



sustantivos<sup>242</sup>. Si se quiere, desde otra perspectiva, la función del Tribunal constitucional *no es decir al legislador cuál es la mejor ley (la mejor política) desde el punto de vista constitucional*, sino tan sólo expulsar del ordenamiento aquéllas que resultan incompatibles con la constitución, y de ahí su caracterización como *legislador negativo*.

La configuración del control concentrado admite a su vez dos variantes:

i) Control a priori:

El control se inserta en el propio proceso legislativo operando sobre la ley aprobada pero aún no promulgada; de manera que, una vez en vigor, la ley deviene intocable y los derechos judicialmente accionables son los que vienen (y tal como vienen) prefijados en ella. En suma, ante leyes vigentes, el principio de legalidad agota el control de juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.

ii) Control a posteriori:

El control se efectúa sobre leyes vigentes. Por lo que es posible que leyes inconstitucionales (pero vigentes) desplieguen sus efectos en el ordenamiento entretanto no se declare su inconstitucional por el órgano de control.

Los dos sistemas de control mencionados (el de jurisdicción difusa y el de jurisdicción concentrada) pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Por una parte, porque en el sistema de la *judicial review*, orientado prevalentemente a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el Tribunal Supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los Tribunales Constitucionales europeos<sup>243</sup>. Por otra, porque en *los sistemas de jurisdicción concentrada y separada*, orientados al control del texto legal por el Juez constitucional, también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos. Lo cual, por lo demás, parece lógico, pues si la constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede sustraerse a la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal constitucional imponga complejas fórmulas de armonización a fin de evitar las tensiones<sup>244</sup>.

242 Cfr. H.Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R.Vernengo, México, UNAM, 1986, pp.232 ss. Por lo demás, que la constitución kelseniana tuviera naturaleza estrictamente formal y dejara anchos espacios a la política, es obvio que suponía un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.

243 En adelante, para referirnos al juez de las grandes cuestiones constitucionales (se configure como un Tribunal Constitucional separado de la organización de la jurisdicción ordinaria, o como un Tribunal Supremo inserto en el esquema de la jurisdicción ordinaria) utilizaremos la expresión *Juez Constitucional*.

244 Precisamente por ello hay quien sostiene que el Tribunal Constitucional “representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la constitución a los jueces ordinarios”, L.Prieto, “Neoconstitucionalismo y Ponderación”, en *Derecho y Proceso* (J.D.Moreno ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001), p.205.

## 2. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

Esa tendencial unificación de los sistemas de control que acabamos de apuntar permite abordar de manera unitaria los límites de la justicia constitucional y los problemas que se plantean, aun cuando cada concreto sistema presente peculiaridades. Estos límites son los que derivan de la distinción entre juicio de constitucionalidad y decisión política, de una parte, y juicio de constitucionalidad y jurisdicción ordinaria (o juicio de legalidad), de otra; distinciones que pueden ser trazadas como sigue.

*1. Separación entre juicio de constitucionalidad y decisión política (democrática):* la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir.

Aunque la constitución se proyecta sobre el legislador y el resto de los poderes públicos, las relaciones entre constitución y ley podrían, en línea de principio, configurarse o interpretarse conforme a dos modelos: modelo *constitucionalista* o *judicialista* y modelo *democrático* o *legalista*.

Según el primer modelo, la constitución encierra un proyecto político bastante bien articulado o cerrado y al legislador le corresponde su simple ejecución. En otras palabras, la constitución pretende determinar en gran medida *qué* debe mandarse, es decir cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse *constitucionalista* es porque descansa en la idea de que la constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Y si este modelo puede denominarse también *judicialista* es porque en él son los jueces quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento: sobre todo el Juez Constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también los jueces ordinarios, que pueden aplicar la constitución en detrimento de la ley si fuera necesario.

De acuerdo con el segundo modelo, la constitución se limita a fijar las reglas de juego de la competencia política, pero sin pretender participar directamente en el mismo. En otras palabras, la constitución sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, *hasta dónde* puede mandar. *Qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Si este modelo puede denominarse *democrático* es porque se basa en la idea de que la constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador puede moverse: dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo. Y si este modelo puede denominarse también *legalista* es porque en él es el poder político en cada momento quien se encarga de hacer realidad lo que en la constitución sólo aparece como posible; o sea, es el legislador democrático quien determina qué normas presiden un sistema



político histórico-concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el Juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebasa el marco de posibilidades políticas que la constitución permite<sup>245</sup>.

La dignidad democrática de la ley exige optar por el segundo modelo, pues si se opta por el primero acaso pueda tenerse un sistema más jurídico, pero menos democrático. Muy brevemente: la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, sigue teniendo en los sistemas constitucionales una autónoma razón de ser. De aquí deriva una consecuencia clara para la configuración de las competencias de la jurisdicción constitucional: la separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del Juez constitucional no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; *no es, por tanto, la de fijar la "mejor" ley desde la perspectiva constitucional*, sino tan sólo eliminar aquellas que resulten intolerables. Por ello, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el Juez no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador y mucho menos sugerir o directamente imponer a éste una opción política determinada. En pocas palabras, *el Tribunal constitucional no debe influir en la dirección política del país*.

2. *Separación entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad*: la jurisdicción ordinaria tiene, frente a la constitucional, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir.

La observación cobra especialmente sentido en los sistemas de jurisdicción separada en los que se reconoce a los Tribunales constitucionales un control (por ejemplo, a través del amparo) sobre los actos judiciales, y significa que se sustrae a éstos la posibilidad de revisar el modo en que los jueces interpretan y aplican la ley en los casos concretos, en la medida en que no vengán vulnerados derechos constitucionales. En otras palabras, lo que se sostiene es que la función del Tribunal no consiste en revisar el mayor o menor acierto de la aplicación del derecho efectuada por los jueces, sino sólo su adecuación al texto constitucional; si se quiere, *no consiste en fijar la "mejor" interpretación de la ley*, sino sólo en rechazar aquellas que resulten incompatibles con la constitución, de manera que la interpretación judicial de la ley debe ser preservada cuando no sea incompatible con la constitución, y en caso de que sean varias las interpretaciones de la ley constitucionalmente conformes, no debe imponer la que estime *mejor*.

En resumen, la justicia constitucional presupone la separación entre el *juicio de constitucionalidad* de las leyes o de otros actos de poder, que compete al Juez constitucional, la *decisión política* expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático, y el *juicio de legalidad*, que compete a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo no siempre es fácil mantener las fronteras entre el juicio de constitucionalidad y las

---

245 Vid. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp.150-152; M.Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, cit., pp.55 ss.

cuestiones políticas, y en los sistemas de jurisdicción constitucional separada aún se hace más difícil mantener las fronteras entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad.

Las dificultades existentes para mantener estas separaciones pueden examinarse al hilo de dos particularidades de la interpretación en los sistemas constitucionales: el principio de interpretación conforme, que se impone en todas las instancias, y el juicio de ponderación, que constituye el criterio para dirimir las antinomias entre principios constitucionales. Y es que aunque la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la política viene propiciada algunas veces por la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes cláusulas abiertas y principios materiales de justicia cuya interpretación es notablemente discrecional, otras veces es el principio de interpretación conforme el que da pie a esa intromisión: así, cuando el juez ordinario, en su papel de guardián (también) de la constitución y so pretexto de la interpretación de la ley conforme a la constitución, “retuerce” intolerablemente su sentido; pero también (y sobre todo) cuando el Juez constitucional, sobre la base de este mismo principio, dicta un pronunciamiento “manipulativo” que arrebata al legislador sus funciones políticas. Por su parte, la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la jurisdicción ordinaria tiene lugar cuando, con ocasión de controlar el juicio de ponderación expresado en una decisión judicial, el Juez constitucional pondera directamente.

### 3. INTERPRETACIÓN CONFORME Y SENTENCIAS INTERPRETATIVAS.

#### 3.1 El principio de interpretación conforme.

Enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Como, en línea de principio, cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de *interpretación conforme* a la Constitución (la *verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana<sup>246</sup>) cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero –nótese–, entre las *interpretaciones plausibles*

---

246 Sobre el principio de interpretación conforme, cfr., para la doctrina alemana, R.Zippelius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en el volumen colectivo *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga, Mohr, 1976, vol.II.; para la doctrina española, cfr. J. Jiménez Campo, “Interpretación conforme a la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.



de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley estará ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas.

Ahora bien, la interpretación conforme –según suele concebirse– no traduce un simple criterio *de* interpretación de los textos jurídicos, análogo a los criterios de interpretación literal, histórica, teleológica, etc., sino una auténtica *regla sobre* la interpretación que establece cómo hay que interpretarlos; en concreto, establece que, de entre las varias interpretaciones plausibles de un precepto, sólo son legítimas aquéllas que se acomoden a las exigencias de la Constitución. La interpretación conforme se configura pues como una regla de interpretación sistemática que entiende la Constitución como contexto *obligado* para la interpretación de cualquier texto jurídico, y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias.

La obligatoriedad de dicha regla se vincula al *principio de constitucionalidad* o de primacía constitucional: en la medida en que la Constitución es la norma jurídica suprema que confiere unidad al ordenamiento, parece razonable afirmar que toda norma debe interpretarse de conformidad con ella. Por eso, el principio de interpretación conforme a la Constitución –que es una manifestación particular del principio, más general, que establece la obligatoriedad de interpretar las normas de conformidad con otras de mayor rango jerárquico– es el *criterio hermenéutico* que debe orientar la interpretación del ordenamiento en todo caso; o sea, se impone a *todos* los aplicadores del Derecho (órganos administrativos y, sobre todo, jueces y tribunales integrados en la jurisdicción ordinaria). Pero además, la técnica de la interpretación conforme se vincula a los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, configurando su anulación como remedio extremo. Más exactamente, la interpretación conforme es usada por el Juez Constitucional (a veces de modo casi acrobático) para *evitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*. Así sucede en las llamadas sentencias interpretativas y sentencias manipulativas.

### 3.2 Las sentencias interpretativas.

Las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el *principio de conservación de las leyes* (rectius: de los textos o disposiciones legales), directamente relacionado con la interpretación conforme. En virtud de dicho principio –y para evitar los vacíos normativos que se seguirían de la eventual declaración de inconstitucionalidad de las leyes– un precepto legal sólo debe ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida en que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto, pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan así la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes.

En palabras del Tribunal Constitucional español, son sentencias interpretativas “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Juez Constitucional considere adecuado, o no se interprete en el sentido que considere inadecuado”. Lo que con ello se señala es que existen otras posibilidades de interpretar la ley, diferentes de la rechazada, y que de acuerdo con esas otras interpretaciones *plausibles* –que la sentencia proporciona– la ley resulta compatible con la Constitución. Dichas sentencias son, pues, el resultado de un esfuerzo interpretativo para evitar la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

Las sentencias interpretativas son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero *sustancialmente estimatorias* de la misma. Esto es así porque en ellas se determina, o bien qué interpretaciones son legítimas desde la perspectiva constitucional (por ejemplo, diciendo que un precepto no es inconstitucional “interpretado en los términos...” o que “sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido...”), o bien cuáles deben rechazarse (por ejemplo, diciendo que un precepto “es inconstitucional interpretado como...”, o que “no puede ser interpretado en el sentido...”), y de este modo se delimitan (en el primer caso) o se señalan (en el segundo) las interpretaciones de la ley constitucionalmente inaceptables; es decir, se circunscriben las posibilidades interpretativas del precepto legal impugnado o cuestionado. Ahora bien, al imponer u orientar la elección entre las varias interpretaciones plausibles de la ley, el Juez constitucional desempeña una función más propia de un Tribunal Supremo y no exenta en muchos casos de polémica, por el riesgo que entraña de invasión de las competencias de la jurisdicción ordinaria. Y es que, en efecto, so pretexto de la interpretación conforme a la Constitución, el Juez constitucional podría imponer la (a su juicio) *mejor interpretación* de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Pero de este modo dejaría sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial.

En conclusión, los límites que separan la *interpretación conforme* de la *mejor interpretación* resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio de *self-restraint* a fin de no invadir competencias de la jurisdicción ordinaria.

Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Juez constitucional podría imponer una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas.



## 4. SENTENCIAS MANIPULATIVAS Y OTRAS “FRICCIONES” CON EL LEGISLADOR.

### 4.1 Las sentencias manipulativas.

Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y, no obstante, no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el Juez constitucional puede “salvar” su constitucionalidad de dos modos: a) *manipulando el texto* de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido); o bien b) *manipulando directamente su interpretación*; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la Constitución. Aunque en ambos casos se producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele reservarse la expresión *sentencias manipulativas* -acuñada por la doctrina italiana<sup>247</sup> - para el segundo supuesto; es decir, para los casos en que el Juez constitucional manipula directamente la interpretación de la ley.

Así caracterizadas, las sentencias manipulativas son, en realidad, un caso particular de pronunciamientos interpretativos, pues a través de ellas se excluye cierta interpretación y se impone otra. La interpretación aquí puede recaer, bien sobre el *programa normativo* del precepto (sentencias sustitutivas), o bien sobre su *ámbito de aplicación*, que tras la interpretación resulta reducido (en cuyo caso se habla de sentencias reductoras) o ampliado (en cuyo caso se habla de sentencias aditivas).

Las sentencias *sustitutivas* consisten en sustituir una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado por otra que claramente no se deriva del mismo pero que resulta acorde con la Constitución.

Las sentencias *reductoras* -también denominadas de *estimación parcial* de la inconstitucionalidad- consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de “conformarlo a” la Constitución: tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal.

Un ejemplo de sentencias *reductoras* del Tribunal Constitucional español es la 5/81, dictada a propósito de la impugnación de los arts. 34.3 b y 34.2 de la LOECE, que establecen un determinado régimen para los centros educativos. El Tribunal estimó que estos preceptos son inconstitucionales en cuanto se refieren a “centros sostenidos por la

---

247 Cfr. A. Pizzorusso, “Las sentencias manipulativas del tribunal constitucional italiano”, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. I; y G. Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, cit., pp. 296 ss.

Administración con fondos públicos”; no lo son en cuanto se refieran a “centros privados no sostenidos con fondos públicos”. De manera que, tras la interpretación, la norma legislativa sólo se considera aplicable a los centros privados no financiados con fondos públicos.

Las sentencias *aditivas* consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de “conformarlo a” la Constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.

En los tres casos podría decirse que, en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Juez constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrojándose competencias del poder legislativo. Pero esta actuación “paralegislativa” es particularmente notoria en las sentencias aditivas.

Las sentencias aditivas suponen el reconocimiento de la *inconstitucionalidad por omisión*: censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice; o sea, “en la medida en que no prevé” algo. Más exactamente, una sentencia aditiva declara inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho; por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos. Para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, esa regulación que falta. Por ello podría definirse una sentencia aditiva como aquella que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional. Lo que suele perseguirse con esta actuación es garantizar *el principio de igualdad*, presuntamente vulnerado por una interpretación “no expansiva”, sino estricta, del precepto<sup>248</sup>. Pero en estos casos el Juez constitucional también podría salvar la igualdad simplemente anulando el texto legal. Si en vez de eso opta por hacerlo extensible al grupo discriminado (sentencia aditiva) es porque considera que la simple *anulación del precepto in toto puede ocasionar perjuicios inmediatos* para aquellos a quienes el precepto otorga derechos.

