

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: ¿GOBIERNO DE LOS JUECES?

Marina Gascón Abellán

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-la Mancha

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Los límites de la justicia constitucional. Relaciones entre constitución y ley. 3. Interpretación conforme e invasión del ámbito político. 3.1. Interpretación conforme. 3.2. Sentencias interpretativas. 3.3. Sentencias (interpretativas) manipulativas. 3.4. Otras formas (interpretativas) de influencia política de la justicia constitucional. 4. Ponderación y elusión de la legalidad. 5. Conclusión. Notas. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La interpretación de la constitución es objeto de una especial atención en los estudios de los juristas. Desde los enfoques prevalentemente doctrinales o jurisprudenciales hasta los realizados desde la teoría de la argumentación jurídica o incluso desde la teoría de la constitución, son muy numerosos los análisis dedicados al tema. Ese interés por la interpretación constitucional se justifica al menos por dos razones. De un lado —y como es obvio— porque la especial posición que la constitución ocupa en el sistema hace que sus interpretaciones tengan una incidencia mayor que la de cualquier otro texto jurídico. De otro —y sobre todo—, porque tales interpretaciones con frecuencia transforman el sistema, lo modifican o recrean; y esa «modificación» puede llegar a ser reprobable cuando traspasa los límites del juicio de constitucionalidad para adentrarse directamente en el espacio de la política. De hecho, todos los sistemas conocen encendidas controversias a raíz de algunas actuaciones de

este tipo realizadas en nombre de la justicia constitucional.

La transformación del sistema a la que acabo de referirme tiene su causa en la *fuera normativa* que la constitución posee, que obliga a hacerla vigente en todos los procesos, y en la *alta indeterminación* de muchos de sus preceptos, que deja un ancho espacio a la discrecionalidad interpretativa. Y se lleva a cabo fundamentalmente a través de dos recursos interpretativos: el principio de la *interpretación conforme*, que se impone a todos los operadores, y la *ponderación*, que es la técnica argumentativa usada para resolver conflictos entre principios constitucionales. No es mi intención analizar aquí en detalle estos dos recursos interpretativos, cuyo funcionamiento, por lo demás, es de sobra conocido¹. Pretendo tan solo destacar cómo tales recursos dan pie a la transformación de la magistratura en sujeto político y plantean, en consecuencia, un problema profundo: el del delicado equilibrio entre el juicio político o de oportunidad y el juicio de constitucionalidad —o, lo que es lo

mismo, entre el principio democrático y la supremacía de la constitución—.

Pero antes de entrar en este análisis conviene recordar cuáles son los límites del juicio de constitucionalidad, unos límites que derivan de una cierta forma de concebir el papel de la constitución en el sistema y, derivadamente, de una cierta forma de entender las relaciones entre constitución y ley.

2. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. RELACIONES ENTRE CONSTITUCIÓN Y LEY

Afirmar que la constitución es la norma suprema y que por consiguiente vincula al legislador es algo que ofrece poca discusión. Esta es seguramente la aportación más significativa del Estado constitucional de Derecho, que por eso mismo, es presentado a veces como un estadio más en el desarrollo del Estado de Derecho: si el *Estado legislativo* de Derecho había supuesto la sumisión de la administración y los jueces a Derecho (expresada en el principio de legalidad), el *Estado constitucional* supone, además, la sumisión del legislador a Derecho (expresada ahora en el principio de constitucionalidad). Sin embargo, sentada esa subordinación de la ley a la constitución, las relaciones entre ambas normas pueden interpretarse aún conforme a dos modelos: un modelo que cabría denominar *constitucionalista* o *judicialista* y un modelo más *democrático* o *legalista*.

