



IDEOLOGÍA, METODO Y LIMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

IDEOLOGÍA, METODO Y LIMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

IDEOLOGIA, MÉTODO E LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

<i>Recebido em:</i>	13/07/2021
<i>Aprovado em:</i>	01/02/2022

Claudia Storini ¹

En una democracia los resultados científicos serán evaluados por consejos de ciudadanos debidamente elegidos: no son, así, los expertos, sino los comités democráticos quienes se constituyen en autoridad definitiva para todas las cuestiones de tipo científico. No es “la verdad” quien decide, sino las opiniones que proceden de estos comités. (Paul FEYERABEND).

¹ Directora del programa de Doctorado y de la Maestría en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede, Ecuador. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (UV). Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra, Pamplona (UPN). Directora del Área de Derecho de UASB-Ecuador. E-mail: claudia.storini@uasb.edu.ec



1. Interpretación constitucional y los límites de las tesis positivistas.

La primera parte de este trabajo está dedicada a explicar las razones por las que la legitimidad de la definición del Tribunal Constitucional como “constituyente permanente” puede descansar tan sólo sobre la existencia de una teoría de la interpretación elaborada por este mismo órgano. Para ello se intentará demostrar que las mutaciones de las funciones atribuidas a los órganos de jurisdicción constitucional dependen tanto del significado que en cada contexto histórico adquiere el término “Constitución”, como de la relación existente entre soberanía, poder constituyente y modalidades de reforma de la Norma Fundamental. Todo ello con el fin de probar que, en los ordenamientos contemporáneos, estos órganos han pasado de ser simples garantes de la Constitución, tal y como los definió la teoría kelseniana, a configurarse también como garantes del funcionamiento y efectividad de aquélla.

Partiendo de esta premisa se tratará de evidenciar que la legitimación de la labor de los Altos Tribunales podrá conseguirse tan sólo a través de la individualización de unos parámetros jurídicos aptos para vincular las decisiones del intérprete supremo de la Constitución, y, por consiguiente, a través de la individualización de unos criterios interpretativos que, utilizados en el marco de una determinada teoría de la interpretación y no aleatoriamente, puedan ascender a la condición de parámetros jurídicos con los que sería posible evaluar las decisiones del órgano encargado de ser el mediador entre el texto constitucional y la realidad a la que dicho texto debe aplicarse. El presupuesto según el cual, si bien el Tribunal Constitucional no dispone de una legitimación popular directa, sus decisiones pueden considerarse legítimas en la medida en que se configuren como decisiones jurídicas y no políticas, convierte la demostración del carácter jurisdiccional de



este órgano en la fuente principal de su legitimación. Para ello será necesario estudiar el cumplimiento por el Tribunal Constitucional de las características del control jurisdiccional, es decir, verificar, en primer lugar, el carácter objetivo del parámetro, y, en segundo lugar, el carácter objetivado del canon de valoración del propio parámetro.

En relación con el primero de estos dos elementos, el análisis de las disposiciones constitucionales demuestra que su peculiar conformación no permite, desde un punto de vista teórico-normativo, la objetivación del parámetro de control. En este contexto -siendo la Constitución un conjunto de disposiciones que, por lo general, se concretan a través de la interpretación-, puede llegarse a defender que la motivación proporcionada por el Tribunal Constitucional en sus decisiones alcanza una especial relevancia, pues dicha motivación, en cuanto relación entre argumentación y decisión, será el único instrumento que permita -en la medida en que dicha concreción sea posible- establecer si el parámetro de control es o no un parámetro objetivo. La condición jurisdiccional del control de constitucionalidad vendrá, por tanto, a depender de un único elemento: la demostración de la existencia de criterios objetivos de interpretación que vinculen la labor realizada por el Tribunal Constitucional.

A estas conclusiones - que implican la obligada relevancia de la reconstrucción de las operaciones desarrolladas por el juez a la hora de aplicar las disposiciones normativas- pudo llegarse a través de una dura confrontación con aquel “sentido común” extremadamente difundido y difícil de superar que permeabilizaba la mentalidad del jurista positivo, en virtud del cual el juez tenía que limitarse a aplicar la ley excluyendo el recurso a elementos y criterios de naturaleza diferente. La crítica desarrollada por la hermenéutica jurídica en relación con la teoría silogística niega la defendida automaticidad de la



subsunción².

En las teorías iuspositivas, la decisión del intérprete está latente en la disposición normativa, como una estatua en el bloque de mármol y, por tanto, la conclusión del silogismo entre premisa mayor y premisa menor se plantea como una deducción automática.

Es sabido que para estos teóricos la interpretación no necesita de ningún elemento integrante que no sea la rigurosa lógica del jurista. La decisión del intérprete sobre el Derecho se formula a través de una simple deducción de tipo lógico derivada de los contenidos de las disposiciones normativas. El juez, cuando interpreta las disposiciones normativas, no necesita de ningún elemento que vaya más allá de su lógica deductiva; el intérprete formula su decisión a través de una simple deducción lógica de los contenidos implícitos en las disposiciones.

Los presupuestos sobre los que se mueve esta teoría son, como es notorio dos. De un lado, que es el Estado, y más en concreto el legislador, quien tiene atribuida en exclusiva la producción del Derecho y, a su vez, que existe una completa identificación entre Derecho y ley que excluye la existencia de otras fuentes que no sean la legislativa. Por otra parte, que el ordenamiento está completo porque se concibe idealmente como algo preexistente, exento de lagunas y, por tanto, capaz de regular siempre todos los supuestos concretos con una norma³.

² Así, por ejemplo, J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, SEA, Camerino, 1983, pp. 14 y ss.

³ Este modelo positivista se desarrolla principalmente por medio de dos corrientes teóricas. La primera, teorizada en Francia por los juristas de la Escuela de la Exégesis, practicaba un método exegético basado en la predilección por la interpretación lógico-gramatical de las disposiciones normativas. Desde esta perspectiva, la interpretación se considera como mera indagación y reproducción de un Derecho preexistente; las disposiciones normativas pueden ser comprendidas exclusivamente sobre la base del texto y su aplicación a los supuestos concretos es tan sólo la exteriorización de un sentido unívocamente



La fuerte vinculación de estas teorías al tenor literal del texto y, por consiguiente, al elemento psicológico, las lleva a rechazar todo tipo de evaluaciones de orden teleológico que permitan al intérprete corregir el contenido de las disposiciones ampliando o limitando su portada. Esta tesis, según la cual el texto debe ser comprendido tan sólo sobre la base de los datos lingüísticos, se basa en el presupuesto de la objetiva univocidad del texto, y es este presupuesto de base el que será derrumbado por la teoría de la interpretación jurídica elaborada en la segunda mitad del siglo XX, que niega la defendida automaticidad de la subsunción.