Son ejemplos de sentencias aditivas del Tribunal Constitucional español la 116/1987, que extiende el régimen jurídico establecido para los militares republicanos que ingresaron en el ejército antes del 18 de julio de 1936 a los que lo hicieron con posterioridad; y la 222/92, que hace extensible a quien hubiere convivido de modo marital el beneficio de la subrogación mortis causa en el contrato de arrendamiento de una vivienda que la ley concedía al cónyuge supérstite; es decir, extiende a las parejas de hecho (*more uxorio*) los derechos que la ley concede a los matrimonios.

---

248 En efecto, suele haber cierta proclividad a las sentencias aditivas cuando está en juego el principio de igualdad, cfr. L.Elia, “Constitucionalismo cooperativo, Racionalidad y Sentencias Aditivas”, en *División de poderes e interpretación*, Madrid, tecnos, 1987, pp.77 ss.





Aun cuando esta clase de sentencias se dictan porque no se considera adecuado o conveniente anular el precepto legal impugnado, es evidente que, al extender el campo de aplicación de la ley, el Juez constitucional actúa como un auténtico *legislador positivo*, pues “crea” una norma nueva que es ley para los aplicadores del Derecho pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Esta actuación puede llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Juez constitucional arrebató al legislador competencias que le son propias. Segundo, y no menos importante, porque se producen distorsiones en el sistema legislativo que pueden ser lesivas de la seguridad jurídica: puesto que los derechos que la sentencia reconoce al grupo de sujetos discriminados no existían hasta ahora, falta también la regulación de su ejercicio y las previsiones económicas que muchas veces son necesarias para su satisfacción. Esta regulación es necesaria para evitar que el ejercicio de los derechos se desborde más allá de lo previsto y querido por esa interpretación constitucional, pero el Juez constitucional no puede hacerla. Si puede decirse así, el Juez constitucional es un órgano “torpe” para legislar positivamente, pues no puede –o no con la precisión y previsión que lo haría el legislador– establecer el régimen jurídico que permitiera limitar y acotar el ejercicio de los derechos reconocidos en la sentencia.

Las sentencias manipulativas en general (y las aditivas en particular) *sólo están justificadas cuando “crean” o “introducen” normas constitucionalmente exigidas*<sup>249</sup>; o sea, 1) cuando la nueva norma que deriva de la sentencia obedezca a la necesidad de proteger algún bien o valor constitucional y 2), además, no exista otra forma de hacerlo que la establecida precisamente en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa integración legislativa la lleve a cabo el Juez constitucional o el legislador. Cuando falta alguno de estos requisitos, y en particular cuando existen varias posibilidades legislativas para eliminar la inconstitucionalidad, la interpretación en que consiste la sentencia manipulativa es una forma de arrebatar al legislador su libertad de configuración normativa.

Por lo demás, los problemas que las sentencias manipulativas plantean cuando las normas que introducen no son exigidas podrían solventarse dictando una sentencia de *mera inconstitucionalidad* (o de *inconstitucionalidad sin nulidad*), mediante la cual se declara la inconstitucionalidad de la ley pero no se anula ésta, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa, y en la que el propio Juez constitucional podría incluir una serie de directrices provisionales, válidas en tanto no se dicte la nueva ley. Actuando de este modo se respeta, por así decirlo, el principio “a cada uno lo suyo”: el Juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley (que es su función); y la producción de la nueva norma se deriva al legislador (que es el órgano competente).

En suma, los pronunciamientos manipulativos revisten un particular interés, pues dan la medida de cuánto cambia un ordenamiento jurídico por vía del control de

---

249 Cfr. G.Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, cit., p.304.

constitucionalidad. Pero se trata de una técnica muy cuestionable, pues no es precisamente la expresión de un *self-restraint* del Juez constitucional; antes al contrario, a través de estos pronunciamientos éste sobrepasa los límites de la interpretación conforme suplantando lisa y llanamente al legislador<sup>250</sup>. En esta medida, las sentencias manipulativas violentan el principio de separación de poderes en el que se asienta todo el edificio constitucional. Sólo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos.

#### 4.2 Otras formas de influencia política de la justicia constitucional.

De todas formas, la inmiscusión de la justicia constitucional en cuestiones políticas es muchas veces consecuencia de (o puede venir propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo<sup>251</sup>.

En efecto, cuando los preceptos constitucionales implicados en una cuestión de constitucionalidad están altamente formalizados su interpretación no ofrece demasiados problemas. Sin embargo, las constituciones actuales contienen muchos preceptos que padecen una escasa formalización; es más, muchos de ellos constituyen la positivación de principios y juicios de valor, de manera que su significado está altamente indeterminado. Esta indeterminación hace del juicio de constitucionalidad de la ley un juicio notablemente discrecional. En algunos casos tan discrecional, que pareciera que el Juez constitucional viene irremediabilmente abocado a convertirse en un sujeto político.

La indeterminación constitucional está detrás de algunas actuaciones políticas del Juez constitucional, que, o bien contienen recomendaciones al legislador, o bien fijan de manera intolerable el significado de un concepto esencialmente controvertido. En algunos casos, en efecto, ante la duda sobre el significado de la constitución en un determinado punto, y ante la duda por tanto sobre si la ley cuestionada respeta el ámbito de posibilidades políticas permitidas por la Constitución, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley, pero acompaña a su declaración una *recomendación al legislador* a fin de que en el futuro reforme la ley ajustándola a la *mejor interpretación* de la Constitución que establece la sentencia. Es evidente la carga de autoridad que acompaña a esta recomendación, por lo que es muy probable que el legislador termine atendiendo esa sugerencia y reformando la ley.

---

250 Cfr. F.Rubio, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (1988).

251 Precisamente la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de Kelsen a las normas constitucionales más o menos vagas o ambiguas; cfr. *La garantía jurídica de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de J.Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.



Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos en el Derecho español lo constituye la STC 108/1986. Se impugnaba la ley que preveía la elección parlamentaria de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, y el Tribunal Constitucional entendió que ese sistema de elección no era contrario a la Constitución, por lo que no procedía declarar su inconstitucionalidad; pero al propio tiempo indicaba que un sistema alternativo (en el que en la elección de los vocales participasen el Parlamento y el Poder Judicial) sería “más conforme” a la constitución.

Además, cuando la indeterminación tiene que ver con principios o valores constitucionales cuya interpretación es socialmente controvertida (como el derecho a la vida en los casos de eutanasia, aborto, transfusiones de sangre, etc.), es posible no ya que el juez constitucional haga una recomendación al legislador, sino que *fije directamente* (de manera “intolerable”, desde la perspectiva del principio democrático) el significado de esos principios o valores.

En todo caso, el problema de la indeterminación constitucional podría salvarse sin necesidad de que el Juez constitucional desempeñe funciones políticas. En concreto, como en una *cuestión constitucional esencialmente controvertida* es muy posible que las dos partes enfrentadas (la mayoría -creadora de la ley- y la minoría -que impugna la ley) esgriman argumentos atendibles, el Tribunal podría adoptar una *solución intermedia*, consistente en declarar válida la ley, pero *dejando abierta la reversibilidad de su decisión*: por si surgieran nuevos datos (por ejemplo, acerca de las valoraciones sociales dominantes a propósito de valores constitucionales controvertidos) que ayuden a esclarecer la cuestión; o por si cambiaran las valoraciones sociales. Se trata pues de que, por razones democráticas y habida cuenta la duda, es preferible diferir la cuestión al criterio de la mayoría: o sea declarar válida la ley (por el momento), pero reconociendo que los argumentos que invocó la minoría tienen peso suficiente como para dudar. Si se quiere, se trata de atribuir al Juez constitucional la función de “árbitro” de las cuestiones constitucionales esencialmente controvertidas, estableciendo simplemente los puntos a partir de los cuales las partes políticas enfrentadas deben discutir para alcanzar un acuerdo.

Por lo demás, cuando la inconstitucionalidad de una ley no plantee dudas, pero su declaración pudiera ser políticamente desaconsejable (por ejemplo, por el escándalo que pudiera causar por estimarse que la sociedad no está aún preparada para la interpretación de la Constitución que deriva de la sentencia) y su simple confirmación (o sea la simple declaración de que es constitucional) pudiera verse como legitimadora de la ley, tal vez lo más aconsejable fuera también una de estas sentencias “arbitrales” en las que se declara constitucional la ley pero, al reconocer un peso fuerte a las razones esgrimidas por quienes la impugnan, se anima a las fuerzas políticas y sociales a debatir para alcanzar un acuerdo que bien pudiera desembocar en la sustitución de la vieja ley por otra nueva <sup>252</sup>.

252 Vid. sobre todo lo anterior V.Ferrerres, *Justicia constitucional y Democracia*, Madrid, CEC, 1997.

### 4.3 Argumentos contra el control de constitucionalidad.

En los últimos años ha vuelto a cobrar actualidad, tanto en América como en Europa, el viejo debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional. Algunos de los argumentos que se esgrimen en su contra traen causa del gran poder discrecional (y por tanto “político”) que ejerce el juez constitucional, sobre todo cuando las cuestiones de constitucionalidad afectan a conceptos esencialmente controvertidos, y las comentadas actuaciones políticas de la justicia constitucional no han hecho sino reforzarlos. Pero otros argumentos van directamente contra la propia idea de supremacía constitucional y se sustentan en la tesis de que *las generaciones pasadas no pueden vincular a las generaciones futuras*. Esta es la objeción fundamental a la que se enfrenta la justicia constitucional, que en los Estados Unidos se verbaliza con la expresión, acuñada por Alexander Bickel, de la *dificultad contra-mayoritaria*<sup>253</sup>.

Los dos tipos de argumentos están conectados, pues esta segunda objeción es tanto más importante cuanto mayor sea el grado de discrecionalidad que permita el tipo de constitución de que se trate; es decir, cuanto mayores dudas interpretativas plantee el texto constitucional. Por eso, constituciones cargadas de normas controvertibles en esencia propician más la discrecionalidad y hacen por tanto más grave la objeción antidemocrática. Si una ley que regule la eutanasia es invalidada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho a la vida que la constitución protege, tendría sentido preguntarse quién es el Tribunal constitucional para imponer su interpretación del derecho a la vida por encima de la que ha hecho el legislador democrático. En cambio, no habría lugar a cuestionar la actuación del Tribunal constitucional si este invalidara una ley que estableciese la pena de muerte para determinados supuestos; sencillamente porque la interpretación del precepto constitucional que proscribe la pena de muerte no plantea ninguna duda, y frente a ello no cabe el argumento democrático: el Tribunal constitucional simplemente ejecuta la constitución en un supuesto clarísimo.

Justamente como respuesta a la dificultad contramayoritaria se ha propuesto la *tesis de la constitución procedimental*<sup>254</sup>, o más exactamente, de la *lectura procedimental* de la constitución. La idea que la sustenta puede resumirse como sigue. En un mundo pluralista (en valores) y con un cierto relativismo ético no puede entenderse que la constitución impone valores objetivos indiscutibles, porque el único valor fundamental es la *igualdad* de todos los hombres, que en el plano de las decisiones colectivas se traduce en la *democracia*, es decir, en la participación de todos en pie de igualdad en las decisiones colectivas. Brevemente, la constitución no impone resultados políticos legítimos, sino que tan sólo instaura un proceso legítimo (la democracia) para la adopción de decisiones políticas. Se postula pues una lectura democrática (en sentido estricto,

---

253 A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale Univ. Press, 1962.

254 J.H. Ely es el principal exponente de esta tesis. Vid. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1980.



procedimental) de todas las disposiciones constitucionales: algunas (la mayoría) se ocupan directamente de establecer cuáles son los órganos y los procedimientos de decisión; otras (las relativas a derechos) tienen como objeto establecer las condiciones que garanticen la igual participación de todos en el proceso democrático. De ahí se deriva una *concepción restrictiva de la justicia constitucional*, según la cuál ésta debe limitarse a mantener abiertos los canales de la participación; o sea, sin condicionar la decisión última. En otras palabras, la justicia constitucional debe limitarse a velar porque en el proceso político se respeten todas sus condiciones de legitimidad, lo que conduciría a controlar exclusivamente el respeto de la igualdad y de los derechos políticos, por ser los que constituyen la esencia de la participación y debate democrático.

Esta tesis, sin embargo, resulta objetable, pues es discutible que el respeto de los derechos políticos agote las garantías de participación democrática en pie de igualdad. Por ejemplo, parece claro que la libertad de expresión formaría parte del ámbito de control constitucional, porque se pone al servicio de la democracia; pero ¿y los derechos sociales? Si se responde negativamente estaría olvidándose que los derechos sociales pueden interpretarse también como garantías de ese "mínimo vital" sin el cual la libertad (o la participación libre y sin restricciones) no puede realizarse efectivamente. Pero si se atiende a esta última consideración y se responde afirmativamente ya tenemos un Juez constitucional interfiriendo en la política económica y social del país<sup>255</sup>.

## 5. EL JUICIO DE PONDERACIÓN.

La otra gran particularidad de la interpretación en los sistemas constitucionales de nuestro tiempo tiene que ver también con el fuerte contenido material de nuestras constituciones, o si se quiere, con la indeterminación de la constitución, indeterminación que se manifiesta de modo particular cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades. Nos referimos al juicio de ponderación.

### 5.1 Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación.

Hemos visto cómo uno de los rasgos definitorios de las constituciones de nuestro tiempo es su *rematerialización*, lo que significa que, más allá de regular la organización del poder (o sea, de establecer quién y cómo se manda), reconocen directamente un catálogo de principios de justicia, directrices y derechos fundamentales directamente exigibles (o sea, indican a los poderes públicos qué es lo que no pueden hacer y muchas veces también qué es lo que deben hacer). En la medida en que tales constituciones pretenden regir la convivencia en una sociedad plural -no en vano se habla de las constituciones "del pluralismo"- ese conjunto de normas materiales reflejan la pluralidad de valores y concepciones de justicia que están presentes en la sociedad. Se reconoce la libertad de expresión, pero también el derecho al honor; la libertad de información, pero también el derecho a la intimidad; el valor de la libertad, pero también el de la

255 Sobre ello ha llamado la atención C.S.Nino, "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989).

igualdad; se reconoce el Estado social, pero también el Estado liberal; el derecho de propiedad, pero también su “función social”, o la tutela del medio ambiente, o la promoción del bienestar general, o el derecho a la vivienda, o a la educación; se reconoce la libertad de empresa, pero también el derecho al trabajo; el derecho de manifestación y el de huelga, pero también el orden público; el derecho a la tutela judicial, pero también la seguridad jurídica o la celeridad en la administración de justicia, etc.

Es evidente que entre todas estas normas no se advierte ninguna contradicción en abstracto, pero pueden generarse conflictos en los casos concretos. Los conflictos se presentan cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto resultan relevantes *al mismo tiempo* dos bienes o valores constitucionales: 1) el protegido por una norma o una decisión pública aplicable a ese caso (por ejemplo, el derecho al honor protegido por la norma penal que tipifica las injurias), y 2) otro bien o valor constitucional que también se considera relevante para enjuiciar el caso (por ejemplo, la libertad de expresión). Los supuestos de posible confrontación son múltiples. Así, por ejemplo, cabe una colisión entre la libertad personal y la seguridad pública; o entre el derecho de manifestación y el orden público; o entre la estabilidad económica y la libertad de empresa; o entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación; o entre la vida y la libertad del titular de la misma, etc.

Pues bien, aunque consideradas individualmente la mayoría de esas normas constitucionales son como cualquier otra norma, cuando entran en conflicto operan como los principios.