Según el primer modelo (*constitucionalista*), la constitución encierra un programa político y social bastante bien articulado o cerrado, que indica cuál ha de ser la orientación de la acción política en las materias importantes. Es decir, la constitución predetermina en gran medida *qué* debe mandarse, de manera que al legislador le corresponde la simple ejecución de ese programa. Si este modelo puede denominarse también *judicialista* es porque en él

son los jueces quienes desempeñan un papel fundamental en la concreción de las normas que configuran el sistema: 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 (*democrático*), la constitución no encierra un proyecto social o político cerrado o acabado, sino que se limita a fijar las reglas de juego de la competencia política y el marco abierto de valores donde el legislador puede moverse: dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo. 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 solo aparece como posible; o sea, es el legislador quien determina qué normas (entre las constitucionalmente posibles) configuran un sistema político histórico concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el juez constitucional solo debe declarar inconstitucional la ley cuando esta rebase el marco de posibilidades políticas que la constitución permite².

Naturalmente, la realidad de los sistemas constitucionales se mueve entre estos dos modelos ideales, pero el compromiso con el principio democrático exige aproximarse más al segundo: si se opta por el primero, acaso pueda tenerse un sistema más constitucional, pero menos democrático. Esta lectura democrática de la constitución se refleja en el lugar central que la ley ocupa en el sistema, y que puede resumirse así: la ley, en tanto expresión del principio democrático, sigue teniendo una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir. De ahí derivan —insistamos en ello— dos consecuencias obvias para los jueces: 1) Los *jueces ordinarios* están sujetos al principio de legalidad, sin que —con la excusa de hacer valer la constitución— puedan invadir el espacio de la política; y 2) El *juez constitucional* debe realizar su función en el marco de una

separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del Tribunal Constitucional no es la de 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 solo eliminar aquellas que resulten intolerables. Por ello, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el Tribunal no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador, y mucho menos sugerir o directamente imponer una opción política determinada. En pocas palabras, el Tribunal Constitucional no debe influir en la dirección política del país.

Las dificultades existentes para mantener esta separación pueden examinarse al hilo de esos dos recursos interpretativos a los que me refería al inicio: el principio de interpretación conforme y el juicio de ponderación. Ambas técnicas conllevan un riesgo claro de intromisión de los jueces (constitucionales u ordinarios) en el ámbito de la política, con el consiguiente riesgo de afectación del principio democrático y, de paso, de deslegitimación de la propia función judicial. Abordaré ahora estos riesgos, pero antes debo hacer una aclaración.

Aunque suelen distinguirse dos sistemas de justicia constitucional (el de jurisdicción concentrada y el de jurisdicción difusa), en realidad las diferencias entre ellos no son tan grandes; o por lo menos no lo son en las cuestiones esenciales a las que me voy a referir. Por una parte, porque en *los sistemas de jurisdicción concentrada y separada* también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos; lo cual, por lo demás, parece lógico en el marco de una constitución normativa de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de relación jurídica. Por otra, porque en el sistema de jurisdicción *difusa* también el Tribunal Supremo (o una Sala del mismo) acaba siendo el juez de las grandes cuestiones de constitucionalidad (o sea, el que realiza el control abstracto de la ley), al modo de un Tribunal Constitucional. Por

eso, en adelante, cuando hable del Tribunal Constitucional o del juez constitucional me estaré refiriendo a la función de control abstracto de la ley que ejerce cualquiera de esos órganos. Hecha esta advertencia, paso ya a considerar las extralimitaciones del juicio de constitucionalidad que pueden tener lugar con ocasión de la interpretación conforme.

3. INTERPRETACIÓN CONFORME E INVASIÓN DEL ÁMBITO POLÍTICO

3.1. INTERPRETACIÓN CONFORME

Dado que, en línea de principio, cabe hacer distintas interpretaciones de un texto jurídico sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de *interpretación conforme* con la constitución (la clásica *Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana³) cuando se interpreta dicho texto de manera que se muestre compatible (o conforme) con ella. Se trata, pues, de un principio interpretativo extremadamente trivial que deriva de la primacía constitucional y que, dentro de las interpretaciones *plausibles* de la ley, discrimina entre las que son compatibles con la constitución y aquellas que no lo son. Pero —nótese— la interpretación conforme discrimina entre las *interpretaciones plausibles* de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su *semántica*, en conjunción obviamente con la *sintaxis* y la *pragmática*. Por eso cuando, so pretexto de lleva a cabo la interpretación conforme, el juez (constitucional u ordinario) «retuerce» intolerablemente el sentido de la ley está ejerciendo, lisa y llanamente, funciones políticas. Y esto es precisamente lo que a veces sucede cuando un Tribunal Constitucional dicta una sentencia interpretativa.