Con el fin de realizar el silogismo, no sólo es necesaria una actividad válida para conocer los posibles significados de un enunciado normativo, sino que también se requiere una elección de entre las posibles premisas mayores, una elección que implica necesariamente una valoración subjetiva.

El establecimiento de la premisa mayor y de la menor en los datos jurídicamente relevantes se configura como acto valorativo que excluye la posibilidad de atribuir a los procedimientos seguidos por los jueces la forma y el contenido de razonamientos puramente deductivos⁴. De ahí que al legislador ya no se le reconozca una posición de

definido por el legislador. Y cuando el legislador no haya regulado de forma expresa el supuesto que se plantea al intérprete, las dificultades que se plantean se resuelven recurriendo al artificio de la voluntad “presumida” del legislador. La segunda, corriente teórica a la que se aludía como continuación de la antigua tradición jurídica romana y de la Edad Media, nacida en Alemania, se difundió en Europa a través de la jurisprudencia de conceptos, que es una orientación metodológica desarrollada por los discípulos de Savigny en Alemania. Para estos teóricos la actividad del intérprete consiste en reflejar y evidenciar los significados preconstituidos en las disposiciones normativas. La “jurisprudencia de conceptos” atribuye a los conceptos jurídicos y a la relación sistemática existente entre ellos el carácter de fuente de conocimiento. En ambos casos, a través del modelo iuspositivo de la interpretación se llega a afirmar la posibilidad de una expansión lógica del derecho que permite considerar las soluciones de los supuestos concretos como conclusiones tautológicas de las disposiciones normativas consideradas capaces de llenar toda laguna. Véanse, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese Editrice, Turín, s.f., especialmente, pp.79-86, L.PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 19 y ss.

⁴ A esta conclusión se llega desde el presupuesto de que el legislador no está autorizado para



absoluto monopolio, sino tan sólo de primacía en la formación del Derecho.

Así las cosas, el juez participa estructuralmente en el proceso de formación del Derecho, y se convierte en un elemento central del sistema jurídico. Se plantea de esta manera la necesidad de una nueva visión de la relación entre texto normativo y sentencia, y de la continua modificación de las normas positivas en la *praxis*. Dentro de la diversidad de técnicas utilizadas para individualizar y aplicar el Derecho, que pueden encontrarse, de un lado, en la *praxis* interpretativa del Derecho continental codificado y, del otro, en la *praxis* anglosajona de los precedentes, emergen relevantes elementos comunes que conducen a la constatación de que la actividad del juez se transforma en elemento fundamental en la innovación del Derecho, un momento esencial en la operación de reconocimiento y utilización del material jurídico⁵.

Este es el aspecto que de forma más directa entra en conflicto con las teorías positivistas tradicionales. Todas las tesis iuspositivistas sobre la interpretación deben ser reconducidas a un presupuesto fundamental, el del “estar en sí mismo” del Derecho, es decir, el de la auto-consistencia del Derecho positivo.

El Derecho positivo debe poder contenerse, mantenerse y reproducirse por sí mismo, sin necesidad alguna de recurrir a elementos externos, de naturaleza extra-positiva, lo cual significa que el sentido del Derecho positivo es inmanente al mismo y cabe deducirlo de los enunciados normativos existentes, definidos como Derecho positivo.

indicar de manera definitiva las reglas de utilización de las expresiones que él mismo usó. De esta manera, el nudo metodológico decisivo de la subsunción se considera el de la preparación de las premisas (J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, traducción de A. Patti y G. Zaccaria, SEA, Camerino, 1983, pp. 48 y ss.). Las premisas no están preconstituidas y la complejidad de su preparación implica el recurso a juicios axiológicos guiados por evaluaciones previas del intérprete, relativas a la “razonabilidad” de la correspondencia entre dato normativo y dato de hecho.

⁵ G. ZACCARIA, “Precomprensione e controlli di razionalità nella prassi del giudice”, *Rivista de diritto civile*, n. 30, 1984, pp. 313-321.



Dicho planteamiento justifica la afirmación de la inexistencia de lagunas en el discurso legislativo y la contrariedad a todo elemento interpretativo de carácter iusnaturalista, ya que afirmar la existencia de principios extra-positivos significa negar el dogma del “estar en sí mismo” del Derecho positivo. No obstante, esta tesis se sustenta tan sólo si se identifica el Derecho con su forma, prescindiendo por completo del alcance de sus contenidos.

El refugiarse en el mero positivismo del Derecho implica una actitud de autoconvencimiento equívoco, ya que equivale a aceptar que “el positivismo no puede comprender a sí mismo”⁶. De este núcleo fundamental se desprenden una serie de cánones sobre cuya base el modelo positivista ha articulado su perspectiva metodológica de la interpretación de la ley con la finalidad de evidenciar el monopolio del legislador en la producción del Derecho.

Los criterios sobre los que se basa esta teoría están sintetizados, por ejemplo, en el art. 12 de las Disposiciones sobre la ley, premisa del Código Civil italiano, que ofrece la regulación positiva prevista por el legislador de 1942 para la interpretación de la ley y que - a diferencia del art. 3.1 del Código Civil español- conceden fuerza obligatoria tan sólo a ciertos elementos interpretativos, al establecer que «en la aplicación de la ley no puede ser atribuido a esta otro sentido que aquel que se hace manifiesto atendiendo al significado propio de las palabras según su conexión, y a la intención del legislador ».

Es evidente que este artículo señala como criterio hermenéutico fundamental el

⁶ Así K. JASPERS, *Philosophie*, Springer, Heidelberg, 1956, p. 220. Baste considerar que el permanecer anclado a nivel de la ley positiva presupone necesariamente una premisa extra-positiva que motive la autoridad del legislador. De esta manera la extrapositividad rechazada vuelve a estar contenida en los presupuestos no expresados de estas teorías. El modelo positivista entiende el carácter normativo del ordenamiento como algo intrínseco, el presupuesto de que el Derecho debe de ser puesto y observado porque es puesto y observado por estas razones el positivismo realmente consecuente consigo mismo tendría que limitarse a describir la existencia del Derecho sin afirmar su obligatoriedad. En este sentido F. VIOLA, *Il diritto como pratica sociale*, Jaca Book, Milán, 1990, pp. 54 y 55.



argumento literal, al que se añaden indicaciones de tipo sistemático -al referirse a la conexión entre ellas- y de referencia a la voluntad del legislador, sin dejar espacio a ulteriores criterios de interpretación. Las sucesivas lecturas que se dieron a la redacción del art. 12 del Código Civil italiano, debidas principalmente a la aprobación de la Constitución republicana, así como la introducción en otros Códigos, por ejemplo el español, de nuevos criterios, como “la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas” las normas o el “espíritu y finalidad” de aquéllas, demuestran que el modelo iuspositivo no puede colmar la distancia que separa la universalidad de la ley de la concreta situación jurídica a la que corresponde un determinado supuesto de hecho, y que dicha distancia tan sólo puede ser colmada en el momento de la aplicación, ya que el significado de una determinada disposición normativa está siempre vinculado a los factores que cada contexto determina⁷.

