

NOTAS SOBRE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Luis Prieto Sanchís

Universidad de Castilla-La Mancha

I. ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Hace algo más de quince años M. Troper se lamentaba de la escasísima atención que merecían los problemas relativos a la interpretación constitucional y de la indiferencia que los constitucionalistas mostraban ante esta cuestión¹. No sé si la observación era muy acertada entonces, pero, desde luego, no parece serlo hoy en día, cuando no sólo se han multiplicado los análisis y reflexiones teóricas sobre las peculiaridades del razonamiento jurídico en el ámbito constitucional, sino cuando incluso la actividad de los órganos jurisdiccionales competentes se convierte con cierta frecuencia en el centro del debate político y del interés periodístico. Tal vez aún no se ha mantenido seriamente que la Constitución no es más que aquello que el Tribunal Constitucional dice que es, o al menos no se ha mantenido en los últimos años, pero nos acercamos bastante a un realismo moderado o metodológico que quiere hacer de la doctrina constitucional el centro del Derecho constitucional².

Ciertamente, esta relevancia del capítulo hermenéutico descansa en una concepción constitucional implícita o que no siempre se subraya con suficiente énfasis, pero que resulta indispensable para que pueda desarrollarse una auténtica labor interpretativa. Me refiero a la idea de la Constitución como verdadera norma jurídica, como fuente de derechos y obligaciones susceptibles de generar controversias que han de ser dirimidas por un órgano

¹ M. TROPER, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle», en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 133 y s. La misma opinión expresaba A. E. PÉREZ LUÑO en su más reciente trabajo sobre «La interpretación constitucional», en el volumen de obligada consulta *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 250.

² Entre nosotros se hace eco de esta idea F. RUBIO LLORENTE, «Problemas de la interpretación constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 3-4, 1988, p. 40.

jurisdiccional. Como es obvio, si la Constitución siguiera siendo un documento político en manos del legislador y carente de garantía jurisdiccional difícilmente podría hablarse de problemas hermenéuticos, pues sólo en un sentido muy lato cabe decir que el desarrollo legislativo constituya un acto de interpretación constitucional³.

La interpretación constitucional constituye una modalidad de la interpretación jurídica y, por tanto, comparte muchas de las dificultades y técnicas que caracterizan a una doctrina general de la interpretación. Sin embargo, presenta algunas dificultades particulares, unas derivadas de la propia naturaleza de su objeto normativo, y otras que responden a la peculiar función de los órganos jurisdiccionales competentes o a las también especiales consecuencias que se atribuyen a sus decisiones.

Así, en primer término, es bien sabido que las normas constitucionales resultan «en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas»⁴ o, lo que es lo mismo, sin discutir en ningún caso el valor normativo, sus perfiles se adecúan más a la idea de *principios* que a la de *reglas*⁵. Aun cuando estos últimos tampoco se hallan ausentes de los documentos constitucionales, sí parece evidente que en muchos casos sus prescripciones aparecen como estándares débiles o simples razones para decidir cuyo peso es diferente en cada caso⁶; y no sólo esto, sino que, como escribe M. Taruffo, con frecuencia la aplicación de esos estándares no es posible con los criterios que suministra el propio ordenamiento, sino que exige acudir a valores extrajurídicos que, según opinión común, existirían en la sociedad⁷. Por ello, quizá sea el Derecho Constitucional el que presenta una mayor necesidad de interpretación, pues, si hemos de atender la sugerencia de Hesse, «precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser» interpretado⁸. En suma, si toda norma ofrece un núcleo de certeza y una zona de penumbra, las de naturaleza constitucional parecen ampliar esta última en detrimento de aquel.

Ahora bien, la diferencia entre la interpretación legal y la constitucional no reside sólo en las peculiaridades del objeto⁹, sino también en la función que generalmente se atribuye a los órganos encargados de realizarla. En este aspecto, una de las características del juez ordinario es lo que pudiera

³ Un acertado análisis de las dificultades que para una teoría de la interpretación derivan de la consideración meramente política del texto constitucional puede verse en A. E. PEREZ LUÑO, «La interpretación constitucional», citado, p. 251.

⁴ F. RUBIO LORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 63.

⁵ Vid. L. GIANFORMAGGIO, «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi», en *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, p. 97 y s.

⁶ Vid. la caracterización que hace R. DWORKIN de los principios en *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72 y s.

⁷ M. TARUFFO, «La giustificazione delle decisioni fondate su standar», en *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1989, p. 313.

⁸ K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, C.E.C., Madrid, 1983, p. 43. Coincido, no obstante, con la observación crítica de Pérez Luño en el sentido de que la interpretación entendida como atribución de significado siempre es necesaria, pues en otro caso «habría que admitir que existe un único y auténtico significado de las normas constitucionales», «La interpretación constitucional», citado, p. 257.

⁹ En todo caso, ésta sería una diferencia cuantitativa, pues ni el Derecho ordinario desconoce las cláusulas elásticas, ni el constitucional carece de mandatos precisos y concluyentes.

llamarse «unidad de solución justa»¹⁰, esto es, la exigencia institucional de que, en presencia de un caso concreto, sólo cabe una interpretación correcta, mientras que, en cambio, la misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar la «mejor» o la «única» respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables. En otras palabras, el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto «libre», el legislador¹¹, y, por tanto, que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la «interpretación política» resulta admisible o no arbitraria. Como ha dicho el propio Tribunal Constitucional, «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo», de manera que «la labor de integración de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo arbitrariamente una de ellas»¹².

A mi juicio, esta distinta función, unida al hecho de que en la hermenéutica constitucional se carece a veces de un supuesto de hecho o se rehúsa el análisis y ponderación de todos sus aspectos, contribuye también a entender de modo diferente la responsabilidad de la decisión. Así, y aunque se trate sin duda de una ficción, el juez ordinario puede «endosar» el sentido del fallo al propio legislador: ante un cierto caso, sólo cabe una solución justa o adecuada, y esa es precisamente la prevista por el autor de la norma, que desempeña el papel de premisa mayor. En cambio, el intérprete constitucional no busca en realidad una solución al caso, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez); por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción¹³, sino a los de la razonabilidad, que implican necesariamente un juicio valorativo y prudencial del que sólo puede ser responsable el propio intérprete. Dicho de otro modo, el tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión «como si» derivase del legislador, mientras que el modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de la licitud, reclama del intérprete la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión.

En este sentido, creo que tiene razón. A Carrasco cuando escribe que el método característico de la interpretación constitucional se sitúa a medio camino entre lo que él llama la deducción estricta propia de la justicia ordinaria y el juicio de optimización política¹⁴; de un lado, y por la misma naturaleza de su actuación, el Tribunal Constitucional no está en condiciones de verificar una mera labor de subsunción, pues generalmente ni aquello que ha de ser enjuiciado se asemeja a un supuesto de hecho, ni los parámetros

¹⁰ Vid. mi trabajo *Ideología e interpretación jurídica* Tecnos, Madrid, 1987, p. 114 y s.

¹¹ Vid. F. RUBIO LLORENTE, «Problemas de la interpretación constitucional», citado, p. 37.

¹² STC 11/1981, de 8 de abril.

¹³ Ni que decir tiene que, en la práctica, dichos cánones tampoco resultan eficaces en la interpretación legal, aun cuando algunos juristas y operadores jurídicos sigan confiando en ello, Vid. mi *Ideología e interpretación judicial*, citado, p. 82 y s.

¹⁴ Vid. A. CARRASCO PERERA, «El juicio de razonabilidad en la Justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984, p. 46 y s.

para el enjuiciamiento pueden dejar de ponderar conjuntamente principios y reglas; y, de otra parte, ha de «autocontenerse» también a fin de no realizar un juicio de optimización que implicaría decidir cual es la «mejor» interpretación del texto constitucional y, consiguientemente, asfixiar el margen de apreciación del Parlamento. Tal vez el Tribunal no siempre se ajuste a este punto medio y sin duda difícil del juicio de razonabilidad, pero parece que su observancia es cuanto cabe esperar del máximo intérprete de la Constitución¹⁵.

Según creo, las dos circunstancias que acabamos de enunciar contribuyen a forjar una imagen de la justicia constitucional muy cercana a lo que comúnmente se denomina interpretación creativa, en el sentido de interpretación, no libre, pero sí poco condicionada por los elementos normativos. La abundancia de principios entre los criterios de enjuiciamiento y el modelo de razonabilidad que viene exigido por la posición institucional del intérprete de la Constitución alientan un género de argumentación abierto a las consideraciones valorativas, finalistas y prudenciales que alejan este género de interpretación de aquel ingenuo ideal positivista según el cual la decisión jurídica equivaldría a una conclusión lógica independiente por completo de la voluntad, donde no tendrían cabida elementos tales como las concepciones morales y políticas del intérprete, el cálculo sobre las consecuencias sociales y económicas de la decisión, el contexto cultural, la presión de la opinión pública, etc.