No vamos a volver de nuevo sobre la caracterización de los principios frente a las reglas, que ya fue hecha en el tema 6. Procede simplemente recordar ahora el diferente modo de resolver los conflictos cuando estos se producen entre reglas y cuando se producen entre principios. La diferencia puede representarse así: cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Cuando, por el contrario, la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda triunfar uno sobre otro<sup>256</sup>.

En efecto, cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes para el caso de que se trate, por ejemplo entre la tutela del honor y la libertad de expresión, éste no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias (o sea, mediante la declaración de invalidez de una ellas o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra), pues la constitución no establece un sistema de prioridades absolutas entre ellas. Es más, podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma “dignidad constitucional” y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras. Las normas (o principios) constitucionales son

---

256 Recordemos que esta es la caracterización que hace R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp.81 ss.



simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como *mandatos de optimización*, es decir como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas, que vienen dadas por las propiedades que configuran los casos. Por eso, las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en llamarse *juicio de ponderación*, consistente *grosso modo* en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto.

Ahora bien, es verdad que en algunos casos la ponderación puede conducir a adoptar una solución realmente armonizadora o conciliadora de los intereses, normas o principios en tensión; una *praktische konkordanz*, por usar la significativa expresión alemana.

Así, por ejemplo, el juez que examina el acto administrativo que prohíbe una manifestación dispone de tres posibilidades de decisión: 1) confirmar el acto y con ello la prohibición; 2) declarar la procedencia de la manifestación en los términos solicitados; o 3) establecer unas condiciones de ejercicio de la manifestación que intenten preservar al mismo tiempo el derecho fundamental y la protección del orden público.

Pero también es verdad que en muchos otros supuestos (la mayoría) esa solución armonizadora o conciliadora no es posible y el resultado de la ponderación consiste necesariamente en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna<sup>257</sup>. Precisamente por ello suele decirse muchas veces que mediante la ponderación se da valor decisivo al principio que en el caso concreto tenga un peso mayor. Pero hay que insistir, *en el caso concreto*. Con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado, que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso.

Es importante observar que la ponderación, por cuanto búsqueda de una solución armonizadora de la importancia de los principios en el caso concreto, estimula la argumentación moral, o en todo caso un tipo de argumentación abierta a valoraciones, por lo que es una operación notablemente discrecional: personas razonables pueden discrepar sobre su resultado. No en vano suele aludirse a ella como juicio de *razonabilidad*. Ello no significa desde luego que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, pues es cierto que por vía jurisprudencial o doctrinal se pueden crear *condiciones de prioridad* en abstracto (bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro), *prioridades prima facie* (reglas sobre la carga de la prueba: por ejemplo, “la libertad de información prevalece en principio sobre el derecho al honor”) y *estructuras de ponderación* (exigencias necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida o conducta restrictiva). Pero ello no anula la discrecionalidad de la decisión.

---

257 Subraya estos dos posibles resultados de la ponderación L.Prieto, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, cit., pp.216 ss; esp. nota 35

Especial importancia tienen las *estructuras de ponderación*, pues señalan las reglas o directrices que disciplinan el juicio de ponderación y que poco a poco han ido consolidándose en la praxis judicial.

## **5.2 Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad).**

La ponderación va encaminada a adoptar una decisión para resolver el supuesto litigioso cuando se plantee un conflicto de principios. Para adoptar esa decisión, primero hay que construir una regla que establece las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro y después hay que formular la decisión propiamente dicha, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia. Pues bien, la construcción de esa regla, y la adopción de la decisión subsiguiente, ha de ajustarse a una estructura de ponderación que se compone de tres pasos:

1º *Fin legítimo*. La norma o medida examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de comparación.

2º *Adecuación*. La norma o medida objeto de enjuiciamiento ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin constitucional, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención.

3º *Necesidad* de la norma o medida limitadora: ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.

4º *Test de proporcionalidad* en sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Este requisito es aplicable tanto a las interferencias públicas (normas o medidas) como a las conductas de los particulares, y consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora (o con la conducta de un particular) en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de dicha medida (o conducta) se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Alexy lo formula así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>258</sup>.

---

258 R.Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p.161.





### 5.3 Tres observaciones sobre la ponderación.

a) *La mayoría de los casos se pueden “principalizar” (o constitucionalizar): las reglas aplicables pueden ser convertidas en principios y, a través de la ponderación, excepcionadas para el caso concreto por otro principio.*

Los conflictos entre principios que constituyen el ámbito de la ponderación judicial se presentan cuando se confronta un principio constitucional con otro principio o derecho constitucional amparado por la regla legal aplicable al caso que se juzga. En las constituciones rematerializadas de nuestro tiempo es muy fácil vincular una regla a un principio o derecho constitucional: siempre habrá alguno. Por tanto (casi) cualquier caso puede potencialmente presentarse como un conflicto de principios: basta con poner de relieve el principio o bien constitucional que hay detrás de la regla aplicable y confrontarlo con otro principio constitucional que juega en sentido contrario.

Tomemos como ejemplo el caso utilizado por G.Zagrebeslky en *El derecho dúctil: el caso Serena*

S es una niña que ha sido introducida ilegalmente en el país y que vive con un matrimonio que la tiene como hija. La situación de hecho es ilegal, pero ya se ha prolongado durante más de un año mediante las estratagemas usadas por el matrimonio (primero una falsa declaración de paternidad natural del marido y luego la solicitud de adopción o acogimiento). El resultado es que S se ha integrado perfectamente en su nueva familia, vive plenamente feliz y por nada del mundo quisiera abandonar esta situación: los informes de los psicólogos así lo acreditan. Pero el caso es denunciado y llega a los tribunales de menores.

Existe una *ley aplicable al caso* que establece claramente que “son nulas las adopciones realizadas con infracción de los trámites”. La consecuencia de la aplicación de esta ley es la devolución de S a las autoridades, que darán a la niña en acogimiento mientras se tramita su eventual adopción por otra familia.

Pero a los tribunales de menores se les plantea un *problema*: si se aplica la ley, se produciría un perjuicio para la niña, que ya está integrada en su familia adoptiva; si atienden al bienestar y felicidad de la niña y no la separan de su nueva familia, estarán incumpliendo la ley. Luego, ¿qué hacer? Se puede *convertir el caso en un conflicto de principios que debe ser resuelto mediante ponderación*.

Los jueces argumentan que la razón de ser de la ley es la “protección de todos los niños” evitando la compraventa de menores. Se trata del “principio de solidaridad”, sugiere Zagrebelsky. Pero hay otro principio en juego que es preciso considerar: el de la “protección de la infancia”, que obliga a velar por el bienestar de la niña. Por tanto, el caso puede reformularse como un conflicto entre el principio de solidaridad, que obligaría a reaccionar ante las conductas que propicien el tráfico de menores, y el de protección de la infancia, que obliga a actuar de acuerdo con el interés y bienestar del menor.

Obsérvese que, en cuanto conflicto de principios, el caso ha de ser resuelto mediante la ponderación de los principios en juego, y si el resultado de esa ponderación es una resolución que da prevalencia al principio constitucional esgrimido frente al principio que justifica la regla legal, se habrá *excepcionado* esa regla en el caso concreto; si se quiere, habremos ascendido desde la regla hasta el principio que la fundamenta para después, mediante un juicio de ponderación, inaplicarla. Por eso puede decirse que la *principialización* de los casos es un medio para excepcionar la aplicación de la regla en el caso concreto. Y por eso, esta principialización tiene lugar sobre todo cuando la rígida aplicación de la regla, sin atender a las circunstancias del caso, conduce a resultados que son sentidos como gravemente lesivos de algún otro bien o valor constitucional. De todos modos, esta conversión de reglas en principios y la subsiguiente necesidad de ponderar es obligada cuando se alegue (o cuando esté clara) la concurrencia de una libertad fundamental frente a una norma limitadora: en estos supuestos el juez está obligado a ponderar; es decir “a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental”<sup>259</sup>.

Ahora bien, la posibilidad de principializar un caso (y por tanto de excepcionar la aplicación de la ley en el mismo) es inversamente proporcional al grado de concreción de la ley aplicable. Como observa L.Prieto, cuanto más se parece un precepto legal al principio que lo fundamenta, es decir cuanto menor sea la concreción de su condición de aplicación, menor ha de ser también la capacidad de dicho precepto para evitar la ponderación judicial. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el tipo penal de injurias o con las normas de protección civil del derecho al honor: la inconcreción de su condición de aplicación es tal, que difícilmente impiden una ponderación judicial en el caso concreto, que puede conducir a su postergación a favor de la libertad de expresión o de información. Por el contrario, a mayor concreción de la condición de aplicación de una ley, mayor peso tiene ésta a la hora de evitar una ponderación judicial. Así sucede, por ejemplo, con la norma que prohíbe manifestarse ante el edificio del Congreso de los Diputados: su concreción es tal, que hace prácticamente innecesaria la ulterior ponderación judicial. En conclusión “cuanto mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más inviable resulta la ponderación de la justicia ordinaria”<sup>260</sup>.

### **b) La ponderación no excluye la subsunción.**

Suele decirse que la ponderación es el método de resolución judicial alternativo a la subsunción. Ahora bien, la ponderación no excluye la subsunción, no constituye en sentido estricto una alternativa a la misma. Es verdad que si no existe una colisión de principios el juez se limita a subsumir el caso en la condición de aplicación de la ley sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y se requiere ponderar, la subsunción no queda arrinconada. Y ello por dos razones. En

---

259 Así lo exige el Tribunal constitucional español (STC 159/85, F8).

260 L.Prieto, “Neoconstitucionalismo y Ponderación”, cit., p.221.



primer lugar, porque “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso □□subsumir□□, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios”<sup>261</sup>: por ejemplo, para decidir, mediante un juicio de ponderación, si las declaraciones de una persona constituyen un delito de apología del terrorismo o por el contrario son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, primero hay que decidir que el caso enjuiciado puede ser subsumido tanto en el tipo penal como en el derecho fundamental. Y en segundo lugar porque, una vez ponderados los principios en pugna y establecida la regla de decisión, ésta funciona como la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación.

### **c) En los sistemas de jurisdicción constitucional separada, el control de la ponderación judicial plantea tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.**

En los sistemas donde la jurisdicción constitucional y la ordinaria son dos órdenes separados, el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales suele ejercerse mediante el amparo ante la jurisdicción constitucional por violación de derechos. Pero el amparo constitucional frente a decisiones judiciales por violación de derechos es, por muchas razones, el verdadero campo de fricciones (y en ocasiones de auténticos conflictos institucionales) entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Y es que desde el momento en que un mismo caso puede ser visto por dos jurisdicciones (la ordinaria y la constitucional) las fricciones son inevitables y resulta prácticamente imposible establecer criterios de competencia.

El problema ha de analizarse a la luz de las distintas competencias que ambos órdenes jurisdiccionales tienen atribuidas: la resolución de un conflicto concreto, previa selección de la normativa aplicable y previo conocimiento de los hechos que lo han originado, es tarea del juez ordinario; el juez constitucional, en cambio, debe limitarse a enjuiciar la constitucionalidad de esa resolución judicial con total independencia de los hechos (es decir, del caso concreto) que originaron el conflicto. Muy brevemente, compete a la jurisdicción ordinaria resolver el conflicto conforme a derecho; a la constitucional, evaluar si la actuación judicial es ajustada a la constitución.

Ahora bien, si en cuanto titular exclusivo de funciones jurisdiccionales (o de aplicación del derecho para la resolución autorizada de los conflictos), es el juez (y sólo él) quien debe decidir el caso concreto, entonces *es él (y sólo él) quien, en su caso, debe ponderar* los distintos bienes y valores constitucionales que están en juego. Esto es así porque la ponderación consiste en armonizar o en establecer un orden de preferencia entre los bienes o valores implicados en el caso concreto, y tal orden de preferencia no existe en la constitución, que es el único parámetro que el Juez constitucional puede

---

261 *Ibidem.*, p.217.

usar. Lo único que el Juez constitucional puede hacer en amparo es verificar si ha habido ponderación y si tal ponderación es razonable, en cuyo caso declarará la constitucionalidad de tal actuación. En otras palabras, la invalidación de la decisión judicial sólo procede cuando la aplicación judicial de la ley sea inconstitucional, lo que tiene lugar cuando falta absolutamente la ponderación o cuando ésta sea manifiestamente irrazonable.

Así, por ejemplo, ante una eventual colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, el juez (penal) no está obligado *a priori* a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, sino sólo a ponderar razonada y razonablemente los derechos en juego.

Que la regla que acabamos de enunciar y que rige la ponderación no plantea problemas se pone de manifiesto en que es constantemente recordada por los tribunales constitucionales, y desde luego también por el español.

Vid. por todas, STC 210/1991, de 11 de noviembre, FJ 5º: “La selección de normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los jueces y Tribunales ordinarios, sin que sea competencia del Tribunal constitucional (...) la revisión de los criterios interpretativos. (...) E igualmente este Tribunal ha insistido en que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el derecho al acierto judicial”.

Y sin embargo el propio Tribunal que recuerda la regla la violenta profusamente entrando a ponderar; estableciendo, en definitiva, cuál es la óptima interpretación de la ley en el caso concreto e invadiendo así competencias del juez ordinario.

La verdad es que esta invasión de competencias parece comprensible (o al menos difícil de evitar) si se consideran las características del amparo. El amparo consiste en revisar la constitucionalidad de una decisión judicial. Aunque en línea teórica esa revisión ha de hacerse con total independencia de los hechos que dieron lugar a la misma, *en la práctica esa abstracción de hechos parece imposible*, pues resulta ciertamente difícil evaluar la constitucionalidad de una decisión prescindiendo del conocimiento de los hechos o conductas que dieron lugar a ella. Pero -repárese- al conocer de los hechos que configuran el caso concreto, el juez constitucional, inevitablemente, tiende a ponderar él mismo; es decir, tiende a establecer la óptima interpretación de la ley para el caso concreto. Y es que parece en verdad difícil que quien está llamado a custodiar la interpretación constitucional de las leyes no traspase esa frontera y termine custodiando la “mejor” interpretación de entre varias posibles, todas constitucionales. Por lo demás, que el respeto de esas fronteras entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad resulta comprometido lo ponen de relieve los numerosos votos particulares que reprochan a la mayoría haber sobrepasado el límite del juicio de constitucionalidad, revisando la aplicación del derecho ordinario o incluso la misma valoración de la prueba.



Por ejemplo, en STC 85/1992, de 8 de junio, el TC rompe la frágil barrera que separa la justicia constitucional de la ordinaria al considerar que la conducta de un periodista que reiteradamente calificó de “liliputiense” y “niño de primera comunión” a un concejal constituía solamente una “vejación injusta de carácter leve”, en contra de lo que había determinado la sentencia recurrida, para la que dicha conducta constituía un delito de injurias. El TC no enjuició los hechos, pero sí ponderó, es decir, revisó “la calificación jurídico-penal de los mismos y, consiguientemente, la aplicación de la pena correspondiente tal y como había sido realizada por los tribunales ordinarios” (Voto particular del magistrado A.Rodríguez Bereijo).

En suma, el amparo contra resoluciones judiciales, por más que se configure como un especialísimo recurso ante una jurisdicción constitucional separada y distinta de la ordinaria, termina haciendo del Tribunal constitucional un Tribunal de casación; más aún, un Tribunal de supercasación, en la medida en que revisa la propia interpretación del derecho efectuada por los tribunales de casación. Precisamente por ello muchas veces se dan graves conflictos institucionales entre ambos órganos.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que la mayoría de los problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, tanto por sus fricciones con el legislador democrático como por sus fricciones con la jurisdicción ordinaria, traen causa de la existencia de *constituciones materiales*, cargadas de principios de justicia tendencialmente contrastantes cuyos eventuales conflictos han de ser resueltos mediante un ejercicio de poder notablemente discrecional.