El material jurídico no lo componen de forma exclusiva datos lingüístico-normativos, sino también datos reales que hacen que, frente a la transformación de las relaciones sociales, el Derecho positivo vigente deba considerarse como inadecuado, siendo, por tanto, la única alternativa, la toma de conciencia de la productividad de la función interpretativa con el fin de controlar el espacio de juego que, de manera inexorable, los criterios de interpretación dejan al intérprete, pues la atribución a éste de amplios poderes no significa que dichos poderes deban ser utilizados de forma arbitraria, ni que se vea librado de la obligación de comportarse conforme a parámetros racionales y controlables.

Las diferentes doctrinas metodológicas vinculan la tarea interpretativa y de

⁷ A este respecto, la doctrina italiana critica, por ejemplo, en primer lugar, la superada concepción epistemológica a la que el art. 12 CCI se refiere, poniendo en evidencia que no existe un significado “propio” de las palabras, es decir, un significado inherente a éstas y desvinculado de la utilización que se le puede dar en determinados contextos lingüísticos. (Así R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giapichelli, Turín, 1992, p. 18), al igual que, en segundo lugar, la ambigüedad de lo que debe considerarse como “voluntad del legislador”, ya que al recurrir a ésta como sinónimo de voluntad subjetiva del legislador histórico, dicha voluntad haría obligatoria la declaración de gran parte del Código Civil del 1942 como contrario a la posterior Constitución republicana de 1948.



aplicación de las disposiciones normativas al texto, al contexto sistemático, a la voluntad del legislador, al sentido objetivo de la ley o a su finalidad.

No obstante, las teorías que resuelven el problema de la interpretación como problema de sistematización de la utilización de métodos no son de gran ayuda. Como la investigación limitada a los métodos por sí solos es improductiva, ya que el problema de la interpretación aparece como problema de elección de métodos tan sólo cuando a un método le corresponde una determinada visión ontológica del Derecho, y en este caso el método no está en función de la decisión adecuada para un determinado supuesto, sino de la naturaleza del Derecho que se quiere defender. Cuando la imposición de un método exclusivo o casi exclusivo -como en el caso del art. 12 del Código Civil italiano- se sustituye por un catálogo de métodos puestos a disposición del intérprete, se hace paulatina la incertidumbre acerca de la propia naturaleza ontológica del Derecho.

El reconocimiento de la indiferenciada utilidad de una multitud de métodos pone al Derecho en relación con diferentes exigencias sociales a las que debe dar respuesta y deja necesariamente abierto al intérprete un espacio de libertad.

Tanto la ley como la Constitución, dotadas ambas de fuerza normativa vinculante, representan una etapa del proceso de concretización del Derecho; un producto “casi acabado” que sólo ignorando la contribución decisiva de quienes aplican el Derecho puede ser confundido con un producto verdaderamente ultimado⁸.

El hecho de que cada supuesto concreto en el que ha de ser aplicada requiere una interpretación particularizada de la norma da lugar a un proceso que no se limita a explicar el enunciado normativo considerado de manera abstracta, sino que lo transforma en regla

⁸ La expresión “semilavorato”, traducida por la autora como “casi acabado”, es utilizada por A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Cedam, Milán, 1987, p. 306.



concreta de decisión. La verdadera interpretación, al igual que la ciencia del Derecho, consiste, por tanto, y se resuelve siempre en la necesaria extensión del texto jurídico positivo, una extensión definida por el condicionante que representa la comprensión del texto dispositivo en relación con el caso por decidir. Lo cual significa que “el discernimiento del sentido de un texto normativo y su aplicación al supuesto concreto no son dos actos separados sino, al contrario, un proceso único”⁹. Por tanto, la hermenéutica jurídica se define teóricamente por el reconocimiento de que la norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, que se perfecciona tan sólo en el procedimiento hermenéutico de concretización que encierra toda decisión de un determinado supuesto práctico.

Decisión y norma representan los elementos metodológicos más idóneos para comprender el funcionamiento del fenómeno jurídico en los ordenamientos contemporáneos y en la hermenéutica jurídica; momentos de decisión y procesos interpretativos se enlazan de diferentes maneras¹⁰.

Si, de un lado, ningún proceso interpretativo llega a excluir momentos de decisión, del otro, ninguna interpretación constituye mero decisiones sino tan sólo una elección realizada dentro de un procedimiento interpretativo. El reconocimiento de este sutil e inestable enlace entre interpretación y decisión acaba, por una parte, con la perspectiva del logicismo -según el cual desde premisas estables se llega a la decisión a través de etapas metodológicamente impuestas- y, por otra parte, con la perspectiva puramente decisionista -que defiende que la aplicación judicial constituye la sede de decisiones meramente creativas por parte del intérprete con el consecuente rechazo total de la dogmática-.

El objetivo común de las posiciones jurídico-hermenéuticas es superar el error de la metodología jurídica, del positivismo tradicional que concibe y presenta al Derecho como

⁹ Así H. G. GADAMER, *Ermeneutica e metodica universale*, Giapichelli, Turín, 1973, p. 361.

¹⁰ A. CATANA, *Decisión e norma*, ESE, Nápoles, 1979, pp. 158 y 159.