Con todo, me parece que no son éstas las únicas peculiaridades de la interpretación constitucional; cabría añadir algunas otras, como su acusado carácter político, que obedece no sólo a la naturaleza política de los sujetos que participan en los procedimientos que se siguen ante el Tribunal, sino también a las consecuencias que se derivan de sus decisiones, en ocasiones de enorme trascendencia económica —recuérdese la expropiación de Rumasa— o que afecta a la propia legitimidad del sistema. Pero hay un último rasgo que, a mi juicio, merece ser especialmente subrayado y que se refiere a lo que pudiéramos llamar la fuerza jurídica de las decisiones, esto es, al impacto que sobre el ordenamiento jurídico ejerce la interpretación constitucional.

Es bien sabido que un Tribunal Constitucional como el español desempeña dos tareas principales: un control abstracto de normas a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y un control concreto en defensa de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Dicho de forma resumida, la primera tarea erige al Tribunal en legislador negativo, esto es, le dota de competencia, no para desarrollar la Constitución o para legislar, sino para expulsar del ordenamiento aquellas normas que resulten incompatibles con los preceptos constitucionales¹⁶; mientras que la segunda tarea hace del Tribunal algo muy parecido a un juez ordinario, si bien limitando sus parámetros de enjuiciamiento a las normas

¹⁵ En realidad, estamos pensando en la interpretación de principios y cláusulas elásticas, pero la Constitución recoge también reglas donde, a mi modo de ver, el margen de licitud, y por tanto de discrecionalidad en favor de otros operadores jurídicos, es menor.

¹⁶ Este es el clásico diseño del tribunal Constitucional concebido por Kelsen. Vid. una recopilación de sus trabajos sobre la materia en H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981.

que reconocen derechos fundamentales. En estas condiciones, resultaría que la fuerza o virtualidad de las decisiones del Tribunal sería en uno y otro caso de muy distinta naturaleza: allí donde el tribunal no puede orientar la actuación de otros operadores jurídicos, pues ha de limitarse a responder con un «sí» o con un «no» a la pregunta sobre la inconstitucionalidad de una ley, sus decisiones serían en todo equiparables a las del legislador; y, en cambio, allí donde resuelve un recurso de amparo, declarando si cierta actuación pública es compatible con el sentido de los derechos fundamentales, su interpretación no tendría más fuerza que la de un precedente judicial autorizado. Trivializando la cuestión: o el Tribunal legisla, y entonces no interpreta, como tampoco determina el Parlamento la interpretación de sus propias leyes; o el Tribunal interpreta y entonces no legisla, de modo que los operadores jurídicos sólo están vinculados en virtud de la doctrina del precedente¹⁷.

Sin embargo, todo parece indicar que por distintos motivos, políticos unos y jurídicos otros, esa doble naturaleza se ha mezclado de manera que las sentencias del Tribunal ostentan fuerza legislativa y operan directamente sobre el ordenamiento jurídico, pero no sólo en lo que tienen de declaración abstracta de inconstitucionalidad, sino también en lo que tienen —y tienen mucho— de interpretación de normas. En otras palabras, lo que vincula a los operadores jurídicos no es sólo el fallo que declara la nulidad o la legitimidad de una ley, sino también la fundamentación —o sea, la interpretación— que conduce a dicho resultado, así como la fundamentación que sirve de soporte a las sentencias de amparo; y los vincula, no como la jurisprudencia de un Tribunal Supremo vincula a los jueces inferiores, sino más bien como lo hacen las normas del legislador. Si puede decirse así, las interpretaciones del Tribunal Constitucional no se presentan como argumentaciones externas sobre un objeto cierto, sino como argumentaciones que *desde dentro* conforman ese objeto.

Me parece que nuestro sistema constitucional confirma con alguna claridad esta conclusión¹⁸. Es verdad que el propósito de diseñar un control de constitucionalidad de la jurisprudencia quedó frustrado¹⁹, pero de aquel intento se mantuvo un residuo no tan vacío como pudiera parece a primera vista²⁰: el artículo 161,1º a) establece, en efecto, que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta», y como sería una perogrullada

¹⁷ Quiero decir que, al margen de su motivación, el fallo de inconstitucionalidad no contiene propiamente un acto de interpretación operativa: es una ley. Mientras que el fallo de amparo sí puede calificarse de un acto de interpretación, pues consiste en el enjuiciamiento de una conducta del poder público a la luz de una norma relativa a derechos fundamentales.

¹⁸ Vid. un punto de vista bastante distinto y, si se quiere, más ortodoxo, en R. CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, C.E.E., Madrid, 1988, p. 43 y s.

¹⁹ Un propósito que dio lugar a cierto escándalo en algunos parlamentarios de las Cortes Constituyentes, así como en algún sector doctrinal. Vid., por ejemplo, la intervención del senador Gutiérrez Rubio, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, vol. IV, p. 4.123 y s. Una opinión favorable en G. PECES-BARBAS, en colaboración con L. PRIETO, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, F. Torres, Valencia, p. 221 y s.

²⁰ Así fue calificado por F. RUBIO LLORENTE Y M. ARAGON REYES, «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, 1979, p. 163 y s.

suponer que aquello que afectará a la jurisprudencia existente sobre una ley es tan sólo el fallo que establece su inconstitucionalidad —pues ello es obvio—, parece más razonable suponer que la fuerza vinculante nace justamente de la motivación del fallo, es decir, de su argumentación²¹. El artículo 40,2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional refuerza esta conclusión: la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia «habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad», y nótese la amplitud de la fórmula, que no habla de «fallos que declaren la inconstitucionalidad de una ley», sino de «doctrina derivada», lo que exige incluir tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*. Finalmente, creo que el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se muestra aún más categórico al establecer que los Jueces y tribunales «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», o sea, ya no sólo en los procesos de inconstitucionalidad, sino también en los de amparo; parece evidente, por lo demás, que la interpretación «que resulte» es algo más que el fallo, pues de éste puede no resultar ninguna interpretación si no se incluyen sus fundamentos.

Esta particular fuerza conformadora de la jurisprudencia constitucional hace de su responsable —el Tribunal— un sujeto especialmente cualificado desde el punto de vista de la interpretación o de la argumentación jurídica. En primer lugar, porque, a diferencia del legislador cuyo poder es indiscutible para dictar normas, pero no para razonar sobre ellas²², el Tribunal actúa como un auténtico órgano jurisdiccional, es decir, actúa a instancia de parte, conecta su actividad a casos y controversias y, sobre todo, ha de fundar su decisión en una motivación que se extiende no sólo al estricto enunciado normativo sino también a los preceptos que derivan de la interpretación de ese enunciado. Y, en segundo lugar, a diferencia del juez ordinario cuyas decisiones sólo se despliegan hacia el futuro en cuanto que precedentes, las del Tribunal tienen la fuerza propia de las normas del legislador, operando directamente sobre el ordenamiento que habrá de proporcionar la premisa mayor de los futuros actos de interpretación. En suma, el Tribunal Constitucional se muestra como un intérprete creador del Derecho, no ya en el sentido de que proyecte su subjetividad o sus concepciones morales sobre la concreta decisión que adopta, sino en el sentido más fuerte de que hace de su razonamiento un elemento más del orden jurídico en su conjunto.

Así pues, nos hallamos ante un intérprete del Derecho —y, sin duda, ello sería bastante para interrogarnos sobre su ideología—, pero ante un intérprete peculiar. Peculiar por el objeto que tiene ante sí, normas que en

²¹ Esta es la explicación que hoy ofrece F. RUBIO LLORENTE, y que sigo en lo fundamental, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, 1988, p. 33 y s.

²² Piénsese en la escasa importancia de las Exposiciones de Motivos, ausentes por lo demás en numerosas leyes.

ocasiones son reglas pero que en no pocos casos se muestran como principios elásticos que por su enunciado no ofrecen una respuesta categórica, aun cuando de hecho pueden ser usados como parámetros exclusivos de un enjuiciamiento concreto²³. Peculiar también por la función que desempeña que, al menos en los procesos de inconstitucionalidad, no consiste en obtener un resultado óptimo o el mejor resultado, sino tan sólo un resultado razonable y abierto a la controversia. Y, en fin, peculiar asimismo por la fuerza conformadora que sobre el ordenamiento jurídico ejerce la jurisprudencia constitucional.

II. IDEOLOGIA E INTERPRETACION DEL DERECHO. ENTRE LA FILOSOFIA POLITICA Y LA JUSTIFICACION RACIONAL

Relacionar la interpretación constitucional con el concepto de ideología puede ser un ejercicio interesante, cualquiera que sea el significado que atribuyamos a esta anfibológica expresión. Por ideología, en efecto, cabe entender cosas diferentes, algunas más relevantes que otras desde la óptica de la interpretación jurídica²⁴; por ejemplo, es obvio que no aludimos aquí a la noción peyorativa de ideología como conocimiento falso o imagen deformada de la realidad²⁵. Pero, aun dentro de un campo semántico más relacionado con la actividad de los jueces, la referencia a la ideología puede desempeñar papeles diferentes.