2. El propio Kelsen defendía un concepto de Constitución como regulación formal de los modos de producción normativa porque advertía ya los problemas que generaría una constitución que contuviera principios materiales de justicia: “no es imposible - escribía el autor en *La garantía constitucional de la Constitución*- que un Tribunal constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por ser injusta, al ser la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe aplicar. Pero entonces el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley”<sup>262</sup>. Bien es verdad que este es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria, pues, desde el momento en que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el Juez constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

---

262 H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, cit., p.143.

3. Ahora bien, la solución de los problemas que generan las constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una constitución formal, a lo Kelsen, pues una constitución así de descarnada hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo, de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los principios, al expresar valores y fines respaldados en mayor o menor grado por los diversos grupos sociales, posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural<sup>263</sup>. Y este es el drama de la justicia constitucional. La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático y con el juez. Pero, por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control del poder (también del legislativo) es necesario concebir la constitución no ya (o no sólo) como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo (o también) como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurra la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión (una ley) de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la constitución no es la *formal* que establece *quién* decide y *cómo* se decide, sino la *sustancial* que establece *qué* es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir.

4. Pero la solución tampoco puede ser auspicar constituciones *de detalle*, porque el marco de valores constitucionales tiene que ser lo bastante abierto como para no producir asfixia legislativa, es decir, para que siga teniendo sentido afirmar que corresponde al legislador democrático, de acuerdo con las concepciones valorativas de su tiempo, determinar el contenido de los principios y resolver las colisiones entre ellos dentro de los límites permitidos por la constitución (o sea, sin que ninguno de los valores constitucionales sea objeto de un sacrificio desproporcionado). Si alguna virtualidad democrática tiene la concepción *abierta* de las constituciones de principios es justamente eso: que se traslada (o así debería ser) al legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales.

5. Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, y teniendo en cuenta además que, en vista de la protección de derechos, hay una tendencia a introducir en el ámbito de la

---

263 A título de ejemplo, esta virtualidad integradora de las constituciones de principios es destacada por G.Zagrebel'sky, *El Derecho dúctil*, cit., y por V.Ferrerres, *Justicia constitucional y democracia*, cit.



justicia constitucional (incluso en los sistemas de control concentrado) mecanismos de defensa de los derechos frente a los actos de los jueces ordinarios, parece que lo único que cabría pedir de la jurisdicción constitucional es un ejercicio de autocontención; un *self restraint* que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y el de legalidad, por otro.

Naturalmente con ello no se pretende quitar un ápice de fuerza vinculante a la constitución. Significa tan sólo que la constitución, y especialmente su parte material o programática, no ofrece una respuesta unívoca a todos y cada uno de los casos o conflictos que puedan plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los cuales han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos. Sólo si esta saludable autocontención se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de producción democrática legislativa.

# VIII. ¿HACE EL JUEZ JUSTICIA CUANDO APLICA EL DERECHO?<sup>264</sup>

Alfonso Jaime García Figueroa

**SUMARIO:** 1. Introducción. El abogado Perkins y el juez Hércules. 2. La llamada "tesis del caso especial": 2.1. Dos precisiones de la tesis del caso especial; 2.2 Cuatro interpretaciones de la tesis del caso especial: 2.2.1 TCE1. El positivismo jurídico. 2.2.2 TCE2. *Legal Reasoning and Legal Theory* de McCormick; 2.2.3 TCE3. La teoría de Alexy; 2.2.3.1 TCE3 y el positivismo jurídico; 2.2.3.1.1 TCE3 y la tesis de la separación: ¿Hace el juez justicia cuando aplica el Derecho? 2.2.3.1.2 TCE3 y la tesis de los límites del Derecho: ¿Aplica el juez Derecho cuando imparte justicia? 3. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN. EL ABOGADO PERKINS Y EL JUEZ HÉRCULES

En el tema II vimos que algunos autores como Perelman habían concebido la argumentación jurídica desde una perspectiva retórica. Bajo este punto de vista, argumentar significa por encima de todo persuadir o convencer a alguien. Esto en alguna medida aproxima la labor del jurista a la del negociador que busca un objetivo ayudándose de ciertas técnicas retóricas, oratorias. Bajo su forma más descarnada, se pretende captar la voluntad de algún auditorio y hacerlo, por cierto, de forma tal que éste no se dé cuenta de ello, pues, de advertirlo, seguramente no se adheriría probablemente a nuestra opinión. Se trata, en definitiva, de que nuestro interlocutor haga suya una razón para actuar que le suministramos en nuestro interés bajo la apariencia de que el interés beneficiado será el suyo y no el nuestro, pues por regla general la gente no actúa en interés del prójimo, sino en el suyo propio. Así parece ser el juego a primera vista. Para comprobar con claridad en qué consiste, pues, negociar así, desearía ceder por un momento la palabra al profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, Juan Ramón de Páramo<sup>265</sup>, quien comenzaba la lección inaugural que dictó en esa Universidad el año 1998 contando la siguiente historia:

---

264 Mi argumentación reproduce aquí a veces literalmente la de mi trabajo "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico", en *Doxa*, nº 22 (1999), págs. 195-220. Éste fue objeto de una muy interesante crítica por parte de la profesora Isabel Lifante, "Una crítica a un crítico del "no positivismo", en *Doxa*, nº 23 (2000), págs. 709-728. He matizado algunos de los aspectos de mi primer trabajo en "El "Derecho como argumentación" y el Derecho para la argumentación. Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante", en *Doxa*, núm. 24 (2001), págs. 629-653.

265 J.R. de Páramo, *Negociar y argumentar: entre el mercado y la política*, lección inaugural del curso académico 1998-1999 en Talavera de la Reina, 1 de octubre de 1998, Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1998, págs. 6-10. De Páramo toma el caso de D.A. Lax y J.K. Sebenius, *The Manager as Negotiator*, The Free Press, Nueva York, 1986.





“Situémonos en 1911, en plena campaña electoral de la presidencia de los Estados Unidos de América. La oficina electoral de Theodor Roosevelt ha llegado a una conclusión que se presenta con frecuencia en los países donde predomina el bipartidismo: el resultado de la elección depende de los votos de los indecisos. Estos constituyen una cifra considerable, y están situados en los Estados agrícolas del centro del país. La campaña ha sido muy costosa, queda poco dinero en la caja y un par de semanas de tiempo antes de la votación. Los asesores de Roosevelt deciden imprimir tres millones de ejemplares de un díptico que contiene un extracto del programa electoral, unas adecuadas invocaciones patrióticas y, lo que es el elemento clave, una inmejorable foto del candidato en la portada. Todo ello tiene como objetivo fijar la intención del voto indeciso. Se ha previsto un recorrido en tren, con paradas seleccionadas en determinados núcleos de población, discursos vibrantes y distribución del folleto. El día anterior a la partida de la caravana electoral, con los tres millones de folletos empaquetados y depositados en el furgón de cola, uno de los asesores que revisaba una vez más la fotografía, advierte con horror que en el ángulo inferior izquierdo figura, de manera casi ilegible, la mención “Copyright Moffet Studios, Chicago”.

Se convoca una reunión de emergencia del comité de la oficina electoral: resulta que se ha utilizado, por inadvertencia, una fotografía cuyos derechos pertenecen a un desconocido fotógrafo de Chicago. ¿Qué argumentos vamos a utilizar con el fin de obtener su autorización para editar nada menos que tres millones de ejemplares, a un precio que podamos pagar?, se pregunta un asesor. ¿Cómo nos vamos a presentar en Chicago de manera brusca y precipitada, en las peores condiciones posibles para llevar a cabo una negociación, con el tren esperando salir y las fotos empaquetadas?, se preguntaba otro.

Todos los recursos argumentativos parecían débiles. En cuanto Moffet o —lo que sería aún peor— el abogado de Moffet, se diera cuenta de la situación podrían pedir cualquier suma de dinero. Aventurarse a distribuir los folletos sin decirle nada al titular del *copyright* era todavía peor. Si se descubría el pastel, además de ser calificados como transgresores de la ley —algo nada recomendable en una campaña electoral— habría que pagar una indemnización y el último precedente judicial disponible, según un informe de los asesores jurídicos, había sido de un dólar por ejemplar. Tres millones de dólares era una cifra algo más que considerable.

Sin saber qué hacer, el comité acude al director de campaña, el señor Perkins, abogado y financiero. El señor Perkins llama a su secretaria y le dicta el siguiente telegrama dirigido al señor Moffet: “Estamos pensando utilizar una foto del señor Roosevelt para editar varios millones de ejemplares de un folleto electoral *stop* será una inmensa publicidad para el estudio que elijamos *stop* responda enseguida cuánto estaría dispuesto a pagar para que elijamos el suyo *stop* atentamente”. A las pocas horas se recibió la siguiente respuesta del señor Moffet: “Nunca me habían propuesto antes algo semejante *stop* dadas las circunstancias ofrezco 250 dólares *stop* atentamente”.

Los expertos en estrategias de negociación explican el éxito del señor Perkins y su maquiavélico telegrama, por haber conseguido que nuestro manipulado fotógrafo dibuje mentalmente un *bargaining set* (conjunto de negociación) en el que no ocupa la posición de vendedor sino la de comprador. Pero, al fin y al cabo, se trata de una manipulación de su percepción tendente a favorecer los intereses del autor de la manipulación”.

De la historia y las consideraciones a propósito del profesor De Páramo, parece desprenderse que el Sr. Perkins era un buen negociador y seguramente por eso era además un buen abogado. En el mundo del Derecho el abogado debe ser muchas veces un negociador que sepa utilizar sus armas convenientemente en contextos estratégicos nada ajenos a la práctica jurídica habitual.

En la historia de la literatura española existe nada menos que un género específico, la picaresca, dedicado a mostrar los ardidés argumentativos de los individuos para conseguir alguna ventaja en momentos de hambre y necesidad. Es más, la picaresca pervive en algunas prácticas en la España contemporánea. Por ejemplo, un individuo A sugiere de algún modo (por ejemplo, fingiendo una deficiencia mental) que puede ser presa fácil para B, quien puede sacar un provecho injusto sin riesgo aparente (por ejemplo, A ofrece a B un boleto de la lotería recién premiado a cambio de una cantidad considerable pero incomparablemente inferior al importe del premio). Sin embargo, finalmente A se enriquece a costa de la mala fe de B (pues el boleto de la lotería era falso). Normalmente B y la víctima de este tipo de jugadas, un timador timado, no despierta apenas compasión. Se trata de un timador eventual que se ha llevado su merecido en manos de otro timador mucho más hábil. Parece que cuando ninguno de los participantes en el juego juega limpio, entonces no hay superioridad moral por parte de ninguno de los dos y nos sentimos empujados a tomar partido directamente por el mejor estratega. “Quien roba a un ladrón, tiene cien años de perdón”, dice la gente.

Nadie puede negar que en el mundo del Derecho este tipo de situaciones abundan. Con frecuencia, los litigantes en un proceso hacen un uso puramente estratégico de las normas jurídicas y muy especialmente de las normas procesales. Es más, pronunciando el pesimismo, a veces resulta tentador pensar que el mundo del Derecho está plagado de rúbulas, advenedizos, burócratas e inmorales carentes de otro interés que no sea el de su propio beneficio. Cuando esto sucede, parece que la única opción que queda es ser mejor estratega que el otro, obtener mayor ventaja de las propias capacidades retóricas y negociadoras.

Sin embargo, admitiendo que esto pueda ser verdad, quizá sea sólo una parte de la verdad. No siempre las cosas funcionan así y no siempre dan resultado estas prácticas, de modo que una concepción puramente estratégica de la argumentación jurídica estaría algo desenfocada para captar la complejidad de la argumentación jurídica. En realidad, si nos atenemos a numerosas expresiones acerca de la aplicación del Derecho por parte de los jueces y magistrados del poder judicial, da la impresión de que nos encontramos ante una práctica que no tiene que ver solamente con la negociación o la estrategia autointeresada, sino más bien con nada menos que la justicia. Veamos algunos ejemplos que confirman esta intuición en el lenguaje legal y en el cotidiano.



En primer lugar, la gente no suele hablar del “titular de la cartera de la aplicación del Derecho” o de un aséptico “Ministro de la adjudicación judicial” para designar al de *Justicia*. En realidad esta última denominación es, si se piensa bien, algo extraña. Salvo por algún resabio pontifical en lo concerniente al Derecho, no se entiende por qué se designa a un ministerio con la virtud que idealmente habría de satisfacer el poder judicial que administra. No hablamos del Ministerio de la Fertilidad para referirnos al de Agricultura. No hablamos del Ministro sin cartera de la Elocuencia para referirnos al portavoz del Gobierno, etc. En cambio, el Ministerio de *Justicia* gestiona los recursos dedicados a la *justicia* que imparten los Tribunales de *Justicia*. La labor de los jueces es nada menos que “hacer justicia conforme a Derecho” (“*to do justice according to law*”, convienen los anglófonos) y no se limitan a aplicar un sistema de fuentes fríamente. El art. 117.1 de la Constitución española reza así: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” y por virtud del art. 446 del Código Penal español, el juez que “a sabiendas, dictare sentencia o resolución *injusta*” (y no meramente *ilegal*) se expone a una grave sanción penal. Parece ser, pues, que la convicción de que razonar según Derecho es básicamente efectuar un juicio moral con ciertas particularidades forma parte de las creencias del Legislador, de los juristas y de los ciudadanos.

## 2. LA LLAMADA “TESIS DEL CASO ESPECIAL”

Pues bien, estas convicciones aparentemente tan extendidas han hallado a su vez una cobertura conceptual por parte de la teoría del Derecho y la TAJ, que parecen haber aceptado que el razonamiento jurídico es un razonamiento que tiene que ver con cierta corrección moral y no sólo con estrategias e intereses parciales. El jurista ideal de Dworkin no es un abogado y negociador brillante como Perkins, sino un juez dotado de notables cualidades morales e intelectivas al que denomina “Hércules”. Tal es su poder que sería capaz de ofrecernos la única respuesta correcta a la controversia jurídica, en la que administraría razonablemente consideraciones jurídicas y morales. Por otra parte, una de las tesis fundamentales de la TAJ en la actualidad es la llamada “tesis del caso especial” (*Sonderfallthese*) sostenida por Alexy y MacCormick. Esta tesis viene a sostener que el razonamiento jurídico no es una labor puramente estratégica, sino una labor profundamente moral. La tesis del caso especial (en lo sucesivo TCE) suele expresarse del siguiente modo:

“El razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general”<sup>266</sup>

266 MacCormick afirma que su teoría “presenta el razonamiento jurídico como una especie de razonamiento práctico” (*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pag. xii) y, en palabras de Alexy, “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general” (*Teoría de la argumentación jurídica*, cit., en lo sucesivo TAJ, por brevedad). Sin embargo, conviene aquí prescindir del término “discurso”, que presenta unas connotaciones específicas en la teoría comunicativa, en favor del más neutral término “razonamiento”.

