 9. «DERECHO VIVIENTE» Y «DISTINGUISHING»

En definitiva, el «derecho viviente» contribuye a enlazar el pasado a la actualidad de la jurisdicción, de la administración, de la praxis.

En el desarrollo constitucional y en el *entrenchment*, no es la certeza legalista del derecho a reforzar la constitucionalidad, sino la «prognosis» de la inviolabilidad de los derechos, de las libertades, de las adquisiciones de la dignidad, de la confrontación razonable y equilibrada. La «prognosis» no es nada más que la previsión de un resultado.

Tal previsión es realizable, enfocando la especificidad del acontecimiento concreto, para distinguirlo (*Distinguishing*)<sup>36</sup>, en sus componentes expresivas, por otras precedentemente «decididas» y suministrar entonces la llave de «certificación», no de «creación», de la inviolabilidad de las situaciones subjetivas implicadas, o sea de las autorrepresentaciones de libertad manifestadas.

Solo después de tal recorrido de observación de la realidad es posible prever, con la comparación con precedentes decisiones, sobre cual nivel adquirido de inviolabilidad y tutela de las libertades tiene que colocarse la nueva decisión que se quiere asumir.

<sup>34</sup> Cfr. A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1995, 95 ss.

<sup>35</sup> Cfr. M. AINIS, «Attuazione di norme a mezzo di norme», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, 2105 ss.

<sup>36</sup> Con referencia a la técnica del «Distinguishing», véase W. TWINING, D. MIERS, *Come far cose con regole*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1990.

## 10. LA PERSPECTIVA DEL «ENTRENCHMENT» EN ESPAÑA

El umbral de inviolabilidad y tutela de la libertad y de los derechos fundamentales parece orientar la incidencia de la jurisprudencia constitucional española respecto a la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios.

El art. 40.2 de la LOTC prevé que «... la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

Eso quiere decir que la jurisprudencia de los tribunales deberá tener en cuenta lo establecido por las sentencias y autos del Tribunal Constitucional con referencia a los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad pero, ¿qué ocurre respecto de las decisiones del Tribunal Constitucional en el caso de recurso de amparo?

Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional son *inter partes* en los recursos de amparo (y en principio no tendrían que vincular a los jueces ordinarios) y *erga omnes* cuando se trata de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, por el hecho de tener como objeto leyes u otras normas de naturaleza legislativa; en este último caso es evidente la incidencia de la jurisprudencia constitucional respecto a la actividad jurisdiccional de los jueces y tribunales ordinarios.

Pero, como justamente subraya Carrillo no se puede afirmar lo mismo «de la fundamentación jurídica que sirve de base a la decisión judicial»<sup>37</sup>.

La resolución de un recurso de amparo constitucional no realiza sólo la función de tutelar al particular cuando se vulnera un derecho fundamental (restablecer o preservar los derechos o libertades —art. 41.3 LOTC—) sino, también, una función de alcance general: la individuación de los criterios y de las pautas que los tribunales y jueces ordinarios deberán tener en cuenta en la resolución de la *litis*. De hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en las resoluciones de amparo, se proyecta en un ámbito que va más allá del «caso específico» dictando a los jueces ordinarios cómo tienen que actuar.

El art. 5.1 de la LOPJ establece que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

<sup>37</sup> M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, 1995, 36 ss.

El examen de tal previsión permite afirmar que las sentencias que resuelven los recursos de amparo «presentan una vis expansiva que se proyecta también sobre la actividad jurisdiccional de los órganos dependientes del Poder Judicial»<sup>38</sup>.

Otra función del Tribunal Constitucional, de fundamental importancia y que vincula a los jueces ordinarios, se desprende del art. 1 de la LOTC «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica».

En las tres funciones del Tribunal Constitucional destacadas por García Morillo<sup>39</sup>, además de representar un mecanismo para la tutela eficaz de derechos y libertades fundamentales de los particulares y de ser un instrumento de control de los Jueces y Magistrados para averiguar la aplicación por parte de los mismos de los preceptos constitucionales, se incluye la que identifica al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución<sup>40</sup>.

Esta última permite realizar al Tribunal Constitucional una «función nomotética»<sup>41</sup>: es decir que a través las resoluciones de los recursos de amparo el Tribunal interpreta los preceptos constitucionales que, conforme a lo previsto en el art. 5.1 LOPJ, deberán ser aplicados por parte de los jueces y tribunales ordinarios.

El problema que hoy mayormente se plantea, con referencia la amparo extraordinario, es seguramente el «mal funcionamiento» debido a la excesiva carga de trabajo de este tribunal; en este sentido las diferentes doctrinas proponen varias soluciones hipotizando posibilidades de reforma del recurso de amparo. Entre las distintas propuestas se evidencia también la necesidad de una legislación que discipline mejor el recurso ordinario<sup>42</sup>: por el número de recursos resulta necesario mantener el carácter subsidiario del recurso constitucional y, por ende, mantener dos diferentes órdenes jurisdiccionales.