Es bastante corriente referirse a la ideología judicial o, mejor, a las ideologías judiciales para aludir «al sistema de opiniones y de valores susceptibles de influenciar o condicionar el comportamiento» de los jueces²⁶ o, si se refiere, «al conjunto de postulados y valoraciones que determinan cómo debe tomar el juez sus decisiones»²⁷. Cada ideología expresa, pues, un modelo de juez y, por tanto, un paradigma de interpretación; se habla así, como posiciones extremas, de una ideología de la codificación o del juez vinculado, que se asentaba en la primacía del Derecho civil y en la asunción acrítica de la idea de certeza jurídica; y de una ideología sociológica o de la libre decisión judicial, abiertamente decidida a la ponderación de intereses sociales y a la búsqueda de la justicia concreta; pero es indudable que caben

²³ La tesis de DWORKIN de que los principios, a diferencia de las normas, no pueden ser aplicados a la manera de todo o nada quizá sugiera que en el razonamiento jurídico un principio nunca pueda erigirse en parámetro exclusivo del enjuiciamiento, sino que su ponderación habrá de hacerse conjuntamente con otros principios o reglas. No sucede así, sin embargo, o, al menos, no sucede con los principios de la Constitución española, pues allí donde su oposición con las leyes «sea irreductible» participan de fuerza plena, STC de 2 de febrero de 1981. De DWORKIN vid. *Los derechos en serio*, citado, p. 78 y s. He tratado más extensamente este aspecto en «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 14, 1985, p. 356 y s.

²⁴ Sobre las distintas acepciones vid. E. DI ROHILANT, *Teoria e ideologia nella dottrina della giustizia*, Giappichelli, Torino, 1984.

²⁵ En este sentido vid. por ejemplo C. MARX Y F. ENGELS, *La ideología alemana*, trad. de W. Roces, Grijalbo, Barcelona, 4ª ed., 1972, p. 26-27.

²⁶ G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 1986, p. 81.

²⁷ J. WROBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 55.

posiciones intermedias y más matizadas, cada una de las cuales podría dar lugar a una ideología judicial. Concretamente, hoy parece postularse una de esas posiciones moderadas, la ideología legal racional en palabras de Wroblewski, respetuosa con la legalidad y con la distinción entre creación y aplicación de normas, pero consciente del peso que ejercen las valoraciones y, en general, los elementos extrasistemáticos: «en ese contexto, por racionalidad se entiende la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones»²⁸.

Ahora bien, en estas acepciones la ideología presenta un carácter prescriptivo, pues se trata de postular un cierto modelo de interpretación y de organización judicial. Más adelante volveremos sobre este punto, pero antes conviene señalar que junto a la ideología *de* la interpretación existe también una ideología *en* la interpretación, esto es, un conjunto de valores morales y políticos, de juicios de oportunidad y de elecciones cuya naturaleza y legitimidad no difiere, en mi opinión, de la que tienen esos mismos valores y juicios en el trabajo legislativo.

La presencia de los que llamaremos elementos extrasistemáticos en la interpretación del Derecho me parece que resulta hoy casi universalmente aceptada, máxime tratándose de un texto jurídico como la Constitución y de un Tribunal con las funciones que tiene asignadas el Constitucional; basta pensar en la jurisprudencia sobre el contenido esencial de unos derechos fundamentales cuya definición no siempre resulta concluyente a partir del texto constitucional y que, en ocasiones, ni siquiera forman parte de nuestra tradición jurídica²⁹; sobre la necesidad de ponderar entre bienes, valores y derechos constitucionales, cuyo resultado es cualquier cosa menos previsible en abstracto, dada la igual importancia de los mismos³⁰; sobre lo que son «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles»³¹; o, en fin, sobre lo que son las «bases» de un determinado sector normativo. Aquí la ideología no es un elemento accidental que se sume a la técnica jurídica, sino un componente indispensable del razonamiento que reclama la propia Constitución; y por ideología tanto puede entenderse una cierta cosmovisión o convicción moral, necesarias para responder a algunos interrogantes constitucionales, como el argumento consecuencialista sobre los efectos sociales o económicos de una decisión, como también la búsqueda del aplauso o del consenso social.

²⁸ J. WROBLEWSKI, *sentido y hecho...*, citado, p. 62.

²⁹ El Tribunal Constitucional abordó por vez primera la cuestión del contenido esencial en su sentencia a propósito del derecho de huelga, la 11/1981, de 11 de abril, formulando una doctrina que luego se repetiría con frecuencia. Con razón se ha visto en esa cláusula un reclamo a nociones extraconstitucionales, fundadas en el Derecho preexistente, en la tradición jurídica o en las convicciones sociales. Vid. más ampliamente mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 143 y s.

³⁰ Así, STC 104/1986, de 17 de julio, 159/1986, de 12 de diciembre. Como dijera I. DE OTTO en relación con los derechos fundamentales, «la limitación de las libertades a partir de los valores sólo es posible mediante una ponderación de valores en la que cualquier postura puede sostenerse», «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53,1º de la Constitución», en L. MARTIN-RETORTILLO E I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 117.

³¹ Esta exigencia, en verdad algo elástica, contenida en el artículo 149,1,1º de la Constitución, es el parámetro que utiliza el Tribunal para definir los límites de la posible interferencia de las leyes de las Comunidades Autónomas en el régimen de los derechos fundamentales, STC 37/1981, de 16 de diciembre.

Ahora bien, ¿cuál es el estatus y la legitimidad de este género de consideraciones extrasistemáticas que convencional —y, sin duda, toscamente— hemos querido resumir bajo la rúbrica de ideología? El intento de responder a este interrogante creo que nos sitúa ante dos filosofías o concepciones de la interpretación jurídica: aquella que, al menos en último término, considera al juez como un órgano creador de Derecho y, en esa medida, como un sujeto moral y no sólo técnicamente responsable de la decisión; y aquella otra que, a veces por caminos muy diferentes, hace del juez —del buen juez si se prefiere— un órgano de mera aplicación de un Derecho que, con las complejidades que se quiera, encierra siempre una respuesta correcta.

Según creo, la primera es la filosofía característica del positivismo de Kelsen o de Hart: las leyes y los precedentes proporcionan buena parte de los materiales que han de conformar el razonamiento jurídico, pero, más allá, en la llamada zona de penumbra y allí donde los conceptos normativos se abren a las concepciones de moralidad, el intérprete actúa propiamente como legislador, es decir, como sujeto político que ha de hacerse responsable de las decisiones, porque en ellas se encierran principios políticos, opciones y cálculos de utilidad no muy distintos de los que están presentes en la ley. La segunda de las filosofías enunciadas viene a sostener, por el contrario, que aun en los casos más difíciles, el intérprete habla con palabras ajenas, ya sea con las palabras de un sistema jurídico al que se le supone la plenitud lógica, ya con las de algún sistema de justicia latente en la sociedad o en sus miembros más esclarecidos; en mi opinión y por paradójico que parezca, esta es la filosofía que encontramos en la exégesis más mecanicista, pero también en algunos exponentes de las corrientes tópicas y hermenúticas³².

Desde luego, no se trata de negar que en un sistema jurídico, y especialmente en su Constitución, existen principios morales y aun, si se quiere, el diseño básico y más o menos coherente de una cierta filosofía política; ni tampoco que su ponderación puede ser crucial en el trabajo hermenúutico. Si no me equivoco, esta es la constatación que sirve de principal fundamento a la construcción dworkiana sobre el juez Hércules y la interpretación constitucional: no sólo carece de sentido la tajante separación positivista entre Derecho y moral, sino que, al contrario, aquél descansa siempre en una determinada concepción de la moralidad que el juez habrá de tener en cuenta para responder correctamente a los problemas, sobre todo en los casos difíciles; justamente de aquí nace la famosa y un tanto sorprendente exigencia de fusionar el Derecho Constitucional y la teoría de la ética; exigencia ante la que no sabemos si preguntar primero por el tipo de Constitución o por el tipo de teoría ética³³.

En verdad, el empeño de Dworkin por subrayar las dimensiones morales

³² De todo ello me he ocupado más ampliamente en mi libro *Ideología e interpretación jurídica*, citado, p. 54 y s.

³³ DWORKIN sugiere que esa teoría ética ha de ser la formulada por RAWLS y, naturalmente, la Constitución no es otra que la norteamericana. Vid. *Los derechos en serio*, citado, p. 233. Vid. también J. C. BAYON, «La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 4, 1985, p. 143 y s., así como mi trabajo sobre DWORKIN, ya citado, p. 369 y s.

del razonamiento jurídico y constitucional no tendría mayor transcendencia —sin minusvalorar desde luego su indudable interés— de no ser porque, ante la evidente disparidad de soluciones morales, todas ellas presuntamente integradas en el Derecho, nuestro autor viene a sostener la existencia en cada caso de una intrínsecamente más correcta; al igual que ocurría con el modelo de juez vinculado del siglo XIX, también Hércules está en condiciones de ofrecernos la respuesta más justa en cada caso, aunque para ello haya de ampliar los horizontes de la normatividad bastante más allá del Código civil. Con lo cual, la inocente imagen del juez irresponsable arrojada por la puerta de la crítica a la jurisprudencia exegética, regresa por la ventana abierta del juez Hércules; éste, que conoce su falta de legitimidad para crear normas, y menos aun normas constitucionales, emprende —al parecer con éxito— la sobrehumana tarea de hallar algo que —también al parecer— existe, a saber: la mejor respuesta jurídica y moral al dilema planteado. De nuevo, pues, se incurre en ese malabarismo verbal de que la vinculación sigue siendo vinculación allí donde se desarrolla la creatividad³⁴, y ello merced a que los criterios ideológicos que intervienen en la decisión no son obra del intérprete, sino en este caso de una moral objetiva y cristalizada en la Constitución.