Pero Alexy o MacCormick no son los únicos que han sostenido la tesis del caso especial. En realidad, es posible hallar múltiples formulaciones de esta idea básica. Por ejemplo, el profesor argentino Carlos Santiago Nino expresaba esencialmente lo mismo cuando se refería a la “no fragmentación del discurso práctico”<sup>267</sup>, a la “no insularidad del discurso práctico”<sup>268</sup> o incluso al “carácter imperialista del discurso moral”<sup>269</sup>. Este planteamiento supone una transformación profunda de la concepción tradicional de la argumentación jurídica. Muchos juristas han considerado que aplican el Derecho positivo para después invocar criterios morales cuando el ordenamiento es insuficiente. Sin embargo la TCE afirma, al contrario, que el razonamiento jurídico es ante todo un razonamiento moral que luego se encuentra con límites tales como la Ley, los precedentes y los usos de la dogmática jurídica. En cierta forma, la originalidad de la TCE consiste en racionalizar lo que piensa la gente y lo que normalmente el jurista quizá no pueda (no se atreva a) decir.

Durante más de dos décadas, la TCE ha originado un amplio desarrollo teórico, cuyos resultados y consecuencias se extienden sobre la teoría del Derecho. En realidad, a pesar de que la teoría de la argumentación jurídica no tiene por qué ser necesariamente incompatible con una visión positivista del Derecho, la tesis del caso especial ha reforzado de manera más o menos consciente y explícita una teoría del Derecho de corte no positivista, que viene disfrutando de una notoria hegemonía en los últimos tiempos. Como vimos (supra VI. 2), el no positivismo afirma que existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. La tesis del caso especial sostiene que existe una relación conceptual necesaria entre razonamiento jurídico y razonamiento práctico general. En lo que sigue intentaré reconstruir la argumentación antipositivista que subyace a la tesis del caso especial para poder examinar de paso algunas distinciones importantes para la filosofía jurídica y moral: moral social y moral crítica; punto de vista del observador y punto de vista del participante; juicios descriptivos y juicios prescriptivos, etc. Sin embargo, para poder estudiar adecuadamente qué significa que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general, conviene consignar algunas precisiones previas.

## 2.1. Dos precisiones de la tesis del caso especial

La TCE sin más especificaciones es ambigua y, por tanto, susceptible de diversas interpretaciones. Aquí desearía referirme sólo a dos de las precisiones que una teoría de la argumentación debe atender con el fin de restringir la ambigüedad de la TCE:

### i) Teoría descriptiva/teoría normativa.

Aunque usualmente expuesta en términos aparentemente descriptivos, a veces no está del todo claro si la TCE presenta un carácter descriptivo o bien normativo. En el primer caso, se afirma que el razonamiento jurídico es una clase de razonamiento

---

267 Nino, C.S., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 64.

268 *Ibid.*, págs. 79 ss.

269 *Ibidem*.



moral: en el segundo, que el razonamiento jurídico *debería ser* una clase de razonamiento moral<sup>270</sup>. La adopción de una u otra perspectiva comporta consecuencias importantes. Esto no obstante, la teoría estándar de la argumentación a veces se muestra ambigua en este punto. Probablemente esta falta de claridad se halla vinculada a la indefinición del tipo de razonamiento práctico general referido en el propio enunciado de la tesis del caso especial. Por esta razón, el examen del carácter descriptivo o prescriptivo de la TCE será relacionado a continuación con el del tipo de razonamiento práctico general presupuesto en la TCE.

## ii) Moral crítica/social.

Según la tesis del caso especial, el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral, pero ¿en relación con qué moral? ¿La moral social o la moral crítica? La moral social (o positiva) se puede definir como el conjunto de valores y pautas vigentes en una colectividad humana con independencia de su corrección. Por el contrario, la moral crítica (o racional o esclarecida) es la moral correcta con independencia de su aceptación social.

Para comprender esta distinción resulta fundamental la distinción entre la adopción de un punto de vista interno o externo respecto a las prácticas sociales. Desde la perspectiva del observador externo, la moral a la que se vincula el razonamiento jurídico es una moral social, conforme o no con los dictados de la moral crítica. Por ejemplo, el judío (o cualquiera de nosotros) que describa las convicciones de los alemanes y de los operadores jurídicos del Tercer Reich adoptará un punto de vista claramente externo, porque describirá, sin asumirlas, las pautas y convicciones prácticas de quienes de un modo u otro ordenaron o aprobaron en su día el exterminio de millones de judíos en campos de concentración. Estas prácticas representan entonces para nuestro observador una expresión de moral social, si bien a nuestro observador le parecen por otra parte incuestionablemente *inmorales*. En consecuencia, cualquier observador puede afirmar sin problemas: “La discriminación de los judíos era un principio propio de la moral social de la sociedad alemana (o de parte de ella) durante el Tercer Reich” y puede añadir: “pero según la moral crítica, este principio es inadmisibles”.

Bajo la perspectiva interna, bajo la perspectiva del participante (de las ideas racistas del nazismo en este caso), la moral a la que el razonamiento jurídico se vincula es la

---

270 La perspectiva descriptiva puede ser incluso escindida en dos partes. De este modo, Jerzy Wróblewski distingue hasta tres modelos de justificación: un modelo de justificación descriptivo, que simplemente muestra los argumentos de un área de razonamiento; un modelo de justificación descriptivo teórico, que reconstruye los argumentos de un razonamiento, como parte de una teoría argumentativa más amplia; finalmente, el modelo d92, pág. 27. □ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pág. 77. □ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit. pág. xv. □ Vid. en este sentido una crítica a la tesis de la pretensión de *corrección en Betegón*, J., “Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección”, en *Derecho* (Wróblewski, J., “Paradigmas of Justifying Legal Decisions”, en Peczenik, A., Lindahl, L., van Roermund, B. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht/A/Boston/Lancaster, 1984, págs. 253-273, aquí pág. 255)

moral crítica, la moral correcta. Los defensores del nazismo no consideran sus prácticas como una mera expresión de moral social, simples opiniones personales, sino que creen que están justificadas con independencia de quién las sostenga (sólo en esa medida pueden aspirar a estar *justificadas*). Sin embargo, nada garantiza, como lo demuestra el ejemplo propuesto, que el participante esté formulando una teoría ética racional, una expresión de moral crítica. Esto significa que, bien pensado, podemos distinguir entre moral social, moral crítica y moral crítica social, dependiendo del punto de vista que adoptemos. Desde el punto de vista del observador, es posible indicar qué significa moral crítica y moral social. Desde la perspectiva del participante sólo es posible formular una moral crítica social. Con el sintagma “moral crítica social” me refiero al conjunto de pautas aceptadas como correctas por el participante. Si el participante formulara un juicio moral puramente crítico, entonces estaría adoptando un punto de vista externo, porque no habría aceptado *a priori* la moral que se evalúa. Si el participante formulara un juicio moral puramente social (descriptivo), entonces también estaría adoptando un punto de vista externo, porque no estaría aceptando, sino sólo describiendo una serie de prácticas. En ambos casos el participante deja de serlo genuinamente. En cambio, si bajo el Tercer Reich un sujeto cree que la política discriminatoria y el genocidio de los judíos constituye una práctica legítima, entonces está formulando un juicio social en el sentido de que es conforme a una moral social vigente, pero al mismo tiempo está formulando un juicio crítico en el sentido de que considera que ese juicio es correcto. La moral crítica social es objetivamente social, pero subjetivamente crítica.

En lo que sigue me referiré a las nociones de moral social y moral crítica siempre desde una perspectiva externa, salvo indicación contraria. Llamaré razonamiento moral social a la inferencia práctica, cuya premisa o premisas normativas fundamentales formen parte de la moral social y llamaré razonamiento moral crítico a la inferencia práctica, cuya premisa o premisas normativas fundamentales formen parte de la moral crítica.

## **2.2 Cuatro interpretaciones de la tesis del caso especial**

Tenemos así dos variables relevantes para intentar precisar el significado de la TCE: el carácter descriptivo o bien normativo de la tesis del caso especial y, por otra parte, la consideración del razonamiento práctico general como un razonamiento basado en la moral social o bien en la moral crítica. Si tomamos en consideración estas dos variables, entonces se presentan cuatro interpretaciones posibles de la tesis del caso especial, que involucran el resto de los elementos arriba indicados:

TCE1: El razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral *social*.

TCE2: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral *crítico*.



TCE3: El razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral crítico.

TCE4: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral social.

En lo que sigue me ocuparé particularmente de las tres primeras versiones de TCE.

### 2.2.1 TCE1. El positivismo jurídico

TCE1 afirma que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral social. TCE1 expresa de este modo una tesis descriptiva relativa a la práctica forense formulada desde un punto de vista externo. Se trata de la constatación de elementos extrajurídicos relevantes en el razonamiento jurídico, cuya procedencia se halla normalmente en alguna forma de moral social, en las convicciones de la gente. En principio, cabe pensar que cualquier positivista moderno (por ejemplo, H.L.A. Hart) podría suscribir TCE1, porque TCE1 presupone la tesis de la discreción judicial. Según el positivismo jurídico actual, el Derecho, en cuanto orden normativo moral y técnicamente falible, no da respuesta a todas las controversias y eso significa que el juez debe ejercer cierta discreción para resolver los casos difíciles. Es claro que en este caso recurre a algún tipo de sistema de justificación vigente basado, pues, en una expresión de moral social. Pero no todos los positivistas han pensado así. Por ejemplo, el positivismo teórico decimonónico había concebido el razonamiento jurídico como una argumentación completamente autónoma y autosuficiente, sin ningún punto de contacto con el razonamiento moral social o crítico. Este paleopositivismo ha perdido toda su vigencia. En la actualidad, el positivismo jurídico no tiene por qué negar que en el razonamiento jurídico pueden intervenir premisas morales de algún modo. Bajo la perspectiva de TCE1, la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica en principio surge como consecuencia de la insuficiencia del Derecho para ofrecer por sí solo respuestas a las controversias que se le presentan. Sólo un trasnochado positivismo teórico estricto asociado a una teoría formalista de la interpretación excluye completamente la tesis del caso especial bajo todas sus versiones. También excluye la teoría de la argumentación jurídica.

### 2.2.2 TCE2. Legal Reasoning and Legal Theory de MacCormick

TCE2 es una tesis normativa que prescribe la adecuación del razonamiento jurídico a la moral crítica: el razonamiento jurídico debe ser un caso especial de razonamiento moral crítico. En este sentido, TCE2 es el complemento normativo de TCE1. TCE1 nos dice cómo es el razonamiento jurídico. TCE2 nos dice cómo debería ser. Como vimos, la teoría de D.N. MacCormick pretende precisamente ofrecer una teoría normativa de la argumentación para orientar la discreción judicial. El propio MacCormick sugiere en el prólogo a *Legal Reasoning and Legal Theory* que, por diversas razones, este libro representa el complemento en el campo de la argumentación jurídica a la teoría del Derecho positivista de *The Concept of Law* de Hart<sup>37</sup>. ¿Y cómo debe ser el razonamiento jurídico? Como ya se indicó, MacCormick reconoce el papel de la lógica deductiva en el razonamiento jurídico y propone una serie de argumentos fundamentales en los

casos difíciles: los requisitos de consistencia y coherencia, los argumentos universalistas y los argumentos consecuencialistas (*supra* tema IV). Sin embargo, la teoría de MacCormick merece al menos dos precisiones.

La primera se refiere al carácter normativo de *Legal Reasoning and Legal Theory*. En realidad, la teoría de MacCormick no sólo ofrece criterios para saber cómo debemos argumentar, sino que pretende ser una descripción o una reconstrucción de la argumentación jurídica<sup>272</sup> a partir de numerosas decisiones jurisdiccionales. El llamado “modelo de la aplicación racional del Derecho” (al que cabe adscribir a los autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica) presenta un carácter mixto, pues puede ser interpretado bien como un modelo normativo, bien como un modelo descriptivo o incluso ambas cosas a un tiempo<sup>273</sup>. Sin embargo, esta vía media que ensaya MacCormick presenta algunos riesgos de confusión entre discursos descriptivos y prescriptivos, aunque el propio autor se encarga de responder que “uno puede ser tanto censor como expositor sin confundir necesariamente ambos papeles”<sup>274</sup>. En realidad, la propensión hacia la falta de nitidez en la distinción de cuestiones descriptivas y prescriptivas es una muestra más del carácter marcadamente interno de la teoría de la argumentación jurídica. Los argumentos que presenta un participante básicamente coinciden con los que considera que debe presentar. Como he indicado anteriormente, desde el momento en que no coincidan no estaremos ante un participante, sino ante un observador.

La segunda precisión presenta un carácter sobrevenido. En su prólogo a *Legal Reasoning and Legal Theory*, revisado en 1994, MacCormick pone de relieve que sus planteamientos inicialmente positivistas hartianos se han visto matizados en los últimos años<sup>275</sup>. En ese mismo prólogo el profesor escocés señala que Alexy y Habermas le han convencido de la vinculación entre la razón práctica discursiva y el razonamiento jurídico. Esto significa, en los términos de este trabajo, que la posición de MacCormick respecto a la TCE tiende a desplazarse desde TCE2 hacia TCE3. Veamos qué significa esto.

### 2.2.3 TCE3. La teoría de Alexy

Frente al bloque positivista que forman TCE1 y TCE2, TCE3 constituye la versión más fuerte de TCE: el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral crítico. El razonamiento jurídico queda así conceptualmente vinculado al razonamiento moral racional. La teoría de Alexy parece responder a esta interpretación de la TCE. Según Alexy, todo acto de habla normativo (y el razonamiento jurídico lo es) presenta una pretensión de corrección. En principio, desde la perspectiva del

---

271 N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pág. xiv

272 *Ibid.*, pág. 13.

273 Wróblewski, J., *The Judicial Application of Law* (editado por Zenon Bankowski y Neil MacCormick)

274 N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pág. 77.

275 N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit. pág. xv.





observador, una *pretensión* de corrección no puede garantizar más que una vinculación a la moral social. La vinculación del razonamiento jurídico al razonamiento moral crítico se basa en la adopción de un punto de vista interno para estudiar el Derecho y la argumentación y en una serie de presupuestos trascendentales e hipótesis empíricas acerca de la naturaleza humana. Veámoslo con algo más de detenimiento.

La teoría de Alexy adopta el punto de vista del participante, el punto de vista interno, para desarrollar su teoría del Derecho y su teoría de la argumentación. Desde esta perspectiva, sería de algún modo contradictorio que un agente adoptara unos criterios jurídicos o morales que no fueran considerados por él mismo como correctos. Normalmente hemos visto que las contradicciones se dan entre dos normas y no dentro de una misma norma. Pero esto no es imposible. Pensemos en una norma, N1, que nos propone el psicólogo Paul Watzlawick, y que dice “¡Sea usted espontáneo!”: si cumplo con la norma, entonces dejo de ser espontáneo, que es lo que ordena la norma y si soy espontáneo sin la motivación de la norma, entonces no la estoy cumpliendo propiamente, sino que sólo se produce una coincidencia entre mi conducta y la que prescribe la norma. La verdad es que no es nada fácil cumplir con N1, porque parece que hay algo en el funcionamiento de esta norma incompatible con su *contenido*. Pues bien, con las normas que no respetaran una cierta pretensión de corrección por parte de quien las profiere sucedería algo similar, si bien con algunas diferencias que veremos a continuación.