3.2. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Una sentencia interpretativa es el resultado de operar de acuerdo con el principio inter-

pretación conforme a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Más exactamente, es aquella que, rechazando una demanda de inconstitucionalidad, declara la constitucionalidad del precepto legal impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera compatible con la constitución, o que no se interprete en el sentido que considera incompatible con ella. Lo que con ello se sugiere 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. Por consiguiente, tales pronunciamientos no tienen en principio nada de reprochable. Al contrario: conjugan la primacía de la constitución con la conservación de las leyes, y en este sentido se muestran «deferentes» con el legislador, en la medida en que respetan su libertad de configuración normativa.

Ahora bien, el recurso a las sentencias interpretativas entraña un riesgo evidente: con la excusa de la interpretación conforme, el juez constitucional podría terminar imponiendo una interpretación de la ley «extraña» o «forzada», es decir, una interpretación 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 del ordenamiento, una invasión del ámbito que la constitución reserva al legislador⁴.

Precisamente, para manifestar que este tipo de actuaciones es reprochable (o por lo menos cuestionable), en la doctrina jurídica se suele denominar a estas sentencias «sentencias manipulativas». Se trata de pronunciamientos que naturalmente no son moneda corriente, pero que tampoco son infrecuentes. En todo caso revisten un particular interés, pues dan la medida de cuánto cambia un ordenamiento jurídico por vía del control de constitucionalidad.

3.3. SENTENCIAS (INTERPRETATIVAS) MANIPULATIVAS

Las sentencias manipulativas son aquellas que se dictan cuando *ninguna de las interpretaciones plausibles* del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad, pero no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto. En estos casos, el Tribunal puede «salvar» la constitucionalidad de la ley de dos modos: bien *modificando su texto* 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), bien *manipulando directamente su interpretación*; más exactamente, forzando sus posibilidades interpretativas (o, si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la constitución. Suele usarse la expresión *sentencias manipulativas* —acuñada por la doctrina italiana⁵— para el segundo supuesto, es decir, para los casos en que el Tribunal constitucional manipula directamente la interpretación de la ley.

Las manipulaciones de la ley que pueden llevarse a cabo con la excusa de la interpretación conforme son de diverso tipo y pueden recaer sobre el programa normativo del precepto o sobre su ámbito de aplicación. Las segundas son las más frecuentes y, entre ellas, las que resultan más evidentes (o, por lo menos, más impactantes) son las que tienen lugar a través de las denominadas «sentencias aditivas», que son aquellas que realizan una interpretación *extensiva* del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de conformarlo a la constitución: tras la interpretación, la ley resulta aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal⁶. En todo caso, precisamente porque se presentan como el resultado de operar de acuerdo con el principio de interpretación conforme (y, por consiguiente, como simples sentencias interpretativas), estos pronunciamientos gozan de una sólida justificación constitucional, por lo

que las manipulaciones que producen no resultan evidentes para todos.

Las sentencias aditivas se dictan en los casos de inconstitucionalidad por omisión: cuando se censura una ley no por lo que dice, sino por lo que no dice, o sea, «en la medida en que no prevé» algo; normalmente, porque el legislador ha concedido derechos, ventajas o beneficios a una clase de sujetos pero ha excluido a otros. El Tribunal entiende que la discriminación resultante de esa omisión legislativa supone una vulneración del principio de igualdad, por lo que —en buena lógica— procedería declarar la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, el Tribunal no considera adecuada o conveniente esta opción, puesto que la simple anulación del precepto causaría perjuicios inmediatos a todos aquellos a quienes la ley confería derechos. Por eso, el Tribunal opta por «reparar» la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa «añadiendo», por vía interpretativa, la regulación que falta, es decir, dejando intacta la ley pero imponiendo una interpretación (conforme) de la misma que extiende los derechos al grupo discriminado. En definitiva, dictando una sentencia aditiva⁷.