Creo que Dworkin acierta al subrayar la irremediable dimensión moral del razonamiento jurídico³⁵ y el importante papel que en éste desempeña la filosofía política. Ciertamente, su construcción deja algunos puntos oscuros y otros parecen abiertamente discutibles; así, por qué la construcción de esa mejor teoría del Derecho donde se confunden Constitución y filosofía política ha de corresponder al juez y no al legislador; de qué tipo de moralidad hablamos ante una Constitución injusta o que no respete los derechos humanos; qué solución adoptar cuando la respuesta que nos proporciona esa moral difiere manifiestamente de las prescripciones del Derecho positivo; por qué, en fin, las directrices políticas que pueden traducirse en derecho³⁶ no juegan ningún papel en la argumentación del juez Hércules, etc.

A mi modo de ver, sin embargo, el problema fundamental reside en que, aun cuando pudiéramos responder satisfactoriamente esas y otras objeciones, no quedaría demostrado que el recurso a la mejor teoría moral despejase siempre todos los interrogantes y garantizara una y sólo una solución correcta en la aplicación de los preceptos constitucionales. No me parece muy aventurado decir que Dworkin mantiene una concepción bastante objetivista de la moral, con lo que pudiera hacerse acreedor a las críticas que se han dirigido contra los sucesivos intentos de fundar un orden objetivo de valores. Pero incluso es posible prescindir ahora del origen último de esos valores y aceptar, por ejemplo, que pudieran obtenerse a partir de las

³⁴ La expresión es de D. SIMON, *La independencia del juez*, (1975), trad. de C. Ximenez-Carrillo, Ariel, Barcelona, 1985, p. 78 y 82.

³⁵ Por lo demás, el razonamiento jurídico puede ser entendido como un razonamiento moral especialmente cualificado, vid. N. Mc.CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 265 y s. Tampoco es casual que el razonamiento jurídico aparezca en los últimos años como el banco de pruebas de las teorías sobre argumentación práctica; vid., por ejemplo, A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, en *Rechtstheorie*, 12, 1981, p. 133 y s., 257 y s. y 423 y s.

³⁶ Ciertamente, esta posibilidad sería negada por DWORKIN, *Los derechos en serio*, citado, p. 491 y s.

convicciones sociales o incluso directamente del ordenamiento jurídico. El fondo de la cuestión es que, como observa Alexy, estas fuentes generadoras de valores, ni separada ni conjuntamente, pueden asegurar la fundamentación de las decisiones jurídicas: en las sociedades modernas hay concepciones plurales para casi todos los problemas prácticos, los consensos fácticos son raros, en el ordenamiento se pueden siempre encontrar valoraciones divergentes y, en fin, la apelación a la evidencia parece un procedimiento extremadamente dudoso³⁷.

Así pues, completar el horizonte de la normatividad jurídica con una filosofía política que suministra estándares morales, no logra salvar la insatisfacción que nos dejó el positivismo al rechazar la existencia siempre y en todo caso de una única respuesta correcta, pues, a partir de un cierto momento de la argumentación, el juez y sobre todo el juez constitucional puede verse obligado a dar «un salto sin red», o sea, sin la seguridad que proporciona ese complejo entramado jurídico y moral a un tiempo que hoy se nos propone; y es entonces cuando, a mi juicio, el intérprete reúne todas las condiciones para ser calificado como sujeto plenamente responsable de la decisión que adopta. Tal vez la conciencia de esta realidad sea uno de los motivos que explique el enorme desarrollo que han cobrado los estudios sobre el razonamiento jurídico como procedimiento específico de justificación de las resoluciones judiciales. Suele decirse que sólo necesita justificación aquello que no es evidente ni arbitrario³⁸; si el sentido de las decisiones judiciales ya no se muestra evidente —y esto es hoy un lugar común— y sus autores ni quieren ni pueden mostrarse arbitrarios³⁹, parece lógico que hayan de ganar la legitimidad a través de su actuación, es decir, en el iter que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo; un iter que se resuelve en un intento de justificación tanto de las premisas como de su desarrollo. Como escribe Taruffo, en la aplicación de valores el juez asume un papel creativo extraordinariamente más importante que el que desarrolla normalmente en la aplicación de las normas jurídicas; y de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder «sólo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional» de las opciones adoptadas⁴⁰.

Ciertamente, la necesidad de justificar las decisiones, que desde un punto de vista jurídico se traduce en la exigencia de motivación, constituye un rasgo, si no indeleble⁴¹, sí al menos común al modelo judicial del Estado de

³⁷ Vid. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, C.E.C., Madrid, 1989, pp. 33-34.

³⁸ J. WRÓBLEWSKI recuerda esta afirmación de Perelman en *Sentido y hecho en el Derecho*, citado, p. 35.

³⁹ No quiero decir con ello que las decisiones legislativas no requieran justificación y de hecho hoy este es un capítulo en pleno desarrollo; lo que ocurre es que el legislador puede ser arbitrario, no en el peor sentido de la palabra, sino en el sentido de que goza de legitimidad para conformar la realidad social según sus postulados políticos; mientras que, por su posición institucional, del juez se espera un fallo fundado en el Derecho o, cuando menos, fundado en algo más que en su particular visión de lo justo. Vid. M. CAPPELETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 63 y c.

⁴⁰ M. TARUFFO, «La giustificazione delle decisioni fondate su standards», citado, pp. 314-15.

⁴¹ Recuérdese que la motivación de las sentencias fue desconocida en muchas culturas jurídicas y que todavía Carlos III ordenaba a los jueces de Aragón que cesaran en dicha práctica, Real Cédula de 23 de junio de 1778.

Derecho. Ahora bien, en la teoría jurídica tradicional se hacía hincapié sobre todo en la justificación técnica o interna dirigida a mostrar que la decisión puede inferirse de las premisas, pero dando por hecho que éstas eran proporcionadas sin mayor dificultad por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, y justamente porque este razonamiento interno pone de relieve que algunas de las premisas no pueden ser extraídas del Derecho, esto es, porque acredita la presencia de elementos extrasistemáticos, se hace necesaria y adquiere una particular importancia y complejidad la fundamentación externa, que tiene por objeto la justificación de las propias premisas adoptadas como base del razonamiento; como observa Alexy, el aspecto más importante de la justificación interna es que permite que las premisas no extraídas del Derecho positivo aparezcan claramente en toda su extensión⁴².

Como es lógico, no procede discutir aquí el alcance y los problemas de la justificación de las decisiones jurídicas, ni las reglas y argumentos que pueden aparecer tanto en la fundamentación de las premisas, como en el proceso de inferencia de las conclusiones; tampoco, naturalmente, si las técnicas de motivación jurídica que hoy se practican satisfacen las exigencias de una justificación racional. Lo que sí me interesa subrayar es que la justificación puede representar el elemento clave para definir la posición institucional del intérprete o aplicador del Derecho, donde la actuación racional constituya su principal fuente de legitimidad. El control social de la actividad de interpretación y aplicación se manifiesta sólo en aquella sociedad en que existe una distinción de funciones entre quien formula la norma y quien la aplica; la distinción no es absoluta, pero se expresa en que, así como al legislador se le exige principalmente autoridad, el juez debe responder ante todo de la forma en que ejerce su actividad⁴³. El Parlamento se legitima más por su origen que por su comportamiento, mientras que, a la inversa, el intérprete se justifica preferentemente por el modo de ejercer su función; al primero se le controla a través de su elección y al segundo mediante la crítica de su comportamiento, y para que esa crítica pueda verificarse es necesario que sus decisiones aparezcan en términos racionales y comunicables. Como observa Taruffo, cualquier género de control sobre la actividad de los jueces tiene como condición que éstos motiven las decisiones, «haciendo explícita, y justificándola racionalmente, la opción que las fundamenta»⁴⁴.

En resumen, es verdad que existen elementos ideológicos en el trabajo hermenéutico, pero su legitimidad no procede de la previa aceptación de un sistema de valores, sea éste el Derecho natural, el consenso social o la filosofía política más o menos coherente incorporada a la Constitución, sino más bien de su posibilidad de justificación racional. Desde luego, cualquier fuente de moralidad puede ser consultada y, en particular, aquella que cristaliza en el propio sistema jurídico, pero, en último término, cuando el intérprete ha de dar cuenta de los valores y de las opciones elegidos, tan sólo

⁴² Vid. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 220.

⁴³ Vid. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè Milano, 1980, p. 67 y s.

⁴⁴ M. TARUFFO, «Responsabilità politica del giudice e stile della motivazione», en *Città-Regione*, 3, 1977, p. 42.

posee el bagaje de su argumentación racional. Y precisamente la vieja idea o anhelo de hallar siempre una «única respuesta correcta»⁴⁵ creo que puede ser recuperada a través de esa argumentación, pero no ya recurriendo a la ficción de que el Derecho o la moral ofrecen de verdad una única respuesta, sino como modelo o idea regulativa que impulsa y obliga al intérprete a presentar su decisión como la mejor expresión de la razón práctica.