<sup>38</sup> M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, 37.

<sup>39</sup> J. GARCÍA MORILLO y AA.VV., *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, 458 ss.

<sup>40</sup> Para profundizar más este tema véase O. HERRANZ SAMPEDRO, «Jurisdicción ordinaria vs jurisdicción constitucional», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, 95, 2000-2001, 108 ss.

<sup>41</sup> J. GARCÍA MORILLO, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, 51.

<sup>42</sup> Cfr. para todos AA.VV., P. PÉREZ TREMPs (coord.), *La Reforma del Recurso de Amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. En particular, la ponencia de P. PÉREZ TREMPs, «Tribunal Constitucional, Juez Ordinario y una deuda del Legislador», 177-214.

Si la cantidad de recursos de amparo presentados cada año al Tribunal Constitucional pone de relieve la falta de confianza del ciudadano respecto al juez ordinario, se puede afirmar que tampoco el constituyente quiso individuar al juez ordinario como único órgano para la tutela de los derechos fundamentales. A tal propósito parece interesante la lectura de la enmienda presentada en el Senado por Martín Retortillo, durante los debates constituyentes, con la cual se quería atribuir el control de las violaciones de los derechos fundamentales exclusivamente a los tribunales ordinarios<sup>43</sup>: claramente la no adopción de esa postura evidencia como tampoco el constituyente tuvo plena confianza en el juez ordinario. La necesaria participación de los dos órganos en el recurso de amparo justifica la subsidiariedad de la intervención del Tribunal Constitucional y el poder vinculante de la jurisprudencia del mismo respecto al juez ordinario.

#### 11. «ENTRENCHMENT» Y «UNGESCHRIEBENES VERFASSUNGSRECHT»

En cada caso, parece que las «certificaciones» producidas por la experiencia del *entrenchment* y del «derecho viviente» se colocan entre la perpetuación de un pasado-presente, como actualidad de premisas pasadas, y el registro de la contingencia de un futuro próximo constante, como nuevas premisas relacionadas con el futuro.

Este nexo ha sido particularmente profundizado en Alemania, donde ha sido explicitado a través de dos palabras diferentes: *Verfassungswandlung* y *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*<sup>44</sup>: literalmente transformación constitucional (atención: de la Constitución) y Derecho constitucional no escrito (atención: no Constitución no escrita). Ambas reflejan una determinada concepción de la Constitución respecto a una elección de interpretación de la misma<sup>45</sup>. La Constitución es el texto de «expresión» (*Ausdruck*) del futuro, proyectado en la realidad, y de «representación» (*Darstellung*) de las condiciones de *entrenchment*<sup>46</sup>.

De hecho, la terminología que acompaña toda la parábola del constitucionalismo alemán, y que incluyó las actuales reflexiones sobre el

<sup>43</sup> Véase M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales Ordinarios*, 38.

<sup>44</sup> La primera expresión fue elaborada por P. LABAND, G. JELLINEK, HSÜ DAU LIN, la segunda específicamente por R. SMEND. Para recientes reconstrucciones, A. V. SÁNCHEZ URRUTIA, «Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, 105 ss.

<sup>45</sup> Cfr. H. AMADEUS WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 2000, 19.

<sup>46</sup> Cfr. para el debate italiano A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, 267 ss.

«Derecho viviente»<sup>47</sup>, delimita ámbitos operacionales diferentes: la transformación constitucional es realidad presente-futura, el derecho constitucional no escrito es ciencia (representación) de un Derecho ya producido sobre la realidad. La primera es futuro próximo, mientras que el segundo es pasado presente que se tiene que perpetuar en su necesidad.

Es esta dialéctica a fundar el discurso argumentativo del juez, dirigido a explicitar una «pretensión de validez» como «representación» (*Darstellung*) de voluntades recogidas por el Derecho positivo, que, para resistir en el tiempo, «se esconden» a través del control del presente y por ende del futuro.

La misma, de hecho, contribuye inequívocamente a comprender que «positivización constitucional» y «constitucionalización» circunscriben fenómenos jurídicos no sobreponibles y estructuralmente diferenciados sea sobre el plano de la observación sea sobre el de la praxis. Respecto a la insuficiencia del recurso a la positivización textual como paradigma de comprensión de las dinámicas constitucionales, la constitucionalización identifica la concretización generalizada y difundida del texto constitucional «positivo», por medio y en el interior del espacio de todos los sujetos, y entonces de todas las voluntades, que «disponen» de aquel texto, interpretándolo, para ejercer «expresiones» propias o «representaciones» de voluntad ajena. La positivización textual puede llegar a ser el último baluarte respecto al abuso del *entrenchment*, pero en cada caso no agota el espacio de la comunicación entre los intérpretes. Y esta comunicación puede resultar incluso asimétrica, allí donde la dialéctica entre interpretación del texto y disposición de sus contenidos en función de pretensiones de voluntad y de poder no converge hacia las mismas finalidades.