“producto ultimado”, cuya aplicación solo supondría la reproducción de un significado completamente establecido una vez por todas. La solución ofrecida por el positivismo jurídico asume un concepto de Derecho que está incluido, o que es intrínseca al dato dispositivo sobre la base del cual se deben traducir los momentos valorativos sobre los que tienen alguna incidencia los factores extralegales, en la ficción de la solución preestablecida. No obstante, con el fin de desarrollar el silogismo se hace necesaria no sólo la actividad de discernimiento capaz de identificar los posibles significados de un enunciado dispositivo, sino también la elección entre las posibles premisas mayores, y esta elección siempre comporta una evaluación. De esta manera, rechazada, por lo menos en términos generales, la doctrina silogística del iuspositivismo, pueden considerarse más convincentes las argumentaciones del planteamiento empírico-analítico. Existe un vínculo esencial entre procedimientos hermenéuticos y procesos lingüísticos y esto es así porque, de un lado, la interpretación jurídica requiere la adecuada comprensión del medio lingüístico por parte del juez, y, del otro, la decisión debe motivarse de forma adecuada, a través del *medium* lingüístico, en atención al entorno en el que se encuadra¹¹. El juez no se limita a pensar y argumentar para sí mismo, sino que debe comunicar y hacer que sean plausibles los resultados conseguidos a través de sus argumentaciones.

En la metodología jurídica se ha elaborado la distinción entre “metodología de métodos” y “metodología de resultados”¹². Mediante la primera el intérprete elige los resultados sobre la base de los métodos; en virtud de la segunda elige antes el “mejor” resultado y luego motiva sobre la base de los métodos que pueden conducir a dicho resultado. En otras palabras, se defiende que los métodos hermenéuticos pueden ser más o menos apropiados, pero ya que deben ser aplicados en condiciones de incertidumbre

¹¹ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individualizzazione del diritto*, cit., pp. 45 y ss. y 130 y ss.

¹² L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso de filosofia del diritto*, Cedam, Padúa, 1981, p. 79.



relacionadas con el contexto en el que han de aplicarse las disposiciones normativas, no pueden estar dotados de certeza absoluta. La propia existencia de una pluralidad de métodos, aun cuando éstos sean establecidos por el legislador y utilizados según un orden impuesto al intérprete, implica una incertidumbre.

Las diferentes metodologías de utilización de los criterios de interpretación conducen siempre a una pluralidad de resultados posibles; si el intérprete sigue el tenor literal de la disposición, o la *ratio* objetiva de la misma, o la voluntad del legislador, los resultados que se producen son diferentes entre ellos. Las metodologías de interpretación elaboradas teóricamente no logran predeterminar de forma unívoca el procedimiento que debe seguir el intérprete en el proceso interpretativo, y se requiere siempre una decisión previa de aquél para seleccionar entre los diferentes métodos de interpretación los que según su criterio sean más idóneos para solucionar un determinado supuesto de hecho. Consideraciones como éstas han llevado a afirmar la invalidez de un catálogo de criterios interpretativos como el elaborado por Savigny como límite a la libertad del intérprete¹³.

No obstante, si no se quiere reconducir la elección entre los criterios de interpretación a una cuestión de pura casualidad, en el centro de la doctrina del método debe situarse la cuestión clave de cómo elegir razonablemente entre los distintos métodos, es decir, la inteligibilidad de los motivos que están en la base de la decisión sobre la importancia de la preferencia por un determinado criterio interpretativo. La crítica al pluralismo de los métodos puede, por tanto, ser mitigada afirmando que los criterios interpretativos, aunque desmitificados, mantienen su valor pues el intérprete debe orientarse a través de ellos, y si bien las reglas tradicionales de interpretación no pueden ser aisladas como métodos de interpretación autónomos y autosuficientes, es decir, si bien

¹³ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., pp. 120-124.



han de utilizarse conjuntamente, mantienen su función al ser un complemento necesario del proceso de aplicación del Derecho¹⁴.

La circunstancia de que en la interpretación del juez pueda reconocerse un margen de integración valorativa y creativa no significa que se pueda legitimar el uso arbitrario de los métodos de interpretación o que deje de existir la obligación del juez de interpretar utilizando criterios razonables y controlables¹⁵. La relevancia del elemento metodológico en la tarea interpretativa no se limita a la perspectiva de la racionalidad sino que abarca también un elemento de carácter político. En este sentido, es necesario entender que el Derecho, y por tanto las disposiciones normativas que lo conforman y que se traducen en normas de aplicación por medio de decisiones que no se producen, en línea de principio, según los procedimientos democráticos propios de la elaboración de dichas disposiciones normativas. Por estas razones es aún más fuerte la exigencia de someter a verificación el método de trabajo del intérprete y a una valoración crítica su racionalidad, con el fin de

¹⁴ P.G. MONATERI, "Interpretazione del diritto", *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET, Turín, 1993, V. X, 4^o ed., p. 55.

¹⁵ Lo que caracteriza la posición y el intento programático de la hermenéutica jurídica entre las teorías contemporáneas de la interpretación del Derecho es su fuerte inclinación hacia una racionalidad controlable y discutible de la aplicación de la norma. Las principales teorías hermenéuticas del Derecho, desde Esser a Müller, se empeñan en demostrar que entre el texto de una disposición y la específica solución judicial de un supuesto concreto no existe un *vacuum* absoluto, que racionalmente no puede ser colmado; más bien los procedimientos de aplicación y producción jurídica pueden ser lógicamente controlados. Desde este punto de vista una metodología jurídica como la hermenéutica, que reflexiona sobre la praxis revelando lo que ocurre en el concreto trabajo de aplicación de las disposiciones por parte de los intérpretes, puede desarrollarse coherentemente en dirección a una lógica de la concretización del Derecho capaz de relacionar normas y hechos jurídicos según reglas metódicas reconocidas. La hermenéutica, como teoría post positivista del Derecho, comparte con las actuales teorías del razonamiento jurídico -baste con citar a Peczenick, Aarnio o Alexy- el intento de individualizar criterios objetivos de "razón jurídica"; se caracteriza, no obstante, por perseguir la estructuración y racionalización de los ineludibles instrumentos de interpretación, sin contraponer sentencia y disposición, y proponiendo un método racional para poder controlar un espacio naturalmente abierto a sugerencias decisionistas. Para un análisis de las principales teorías contemporáneas de la interpretación, con especial atención a las relaciones entre tópicos jurídica, hermenéutica jurídica y teoría de la argumentación, véase G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padua, 1990, pp. 16 y ss.



garantizar que la decisión jurisdiccional no sobrepase, transgrediéndolos, los textos dispositivos, y no altere, por tanto, mediante la atribución al poder jurisdiccional de poderes impropios, las garantías impuestas al juego político democrático.

No obstante ¿a quiénes debe estar atribuido el control de la correcta o incorrecta utilización de los métodos de individualización de las normas? Analizando desde una perspectiva histórica el desarrollo de la cultura jurídica moderna, el “método jurídico” fue elaborado originariamente por la doctrina que representaba y estructuraba una opinión científica orientada hacia la búsqueda de una idea de “método científico correcto”, independiente de la praxis judicial y políticamente fiel a una determinada visión del Derecho y de sus finalidades.