III. LA ARGUMENTACION COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD EN LA INTERPRETACION

1. La justificación de las decisiones y el respeto al precedente, especialmente en la interpretación constitucional.

Naturalmente, de asumirse esta ideología de la interpretación, sería necesario reformar bastantes aspectos de los procedimientos y técnicas judiciales; tal vez demasiados como para siquiera enumerarlos aquí. Sin embargo, hay un aspecto que me parece fundamental para poder empezar a hablar de justificación racional; se trata de la sinceridad y transparencia de las motivaciones. Sinceridad entendida como plenitud razonadora, esto es, como abierta exposición de todos los criterios relevantes al caso, de su origen e implicaciones, así como de los distintos argumentos que permiten inferir la decisión a partir de las premisas; y transparencia como necesidad de utilizar un lenguaje y una construcción gramatical inteligible y capaz de persuadir, pues, en palabras de Perelman, el Derecho «que se quiere democrático, fruto de la persuasión y de la razón, ha de obtener mediante la motivación una adhesión razonada»⁴⁶.

Como es sabido, tanto la Constitución (art. 120,3º) como la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 247 y 248) imponen la obligación de motivar las sentencias y en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo por violación del art. 24 al considerar que esa exigencia forma parte del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho⁴⁷. Sin embargo, no creo que pueda decirse que el trabajo de fundamentación, tal y como hoy se practica, resulte satisfactorio, ni tampoco que el Tribunal Constitucional se muestre muy exigente, pues no le corresponde «enjuiciar o censurar la parquedad de una fundamentación»⁴⁸, ni es exigible «una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni enjuiciar o censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del Derecho, ni, en fin, calificar la forma o estructura de una resolución judicial»⁴⁹. En realidad, es difícil calibrar el grado de rigor que el Tribunal Constitucional viene requiriendo en la actuación motivadora, pues junto a pronunciamientos

⁴⁵ Sobre este punto que constituye uno de los aspectos del debate entre Hart y Dworkin vid. las interesantes sugerencias de J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, C.E.C., Madrid, 1990, p. 181 y s.

⁴⁶ CH. PERELMAN, *Ethique et Droit*, Ed. de L'Université de Bruxelles, 1990, p. 679.

⁴⁷ STC 61/1983, de 14 de julio y 55/1987, de 13 de mayo.

⁴⁸ STC 13/1987, de 5 de febrero.

⁴⁹ STC 56/1987, de 14 de mayo.

como el transcrito, otros parecen ir algo más allá; por ejemplo, cuando afirma que las motivaciones deben mostrar que la aplicación del Derecho se hace «libre de toda arbitrariedad», o que el ciudadano tiene derecho a conocer las razones del fallo, «lo cual exige, por lo menos, en algunos casos, ir más allá de lo que es una simple y escueta calificación o encaje de los hechos declarados probados en una norma jurídica, puesto que con ello las razones de la decisión pueden mantenerse todavía desconocidas»⁵⁰.

Ciertamente, es posible que el tribunal Constitucional no deba ejercer un control excesivo sobre el estilo y los argumentos de las motivaciones, pero, sea como fuera, creo que nos hallamos aún lejos de aquel modelo de razonamiento propuesto por Wechsler en el que absolutamente todas las cuestiones habrían de ser explicadas y fundamentadas, y habrían de serlo además con arreglo a principios neutrales y generales⁵¹. Me parece que las motivaciones de nuestros Tribunales siguen siendo incompletas, porque omiten la justificación y a veces la explicación de sus premisas básicas, sobre todo en aquellos casos donde es preciso recurrir a la ponderación de estándares sociales de comportamiento, haciendo aparecer como «deducciones lógicas» a partir de normas lo que son más bien opciones valorativas; y, desde luego, siguen presentando un estilo farragoso que, en el fondo, es un modo de seleccionar a sus destinatarios, los juristas⁵².

Acabamos de recordar la sugerencia de Wechsler a propósito de unos principios neutrales y generales y ello nos sitúa en el camino de un segundo elemento de la argumentación racional, tal vez uno de los más importantes desde el punto de vista formal; me refiero al respeto por el precedente, al menos por el propio precedente. Como es sabido, el fundamento de ese respeto se halla en un principio de universalización que ordena tratar de igual modo las cosas o situaciones iguales; dicho en términos más kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Desde luego, no es éste el único camino que cabe seguir para justificar las premisas del razonamiento jurídico, ni el respeto al precedente debe prevalecer frente a cualesquiera otras consideraciones, pues, al margen de que ello conduciría a la petrificación del ordenamiento, puede ocurrir un cambio en las circunstancias o en su valoración que justifique el apartamiento de la doctrina establecida; pero no cabe duda que la observancia del precedente constituye una presunción de rectitud y de justicia⁵³, que sólo se puede superar mediante una fundamentación específica,

⁵⁰ STC 55/1987, de 13 de mayo. Se trataba concretamente de un delito de imprudencia que el propio Tribunal califica de tipo «abierto», por lo que aquí parece exigirse una justificación externa, es decir, no basta mostrar el «encaje» o la inferencia de la decisión, sino explicar también el propio fundamento de las premisas. El subrayado es nuestro.

⁵¹ Las tesis de WESCHLER se enmarcan en la polémica sobre la jurisprudencia del Tribunal Warren y de ellas se hace eco entre nosotros E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1984, p. 32 y s.

⁵² Vid. las interesantes consideraciones de M. TARUFFO, «Responsabilità politica...», citado, p. 43 y s.

⁵³ A mi juicio, el fundamento de esa presunción sería que bien está que los jueces proyecten en las decisiones sus concepciones de la moralidad y sus cálculos consecuenciales, pero, al menos, que lo hagan siempre en el mismo sentido.

en la que, además de explicar el por qué del fallo, se dé cuenta también de los motivos del cambio de opinión⁵⁴.

Tal vez por ello el Tribunal Constitucional acentúa su rigor en la censura de las justificaciones cuando las sentencias se apartan del precedente. Aquí ya no estamos en presencia de una violación del artículo 24, sino del artículo 14, es decir, de la igualdad en la aplicación de la ley y, por consiguiente, de la seguridad jurídica y de la interdicción de la arbitrariedad. Naturalmente, ello no significa la prohibición de todo cambio en la orientación de la jurisprudencia, ni convierte al precedente en un criterio sacrosanto del razonamiento; lo que ocurre es que, al igual que sucede cuando estamos en presencia de una norma o decisión relevante desde el punto de vista del principio de igualdad o de cualquier derecho fundamental, la motivación no puede omitir una justificación razonada que explique y fundamente la excepción al principio de igualdad o la interferencia en el ámbito de la libertad⁵⁵. «El principio de igualdad en la aplicación de la ley —dice el Tribunal— lo que impone es la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas...». En consecuencia, es necesario que el «cambio de criterios aparezca suficientemente motivado lo que ha de hacerse con carácter general mediante una expresa referencia al criterio anterior y las aportaciones de las razones que han justificado el apartamiento de los precedentes y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado, pues ello constituye la garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica»⁵⁶.

Es interesante subrayar que la exigencia de motivación no se circunscribe a la justificación del cambio de criterio, no se trata simplemente de exponer las razones, sino que es preciso hacerlo además con carácter general; es decir, se requiere que «el cambio de criterio pueda reconocerse como *solución genérica* conscientemente diferenciada de lo que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada»⁵⁷. Esta solución genérica me parece que puede identificarse con una solución universalizable y constituye así la plasmación jurisprudencial de uno de los elementos básicos del modelo de fundamentación racional.

⁵⁴ En palabras de ALEXY, «aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la *carga de la argumentación* a quien quiera apartarse», *Teoría de la argumentación*, citado, p. 263.

⁵⁵ Según la mejor doctrina del Tribunal Constitucional, que no siempre observa con todo rigor, la actuación limitadora de un derecho fundamental debe reunir dos condiciones: respeto absoluto a su contenido esencial o mínimo, y justificación adecuada de la necesidad y proporcionalidad de la medida limitadora. Dicha justificación, que se traduce en un ejercicio ponderativo de los bienes en juego y de las normativas en colisión, ha de ser realizado por el juez ordinario, sin que, en principio, el Tribunal pueda sustituirlo en su apreciación, pero resulta indispensable que se plantee la cuestión en términos de conflicto y, por tanto, críticamente. Vid. mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, citado, p. 146 y s.

⁵⁶ STC 63/1984, de 21 de mayo. Sobre el respeto al precedente a la luz del principio de igualdad ante la ley existe una amplísima jurisprudencia. Así, STC 2/1983, de 24 de enero; 25/1987, de 26 de febrero; 101/1987, de 25 de junio; 241/1988, de 19 de diciembre; 82/1990, de 4 de mayo. Alguna, sin embargo, contiene importantes matizaciones, como la 144/1988, de 12 de julio, donde se sostiene que el mero cambio de jurisprudencia no es en sí mismo reprochable, salvo que se acredite que «se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo», es decir, aquí no se censura ya la simple falta de respeto al precedente de una decisión por lo demás constitucionalmente legítima, sino sólo la discriminación cuando ésta efectivamente se produzca.

⁵⁷ STC 120/1987, de 10 de julio.