En otras palabras, como ya se ha dicho, el uso del *entrenchment* está asegurado en el interior de una esfera pública pluralista en la que se integra como proceso de concretización constitucional. En esta perspectiva, los intereses y los valores públicos, también los más divergentes, deben ser tenidos en cuenta por el intérprete del texto constitucional.

## 12. «ENTRENCHMENT» Y ESPACIO PÚBLICO

Eso significa que también la manera en la que se desarrollan prácticamente las relaciones fundamentales del poder, de los órganos estatales, de las relaciones de los ciudadanos con el Estado y entre ellos, gira sobre la eficacia de las técnicas constitucionales descritas.

<sup>47</sup> Cfr. H. AMADEUS WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, 6 ss.

Es en este marco que se puede decir que los procedimientos oficiales de la interpretación-aplicación jurídica se presentan como mecanismos selectivos de las diferentes expectativas del público con referencia al texto constitucional. Esta selectividad asume una función estabilizante y congruentemente generalizante de las expectativas normativas constitucionales<sup>48</sup>.

El concurso a la lectura del texto se presenta contemporaneamente reflexivo y representativo; y la activación del desarrollo constitucional implica pluralísticamente los sujetos titulares de funciones, no sólo en la configuración de propios comportamientos que concurren al mismo desarrollo, sino también en la descripción y en el juicio sobre comportamientos ajenos, dirigidos a la misma finalidad. Si el concurso es asimétrico, «positivización constitucional» y «constitucionalización» se diferencian peligrosamente y de manera perjudicial<sup>49</sup>.

La construcción semántica del sentido normativo, producida por el *entrenchment* en la *Entfremdung*, en el tiempo y en el espacio no se puede disociar respecto a los condicionamientos pragmáticos, es decir respecto a intereses, expectativas y valores implicados en el momento de la interpretación-aplicación. Y eso no sólo en relación con los órganos oficiales de interpretación-aplicación jurídica («interpretes *stricto sensu*»), sino también al público cuando dirige las propias expectativas al texto constitucional<sup>50</sup>.

En la ausencia de una esfera pluralista, la concretización normativo-jurídica del texto constitucional realizada a través del *entrenchment* y del «derecho viviente» se bloquea<sup>51</sup>. Las expectativas cognitivas<sup>52</sup> de la *Entfremdung* sufren permanentes y generalizadas interferencias económicas, políticas, familiares, de convivencia, que determinan la rotura de la autonomía operacional del sistema jurídico y una mezcla social de los códigos jurídico, económico, político, «relacional», etc<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, «¿Existe un Espacio Público Latinoamericano?», en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 1, 2003, 1 ss.

<sup>49</sup> Cfr. M. NEVES, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto*, trad. it., Lecce, Pensa, 2004.

<sup>50</sup> N. DE BARROS BELLO FILHO, *Sistema Constitucional Aberto*, 167 ss.

<sup>51</sup> Cfr. las opiniones de J. M. ADEODATO, *A concretização normativa. Um estudo crítico*, en *Ética e retórica*, São Paulo, Saraiva, 2002, 221 ss.; P. A. DÍAZ ARENAS, *Estado y Tercer Mundo. El Constitucionalismo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997; A. REGIS, «Interpretação constitucional e legitimidade», en *Direitos Humanos, Impeachment e outras questões constitucionais*, Recife, Base, 2004.

<sup>52</sup> Sobre el concepto véase R. ZAMORANO FARÍAS, *Civilizzazione delle aspettative e democrazia nelle periferie della società moderna*, Lecce, Pensa Multimedia, 2003.

<sup>53</sup> Es lo que G. BERCOVICI denomina «estado de excepción permanente» en *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue editorial, 2004.

En similares contextos, en vez de asistir a una relación consistente de la actividad de interpretación-aplicación constitucional con la praxis política de poderes públicos y ciudadanos y con el modelo normativo del texto constitucional, se consuman los efectos deletéreos del *entrenchment* coartada, como conservación del *status quo*<sup>54</sup>.

En la estaticidad conservadora del *entrenchment* coartada se frustra también la diferenciación funcional entre normativa constitucional o patología constitucional de las concreciones del texto, premisa necesaria de cualquier «defensa de la Constitución» a través su interpretación<sup>55</sup>.

A un «Constitucionalismo democrático» lo sustituye un «Constitucionalismo conservador».

---

<sup>54</sup> Véase L. L. STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, 299, con referencia al tema de la existencia del principio «de imposibilidad de no retroceso social» como forma de «entrenchment» normativo y límite del poder de reforma constitucional.

<sup>55</sup> J. R. COSSÍO, L. M. PÉREZ DE ACHA (dir.), *La defensa de la Constitución*, Fontamara, México, 1997, 48-49.