2. El método, la teoría del Derecho y la interpretación constitucional

La opción por el método tiene, claramente, dos componentes, uno científico y otro ideológico. Desde la primera perspectiva, es frecuente en los últimos tiempos oír a constitucionalistas que se inclinan por el “método jurídico”, una afirmación que debería despertar una estupefacción similar a la que se suscitaría en un químico, un médico o un arquitecto si un colega suyo señalara que se propone seguir, respectivamente, el método químico, el médico o el arquitectónico.

En esa afirmación subyacen dos equívocos. El primero de ellos es una confusión entre el método y el objeto: lo que sin duda se quiere decir, al manifestar inclinación por el inexistente método jurídico, es que se va a hacer Derecho, y no otra cosa.

En segundo lugar, late también una inconsciente identificación entre el método jurídico y la dogmática, pero ya se ha visto, y es de sobra conocido, que la dogmática no es la



única forma, ni siquiera la única forma jurídica, de aproximarse al Derecho¹⁶.

Ciertamente, la dogmática, en cuanto que conjunto coherente y delimitado de los conceptos extraídos de los preceptos y principios que caracterizan un ordenamiento jurídico, es una referencia metodológica inevitable: es, en realidad, la matriz de todos los enfoques de aproximación al Derecho en general. Como apuntó Tomas Villarroya, “La dirección dogmática nos dejó un cuadro de conceptos y categorías cuyo uso puede sernos todavía de valor inestimable”¹⁷. Pero una metodología para el Derecho no puede reducirse a esto. No puede porque la opción metodológica es también, no cabe ocultarlo, ideológica o, por decirlo menos abruptamente, valorativa. Lo es, desde luego, la opción por el iusnaturalismo porque, so pretexto de lo inmanente, desprecia la voluntad -y, por tanto, la soberanía- popular; lo es la opción desnuda por el positivismo, porque, so pretexto de limitarse a lo dado, a lo reflejado en la norma, haciendo abstracción de quien la elabora o de cuál sea su contenido, desprecia tanto la voluntad y la soberanía popular como los valores inherentes a la dignidad humana; lo es, por último, la opción por la tendencia valorativa, porque la elección de unos u otros valores, o la determinación de las prioridades entre ellos es, a fin de cuentas, una elección personal igualmente ajena a la voluntad popular.

La cristalización de un Estado democrático de Derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento la libertad la justicia, la igualdad y el pluralismo ofrece, sin embargo, una perspectiva de superación de esta situación. Porque en cuanto que el Derecho, de ser ciencia, es la ciencia de la norma, difícilmente puede tener como base algo que no sea la norma misma. Los datos básicos del Derecho son, pues, los datos positivos, proporcionados por las normas, y ello hace del normativismo, especialmente el Kelseniano,

¹⁶ Así, M. Troper, “*Le constitutionalisme...*”, cit., pag. 88, señala que “el método jurídico es, simplemente, la dogmática”

¹⁷ op. cit, pag. 58.



una referencia ineludible del método positivista. Son, también, datos extraíbles de los mecanismos técnicos y conceptuales ideados para la correcta aplicación de la norma y para el aseguramiento de su observancia.

Pero en cuanto que el Derecho en general pretende ser la búsqueda, más que la realización, de la justicia, difícilmente se puede prescindir de esos valores. Como ha señalado La Torre, "demasiado fuerte es el peso de los derechos fundamentales, de los principios e incluso de los valores en los modernos Estados constitucionales como para que sea posible continuar defendiendo una mera teoría legalista de la decisión judicial"¹⁸. La incorporación, realizada por la Constitución, de los valores a la norma permite ya que el jurista se centre en la norma sin por ello obviar los valores. El normativismo positivista, en cuanto que método de aplicación de una norma que incorpora valores, adquiere así un nuevo sentido.

Es verdad que esta tesis desplaza el problema al caso concreto, a cada supuesto concreto de aplicación de la norma y de los valores en ella recogidos. Pero este no es ya un problema metodológico: es, si acaso, un problema interpretativo, casuísticamente materializable, pero situado en un estadio en el que se ha superado la antítesis norma-valores. El problema no es ya elegir entre aquella y éstos, sino determinar como aquella, en cada caso singular, concreta estos y los prioriza entre sí. Es, en suma, un problema hermenéutico, no de opción global. La certidumbre de que la norma emana de una representación popular libremente elegida, de que respeta en todo caso los derechos fundamentales, de que, si no es así, hay mecanismos para evitar sus efectos perversos y de que, en suma, está sometida, según los casos, al control jurisdiccional ordinario o constitucional despeja las posibles dudas sobre su aceptación en tanto que tal norma válida.

¹⁸ M. La Torre, "Derecho y conceptos de Derecho", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, 1993, pag. 78.



Por todo ello, el método elaborado por la doctrina se orienta siempre en razón de la naturaleza del punto de vista adoptado y utiliza, de entre los métodos interpretativos, aquellos que resultan esenciales con el fin de garantizar una interpretación coherente con la visión o función del Derecho que teóricamente quiere ser preservada; no obstante, el método orientado a la aplicación práctica de las disposiciones normativas no puede gozar, en principio, de un análogo espacio de libertad, ya que debe respetar aquellas limitaciones implícitas en la posición que, en un determinado ordenamiento, ocupa el intérprete en relación con las disposiciones a interpretar¹⁹.

No obstante, “los esfuerzos teóricos sobre los métodos (...) tienen algo de donquijotesco”²⁰ ya que la elaboración de teorías de la interpretación no puede cumplir con la función de adaptar el orden de criterios elaborados por la doctrina a la praxis interpretativa. Esta última tan sólo puede autovincularse a un método jurídico determinado por las exigencias y las necesidades prácticas destinado a conseguir la aplicación del Derecho a partir de la ley y de la Constitución.

No obstante, al mismo tiempo, es igualmente cierto que, si puede admitirse que el método interpretativo utilizado por la praxis jurisdiccional puede alejarse de las reglas elaboradas por la doctrina científica, dicho método debe ser capaz de configurar unas reglas idóneas para limitar la libertad del intérprete.

El problema de la pluralidad de métodos no se substancia únicamente en la dificultad de elaborar indicaciones precisas en relación con su posible jerarquización o con la predeterminación del orden en el que deben ser consultados, es decir, en relación con la indicación explícita o implícita de las prioridades con las que deben ser utilizados, sino que

¹⁹J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, traducción de M. J. Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 269 y ss.