Ahora bien, las consideraciones que venimos haciendo sin descuidar las orientaciones del Tribunal Constitucional creo que resultan especialmente recomendables para el propio Tribunal, y ello no sólo por una elemental coherencia con su doctrina. En primer lugar, porque si es cierto, según vimos al principio, que muchas normas constitucionales se configuran más como principios que como reglas y que los casos constitucionales son con frecuencia casos difíciles, parece también que la importancia de la justificación se acentúa notablemente, pues no sólo ha de perfilar los contornos de preceptos abstractos y elásticos, recurriendo desde luego a estándares extraconstitucionales, sino que ha de transitar un largo camino para mostrar el proceso de inferencia que va desde esa norma a la decisión o fallo. En suma, en la argumentación constitucional es posible que ni la elección de las premisas, ni su contenido, ni la deducción correspondiente, sean aspectos que se justifiquen por sí solos.

En segundo lugar, hemos observado también que el método constitucional responde a ese juicio de razonabilidad que se sitúa a medio camino entre el juicio ordinario de subsunción y el juicio de optimización política. Es dudoso que el Tribunal actúe siempre de este modo, pero, en cualquier caso, cuando así lo hace conviene tener en cuenta, de un lado, que «lo característico del factor de razonabilidad consiste en que no hay ningún otro concepto o institución que pueda servirle de referencia. No puede ser determinado ulteriormente en virtud de otro concepto constitucional definido»⁵⁸; y, de otro, que la razonabilidad misma «es un reconocimiento implícito de que la subsunción del supuesto de hecho en la norma fundamental no es automática»⁵⁹. Si todo esto es así, si la razonabilidad es dibujada en cada caso por el intérprete y si la subsunción no es automática —lo que, en verdad, nunca es—, con mayor motivo se requiere una fundamentación detallada de las opciones elegidas.

A todo ello debe añadirse que si en la justicia ordinaria la justificación servía ante todo para permitir el control de la decisión por los órganos superiores, para eliminar la sospecha de arbitrariedad y para la propia satisfacción del ciudadano, en la jurisprudencia constitucional reviste una trascendencia muy superior por cuanto —si estamos en lo cierto— la *ratio decidendi* no es una operación que se realice a partir del Derecho, sino que *es* Derecho. En otras palabras, la argumentación del Tribunal no constituye un ejercicio académico ni de cortesía, ni tampoco obedece obviamente a la existencia de una fiscalización superior, sino que representa una actuación directa y vinculante sobre el contenido de las normas. Por ello, la fundamentación de la sentencia no desempeña el papel de una exposición de motivos de la decisión o fallo, sino más bien una reconstrucción de algún aspecto o sector del sistema jurídico. En consecuencia, pues, una razón suplementaria para cuidar la justificación de las decisiones.

Finalmente, y en parte por las mismas razones, creo que el respeto al precedente es una virtud más apreciable en la justicia constitucional que en

⁵⁸ A. CARRASCO, «El juicio de razonabilidad...», citado, p. 55.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 48.

la ordinaria. Esto no sólo obedece a la vocación de estabilidad de la Constitución, que es el parámetro de enjuiciamiento, sino también a que, en mi opinión, el respeto al precedente se hace tanto más necesario cuanto «más libre» se desenvuelve la interpretación o, si se prefiere, cuanto más limitadas se muestran las demás reglas del discurso en orden a definir una solución correcta. Del mismo modo que no siempre es posible alcanzar un acuerdo en las cuestiones prácticas, así también en el trabajo hermenéutico «con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible. El llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad»⁶⁰. Me parece evidente que, por la propia naturaleza del texto constitucional y de su función política, las posibilidades de no hallar una única respuesta correcta son aquí mayores y, por tanto, también son mayores las razones en favor del precedente y de la necesidad de justificar su inobservancia.

2. Luces y sombras de la jurisprudencia constitucional. Algunos casos ejemplares.

Pues bien, ¿en qué medida la actuación del Tribunal Constitucional se muestra fiel a su propia doctrina acerca de la justificación de las decisiones y del respeto al precedente?, ¿cabe decir que el fundamento de sus sentencias representa un buen ejemplo de argumentación racional? Sin duda, la respuesta a estas preguntas excede la más modesta finalidad de este trabajo y, por lo demás, tampoco está al alcance de nuestras fuerzas, pues, entre otras cosas, la empresa requeriría un repaso bastante exhaustivo de los más de diez años de jurisprudencia constitucional. No obstante, y aun cuando creo que lamentablemente no abundan los análisis sobre el modo de razonar del Tribunal⁶¹, tal vez sea posible aventurar alguna observación general.

Ante todo, y para quien esté medianamente familiarizado con la jurisprudencia ordinaria, hay un rasgo que destaca a primera vista, y es que las sentencias del Tribunal Constitucional se entienden bastante mejor; y si es verdad que el Derecho es lenguaje y, por tanto, que le resulta esencial la comunicabilidad, ello no es poca virtud. El Tribunal, en efecto, renunció desde el principio a esa arcaica fórmula de los «resultandos» y «considerandos» que, unida a una especie de horror a los signos de puntuación, parecen querer asfixiar al lector no avisado, adoptando en su lugar un lenguaje más natural y gramaticalmente mejor ordenado. Ciertamente, aún no se han abandonado los tecnicismos ni el cultivo de la criptografía jurídica, pero con toda probabilidad ello es imposible y si algún día ocurriese sería el verdadero anuncio del fin del Derecho y de la extinción de los juristas.

Un segundo rasgo formal que merece destacarse en las resoluciones del

⁶⁰ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación*, citado, p. 264.

⁶¹ Por fortuna, la jurisprudencia del Tribunal se halla muy presente en todas las elaboraciones doctrinales y recibe una atención suficiente. Lo que quiero decir es que tal vez falta una «teoría general» sobre el modo de razonar del Tribunal o, quizá mejor, sobre los modos de razonar. Vid., sin embargo, el muy estimable trabajo de A. CARRASCO, *El juicio de razonabilidad...*, citado. Análisis de interés en los ya citados libros, de E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, y R. CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*.

Tribunal es la presencia frecuente de votos particulares. Con ello no sólo se acredita la pluralidad de opciones hermenéuticas, sino que, simbólicamente, se destruye el mito de la justicia uniforme cuyos fallos representarían una suerte de deducción cuasi matemática; pues, si así fuera, parece que las disidencias resultarían imposibles o, cuando menos, muy poco usuales. En suma, la práctica de los votos particulares pone de relieve que en los casos constitucionales hay que reconocer bastante peso a las concepciones morales y políticas y, en general, a la ponderación de estándares o argumentos que permiten el desacuerdo, pues sólo así se explica que expertos juristas no logren la unanimidad. Creo que ello constituye un elemento más de la dimensión intersubjetiva del razonamiento constitucional que subraya el carácter del Tribunal como marco institucional de un discurso práctico.

Por otro lado, y en una aproximación más sustantiva o de fondo, me parece que también es de justicia reconocer que las sentencias constitucionales son bastante complejas, en el sentido ya indicado de mostrar abiertamente los distintos pasos del proceso de inferencia y, sobre todo, las premisas que sirven de base a sus razonamientos; y ello no sólo porque formalmente citen la norma o la doctrina que observan, sino porque tampoco rehúsan discutir los valores y la filosofía política que constituyen su trasfondo. Tal vez la muy frecuente invocación de los valores y principios constitucionales o el desarrollo de reflexiones políticas pudiera hacer pensar en una jurisprudencia excesivamente activista o ideológicamente comprometida⁶². No lo creo: los valores y las ideologías no dejarían de estar presentes aun cuando se omitiese su consideración y aun cuando se dictase una sentencia contraria; confesar su relevancia supone, en cambio, hacer transparente la argumentación y esto, como ya he dicho, contribuye a legitimarla⁶³.

Naturalmente, en esta década no han faltado sentencias constitucionales donde la crítica especializada e incluso la inaprensible opinión pública han querido ver un arrinconamiento de la argumentación racional en favor de otras consideraciones; en la mente de todos están asuntos como los de Rumasa o la ley del aborto, y la misma división que se produjo entonces en el seno del Tribunal es buena prueba del punto crítico que se alcanzó, tal vez más por tener la vista puesta en otra parte que por auténticas razones jurídicas.

Cabe registrar, sin embargo, otros casos menos espectaculares donde, por unas causas u otras, la motivación del Tribunal no contribuye a mostrar la razón última de su decisión; en ocasiones, porque acaso esa razón comporta un compromiso «fuerte» de interpretación constitucional que el Tribunal no desea asumir y entonces «arropa» su decisión en consideraciones más triviales o circunstanciales, eludiendo un pronunciamiento sobre el auténtico problema de fondo; y en otras ocasiones, a la inversa, porque se aducen argumentos de muy distintos valor o de consecuencias últimas diferentes, de

⁶² A título de ejemplo puede verse lo que dice el Tribunal a propósito de la «interacción entre el Estado y la Sociedad», STC 18/1984, de 7 de febrero.

⁶³ De este aspecto me ocupé en el trabajo, ya un poco envejecido por el propio desarrollo de la jurisprudencia constitucional, «Los valores superiores del ordenamiento y el Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, 11, 1984, p. 83 y s.

modo que al final tampoco se reconoce bien el motivo fundamental de la decisión. Si se quiere, en unos casos se peca por defecto y en otros por exceso.