Aunque estas sentencias se dictan porque no se considera conveniente anular el precepto legal impugnado, es evidente que, al extender la regulación al grupo discriminado, el Tribunal actúa como un auténtico *legislador positivo*, pues *crea* una nueva «norma»⁸ que es ley para los aplicadores del Derecho, pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Es más, precisamente el hecho de que el Tribunal no considere conveniente anular el precepto legal (y en vez de eso dicte una sentencia aditiva) muestra a las claras que está haciendo valoraciones políticas.

Ahora bien, esta actuación puede llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Tribunal arrebató al legislador competencias que le son propias; entre otras cosas porque el legislador, ante la tesitura de tener que extender la ley al grupo discriminado o de configurar, por el contrario, una

legislación distinta para todos los sujetos, tal vez habría preferido esta segunda opción. Segundo, y no menos importante, porque ello puede originar una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional. 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 Tribunal no puede hacerla, o no con la precisión y previsión que lo haría el legislador. Si puede decirse así, el Tribunal constitucional es un órgano «torpe» para legislar positivamente, pues no puede establecer con precisión 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, solo parecen admisibles cuando «introducen» *normas constitucionalmente exigidas*⁹, o sea, cuando la nueva norma que deriva de la sentencia sea necesaria para proteger algún bien constitucional y, además, no haya otra forma de hacerlo que la establecida en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa «corrección» legislativa la lleve a cabo el Tribunal Constitucional o el legislador. Por el contrario, 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 normativa¹⁰, que violenta, por tanto, el principio democrático y el de separación de poderes. Solo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos¹¹.

En suma, las actuaciones manipulativas, realizadas en nombre de la interpretación

conforme, resultan muy cuestionables. Como es obvio, con ello no se pretende censurar el recurso a dicho principio interpretativo, que de hecho es el corolario de la primacía constitucional y pertenece por tanto a la lógica del sistema. Se pretende tan solo poner de relieve que la interpretación conforme es una técnica de delicado manejo que obliga al Tribunal Constitucional a realizar un constante esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo.

3.4. OTRAS FORMAS (INTERPRETATIVAS) DE INFLUENCIA POLÍTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Por otra parte, y más allá de los cuestionables pronunciamientos manipulativos, la intromisión de la justicia constitucional en cuestiones políticas es muchas veces consecuencia de (o viene propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo.

Cuando los preceptos constitucionales implicados en una cuestión de constitucionalidad están altamente formalizados, su interpretación no ofrece demasiados problemas. No habría lugar a cuestionar la actuación del Tribunal Constitucional si este invalidara una ley que estableciese la pena de muerte para ciertos delitos; sencillamente, porque la interpretación del precepto constitucional que proscribe la pena de muerte no plantea ninguna duda: el Tribunal simplemente habría ejecutado la constitución en un supuesto clarísimo. Sin embargo, cuando lo que está en juego es un precepto constitucional de significado altamente indeterminado, el juicio de constitucionalidad resulta inevitablemente discrecional: en algunos casos lo es tanto que pareciera que el Tribunal viene irremediabilmente abocado a convertirse en un sujeto político¹².

Los supuestos más delicados o difíciles tienen lugar cuando la indeterminación afecta a

principios o valores constitucionales cuya interpretación es socialmente muy controvertida (como el derecho a la vida en los casos de eutanasia o aborto). En estos 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—, puede suceder que el Tribunal *fije directa y concluyentemente* ese significado, de manera «intolerable» o «cuestionable» desde la perspectiva del principio democrático. Por ejemplo, no cabe duda que si una ley que regula la eutanasia y ha sido votada por amplia mayoría fuese invalidada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho a la vida, tendría sentido preguntarse quién es el Tribunal para imponer «su» interpretación del derecho a la vida por encima de la que ha hecho el legislador democrático. Pero tampoco cabe duda de que si, en ese mismo caso, el Tribunal declarase sin más la constitucionalidad de la ley, estaría también sugiriendo que la interpretación de la constitución contenida en la ley es la única posible, impidiendo así que otras mayorías políticas puedan hacer en el futuro una legislación distinta. Y la polémica —también aquí— estaría servida. Ambas actuaciones son particularmente delicadas, pues alimentan la «objeción contramayoritaria» a la que se enfrenta la justicia constitucional, la que se sustancia en la tesis de que *las generaciones pasadas no pueden vincular a las generaciones futuras*¹³.