²⁰ Así G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1997, p. 137.



se materializa, además en la existencia de antinomias entre los postulados que inspiran cada uno de tales métodos. Bajo esa premisa, no es complicado verificar que ningún método interpretativo es capaz por sí mismo de garantizar resultados dotados de certeza objetiva y, por tanto, no cuestionables. Así las cosas, ningún método puede imponerse de manera indiscutible como un tipo de interpretación de obligada utilización para el intérprete.

El intérprete utiliza siempre una composición sincrónica de los diferentes tipos de interpretación que no operan casi nunca como métodos autónomos sino como construcciones metódicas que traen su origen de la compleja composición de los principales elementos que caracterizan cada uno de los métodos. Este necesario sincretismo debe, no obstante, estar caracterizado por su racionalidad, como único elemento capaz de garantizar que la decisión jurisdiccional no sobrepase las funciones que el ordenamiento democrático le ha asignado, y que, aun siendo siempre opinable, el modo de funcionar del razonamiento jurídico justifique la adopción de una u otra solución interpretativa.

A este respecto, y en relación con sus peculiaridades, el problema del método en la interpretación constitucional necesita de algunas consideraciones específicas. A través de los textos constitucionales contemporáneos y de su interpretación se introducen en el ordenamiento una serie de valores ético-políticos que, como tales, preexisten al mismo pacto constitucional. Aquellos valores que identifican la especificidad constitucional de un ordenamiento social y jurídico y que están incluidos en las mayorías de los casos en las disposiciones programáticas y de principios o en los catálogos de derechos. La institucionalización de estos valores morales, es decir, su introducción en el Derecho positivo como “parámetros ideales” de cada ordenamiento, hace que se pueda hablar de su doble vigencia, porque siguen teniendo validez desde el punto de vista ético y al mismo



tiempo asumen también una validez formal como principios jurídicos²¹.

Esto hace que el entramado normativo-constitucional presente características específicas constituidas por su carácter axiológico, su indeterminación y su reducida intensidad prescriptiva²². La laxitud semántica de las disposiciones constitucionales y su relación estructural con los valores políticos conllevan una vinculación menos rigurosa para el intérprete y demandan por tanto, un control más atento por parte de la doctrina en comparación con lo que ocurre en sectores del ordenamiento más técnicos, pues no puede olvidarse que la Constitución, como toda ley, es ante todo un acto normativo que contiene disposiciones preceptivas; por lo que, los jueces constitucionales, en su función de intérpretes autorizados por la Constitución, y como jueces de la constitucionalidad de las leyes, deben considerarse, si bien es cierto que de una forma menos apremiante que en el caso de interpretación de la ley, vinculados al texto constitucional.

Es cierto que, en relación con los métodos interpretativos utilizados en otros sectores del Derecho en los que el recurso al esquema silogístico es más amplio, el método de la interpretación constitucional se sustancia, además de en la aplicación de reglas, en argumentaciones basadas en principios y valores que se caracterizan por estar contenidos en normas cuya aplicación no asume la forma silogística de la subsunción sino la de la optimización de la realización del precepto²³. Por esta razón, valores y principios pueden entrar en concurrencia. Aun considerados singularmente, pueden encontrarse en una situación de conflicto que implica la necesidad, para el intérprete, de resolver la colisión caso por caso, decidiendo sobre la base de una jerarquía puntual que tan sólo en un

²¹ R. DWORKIN, - *Los derechos en serio*, traducción M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 274 y ss.

²² A. RUGGERI, "L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-aplicazioni «ragionevoli»", *Ars interpretandi*, n. 1, 1996, pp. 113-129.

²³ L. MENGONI, "Il diritto costituzionale come diritto per principi", *Ars interpretandi*, n. 1, 1996, pp. 95-111.



determinado contexto aplicativo se traduce en la prioridad de un principio respecto de otro. Esto hace que la interpretación de los enunciados constitucionales, de un lado, deba garantizar la firmeza de un núcleo que identifique el valor originariamente garantizado y, del otro, deba cubrir, la necesidad de que dichos enunciados, a través de una razonable variedad de interpretaciones y de aplicaciones, sean continuamente remodelados para adecuarlos a las innovaciones histórico-políticas y a las mutaciones de los propios significados sociales.

Todos estos principios y valores se encuentran en la base de las Constituciones, unas Constituciones que representan un compromiso entre conservación y renovación, cuya imprescindible y continua adaptación a las mutaciones sociales se traduce necesariamente en una función a desarrollar por uno de los poderes constituidos. La escasa utilización del instrumento de la reforma constitucional, así como las dificultades implícitas en la cristalización e individualización de conceptos en los que obligatoriamente deben incluirse y compatibilizarse diferentes concepciones, hace que la Constitución sea a la postre el resultado de la interpretación de las disposiciones contenidas en ella, es decir; el resultado de un “círculo hermenéutico” entre principios conformadores de la sociedad y valores de esta última.

Si a esto se añade que en algunas ocasiones la intervención de los jueces constitucionales se configura en términos que, desde el punto de vista cualitativo, no difieren de la del poder legislativo, innovando e integrando los textos dispositivos²⁴, no es difícil constatar que las orientaciones interpretativas se mueven en un terreno condicionado por la concreta evolución de las comprensiones del sentido y de las relaciones entre las fuerzas sociales.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, “Appunti in tema d’interpretazione e interpreti della Costituzione”, en «Giurisprudenza Costituzionale», 15, 1990, pp. 907 y 908.



En este sentido, la hermenéutica y la actuación de la Constitución se suman y se integran en un conjunto unitario. Aún siendo cierto que los conflictos constitucionales tienen una indudable repercusión política, esta afirmación no puede traducirse en que su resolución no pueda sujetarse a criterios de Derecho y a pautas jurisdiccionales²⁵.

En este sentido, por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional español impuso explícitamente como obligación de los jueces ya no sólo una motivación, sino una *motivación conforme a Derecho*, lo que implica que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios han de responder a un proceso racional a través del cual se llegue a una determinada decisión, a una justificación para la decisión²⁶. Esta imposición, necesaria si se quiere demostrar la naturaleza jurisdiccional de las decisiones del órgano encargado de interpretar la constitución y la legitimidad de sus actuaciones como órgano constituido y al mismo tiempo creador de un Derecho Constitucional jurisprudencial, debe hacerse valer también para el Tribunal Constitucional.