Un ejemplo de lo primero creo que puede encontrarse en la jurisprudencia a propósito de la fórmula de juramento de los parlamentarios. La obligación de jurar encuentra muy mala cobertura constitucional en un sistema que pretende limitar su interferencia a la protección de bienes jurídicos fundamentales⁶⁴, y —entre líneas— se puede vislumbrar que el Tribunal siente muy poco entusiasmo por esta institución. Sin embargo, inicialmente y dado que la Constitución no impone ni prohíbe esa práctica, considerará aceptable que el legislador la exija y, en lugar de discutir abiertamente si el modelo político plasmado en la Constitución es o no compatible con el juramento, lo que hace es desactivar o desvirtuar su alcance, reduciéndolo a una fórmula ritual de respeto a las reglas del juego, donde ya no aparece esa especie de vínculo religioso o sobrenatural con el texto que se jura y que sería origen de un compromiso absoluto o inmutable. Dicho de un modo si se quiere superficial, el Tribunal rehúsa contestar a una pregunta sobre la base de no tomársela en serio⁶⁵.

Una estrategia ligeramente distinta se seguirá con los parlamentarios de Herri Batusuna, que no se negaban a jurar, pero que deseaban usar una fórmula propia. Aquí incluso el Tribunal se permite decir que el juramento es «una supervivencia de otros momentos culturales y de otros sistemas jurídicos a los que era inherente el empleo de ritos o fórmulas verbales ritualizadas como fuentes de creación de deberes jurídicos y de compromisos sobrenaturales»; supervivencia que parece poco compatible con el Estado democrático «que relativiza las creencias y protege la libertad ideológica» y «que entroniza como uno de sus valores superiores el pluralismo político». Sin embargo, en lugar de fundar su decisión en este argumento, que es el fundamental y el único que podía servir de base a una doctrina general, la sentencia prefiere invocar motivos menos comprometedores y más circunstanciales, a saber: que, en realidad, la fórmula utilizada por los parlamentarios —«por imperativo legal»— «no tiene valor condicionante o limitativo de la promesa»; y que el ritual impuesto por la Presidencia del Congreso carecía de respaldo legal y no se aplicó a todos los diputados⁶⁶. En suma ¿cabe obtener alguna conclusión general acerca de la constitucionalidad del juramento?, la reflexión transcrita sobre esa arcaica supervivencia, ¿forma parte o no de la *ratio decidendi*?

Otro capítulo donde tampoco sabemos a qué atenernos es el de ciertos deberes paternalistas relativos a la conservación de la propia vida, donde confluyen problemas como el auxilio al suicidio, la eutanasia voluntaria, etc. La cuestión se ha planteado indirectamente con motivo de la huelga de hambre seguida por los reclusos pertenecientes a los GRAPO y la respuesta del Tribunal ha sido siempre categórica: la alimentación forzosa, incluso

⁶⁴ Vid. mi capítulo sobre «La objeción de conciencia» en I.C. IBAN, A. MOTILLA Y L. PRIETO, *Curso de Derecho Eclesiástico*. (en prensa).

⁶⁵ Vid. STC 101/1983, de 18 de noviembre y 122/1983, de 16 de diciembre.

⁶⁶ STC 119/1990, de 21 de junio.

utilizando una mínima coacción constituye una práctica legítima cuando llega a ponerse en peligro la vida. Ahora bien, para alcanzar esa conclusión se utilizan dos argumentos de muy distinto tono: de un lado, la relación de sujeción especial en que se hallan los internos y la consiguiente obligación de la administración penitenciaria de velar por su salud; y, de otro, que el derecho a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»⁶⁷. ¿*Ratio decidendi* u *obiter dictum*?, ¿hemos de considerar que el Tribunal ha resuelto «de un plumazo» el moral y jurídicamente intrincado problema de la eutanasia voluntaria?⁶⁸.

Comprensiblemente, es muy probable que el juicio que nos merezcan las justificaciones del Tribunal esté condicionado por nuestra conformidad o disconformidad con sus fallos. En este sentido y dado que, dentro de ciertos límites, los casos constitucionales pueden recibir respuestas distintas, no me parece que la elegida por el Tribunal haya de ser más reprochable que cualquiera otra. Quiero decir con ello que, cuando nos aproximamos al mundo de las motivaciones y del razonamiento jurídico realizado por el Tribunal, casi lo que menos importancia tienen son los fallos en sí, pues se trata de ver más bien la consistencia de la argumentación y sus posibilidades de universalización. Por ejemplo, el Tribunal ha decidido que la ley orgánica se refiere sólo a los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II⁶⁹, o que el Decreto Ley sí puede afectar a un derecho fundamental siempre que no proceda a la regulación de su régimen general⁷⁰; pudo haber decidido lo contrario y seguramente contaba con buenos motivos para respaldar tanto una opción como la otra. Demos por buenas las decisiones y sus fundamentos, pero ¿acaban aquí las exigencias de una argumentación racional?

Al menos en el caso de la interpretación constitucional, creo que es justamente entonces cuando hace su aparición la exigencia más importante que le impone el discurso racional, esto es, la exigencia de universalización, de respeto al precedente: allí donde no es posible encontrar una solución en las cuestiones prácticas, allí donde queda un amplio espacio a lo discursivamente posible, el principio de universalización representa la mejor garantía de racionalidad; y esto es precisamente lo que ocurre en muchas ocasiones con los problemas constitucionales, que dejan un ancho margen a lo discursivamente posible. Retomando un ejemplo anterior, el ámbito de la ley orgánica es algo que la Constitución no dibuja con total nitidez; el Tribunal ha sido llamado a precisarlo y ha adoptado una decisión tan buena como cualquier otra, incluso mejor que cualquier otra, pero una solución cuya racionalidad no reside tanto en su fidelidad a la premisa constitucional —que no es concluyente—, sino en resolver un problema con vocación de

⁶⁷ STC 120/1990, de 27 de junio.

⁶⁸ A mi juicio, y por los motivos que no procede exponer ahora, el pronunciamiento comentado debe circunscribirse exclusivamente al caso de los reclusos en huelga de hambre. Me remito al ya citado capítulo sobre «La objeción de conciencia».

⁶⁹ Vid. STC 5/1981, de 13 de febrero y 76/1983, de 5 de agosto, entre otras muchas.

⁷⁰ Vid. STC 111/1983, de 2 de diciembre y 60/1986, de 20 de mayo.

universalidad. En otras palabras, la aceptación de la decisión no nace sólo de su buena fundamentación, sino principalmente de la seguridad jurídica que proporciona en la medida en que el Tribunal esté dispuesto a mantenerla en el futuro.

Por ello, estimo que una de las conductas que más dañan el discurso racional del Tribunal es el cambio de jurisprudencia, en especial cuando no aparece suficientemente justificada. Ciertamente, en ocasiones más que de cambio cabe hablar de evolución o matización; así ha ocurrido, como hemos visto, en la propia jurisprudencia sobre el precedente y la igualdad ante la ley, donde alguna sentencia parece haber querido moderar la doctrina anterior, introduciendo nuevas exigencias para la concesión del amparo, y que acaso pudiera dar origen a una nueva interpretación del problema. Otras veces, lo que sucede es que una sentencia decide aplicar algún precepto constitucional hasta entonces en «invernación» o no suficientemente ponderado, lo que puede dar lugar en efecto a una nueva doctrina, pero cuya novedad obedece a que viene a colmar una laguna más que a modificar una tendencia doctrinal.

Sin embargo, en la breve pero intensa historia de nuestra justicia constitucional se registran casos de palmaria y no siempre justificada separación del precedente. Así, en 1981 el Tribunal declaró inadmisibile por falta de legitimación un recurso del Parlamento vasco contra la ley antiterrorista 11/1980⁷¹; en cambio, seis años más tarde no sólo admite los recursos de los Parlamentos vasco y catalán, sino que estima en parte sus pretensiones⁷². Para ello alega que «en los últimos años se ha producido una evolución notoria en cuanto al ejercicio efectivo y el desarrollo normativo de las competencias de las Comunidades Autónomas, que incide de manera relevante en la interpretación de los preceptos que regulan su legitimación...». Pero, ¿realmente fue éste el único motivo, por lo demás no muy convincente, o tuvo alguna influencia el cambio de opinión de otras instituciones a propósito de la normativa antiterrorista?⁷³ La decisión formal de admisibilidad, ¿estuvo en algún caso condicionada por un juicio sobre la conveniencia o no de pronunciarse sobre el fondo? Es difícil sustraerse a la sospecha.

Seguramente, uno de los casos más clamorosos y peor justificados de cambio de doctrina jurisprudencial tuvo lugar a propósito de las leyes orgánicas y de su discutible competencia en el ámbito penal⁷⁴. En síntesis, el Tribunal comenzó declarando, a propósito de la Ley de control de cambios, que en principio las normas penales no debían adoptar la forma de ley orgánica, pues tal exigencia no se deducía de la conexión entre los artículos 81,1º y 25,1º⁷⁵. Dos años más tarde⁷⁶, en cambio, viene a sostener

⁷¹ STC de 14 de julio de 1981.

⁷² STC 119/1987, de 16 de diciembre.