El problema que plantean las cuestiones constitucionales socialmente muy controvertidas tal vez podría salvarse si el Tribunal adoptara una solución intermedia, consistente en declarar válida la ley pero *dejando abierta la reversibilidad de su decisión*. Se trata de que, por razones democráticas y habida cuenta de que persiste la duda, es preferible diferir la cuestión al criterio de la mayoría, o sea, declarar válida la ley (por el momento) reconociendo, sin embargo, que los argumentos que invocó la minoría que la impugnó tienen peso suficiente como para que se mantengan las dudas sobre

su validez. 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 acuerdo¹⁴. En todo caso, todo esto pone de relieve las dificultades existentes en constituciones como las nuestras para que el juicio de constitucionalidad se mantenga dentro de sus estrictos límites.

4. PONDERACIÓN Y ELUSIÓN DE LA LEGALIDAD

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 sea, 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. Me refiero al juicio de ponderación.

Detengámonos brevemente en esta cuestión, que puede dar pie a la elusión de la legalidad y a minar de este modo el principio democrático y el de separación de poderes en los que se asienta todo el edificio constitucional.

Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación

Las constituciones de nuestro tiempo no son simples cartas formales de organización del poder sino que reconocen también un catálogo de derechos y principios de justicia que constituyen en realidad el reflejo de los plurales valores presentes en la sociedad; son, como a veces se dice, «moral positivizada»: se reconoce el valor de la libertad, la igualdad, la vida, el pluralismo político, la libertad de ideología, pensamiento y religión, la intimidad, el honor, el derecho a la educación, a la vivienda,

a la asistencia sanitaria, la propiedad, la tutela del medio ambiente, la libertad de empresa, el derecho al trabajo, la seguridad y el orden público, etc.

Ahora bien, precisamente por ser la juridificación de valores morales, *la formulación lingüística de estos derechos y principios* en la constitución se realiza por lo general con frases contundentes pero que *adolecen de una alta indeterminación*; por consiguiente, pueden surgir dudas no sobre la fortaleza de los valores protegidos, sino sobre su alcance y contenido en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia.

Tomemos el derecho a la vida. Las constituciones suelen reconocerlo con contundencia lapidaria. Por ejemplo, la española: «Todos tienen derecho a la vida». Está claro que se protege la vida frente a las amenazas de los particulares y por supuesto frente a las del Estado, y que de ahí deriva la prohibición de la tortura, de la pena de muerte y la justificación de una parte importante del Código Penal (la que tipifica los «delitos contra la vida»). Pero ¿y el aborto? ¿Se protege la vida de manera absoluta desde el mismo momento de su concepción y, por consiguiente, se prohíbe el aborto en todo caso? ¿O se protege gradualmente dependiendo de la etapa de desarrollo embrionario, y entonces el aborto puede estar permitido hasta cierto momento (plazos) o en determinados casos (supuestos)? Y cabe seguir preguntando: ¿se protege la vida hasta el punto de proscribir la clonación no reproductiva, que implica la destrucción de los embriones clonados?, ¿o de impedir el uso para la investigación de los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción humana asistida? Y aún más, ¿se protege la vida incluso frente a su titular (en cuyo caso habría una proscripción constitucional de la eutanasia)? ¿O se protege frente a todos pero no frente a su titular?