La constatación de la inexistencia de una configuración teórica de la metodología de la interpretación capaz de vincular a este órgano conlleva el reconocimiento de una indiscutible libertad del intérprete constitucional como consecuencia de la propia naturaleza jurídica de la Constitución. No obstante la legitimidad de la definición del TC como “constituyente permanente”, si se quiere respetar la sumisión de este órgano al poder constituyente, se ha de poner en evidencia la importancia de que existan unos límites para llevar a cabo la necesaria labor de adaptación de la Constitución formal a la realidad social desarrollada por el intérprete constitucional; límites que se sustancian en la obligación de

²⁵ P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 14.

²⁶ STC 66/1987 (*Marriot*), FJ 5º. Al hablar de racionalización de la decisión no se hace referencia a la “razón” como fuente de interpretación, es decir, a la apelación a la razón y a la lógica como fundamento de la sentencia, sino al proceso de decisión en sí mismo y, concretando aún más, al proceso, considerado en su conjunto, por el cual se llega a la decisión. Así, E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p.184.



utilizar instrumentos legitimados por el propio ordenamiento constitucional.

De ahí la importancia del estudio empírico del *mos interpretandi* de cada uno de los Tribunales Constitucionales para comprobar la existencia de una metodología de la interpretación que pueda ser considerada como elemento de limitación y autolimitación de la libertad del intérprete constitucional, y como fuente que legitime su papel en el marco del ordenamiento constitucional y condicione su actividad al concepto de Constitución tal y como fue configurado por el constituyente.

Respecto de las modalidades de utilización de los diferentes métodos interpretativos en cada una de ellas incide de manera inevitable la idea global de Derecho que tenga el intérprete: una idea global de la sociedad y del fenómeno jurídico en relación con la cual los métodos de interpretación representan un elemento relevante ya que la elección de un método implica un determinado éxito interpretativo. Es evidente que, por ejemplo, la preferencia por una interpretación literal, es decir, por una interpretación que se base en la *ratio* objetiva de la disposición a interpretar, otorga relevancia a la certeza del Derecho y presupone que la actividad del intérprete estará vinculada por la estructura gramatical del texto de la disposición normativa considerada como producto lingüístico. En cambio, una interpretación evolutiva evidencia los valores de la adecuación del Derecho a las transformaciones sociales, mientras que a través de la interpretación sistemática se prima la idea de que el legislador haya estructurado las disposiciones normativas siguiendo un orden sistemático y de que el respeto de dicho orden ofrece al intérprete elementos de naturaleza semántica capaces de orientar su interpretación.

La sutil complejidad que caracteriza a los mecanismos a través de los cuales los diferentes métodos de interpretación se combinan en la praxis interpretativa hace que las alternativas axiológicas implícitas en cada uno de ellos no resulten tan nítidas, evidentes y extremas como puede demostrarse si se realiza un mero estudio teórico. No obstante,



aunque las antítesis entre los valores que inspiran los métodos en la praxis no resultarán ser inelembles con la claridad que sería de desear, el estudio empírico de esta última debe ser considerado como el único instrumento capaz de comunicar lo que exactamente se hace y cómo se hace en la praxis judicial, con el fin de deducir de ello un conjunto de reglas metodológicas funcionales de la interpretación y a la precomprensión de la Constitución capaces de garantizar aquella seguridad jurídica implícita en la lógica de todo Estado constitucional que cimienta su estructura en el principio político democrático y en el principio jurídico de supremacía constitucional.

En este sentido, incluso dentro de un concepto dinámico de Constitución en el que, frente a la insuficiencia de los mecanismos agravados de reforma constitucional, se ha llegado a incluir el de “mutación constitucional” para prever y legitimar sus modificaciones informales, no puede ponerse en duda la noción de supremacía que necesariamente implica la imposición de unos límites a la mutación para que pueda evitarse que los poderes constituidos se transformen en efectivos poderes constituyentes²⁷.

Si en la teoría de la interpretación el método jurídico no puede identificarse como método para “comprender” sino que se considera como método para “obrar”, su validez y corrección pueden ser comprobadas sólo a través del análisis de la praxis. Como afirmaba

²⁷ El problema de los cambios informales de la Constitución fue destacado por la doctrina publicista alemana de finales del siglo XIX y principios del XX. Los primeros en tratar de forma directa este fenómeno fueron los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público; entre ellos, Lamband se planteó el problema de la mutación desde la constatación de que la Constitución puede transformarse fuera de los mecanismos formales de reforma, a pesar de ser “Ley” que debe dar continuidad y estabilidad al Derecho en cuanto codificación de las elecciones fundamentales del Estado. Jellinek hizo referencia a las mutaciones constitucionales después de constatar que la rigidez constitucional, en muchos casos, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución. No obstante, sólo por parte de la doctrina alemana de entre guerras hubo un intento de integrar el cambio constitucional informal en un concepto complejo de Constitución. Véanse, G. JELLINEK, *Reforma y Mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991; H. HELLER, *Teoría del Estado*, FCE, México, 1981, y , del mismo autor, *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985; R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 198; K. HESSE, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983.



Aristóteles, el método se desarrolla y se verifica practicándolo, porque lo que en última instancia sea se demuestra en su utilización.

El valor de cada uno de los criterios interpretativos puede, por tanto, revelarse tan sólo observando la praxis concreta de la aplicación del Derecho y no atendiendo a presuntos principios indiscutibles que estarían siempre sujetos, frente un determinado supuesto concreto, a la posibilidad de una contestación crítica por parte de tendencias opuestas con idéntico valor teórico. Por tanto, el discurso acerca de un método capaz de actuar como límite a los poderes del intérprete de la Constitución puede arrancar únicamente desde la realidad, desde el análisis y la observación de sus características concretas como única posibilidad de llegar a la reconstrucción jurídica del sistema positivo bajo el prisma argumentativo. Lenguaje y acción, comprensión y decisión lingüística son una sola cosa, en este sentido, porque entender y comprender son partes esenciales del lenguaje pensado como ejercicio comunicativo y no como un conjunto de signos abstractos.

Si el significado está estrechamente ligado a la utilización de los enunciados, sólo podrá ser individualizado con referencia a la intención de los que utilizan este lenguaje y dentro del juego lingüístico en cuestión ya que no se trata de una utilización privada sino de una utilización pública de las palabras o de otros signos, de una utilización que necesariamente debe ser conforme a unas reglas porque de estas reglas dependerá la comprensión de las intenciones del intérprete, del tipo de actividad que desarrolla y de las razones que pueden legitimar los resultados de la aplicación de una determinada argumentación jurídica²⁸.