Según Robert Alexy, las normas que no observan una pretensión de corrección estarían incurriendo en una contradicción insalvable. ¿Pero cómo se produce esta contradicción? A juicio de Alexy, que en este extremo sigue muy de cerca la filosofía de Jürgen Habermas, cuando nosotros decimos cosas a los demás, estamos sobre todo *haciendo cosas con las palabras*. Cuando afirmo, siguiendo un célebre ejemplo, “el gato está sobre el cojín”, entonces no sólo pronuncio unas palabras, estoy haciendo cosas con esas palabras, estoy desarrollando un acto de habla que sigue ciertas reglas del juego. Por ejemplo, es una regla del juego de describir cosas que se haga con una cierta pretensión de verdad. En nuestro ejemplo, si afirmo “el gato está sobre el cojín”, yo mismo creo que esa afirmación es verdadera. Si yo afirmara, siguiendo con el ejemplo de J.L. Austin, “el gato está sobre el cojín, pero yo no lo creo”, la gente quizá me replicaría que estoy algo confuso o loco o me rogarían que me aclarara antes de ir diciendo cosas absurdas por ahí. Esto significaría que los actos de habla constatativos, aquellos mediante los cuales describimos el mundo, presentarían una pretensión de verdad, de modo que si no se respeta, entonces el acto de habla es de alguna manera inválido o defectuoso. El enunciado “el gato está sobre el cojín, pero yo no lo creo” no funciona, no sirve para comunicarnos con los demás, para expresar una idea coherente y el fin último de nuestros actos de habla, de nuestros juegos de lenguaje, es la comunicación.

Análogamente, lo mismo sucede con los actos de habla emotivos, mediante los que expresamos emociones. Parece que si nuestras expresiones de afecto, cariño, etc. no responden a un sentimiento verdadero, son defectuosas. Por ejemplo, si Pepe dijera “¡Pepita te adoro cada día más!” y luego añadiera: “pero creo que eres un horror y lo cierto es que siento que la vida a tu lado me parece un infierno”, todos pensaríamos

que las expresiones de cariño de Pepe hacia Pepita son defectuosas en algún sentido. Todos tenemos a veces sentimientos contradictorios, pero aquí el problema es que no hay veracidad. El acto de comunicación que se expresa a través del “¡Pepita, te adoro!” no es propiamente una expresión de afecto porque no cuenta con un sentimiento sincero, veraz, en el que se apoye.

Si volvemos al mundo de las normas, sucede algo parecido. Cuando una norma es extremadamente injusta y así lo considera quien la dicta, entonces se produce una quiebra de la pretensión de corrección asociada a los actos de habla regulativos. Si en un aula dijera a mis estudiantes: “¡Traigan para mañana un estudio completo sobre la filosofía jurídica de Kelsen de no menos de 1500 páginas o de lo contrario serán suspendidos!” y luego añadiera: “¡aunque esto me parece una injusticia absoluta!”, entonces parece que se produciría una cierta contradicción y mis alumnos podrían pensar que no estoy en mis cabales. Mediante una norma yo intento que otra persona convierta mi propia norma en una razón para actuar, pero ¿cómo se puede esperar que esto ocurra si ni siquiera yo mismo considero mi orden digna de cumplimiento? Se trata de algo parecido a lo que sucede con la institución de la promesa. Si incumplo sistemáticamente mis promesas, seguramente no podré en el futuro formular promesas, porque nadie las tomará en serio. Sólo puedo mantener la institución de la promesa, si me mantengo fiel a la idea de que las promesas son para mantenerlas. De lo contrario, en el largo plazo me autodestruyo en mi capacidad de formular promesas, quedo fuera del juego de formular promesas porque no respeto un presupuesto trascendental de este juego de lenguaje: que las promesas se hacen para ser mantenidas.

La fundamentación de la existencia de una pretensión de corrección en las normas presenta así un carácter pragmático-trascendental. La fundamentación es pragmática en el sentido de que se sitúa, como hemos visto, en el nivel pragmático del lenguaje (considerando la comunicación como un instrumento para *hacer cosas* en el ámbito social y regido por una serie de reglas) y es trascendental en el sentido de que investiga las condiciones de posibilidad de estos actos de habla (las pretensiones de validez asociadas a los actos de habla constatativos, emotivos o regulativos).

Alguien podría replicar (incluso invocando sus propias experiencias personales) que no hay nada de imposible en que alguien dicte normas injustas con la esperanza bien fundada de que sean obedecidas<sup>276</sup>. De hecho, desde la perspectiva del observador externo cabe constatar dos problemas: primero, los individuos (entre los que se hallan legisladores y jueces) no son siempre coherentes con sus convicciones morales (en el caso de que las tengan) y, segundo, cuando lo son, no debemos olvidar que se trata tan sólo de eso: *convicciones* morales, no *certezas* morales, por así decir. Se trata, en los términos antes señalados, de una moral crítica social. El propio Alexy destaca que se trata de una mera *pretensión* de corrección. Un observador puede verificar sin grandes problemas que existen personas sin convicciones morales, personas incoherentes con

---

276 Vid. en este sentido una crítica a la tesis de la pretensión de corrección en Betegón, J., “Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección”, en *Doxa*.



sus propias convicciones morales y personas con convicciones morales incorrectas desde el punto de vista de la moral crítica. Lamentablemente, en el curso de la historia algunas personas como éstas han desarrollado (y aun hoy lo hacen) actividades legislativas, jurisdiccionales o dogmáticas. Por otra parte, el mundo está lleno de personas con buenas intenciones, pero esto no parece impedir la existencia de órdenes normativos más o menos inicuos.

Frente a este tipo de inconvenientes, Alexy insiste en dos argumentos radicalmente distintos, uno de carácter pragmático trascendental y otro de naturaleza empírica. La primera cuestión es ¿por qué somos coherentes con nuestras convicciones morales? Según el argumento trascendental, la pretensión de corrección es, como he señalado, una regla constitutiva de nuestros juegos de lenguaje. Si renunciamos a ella, no es que infrinjamos las normas de la comunicación; es que simplemente no estamos ejecutando un acto de habla válido, no estamos realizando un acto de comunicación, y si renunciamos siempre a hacer uso de las reglas constitutivas de la comunicación nos estamos autodestruyendo<sup>277</sup>. Si comienzo a dictar normas absolutamente injustas a mis alumnos, entonces a largo plazo probablemente acabaré con mi carrera docente para siempre. No podré argumentar porque me excluyo como participante en un discurso racional. Alexy se inscribe de este modo en la tradición kantiana trascendental “ensanchada dialógicamente”<sup>278</sup> por lo que hoy representa la teoría del discurso de K.O. Apel y Jürgen Habermas.

Queda entonces por solucionar un segundo interrogante: ¿qué garantiza que las convicciones morales de un individuo coincidan con los dictados de la moral crítica? En este punto Alexy se sitúa en una perspectiva empírica y adopta un aire entre intuicionista y utilitarista. Se muestra intuicionista porque el presupuesto de la coincidencia de las convicciones morales de los individuos con los dictados de la moral crítica parece presuponer que la bondad se halla de algún modo *inscrita en el corazón de los hombres*, por decirlo con los clásicos<sup>279</sup>. Se muestra utilitarista o hobbesiano<sup>280</sup> porque viene a afirmar que cualquier individuo está interesado por motivos egoístas en la vigencia de las reglas morales implícitas en cualquier discurso normativo. La dimensión intuicionista de la teoría de Alexy pone al alcance de todos el conocimiento de la ética del discurso. La dimensión hobbesiana de la teoría de Alexy asegura el sometimiento

277 Vide Alexy, R., “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., págs. 127-164, aquí pág. 139.

278 La expresión es de Wellmer, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, trad. de Fabio Morales, Anthropos, Barcelona, 1994, pág. 49.

279 El intuicionismo de Alexy se manifiesta en la vinculación entre el aspecto material y epistemológico de la corrección: “cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento” (Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 57).

280 El “argumento hobbesiano” de Alexy (vide TAJ, págs. 305-310) es prácticamente el mismo que aduce Soper bajo el nombre de “argumento utilitarista” (Soper, Ph., *Una teoría del Derecho*, trad. de Ricardo Caracciolo, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 103 ss. y 130 ss.).

de todos a la ética del discurso. En otras palabras, el aspecto intuicionista garantiza el entendimiento y el aspecto hobbesiano garantiza la voluntad. No me detendré aquí a analizar los problemas que puede acarrear la articulación de estas dos vertientes.

Más interés presenta destacar que Alexy no establece una severa distinción entre moral social y moral crítica. En su superación del modelo kantiano y en línea con Habermas, introduce en la moral crítica elementos propios de la moral social. La ética discursiva es el resultado de un diálogo racional entre una serie de participantes, de afectados, que deben respetar ciertas reglas de juego. Los intereses de los participantes varían (en esta medida se aproxima a una forma de moral social), pero las reglas procedimentales que rigen el discurso son objetivas (en esta medida se aproxima a una forma de moral crítica). Por tanto, Alexy formula una ética constructivista, es decir, una ética en la que no existe una división tajante entre moral social y moral crítica y de ese modo, cualquier objeción a la idea de confusión entre moral social y crítica tiende a perder importancia.

### **2.2.3.1 TCE3 y el positivismo jurídico**

La virtualidad antipositivista de TCE3 se basa en que los juristas “hacen justicia según Derecho” y esto significa que en su actividad jurisdiccional el juez hace siempre justicia en alguna medida cuando aplica el Derecho y que siempre aplica el Derecho en alguna medida cuando imparte justicia.

La afirmación de que el juez hace justicia cuando aplica el Derecho entra en conflicto con la tesis positivista de la separación de moral y Derecho, en cuanto que presupone con carácter necesario lo que el positivismo considera contingente: cierta corrección moral en las premisas normativas (entre ellas las jurídicas) del razonamiento jurídico. Pero también la afirmación de que el juez aplica el Derecho al impartir justicia afecta a las tesis positivistas de la separación de Derecho y moral porque no distingue lo que es la aplicación de normas jurídico-positivas de las normas morales que puedan aplicarse en el ejercicio de la discreción judicial. La condición de “caso especial” del razonamiento jurídico en TCE3 sirve para matizar estas consecuencias extremadas, pero no es una cautela muy rotunda, en verdad. Veamos estas cuestiones con más detenimiento.

#### **2.2.3.1.1 TCE3 y la tesis de la separación ¿Hace el juez justicia cuando aplica el Derecho?**

Cuando se afirma que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral, se define al razonamiento *per genus* y al mismo tiempo se presuponen algunas diferencias que lo especifican. Por lo tanto, el razonamiento jurídico es caracterizado como una clase que mantiene una relación de inclusión con la clase razonamiento práctico. Esto significa que la clase razonamiento jurídico pertenece a la clase del razonamiento práctico, de mayor extensión. La cuestión es entonces qué propiedad o propiedades definen la clase razonamiento práctico y bajo cuáles cabe admitir o no al razonamiento jurídico.



Los miembros de la clase razonamiento práctico tienen la propiedad de ser una inferencia en la que figura al menos una norma. Admitir que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico en este sentido sería trivial. En realidad no tendría sentido ni siquiera hablar del razonamiento jurídico como un caso especial. Se trataría de un caso más de razonamiento práctico<sup>281</sup>. Sin embargo, en TCE3 se habla de un razonamiento práctico basado en los dictados de la moral correcta. La propia idea de “hacer justicia según Derecho” presupone que debe existir cierta coherencia entre el Derecho y la moral. ¿Sería acaso posible hacer justicia según Derecho injusto? ¿Sería posible razonar moralmente con premisas jurídicas inmorales? Parece que si admitimos la posibilidad de un Derecho injusto, entonces es difícil aceptar abiertamente TCE3.

Así las cosas, los defensores de TCE3 pueden introducir la cautela de la especialidad. En realidad, TCE habla de caso *especial* para excluir la identidad de razonamiento jurídico y razonamiento moral. Esta matización desarrolla una función análoga a la del carácter *extremadamente* injusto de las normas que no pueden pertenecer al Derecho según el argumento de la injusticia de la célebre fórmula de Radbruch<sup>282</sup>. Es más, TCE3 no sólo presenta esta analogía con el argumento de la injusticia. En realidad TCE3 y el argumento de la injusticia resultan complementarios. Veamos en qué sentido.

Como es sabido, según la fórmula de Radbruch, las normas extremadamente injustas no pertenecen al Derecho. De este modo, es posible admitir que en un ordenamiento existen normas jurídicas injustas, pero no normas jurídicas extremadamente injustas. Se trata de una corrección del iusnaturalismo tradicional, por la que el Derecho deja de ser justo *ex definitione*. Ésta es, nos dice Alexy, “la ironía (Witz) de la fórmula de Radbruch”<sup>283</sup>. Como señala Peczenik, hemos pasado del “*lex iniusta non est lex*” al “*lex iniustissima non est lex*”<sup>284</sup>. Si el problema en teoría del Derecho es entonces cómo determinar el “umbral de la injusticia” (“*Unrechtsschwelle*”) que separa lo injusto de lo extremadamente injusto, análogamente el problema en teoría de la argumentación reside en cómo determinar el límite a la especialidad, es decir, dónde situar el umbral que define el grado de tolerancia máxima de premisas injustas en el razonamiento práctico: ¿cuán injusto debe ser un razonamiento jurídico para que no pueda considerarse un *caso especial* de razonamiento moral? Ésta es una cuestión no suficientemente aclarada por la teoría de la argumentación jurídica. Probablemente, esto se explique mejor por la complementariedad de TCE3 y una concepción no positivista del Derecho. Si mantenemos una concepción no positivista del Derecho, entonces no pueden darse premisas jurídicas extremadamente injustas en

---

281 Prescindiendo de la cuestión de que algunos razonamientos jurídicos no siempre presentan un carácter normativo, dada la existencia en los sistemas jurídicos de, por ejemplo, definiciones.

282 Sobre este argumento, vid. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, cit., pág. 34; Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

283 Alexy, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Joachim Jungius, Hamburgo, 1993, pág. 33.

284 Peczenik, A., “Dimensiones morales del Derecho”, cit., pág. 104.

el razonamiento jurídico (pues las normas extremadamente injustas no serían jurídicas), lo que elimina la ocasión para que se produzcan contradicciones extremas entre las premisas jurídicas y el razonamiento moral crítico. De este modo se excluye la mera posibilidad de que el problema surja y así resulta innecesario referirse a él.

Volviendo al núcleo de la argumentación, TCE<sup>3</sup> entonces sólo puede sostenerse sobre alguna de estas dos posibilidades: a) establecer la corrección moral en términos puramente formales, procedimentales o b) restringir la extensión de los razonamientos jurídicos y limitarla a aquéllos que proporcionan premisas adecuadas para un razonamiento moral correcto. Ambas estrategias aparecen de manera recurrente en las argumentaciones de numerosos teóricos y merecen algo más de detenimiento:

- a) Si observamos los presupuestos en materia ética de autores como Robert Alexy, podemos advertir que no nos hallamos ante un vaciamiento precisamente, sino más bien ante una relativización de la moral. La moral no se concibe como algo fuera de este mundo alejado de los discursos de los participantes, sino precisamente relativo a ellos. Lo que Rawls denomina “el hecho del pluralismo” se ha convertido en un elemento constitutivo del discurso moral que relativiza la propia noción de moral originando una cierta gradualidad entre Derecho y moral<sup>285</sup>.
- b) Pero también se ha recurrido a menudo a la segunda estrategia, es decir, a la estrategia de restringir la extensión del concepto de Derecho, tomando como central el caso del razonamiento jurídico en los Estados de Derecho constitucionales occidentales y manteniendo una teoría del Derecho no positivista que no tolera en la extensión del concepto de sistema jurídico el Derecho injusto, lo que impide la presencia de premisas normativas injustas, contrarias a la corrección del razonamiento práctico, como he señalado anteriormente. Esta vía (la vía de cierto constitucionalismo<sup>286</sup>) ha gozado de particular éxito entre “filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho”<sup>287</sup> (entre los primeros se incluirían Alexy, Dworkin, Habermas o Nino y entre los segundos Gustavo Zagrebelsky<sup>288</sup>).