La expresión más genuina de esas dudas se presenta en los supuestos de conflicto. Por ejemplo, si está en cuestión la licitud de una intervención de las comunicaciones llevada a

cabo en el curso de una investigación judicial en la persecución de un delito grave, ¿a qué valor hay que dar preferencia? ¿Al de la privacidad de las comunicaciones (que merece una protección especial en sociedades tan tecnificadas como las nuestras) o al de la seguridad (y el consiguiente interés del Estado en la persecución del delito)? Para un garantista convencido, la respuesta está muy clara. Pero también está muy clara para quien piense que la garantía de la seguridad es un valor prioritario del Estado y que incluso carece de sentido hablar de garantizar los derechos en un marco de inseguridad. Y lo mismo podría decirse en la polémica sobre la eutanasia. ¿Hay que despenalizarla (e incluso reconocerla y regularla) tal y como sugiere el reconocimiento del valor de la autonomía? ¿O, por el contrario, debe seguir criminalizada, según se desprende del reconocimiento del derecho a la vida como derecho-deber que exige una protección absoluta?

Es evidente que los conflictos entre principios o derechos constitucionales no admiten soluciones generales: por ejemplo, no todos los supuestos de conflicto entre la libertad y la seguridad se resolverán de la misma manera. Ello es así porque ambos principios tienen, por así decirlo, una misma dignidad constitucional; por tanto, no sería constitucionalmente lícito otorgar siempre y en todo caso preferencia a uno de ellos en detrimento del otro. Por eso, la solución a estos conflictos pasa por construir una regla que otorgue preferencia a uno de los principios enfrentados en el supuesto concreto.

El juicio que articula esa preferencia es lo que se ha denominado, en terminología ampliamente asentada, *ponderación* o juicio de *proporcionalidad*, una estructura argumentativa que expresa las exigencias de proporcionalidad de las medidas o decisiones de sacrificio de un principio o derecho. No voy a detenerme aquí en el análisis de este juicio¹⁵. Pero sí procede recordar que, en lo esencial, supone «decidir si la importancia de las razones para proteger un principio o derecho justifica o compensa la intensidad de la afectación de otro principio o derecho». Y repárese: el juicio de proporcionalidad

implica evaluar la *importancia* de proteger un principio, valorar la *intensidad* con que ha sido afectado otro principio y decidir si una cosa *compensa* la otra. En todas esas consideraciones hay juicios de valor. Por eso, la ponderación estimula la argumentación moral o, en todo caso, un tipo de argumentación abierta a las valoraciones. Y por eso no es la expresión de un juicio objetivo e inobjetable, y mucho menos resulta expresable en una fórmula matemática, al estilo de Alexy¹⁶. La ponderación es una poderosa herramienta argumentativa, y es mejor (o más racional) ajustarse a ella que no ajustarse a ella; aunque solo sea porque, en un ámbito de respuesta tan indeterminada, un juicio de proporcionalidad riguroso y transparente es un elemento de control de la arbitrariedad. Pero no cancela la valoratividad o subjetividad del juicio de fondo: personas perfectamente razonables pueden discrepar sobre su resultado, más aún si lo que está en juego son asuntos de fuerte carga ideológica en los que se confrontan concepciones ideológicas o morales muy alejadas u opuestas.

Principalización (o constitucionalización) de los casos y elusión de la legalidad

Pero a mi juicio el problema fundamental que la ponderación plantea no es el de la (a veces intensa) subjetividad de la decisión ni el de la casuística que ello conlleva y que pone en riesgo la propia normatividad del sistema. El problema fundamental es la enorme facilidad e incluso la alegría con que puede recurrirse a esta estructura argumental cuando se desea hacer prevalecer las propias convicciones de justicia sobre las expresadas en la ley; en definitiva, cuando se desea esquivar la ley. Me explico.

Los jueces ordinarios no deberían ponderar casi nunca. Para ellos, la ponderación debería ser algo excepcional. Por dos razones.

En primer lugar, porque en la mayoría de los casos que pueden considerarse un *genuino conflicto de principios* constitucionales (bien porque no existe una regulación legal expresa para ellos, bien porque la que existe es excesivamente abierta e imprecisa, como sucede en

la regulación penal de las injurias) el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de ponderar y ha construido *casos paradigmáticos*; es decir, ha construido reglas que indican cómo actuar en esos supuestos de conflicto, y lo que debe hacer el juez es ajustarse a ellas. Cosa distinta es que la aplicación de esa regla al caso concreto siga dejando al juez un ancho margen de apreciación inevitablemente abierto a las valoraciones; o que incluso el juez «reabra» ese balance de principios para el caso concreto resolviéndolo de forma distinta.