⁷³ Un dato significativo: el 16 de diciembre de 1987 se fallaba la sentencia comentada y al día siguiente se aprobó el Proyecto de reforma de la legislación antiterrorista, cuyos criterios no se apartaban sustancialmente de los sostenidos en el fallo.

⁷⁴ Vid. el documentado e inteligente trabajo de C. LAMARCA, «Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 7, 1987, p. 99 y s.

⁷⁵ STC 25/1984, de 23 de febrero.

⁷⁶ STC 140/1986, de 11 de noviembre.

diametralmente lo contrario, con la mala fortuna añadida de que el objeto del enjuiciamiento era de nuevo una Ley de control de cambios. Y para ello tuvo que negar no una, sino dos veces su propio precedente: primero, admitiendo un recurso de amparo por violación del rango de ley, es decir, no en defensa del contenido sustantivo de un derecho, sino de su garantía formal⁷⁷; y segundo, afirmando que toda norma que prevea penas de privación de libertad ha de ser una ley orgánica, pero —claro está— no porque lo exija el art. 25,1º, sino porque lo requiere el artículo 17,1º. ¿Qué es lo que ha hecho el Tribunal?; pues, sencillamente, cambiar el parámetro de enjuiciamiento. A pesar de que es manifiesto que la garantía penal se halla en el art. 25 y no en el 17, creo que la sentencia recurre a este último con el único propósito (engañoso) de dar la impresión de que estamos ante un caso distinto, es decir, con el propósito de no tener que justificar con mejores y más claras razones su cambio de posición.

Finalmente, otro caso de abandono del precedente, éste con mayor trascendencia social, se ha producido en relación con la objeción de conciencia. Aquí el Tribunal había declarado que «la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia» y que por tanto goza en nuestro ordenamiento de un doble reconocimiento, explícito en el artículo 30,2º en relación con el servicio militar, e implícito en el artículo 16,1º en relación con otras posibles modalidades⁷⁸; y justamente por virtud de ese reconocimiento implícito pudo considerar que la objeción al aborto contaba con respaldo constitucional⁷⁹. Inesperadamente, sin embargo, el Tribunal cambiaría de opinión, viniendo a mantener que la objeción al servicio militar era la única viable en nuestro Derecho, pues el art. 16,1º no permite articular otras modalidades de objeción, y que además se configuraba como un «derecho constitucional autónomo» y no como un derecho fundamental⁸⁰. Aunque, en apariencia, todo el debate se contrae a si la ley de objeción de conciencia debe o no ser orgánica, ésta fue la consecuencia menos importante; el verdadero efecto de esta nueva doctrina, y tal vez lo que la estimuló, fue un notable debilitamiento del vigor jurídico del derecho a la objeción, que era precisamente lo que había querido el legislador⁸¹.

IV. REFLEXION FINAL SOBRE LA LEGITIMACION DEL DERECHO JUDICIAL

De cuantos trabajos se han publicado en los últimos años acerca de la interpretación del Derecho creo que muy pocos son capaces de evitar en el

⁷⁷ Por ejemplo, en el Auto 87/1984, de 15 de febrero, se dice que «el derecho al rango de ley (si es una diferencia de rango lo que media entre la ley orgánica y la ordinaria) no figura, en modo alguno, entre los derechos que puedan hacerse valer a través del recurso de amparo constitucional.

⁷⁸ STC 15/1982, de 23 de abril.

⁷⁹ STC 53/1985, de 11 de abril.

⁸⁰ STC 160 y 161/1987, de 27 de octubre.

⁸¹ Me he ocupado más detenidamente del asunto en el trabajo en colaboración con M. Gascón, «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, 1988-89, p. 97 y s.

jurista una cierta sensación de frustración o amargura. Este, al menos en España, ha sido formado en la doctrina codificadora y de la subsunción y de pronto se encuentra, en el mejor de los casos, con las barrocas construcciones hermenéuticas que parecen querer hacer difícil lo fácil, o con las prolijas y casuísticas teorías norteamericanas que pretenden mostrar la sencillez de lo imposible, cuando no abiertamente ante los epígonos del normativismo —entre los que modestamente me encuentro—, siempre dispuestos a calificar la interpretación como acto creativo y a los jueces como órganos políticos. Si además estamos hablando de Tribunales Constitucionales la cuestión se agrava considerablemente: para empezar y entre nosotros, la naturaleza jurídica de la Constitución es un hallazgo reciente y, por tanto, lo es también la necesidad de su interpretación; añádase la peculiar estructura de los preceptos constitucionales y la especial función que desempeña su intérprete; no se olviden las inevitables consecuencias políticas o económicas de las decisiones del Tribunal y ciérrase el cuadro con el atípico sistema arbitrado para el reclutamiento de sus magistrados. Me parece que desde la perspectiva del jurista tradicional el panorama no puede ser precisamente reconfortante, pues aquello que aprendió —y sigue aprendiendo— en las Facultades de Derecho tiene muy poco que ver con estas enseñanzas; ahora resulta que ni la interpretación es una ciencia, ni la justicia tiene vendados sus ojos, y para colmo el depositario de las esencias jurídicas ya no es la cúspide de la jurisdicción ordinaria, sino un órgano especial con las características que ya conocemos y donde además hay muy pocos jueces de carrera.

A mi modo de ver, sin embargo, tampoco hay por qué rasgarse las vestiduras. Si en el peor de los casos resultase que los jueces en general y los constitucionales en particular son —como yo pienso— órganos políticos, sujetos revestidos de poder para conformar la vida de los ciudadanos según cierto Derecho, pero también según sus ideas y pasiones, ¿qué les distinguiría del legislador? Pues creo que les diferenciaría principalmente dos cosas: su carencia de legitimidad democrática y su especial modo de proceder para crear Derecho. De acuerdo con una opinión compartida, lo primero constituye un defecto y lo segundo una virtud.

Comenzaré por el defecto. Sin duda es cierto que los jueces que dictan justicia en nombre del pueblo no son elegidos por el pueblo e incluso aquellos que son elegidos por sus representantes, como los magistrados del Tribunal Constitucional, tienen el buen gusto de no exhibir este título en el curso de sus argumentaciones⁸². Pero, realmente, cuando se habla de la falta de legitimidad democrática de los jueces, ¿en qué se está pensando?, ¿en el modelo rousseauiano recreado por la comunidad de diálogo o en la pobre imagen de nuestros sistemas representativos? Desde luego, acepto que nuestro sistema será el mejor de los posibles, pero espero que se acepte también que se halla lejos del ideal crítico de una comunicación sin restricciones; en consecuencia, defecto sí, pero menos. Por otra parte, resulta muy dudoso que dar entrada a mecanismos democráticos rindiese buenos

⁸² Cosa, por cierto, que sí suele hacer el político, quien como última razón de sus decisiones generalmente invoca el apoyo social expresado en las urnas o intuido en las encuestas de opinión.

resultados: seguimos viviendo en el ideal del intérprete pasivo y, aun cuando esto represente un mito, no deja de ser un mito operativo que pudiera quedar definitivamente arrumbado si el juez pasa a considerarse un sujeto representativo; y todo ello sin que la elección garantice ni una mejor técnica jurídica, ni acaso tampoco una mayor plausibilidad moral o política en las decisiones.

Seguiré con la virtud. En este trabajo y, con mucha mayor clarividencia, en los demás que aquí se citan, aparecen algunas peculiaridades de la interpretación operativa; por ejemplo, actuar a instancia de parte y, por tanto, perseguir la satisfacción de pretensiones que se formulan no como meros intereses políticos, sino como derechos⁸³; escuchar argumentaciones contradictorias y, en consecuencia, asumir institucionalmente un papel de imparcialidad; y, sobre todo, intentar desarrollar una argumentación racional con todo lo que ello significa de respeto a unas reglas y modos de justificar la decisión; una decisión cuya eficacia se circunscribe normalmente a las partes en el proceso, pero cuya vocación de universalidad como base del precedente no puede invocar el carácter de la autoridad que la dicta, sino los buenos argumentos que la fundamentan. No se si todo ello compensa esa falta de legitimidad democrática, pero de cualquier forma habrá que cargarlo en el haber de la creación judicial del Derecho.

Tal vez, nuestro jurista seguirá intranquilo y no le faltan motivos, pues el sistema de fuentes del Título Preliminar del Código civil proporcionaba más seguridad que cualquier argumentación racional, pero quizá también comience a pensar que las decisiones de los Tribunales no son el resultado de misteriosos y contundentes procesos de deducción científica, sino de una más accesible razón práctica donde todos tenemos algo que decir y, por supuesto, algo de qué responder. La responsabilidad de los operadores jurídicos es un problema que excede de los propósitos de este trabajo, pero cuando menos nos sugiere una conclusión final: que, sin olvidar los límites y la forma especial de proceder de la jurisdicción, las argumentaciones y decisiones de los jueces se hallan tan sometidas al debate como las opciones legislativas y que en ese debate todos tenemos derecho a participar, pues ninguna propuesta o concepción política o moral está excluida por principio. Lo dicho vale, con mucha mayor razón, para un Tribunal Constitucional que necesariamente ha de transitar con frecuencia entre la ideología y el Derecho.

⁸³ Sobre esto, sin embargo, habría que hacer hoy algunas matizaciones, pues el juez tiende a convertirse a veces en un componedor de intereses.