---

285 He estudiado esta cuestión con algo más de detenimiento en mi trabajo “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, en prensa.

286 Vide Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

287 Prieto, L., “La doctrina del Derecho natural”, en Betegón, J., Gascón, M., Páramo, J.R. de, Prieto, L., *Lecciones de teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 31-66, aquí pág. 65.

288 Vide Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995; Peces-Barba, G., “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, epílogo a la primera edición de *El Derecho dúctil*, cit., págs. 157-173; Ansuátegui, F.J., “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y Libertades*, n° 2 (1994), págs. 113-151; Guastini, R., “Diritto mite, diritto incerto”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 2 (diciembre 1996), págs. 513-525. Vid. también los trabajos a propósito de la obra de Zagrebelsky en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1996-1997).



Sin embargo, quien caracterice el razonamiento práctico materialmente, como conjunto de inferencias normativas sustantivamente correctas y/o entienda por Derecho no sólo el conjunto de sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho constitucionales, entonces quizá habrá de asumir que el razonamiento jurídico, vinculado a una serie de normas jurídicas que son justas sólo de manera contingente, puede entrar en conflicto con el razonamiento práctico general. Si resulta que este conflicto es insalvable, entonces, como señala Braun, quizá la argumentación jurídica no podrá ser considerada un *minus*, sino más bien un *allium* con respecto a la argumentación moral<sup>289</sup> y en este sentido TCE3 y la tesis de los límites del Derecho habría de ser seriamente cuestionada.

### 2.2.3.1.2 TCE3 y la tesis de los límites del Derecho ¿Aplica el juez Derecho cuando imparte justicia?

Hasta el momento me he referido a los problemas que se derivan de la moralización del razonamiento jurídico en TCE3. A continuación, me ocuparé de la cuestión de la juridificación del razonamiento moral. La cuestión es: ¿aplica el juez invariablemente Derecho cuando hace justicia?.

Normalmente, el principio de legalidad somete la actividad jurisdiccional al Derecho. En rigor, el juez debe aplicar el Derecho y solamente el Derecho. Sin embargo, del análisis de la fundamentación de las decisiones judiciales se desprende que en éstas no sólo figuran normas jurídicas, sino que podemos hallar consideraciones de justicia, referencias a la moral social o condicionamientos ideológicos. La cuestión es, como afirman Coval y Smith, que “la riqueza del *output* no puede ser explicada con tal pobreza de *input*”<sup>290</sup>.

Para explicar la riqueza del *output* caben sendas interpretaciones: la interpretación positivista y la no positivista. Según el positivismo, el juez aplica el Derecho y ejerce además cierta discreción judicial. La explicación positivista consiste en que al *input* inicial se le han añadido otros elementos. Según el no positivismo, en cambio, el sistema jurídico no era tan restringido como había sostenido el positivismo. La explicación es en este caso que el *input* era mayor de lo que el positivismo había pensado. Ésta es la vía seguida por el ataque más relevante de entre los emprendidos contra el positivismo jurídico en las últimas décadas. Me refiero obviamente a la teoría de Ronald Dworkin. Según Dworkin, el Derecho se compone de una serie de normas reconocibles por el positivismo jurídico y de otras, los principios, ignorados por éste, pero válidos por su corrección moral y que también vinculan a los jueces en su actividad jurisdiccional.

A juicio de Alexy, la teoría de Dworkin supone un avance, porque enriquece el esquema positivista de reglas con una serie de principios. Sin embargo, el profesor alemán

289 C. Braun, “Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft”, en *Rechtstheorie*, n° 19 (1988), págs. 238-261, aquí pág. 259.

290 S.C. Coval y J.C. Smith, J.C., “Some Structural Properties of Legal Decisions”, en *Cambridge Law Journal*, n° 32 (1) (abril, 1973), págs. 81-103, aquí pág. 81.

no lo considera un avance suficiente. La superación del esquema dworkiniano pasa en la teoría de Alexy por la distinción en el Derecho de un lado pasivo y un lado activo. El lado pasivo del Derecho está compuesto por una serie de normas (reglas positivistas y principios dworkinianos). El lado activo del Derecho está integrado por procedimientos<sup>291</sup>. De acuerdo con Alexy, el Derecho debe ser contemplado como un sistema de procedimientos argumentativos y no meramente como un conjunto estático de normas. El Derecho debe ser estudiado desde su lado activo y no sólo desde su lado pasivo. El resultado es que la teoría del Derecho tiende a convertirse en una teoría de la argumentación jurídica. Esto comporta una consecuencia importante: si el Derecho tiende a ser contemplado como una teoría de la argumentación jurídica y de acuerdo con TCE3 la teoría de la argumentación jurídica tiende a convertirse en una teoría de la argumentación moral, entonces el Derecho tiende a aproximarse a una forma de razonamiento moral. Éste es precisamente el itinerario que parece describir la argumentación antipositivista implícita en la TCE. Éste es un problema que Kelsen considera al analizar la teoría de Esser y también la de Pound<sup>292</sup>. Esser sostuvo que ciertos principios extrasistemáticos que se hallan en la base de algunas normas también forman parte *proprio vigore* del Derecho. Kelsen opone a este planteamiento un argumento de "economía conceptual": es necesario delimitar el Derecho frente al resto de elementos que intervienen en una decisión judicial; de lo contrario, el concepto de Derecho se expandiría tanto que llegaría a perder su significado, pues cualquier norma podría llegar a formar parte del sistema jurídico.

Sin embargo, no sólo el concepto de Derecho sale perjudicado por esta confusión. La propia función judicial queda desvirtuada. Si todas las normas que figuran en la argumentación de un juez deben ser consideradas parte del Derecho, entonces la propia vinculación del juez al Derecho dejaría de existir. Se produciría una situación semejante a la célebre que relata Platón en el *Eutifrón* y que vimos con anterioridad en el tema IV: si todo lo que el juez aplica es Derecho por el hecho de aplicarlo, entonces el juez no está vinculado por Derecho alguno (y ésta es una consecuencia que Alexy difícilmente aceptaría<sup>293</sup>).

Para comprender la cuestión adecuadamente, la teoría de Bulygin<sup>294</sup> resulta una vez más particularmente esclarecedora. El profesor argentino distingue entre pertenencia y aplicabilidad. Una norma válida es una norma que pertenece al Derecho. Una norma aplicable es aquella susceptible de aplicación por los jueces. Normalmente las normas válidas son aplicables y las normas son aplicables en cuanto válidas. Sin embargo, esto

---

291 Vid. R. Alexy, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", trad. de Carlos de Santiago, en Garzón Valdés, E. (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, págs. 43-57.

292 Vid. H. Kelsen, *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 1994, cap. 28 y págs. 302-303, nota 80.

293 Vid. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, pág. 312, donde censura la infravaloración de la vinculación a la ley, la dogmática jurídica y el precedente por parte de la tópica.

294 Vid. E. Bulygin, "Tiempo y validez", en Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 195-214.





no siempre es así. En ocasiones, se aplican normas que no pertenecen al sistema jurídico y en tales casos dejan de ser aplicables normas válidas relevantes para el caso. Esta situación tiene lugar, por ejemplo, cuando se aplican normas extranjeras según prescribe alguna norma de conflicto de Derecho internacional privado o cuando se aplica Derecho histórico de acuerdo con una disposición transitoria. Esto demuestra que no toda norma aplicable es válida.

El esquema es perfectamente trasladable al problema que nos ocupa. Ciertas normas morales y otros estándares que forman parte de la justificación explícita y, en su caso, de la justificación entimemática de una decisión judicial son aplicables a pesar de que no forman parte necesariamente del Derecho. Cabría entonces preguntarse de dónde obtienen su aplicabilidad. Las normas extranjeras se aplican sobre la base de una norma válida de Derecho internacional privado y el Derecho histórico sobre la de una disposición transitoria válida. En realidad, han existido diversos medios para fundar la aplicabilidad de estándares morales extrajurídicos. La forma más manifiesta consiste en el art. 1.2 del Código civil suizo<sup>295</sup>, que autoriza al juez a portarse como si fuera un legislador, pero en otros ordenamientos se han ensayado fórmulas más sutiles que tienden a disimular el creacionismo judicial: así las referencias a las buenas costumbres, al orden público, a la diligencia del buen padre de familia, ciertos principios constitucionales, etc. Todas estas “fuentes de discreción”, por usar una expresión de Raz<sup>296</sup>, ofrecen una cobertura jurídica a la aplicabilidad de ciertos estándares morales y en los casos difíciles suponen una guía para que el juez desarrolle una teoría de la argumentación jurídica.

La noción de aplicabilidad permite dar una explicación satisfactoria al problema de la “riqueza del *output*” y supone una alternativa sólida a la visión no positivista del Derecho y a la concepción de la argumentación jurídica según TCE3. Sin embargo, la noción de aplicabilidad no ha concitado la atención que quizá merecería por su versatilidad. Esta versatilidad sí ha sido especialmente puesta de relieve por José Juan Moreso, quien destaca la capacidad de la noción de aplicabilidad para explicar el papel en el sistema jurídico de las normas consuetudinarias, los estándares de moralidad, las normas irregulares (por ejemplo las inconstitucionales) y las que denomina “normas receptadas” (normas preconstitucionales que obtienen aplicación en el nuevo orden jurídico)<sup>297</sup>.

Ahora bien, si la explicación que nos proporciona la noción de aplicabilidad al problema de la riqueza del *output* parece bastante razonable, ¿cuál es la razón de la fortuna de la alternativa no positivista? El origen de la confusión de pertenencia y aplicabilidad es la adopción del punto de vista interno, el punto de vista del participante para estudiar el Derecho. La confusión de pertenencia y aplicabilidad se puede observar claramente en la siguiente definición de fuente, que nos ofrece Aarnio desde un punto de vista típicamente de participante:

295 Sobre las implicaciones de la teoría de Dworkin en relación con este precepto del ordenamiento jurídico helvético, vid. M.M. Strolz, *Ronald Dworkin's These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Schulthess, Zurich, 1991.

296 Vid. J. Raz, “Legal Principles and the Limits of the Law”, cit., págs. 75-76.

297 Moreso, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., págs. 151 ss.



“Toda razón que de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas por la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificadora de la interpretación es fuente del Derecho”<sup>298</sup>.

Según esta definición, una fuente es una norma aplicable. Ésta es una definición que se ciñe a la idea de fuente que aparentemente sostienen los participantes, singularmente los jueces. Esta perspectiva de análisis explica también la confusión de teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica, pues el Derecho se identifica con el conjunto de razones, formalmente válidas o no, que fundamentan una decisión y también explica la confusión de razonamiento jurídico y razonamiento moral, porque, desde la perspectiva del participante, las razones para la acción deben unificarse bajo una razón última de carácter moral. La teoría de la argumentación jurídica, como la teoría de las razones para la acción, conduce la argumentación jurídica al ámbito de deliberación personal, donde no es posible la fragmentación del discurso práctico y de ahí deriva la unidad del discurso práctico, pero esto tiene lugar bajo el presupuesto de la superioridad del punto de vista interno, del punto de vista del participante para analizar el Derecho. Cuando adoptamos el punto de vista externo, que rebasa el ámbito de la deliberación personal, observamos que en la realidad la fragmentación del discurso práctico no sólo es posible, sino frecuente.

Estas últimas consideraciones determinan una importante particularidad en los estándares morales respecto de otras normas inválidas pero aplicables. Mientras que desde un punto de vista interno, las normas extranjeras, derogadas o “receptadas” son consideradas extrajurídicas, los estándares morales son contemplados como parte del sistema jurídico. El no positivismo ha creado de este modo una asimetría en el conjunto de normas inválidas pero aplicables, mediante la confusión de normas jurídicas y normas morales aplicables en los procesos argumentativos de los participantes, que se rigen por la idea de TCE3.

En suma es necesario trazar los límites del Derecho frente a órdenes normativos como la moral y es necesario distinguir la pertenencia de las normas a un sistema jurídico de su aplicabilidad. Que el Derecho presente límites no significa que no sea *abierto*, en el sentido de que permite la aplicabilidad de normas ajenas al sistema jurídico. La aplicabilidad de estándares morales constituye un caso especial de aplicabilidad general en el Derecho.

### 3. CONCLUSIÓN

El razonamiento jurídico parece no poder contemplarse en puridad como una actividad estratégica, pero tampoco parece una expresión de pura racionalidad. En realidad, se diría que nos hallamos más bien ante una actividad en la que ambas dimensiones entran en juego. Un discurso puramente estratégico parece más próximo

---

298 A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, cit., pág. 123.



a la actividad que despliega el abogado, pero no puede dar resultado sin una mínima pretensión de corrección. Por otra parte, el discurso imparcial y puramente orientado a la consecución de una objetividad absoluta parece asociado a la posición del juez, sin embargo, ciertos cálculos consecuencialistas y estratégicos no escapan de su razonamiento.

Admitida la relevancia jurídica del razonamiento práctico, la tesis del caso especial, núcleo de la teoría de la argumentación jurídica, es ambigua y por ello puede ser interpretada de modos diversos. Aquí he tomado como central la versión de la tesis del caso especial como una tesis descriptiva que vincula el razonamiento jurídico al razonamiento moral crítico y que reproduce el punto de vista de los participantes, según el cual los jueces “hacen justicia según Derecho” cuando ejercen su labor jurisdiccional.

Moral social y moral crítica y razonamiento moral social y razonamiento moral crítico no parecen dicotomías que puedan mantenerse absolutamente a la vista de las actuales corrientes éticas, lo cual ha transformado el discurso sobre las relaciones entre Derecho y moral y entre razonamiento jurídico y razonamiento moral. La TCE3 que sostiene Robert Alexy es una prueba de ello, en el sentido de que parece presuponer una relativización de la distinción entre moral social y moral crítica y en la actualidad todo ello ha conducido a reforzar la importancia de la argumentación moral en el Derecho.

# IX. LA PRUEBA DE LOS HECHOS.

*Marina Gascón Abellán*

**SUMARIO:** 1. Dos concepciones de la prueba: el cognoscitivismo y la concepción persuasiva: 1.1 Concepción cognoscitivista de la prueba. 1.2 Concepción persuasiva de la prueba. 1.3 Las relaciones verdad-prueba. 2. La prueba judicial como prueba prevalentemente inductiva: 2.1 Prueba deductiva y prueba inductiva. 2.2 La valoración de la prueba. 3 Algunas construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Consideraciones críticas: 3.1 La distinción prueba directa/prueba indirecta. 3.2. Los requisitos de la prueba indirecta o indiciaria. 4. El carácter institucionalizado de la prueba judicial. 5. La motivación de la prueba: 5.1. La necesidad de motivación de la prueba. 5.2. En qué consiste la motivación. Relación entre justificación y descubrimiento. 5.3. El estilo de la motivación. 5.4. Resumen: reglas sobre la motivación.