En segundo lugar, y sobre todo, porque en los casos para los que existe una *ley más o menos precisa y clara* (es decir, la mayoría) no hay mucho que ponderar. Mejor dicho: el legislador ya ponderó y proporcionó una regla (la regla legislativa) que el juez debe observar ahora. Muy brevemente, debe seguir la ley. Ahora bien, no es imposible que el juez pueda «eludir» la aplicación de la ley de una manera muy simple: adoptando un enfoque ponderativo para resolver el caso; o si se quiere, «constitucionalizando» o «principalizando» el caso, transformándolo en un conflicto de principios que debe ser resuelto mediante la ponderación y ofreciendo al final una solución normativa distinta a la que ofrece la ley.

La constitucionalización o principalización de un caso para el que existe una regla legal tiene lugar cuando se confronta el principio constitucional que avala la conducta que se juzga con el principio o derecho constitucional amparado por esa regla legal. En las constituciones de nuestro tiempo —precisamente por el gran número de preceptos materiales que contienen y la intensa apertura e indeterminación en la formulación de los mismos— es relativamente fácil vincular una regla a un principio o derecho constitucional: casi 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. Pero 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; por así decirlo, habremos ascendido desde la regla hasta el principio que la fundamenta para, mediante un juicio de ponderación, inaplicarla después. Por eso la *principalización* de los casos puede ser un medio para excluir la aplicación de la ley en el caso concreto. Y por eso esta principalización tiene lugar sobre todo cuando la estricta aplicación de la regla, sin atender a las particulares circunstancias del caso, conduce a resultados que son sentidos como gravemente injustos o lesivos de algún otro bien o valor constitucional.

En suma, la ponderación es un recurso argumental que —si se me permite la expresión— «se lo pone muy fácil» a los jueces que desean eludir la aplicación de ley porque consideran injusta la solución que da para el concreto caso que se juzga. Pero de este modo da cobertura a una especie de uso alternativo del Derecho, a un activismo judicial cuyos riesgos son evidentes. Se abandona el gobierno de la ley para adentrarse en un incierto gobierno de los jueces.

5. CONCLUSIÓN

En lo que he dicho hasta aquí seguramente deberían matizarse muchas cosas. Sin embargo, mi objetivo no era tematizar las dos particularidades de la interpretación constitucional de las que he hablado (la interpretación conforme y la ponderación), sino simplemente advertir de los riesgos que el uso de estas técnicas comportan para el principio democrático y la vigencia de la sumisión de los jueces a la ley: los lances «paralegislativos» que se realizan en nombre de la justicia constitucional (y en virtud del principio de interpretación conforme)

y el uso alegre y desenfadado de la ponderación constituyen intervenciones muy cuestionables en el espacio que la constitución reserva a la política y menoscaban el principio democrático y el respeto por la legalidad.

Es verdad que muchas veces son los propios legisladores quienes, con su comportamiento, degradan el espacio de la política y socavan la dignidad de la ley, sin necesidad de ninguna ayuda externa. Como también es verdad que las actuaciones comentadas se realizan en nombre de la vigencia de la constitución y vienen enormemente facilitadas por la apertura e indeterminación de muchos de sus

preceptos. Pero nada de eso las justifica. Una justicia constitucional que se adentra en el terreno de la política alimenta la objeción anti-democrática a la que permanente se enfrenta la justicia constitucional. Y una justicia ordinaria ejercida sin el necesario respeto a la ley, una justicia que circunvala la ley o que la ningunea (aunque lo haga con la excusa de hacer valer la constitución) también socava el principio democrático y, de paso, se deslegitima como poder. Los jueces deben ser los defensores de la legalidad, porque esa es la sustancia de su oficio. Y flaco favor hacen al sistema cuando no contienen su acción dentro de esos estrictos límites.