La teoría de la argumentación, que tan espectacular desarrollo ha experimentado en las últimas décadas, ha dedicado una escasa atención al juicio de hecho. Prueba de lo que acaba de decirse es que al ojear las bibliotecas jurídicas se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo -implícita o explícitamente- que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas o que, planteándolos, está irremediabilmente abocado a la discrecionalidad extrema cuando no a la pura y simple arbitrariedad judicial. Un análisis mínimamente reflexivo no puede dejar de poner de relieve, sin embargo, que el juicio de hecho es tan problemático o más que el juicio de derecho; que en él la discrecionalidad del juez es a menudo mayor que en la interpretación de las normas; que es, en fin, el momento de ejercicio del poder judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario. Por ello, si la teoría de la argumentación quiere ser mínimamente completa no puede dejar de prestar atención al juicio de hecho.

## **1. DOS CONCEPCIONES DE LA PRUEBA: EL COGNOSCITIVISMO Y LA CONCEPCIÓN PERSUASIVA.**

En la medida en que la prueba judicial se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico; es decir, a la epistemología que se adopte. Como en línea de principio cabría adoptar dos tipos de epistemología, cabe distinguir -también en línea de principio- dos concepciones de la prueba, cada una de las cuales se caracteriza por mantener una cierta relación entre los conceptos de verdad (o enunciado verdadero) y prueba (o enunciado probado). Estas dos concepciones son la cognoscitivista y la persuasiva.



## 1.1 Concepción cognoscitivista de la prueba.

Una primera epistemología es la que podríamos denominar objetivismo crítico: *objetivismo* porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; *crítico* porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo. La concepción de la prueba que deriva de esta epistemología es la *cognoscitivista*, que concibe la prueba como un *instrumento de conocimiento*, o sea, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable. En pocas palabras, desde esta perspectiva se asume que la declaración de hechos probados puede ser falsa. Por lo demás, en esta concepción la (libre) valoración de la prueba se concibe como una actividad *racional*, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control.

## 1.2 Concepción persuasiva de la prueba.

Una segunda epistemología es la *constructivista*, que entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, que la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto no cabe hablar de un “conocimiento objetivo”; o si se quiere, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido. La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso. Estas tesis se vinculan a la teoría del *adversary system* y, en general, a las posiciones ideológicas del proceso civil que conciben a éste esencialmente como *un instrumento para la resolución de conflictos*<sup>299</sup>. Y es que si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un resultado formal que sea operativo. Es más, podría incluso pensarse que la comprobación de la verdad es un obstáculo para la rápida solución de la controversia. Estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido. Por lo demás, una concepción de este tipo es compatible con (y, más aún, implica) una concepción *irracional* de la valoración de la prueba. De un lado, porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas.

299 Vid. M.Taruffo, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, XLV, 2, 1990, pp.429 ss.

### 1.3 Las relaciones verdad-prueba.

La distinción entre las dos concepciones de la prueba comentadas se puede analizar a la luz de las relaciones entre los conceptos de verdad y prueba.

Decir que un enunciado fáctico es *verdadero* (o -por conectar aquí con una terminología al uso- que refleja la *verdad material u objetiva*) significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente; o sea, que es correcta, en el sentido de que se corresponde con la realidad, la descripción de hechos que formula. Decir que un enunciado fáctico está *probado* (o que constituye la *verdad procesal o formal*) significa que su verdad ha sido comprobada; o sea, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles<sup>300</sup>. Sobre la base de esta distinción podría decirse que mientras el cognoscitivismo separa ambos conceptos, la concepción persuasiva los identifica: desde la perspectiva cognoscitivista *la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa*; desde la concepción persuasiva no tiene sentido realizar tal afirmación, pues aunque, en rigor, la verdad de los hechos no es aquí algo que deba perseguirse, es evidente que en la práctica esta posición descansa sobre un concepto de verdad en virtud del cual *verdadero es lo que resulta probado en el proceso*.

Ahora bien, nótese que el concepto de *verdad* (o enunciado verdadero) traduce, en relación con el de *prueba* (o enunciado probado), un *ideal*, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de *poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece* a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque sólo la declaración de hechos probados o verdad procesal resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de mayor pero también de menor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales<sup>301</sup>. Por eso, la distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta del carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos de la sentencia. Es más, *la distinción juega también un importante papel metodológico*, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad.

En suma, una concepción racional de la prueba exige distinguir entre los conceptos de verdadero y probado; exige, por tanto, el cognoscitivismo, concepción según la cual el proceso se orienta a la comprobación de la verdad, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo.

---

300 Si bien, cuando un enunciado fáctico ha sido confirmado por las pruebas disponibles, *suele decirse* que “es verdadero”.

301 Como afirman C.Alchourrón y E.Bulygin, podrá decirse que la verdad procesal “es *final*, en el sentido de que pone fin a la controversia, (¡pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)”, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, p.311.



Por lo demás –como indica L.Ferrajoli- esta es la única concepción de la prueba que se acomoda a una *actitud epistemológica no dogmática*, pues, a diferencia de la concepción persuasiva, que no permite pensar que la declaración de hechos de la sentencia sea falsa, ésta sí permite pensarlo: “permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles” (*Derecho y Razón*, cit., p.67).

## 2. LA PRUEBA JUDICIAL COMO PRUEBA PREVALENTEMENTE INDUCTIVA.

### 2.1 Prueba deductiva y prueba inductiva.

El objetivo principal de un procedimiento de prueba es la averiguación de los hechos de la causa. Ahora bien, éste no es un asunto trivial. Primero, porque el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que probar. Segundo, porque la verdad de tales enunciados ha de ser obtenida casi siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fácticos verdaderos. Tercero, porque la averiguación de la verdad ha de hacerse mediante unos cauces institucionales que muchas veces estorban (y otras claramente impiden) la consecución de ese objetivo. Nos ocuparemos ahora del segundo aspecto.

En algunos casos, la verdad de los enunciados fácticos relevantes para la causa puede conocerse mediante observación de los hechos a que hacen referencia, es decir, mediante lo que podría denominarse *prueba observacional*, cuyo grado de certeza puede considerarse absoluto. Por ejemplo, el enunciado “ardieron veinte hectáreas de bosque” admite prueba observacional mediante una medición de la superficie quemada; aunque el caso paradigmático de este tipo de prueba es el reconocimiento judicial o inspección ocular. Sin embargo, por regla general, el juez no ha estado presente cuando se produjeron los hechos, de modo que su conocimiento de ellos no es casi nunca directo o inmediato, sino *indirecto o mediato*. Es decir, las pruebas, en estos casos, no son el resultado directo de la observación, sino de una inferencia que se realiza a partir de otros enunciados.

Algunas de estas inferencias son de carácter deductivo y, por tanto, en la medida en que las premisas de las que se parta sean verdaderas producirán resultados también verdaderos; es lo que podría denominarse *prueba deductiva*.

Un razonamiento deductivo válido es aquél en que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas; de manera que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas sin que la conclusión también lo sea. Por ello, este razonamiento se basa en una *ley universal*, una ley que establece que siempre que se den unas circunstancias se producen necesariamente otras.

La coartada y muchas pruebas científicas y biológicas son ejemplos de prueba deductiva. Así, las aserciones “A no estaba en el lugar L en el momento T”, “había

huellas de A en el coche de B>> y <<había sangre de A en la ropa de B>> podrían probarse mediante coartada en el primer caso, mediante prueba dactiloscópica en el segundo y mediante prueba biológica en el tercero. La fuerza deductiva de la coartada, que se despliega a través de la regla lógica del *modus tollens*, se muestra de manera rotunda: la universalidad de la ley en que se apoya (aquella según la cuál nadie puede encontrarse simultáneamente en dos lugares distintos) constituye un punto fijo de nuestra experiencia, salvo que estemos dispuestos a admitir el milagro, o la magia, o el “don” de la ubicuidad. Y lo mismo cabría decir de muchas pruebas científicas o biológicas, aunque por distintas razones: en estos casos, la universalidad de las reglas que constituyen la premisa mayor de la inferencia deductiva deriva del elevadísimo crédito de que gozan en la comunidad científica.

La jurisprudencia también refleja a veces el carácter deductivo o demostrativo de las pruebas científicas, que deriva de la “universalidad” que se atribuye a las leyes científicas en que tales pruebas se apoyan. Así -se afirma- “si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de *experiencia obligatoria*” (STS 2207/1993, fundamento segundo). Por ello, con referencia a una prueba de balística, el Tribunal Supremo español afirma que “la fuerza de tal prueba científica...es tal, que...la habilidad dialéctica y la persistencia argumentativa [para combatirla]...no puede destruir la *fuerza demostrativa* de la pericia balística”; y ello porque “la prueba se basa en conocimientos científicos con apoyo en reglas indudables de comprobación por reiteradas experiencias por laboratorios propios y extraños, reproducida por publicaciones de Técnica Policial y de Balística” (STS 1852/1994, fundamento segundo).

Ahora bien, aunque pueda resultar una obviedad es preciso insistir en la necesidad de separar nitidamente las cuestiones lógicas de las epistemológicas, la validez de la verdad: la *validez* de un argumento deductivo no garantiza la *verdad* de la conclusión, pues la conclusión es verdadera “a condición de que” las premisas sean verdaderas. En otras palabras, el uso de medios de prueba deductiva *no garantiza*, por sí mismo, la infalibilidad de los resultados; y no ya, obviamente, por el carácter de la inferencia, sino por la calidad epistemológica de las premisas, en particular de las constituidas por aserciones sobre hechos singulares.

En efecto, incluso en las pruebas deductivas fundadas en reglas cuya universalidad ni siquiera puede cuestionarse, como la prueba “por signos” (por ejemplo, la fundada en la regla: “el parto es signo de embarazo previo”) o la ya mencionada de la coartada (fundada en la regla: “nadie puede estar simultáneamente en dos sitios distintos”), conviene mantener una actitud cautelosa, pues la premisa menor de la inferencia deductiva puede ser falsa: puede ser falso que el parto se produjera, o que alguien estuviera en un determinado lugar a una hora precisa. Y con referencia a las pruebas científicas se imponen aún cautelas mayores. De un lado, porque la fiabilidad de los resultados de una prueba científica dependerá de su validez científica y de su corrección técnica: lo primero, porque muchas de estas pruebas pueden ser realizadas por métodos diferentes y no todos ellos gozan del mismo grado de aceptación en la comunidad científica, de manera que la *validez científica del método* usado pudiera ser objeto de discusión; lo segundo, porque la aceptabilidad de la prueba dependerá también de que





ésta se haya realizado correctamente, de manera que su *corrección técnica* podría ser también puesta en entredicho.

De todas formas, no se requiere sólo corrección técnico-científica, sino también corrección -podríamos decir- *técnico-procesal*. Así, a efectos de valorar positivamente el resultado de una prueba dactilar, el problema no es ya la validez científica de la prueba, que pudiera considerarse absoluta, sino su correcta realización en el laboratorio (corrección técnico-científica) y saber quién tomó la huella, por orden de quién, en qué objeto estaba depositada, en qué punto concreto, etc. (corrección técnico-procesal). Y lo mismo con respecto al análisis de una mancha de sangre, orina, saliva: es importante un detalle exacto de la recogida de las muestras que después han de ser analizadas.

Pero además, de otro lado, no todas las pruebas científicas pueden entenderse, a pesar de su apariencia, como pruebas deductivas. Muchas de ellas -por ejemplo la prueba positiva de ADN- son de naturaleza estadística, aunque si se han realizado bien y se han usado métodos científicamente válidos sus resultados pueden considerarse dignos de toda confianza, razón por la cual se las suele asimilar, desde el punto de vista de su grado de certeza, a las pruebas deductivas.

La más reciente jurisprudencia española parece consciente de la naturaleza estadística de muchas pruebas científicas, pero también de su elevada fiabilidad. Así, se estima que "las pruebas biológicas en el estado actual del desarrollo de las ciencias de la investigación de la paternidad arrojan unos resultados que pueden estimarse de *alta probabilidad*" (STS 2575/1992, fundamento segundo). Más exactamente, "el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100" (STC 7/1994 FJ 2º). Por ello -se afirma- "nos encontramos ante una prueba *abrumadoramente demostrativa*...No es necesario que las pruebas biológicas arrojen un cien por cien de la imputación de la paternidad, ya que es suficiente que arroje...un alto índice de probabilidad que acredita de una manera cierta y segura que se ha producido el hecho del yacimiento y la consecuencia biológica del embarazo" (STS 2575/1992, fundamento segundo). Y con referencia a la prueba dactiloscópica, aunque se reconoce que "la eficacia práctica de la dactiloscopia para la identificación ha dependido, exclusivamente, del sistema clasificatorio de los dactilogramas", tal prueba se ha estimado, desde siempre, como suficiente para enervar la presunción de inocencia por gozar "*de absoluta fiabilidad*" (por todas, STS 2814/1993).

Las observaciones que acaban de hacerse son importantes, pues ponen de manifiesto que, pese al aura de infalibilidad que rodea las pruebas científicas y todas las de naturaleza deductiva, hay que asumir como tesis epistemológica general que el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que ésta pueda ser.

Pero sin duda el razonamiento probatorio más frecuente es el que suele denominarse *prueba inductiva*, pues por inducción, *en sentido amplio*, se entiende todo aquel tipo

de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad.

En la mayoría de las ocasiones, en efecto, la prueba judicial de los hechos relevantes para el proceso exige echar mano de leyes o regularidades empíricas que conectan las pruebas existentes con una hipótesis sobre esos hechos; es decir, leyes que establecen que, siendo ciertas las pruebas, también lo será la hipótesis sobre los hechos:  $p \rightarrow h$ . Ahora bien, pese a la apariencia deductiva de este razonamiento, en rigor su naturaleza es inductiva, y ello porque esas leyes empíricas a las que se recurre son leyes probabilísticas; o sea, sólo establecen -de acuerdo con nuestra experiencia pasada- que si las pruebas son verdaderas es probable que también lo sea la hipótesis: *si p, entonces es probable que h*.

Por ejemplo, leyes del tipo: si alguien odiaba profundamente a otra persona que ha aparecido muerta y/o estaba en el lugar del crimen momentos antes del mismo y/o tenía motivos suficientes para desear su muerte y/o se ha encontrado en su casa el arma del crimen y/o se ha encontrado sangre de la víctima en su ropa, entonces es *probable que la haya matado*.

Si a ello se añade que en el discurso judicial la mayoría de estas regularidades son leyes sociales -por tanto leyes sobre la acción humana libre- y, sobre todo, máximas de experiencia basadas en el *id quod plerumque accidit*<sup>302</sup>, entonces la naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara, pese a la apariencia deductiva del razonamiento. Tal vez debido a esa apariencia deductiva no ha sido infrecuente que los juristas atribuyesen a sus resultados el valor de una consecuencia necesaria. Pero esto es un error. Una inferencia de este tipo es una clase de inducción, y por ello, en sentido estricto, lo más que puede decirse es que su resultado es una hipótesis, es decir, un enunciado que consideramos verdadero aun cuando no sabemos si lo es o no. Ello no significa, desde luego, que no puedan tratarse las hipótesis como verdaderas; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una inducción rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que, dado que el conocimiento inductivo es sólo probable, el resultado de la inducción puede ser falso.

La observación que acaba de hacerse no deja de tener consecuencias para el *modelo judicial de prueba*: si se admite la naturaleza falible de los resultados probatorios se hacen necesarias algunas precauciones metodológicas con el fin de aproximar, en la mayor medida posible, esos resultados a la verdad. Estas precauciones se proyectan sobre todo, aunque no sólo, sobre la *valoración de la prueba*.

---

302 Las máximas de experiencia, en la célebre definición de Stein “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. (Stein, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, 1990, p.42).