NOTAS

1. He analizado el uso de estos dos recursos interpretativos en Gascón *et al.* (2014).
2. *Cfr.* Zagrebelsky (⁵2006: 150-152); Fioravanti (1996: 55 ss.); Prieto (2001: 204); y Alexy (2002).
3. Desarrollada en el ya clásico trabajo de Zippelius (1976: II, 108 ss.).
4. Que el Tribunal constitucional era consciente de este riesgo desde sus inicios, lo prueba una de sus primeras decisiones donde, tras afirmar que las sentencias interpretativas representan «un medio lícito aunque de muy delicado y difícil uso», añade —justamente para rehusar su utilización en el caso— que «el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la constitución, *no legislador*, y solo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos de la constitución» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6). La cursiva es mía.
5. *Cfr.* Pizzorusso (1981); y Zagrebelsky (²1988: 296 ss.).
6. 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; o la 222/1992, que hace extensible a quien hubiere convivido con otro 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.
7. La literatura sobre los pronunciamientos aditivos es muy amplia. Para nuestro país, *cfr.* por ejemplo, Villaverde (1997); Fernández (1998); o Díaz Revorio (2001).
8. Una nueva «norma» en el sentido restringido que tiene el término en la teoría de la interpretación actual: el significado que (mediante la interpretación) cabe atribuir a una disposición, enunciado, documento o texto normativo. En la importancia de esta distinción entre disposición y norma ha insistido sobremanera. Guastini (*vid. e. g.*, 2004).
9. Se trata de lo que la doctrina italiana ha denominado sentencias *a rime obbligate*. *Cfr.* Crisafulli (1978: 84). Asimismo, Zagrebelsky (²1988: 304).
10. 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 esta no se anula, sino que el juez constitucional emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa y puede aun 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 que ostenta la legitimidad democrática).

11. De ello advertiría hace ya algunos Rubio Llorente (1988).
12. Precisamente, la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de Kelsen a las normas constitucionales más o menos vagas o ambiguas, *vid.* Kelsen ([1928] 1988).
13. «Objeción o dificultad contramayoritaria» es la célebre expresión acuñada por Bickel (1962).
14. *Vid.* este planteamiento en el excelente trabajo de Ferreres (1997).
15. Además de la clásica obra de Alexy (1993: 81 ss.), remito, por ejemplo, a los análisis de Clérico (2009); Prieto (2001); Bernal Pulido (2003); y Lopera Mesa (2006).
16. *Cfr.* Alexy (2008: 15).

BIBLIOGRAFÍA

- R. ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Madrid: CEC.
- (2002): «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 13-64.
- (2008): «La fórmula del peso», en M. Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ediciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- BICKEL, Alexander (1962): *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press.
- CLÉRICO, Laura (2009): *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires: Eudeba.
- CRISAFULLI, Vezio (1978): «Relazione generale», en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bolonia: Il Mulino.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2001), *Las sentencias interpretativas del Tribunal constitucional. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- FERNÁNDEZ, José Julio (1998): *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: Civitas.
- FERRERES, Víctor *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: CEC, 1997.
- FIORAVANTI, Maurizio *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid: Trotta.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.) (2014): *Argumentación Jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUASTINI, Riccardo (2004): *L'Interpretazione dei documenti normativi*, Milán: Giuffrè.
- KELSEN, Hans ([1928] 1988): «La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)», trad. de Juan Ruiz Manero, en *id. Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid: Debate.
- LOPERA MESA, Gloria P. (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid: CEPC.
- PIZZORUSSO, Alessandro (1981): «Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano», en VVAA, *El Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, vol. I.
- PRIETO, Luis (2001): «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *Derecho y Proceso* (J. D. Moreno ed.), *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 201-228.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1988): «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8 (22), 9-51.
- VILLAVERDE, Ignacio (1997): *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1988): *La Giustizia Costituzionale*, Bolonia: Il Mulino.
- (2006): *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid: Trotta.
- ZIPPELIUS, Reinhold (1976): «Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen», en VVAA, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga: Mohr, vol. II, 108-124.