Las motivaciones del juez constitucional deberían fundamentarse desde el punto de vista metodológico porque, en caso contrario, frente al relativismo de la interpretación

²⁸ L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Turín, 1974, p. 87.



sería ineficaz el propio significado jurídico de la jurisprudencia constitucional y se vería comprometido el papel institucional que el Tribunal Constitucional debería desarrollar como intérprete máximo, que no único, de la Norma Suprema²⁹.

3. Teorías deductivo-demostrativas y tópico-retóricas y naturaleza de la decisión del Tribunal Constitucional.

Las investigaciones dirigidas a una valoración de la coherencia interpretativa del órgano encargado de la jurisdicción constitucional deben, no obstante, tener en cuenta la existencia de una profunda diferenciación entre teorías positivistas y tópicas del razonamiento jurídico.

Con el fin de justificar el ámbito en el que se puede desarrollarse el estudio de los instrumentos interpretativos de algunas normas constitucionales, es necesario hacer alusión a las motivaciones de las decisiones judiciales en general.

En las sociedades antiguas no se exigía la motivación de las sentencias, ya que el órgano creador del derecho era el único legitimado para interpretarlo, y consecuentemente no era necesario llevar a cabo un control ni social ni institucional respecto de la actividad interpretativa por éste realizada.

Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos modernos, en los que se garantiza una separación entre el legislador y los órganos que aplican el derecho, la obligación constitucional de motivar todas las decisiones judiciales resulta imprescindible con el fin de asegurar una justificación de la decisión que pase por un razonamiento que conduzca a la decisión tomada; en este sentido motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan³⁰. A este respecto, como es sabido, la lucha secular entre las

²⁹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1997, p.20.

³⁰ J. WRÓBLEKY, "Motivation de la décision judiciaire" en C. PERELMAN, P. FORIERS, (dir.), *La motivation de la décision de justice*, Bruylant, Bruselas, 1978, p.111. La sentencia motivada encuentra sus orígenes como límite a la arbitrariedad del juicio características del *ancien regime* para consentir el control sobre la administración de la justicia. El primer caso en el que se evidencia una obligación formal de motivación de las



teorías positivistas y aquellas tópicas del razonamiento jurídico sobreentiende un auténtico conflicto político en orden al margen de libertad del juez, así como en sobre a su capacidad de crear nuevas normas jurídicas ³¹.

Semejante disputa, sin embargo, nunca tendrá un vencedor porque siempre es posible la coexistencia entre tópica y lógica formal ya que no existen ordenamientos en los que se encuentren positivizadas todas las reglas necesarias para disciplinar las infinitas tipologías de relaciones que pueden darse entre los conciudadanos, ni ordenamientos dejados a la indeterminación de una jurisprudencia casuística, o extraña a todo tipo de reglas deductivas. En cada sentencia de cada juez se pueden encontrar siempre componentes retóricos y demostrativos, y la relación entre ellos cambia al variar las especificidades político-culturales de los diferentes ordenamientos, de la tradición jurídica nacional y de la peculiaridad de las singulares disciplinas jurídicas ³².

sentencias viene representado por la praxis prusiana formalizada por el *Codex Fridericianus*, producto del despotismo iluminado de Federico II y que ya en el 1748 preveía la obligación para los jueces de motivar sus sentencias así como de las diferencias existentes entre las razones que justifican esta obligación y aquellas que están en la base de la experiencia revolucionaria francesa ver M. TARUFFO, "L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo", en *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 295 y ss.

³¹ En abierta y declarada polémica con el racionalismo cartesiano, la retórica, prototipo de todas las lógicas jurídicas, será considerada con el fin de demostrar que las argumentaciones de los juristas no sirven tanto como demostración *more geometrico* cuanto para persuadir a los destinatarios. Cfr. C. PERELMAN- L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Turín, 1966, v. I, p. 9; P. GAVAZZI, voz "Topica giuridica", en *Nuovissimo digesto italiano*, vol. XIX, Turín, 1973, p. 411 y 416 ss. Sobre el concepto de tópica, entendida como "técnica del pensamiento de problemas", es decir como un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas particulares partiendo de directrices que no son principios lógicos sino simples *loci communes*, de valor relativo, T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Prólogo: Eduardo García de Enterría; Traducción de Luis Díez Picazocit, Civitas, Madrid, 2007. Define la tópica como "técnica del pensamiento problemático", L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencia jurídica y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p.265.

³² N. BOBBIO, "Sul ragionamento dei giuristi", *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 3 y más recientemente en P. Comanducci- R. Guastini (dir.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Einaudi, Torino, 1989, p. 170. Las consideraciones de Bobbio se mueven en el ámbito de una concepción según la cual la función del jurista no es la de persuadir a los ciudadanos sino la de demostrar la "validez" de una determinada norma, y conducen a afirmar que "el razonamiento deductivo tiene un papel fundamental en la argumentación jurídica". Sin embargo no alcanza a negar que "el razonamiento deductivo no agota todo el discurso jurídico" y que siempre hay un espacio argumentativo retórico para consideraciones de carácter histórico, sociológico, y cultural.



Aunque asignando a las argumentaciones tópicas un papel marginal y subsidiario en la economía de la estructura de las decisiones jurisdiccionales ³³ puede afirmarse que, en el caso de las decisiones de los órganos de justicia constitucional, se interviene en el ámbito más hostil a las argumentaciones de tipo lógico formal y, por consiguiente, la tópica jurídica tiene su más amplia posibilidad de afirmación.

Esto es así por una serie compleja de factores concurrentes, y entre ellos por la exigua base positiva a disposición del juez constitucional a la hora de resolver un determinado conflicto. Dicha característica, unida con la circunstancia de que, en las mayoría de los casos, las Constituciones se limitan a enunciar valores o principios en términos absolutos, tiene como consecuencia que el nivel de abstracción y generalidad de las motivaciones del Tribunal Constitucional es, en hipótesis, máximo, y obliga a este órgano a una labor de normación continua escondida por mucho tiempo bajo el mítico simulacro de la sentencia neutral con la que se aplica el derecho ya existente³⁴. Consecuentemente la sentencia constitucional se sitúa dentro de los actos jurisdiccionales, es decir, entre los actos que en hipótesis son únicamente aplicativos de un derecho ya existente, como la sentencia que, sin embargo, está dotada del máximo contenido normativo. El Tribunal, en la mayoría de sus decisiones, aplica normas plasmadas por él mismo, sirviéndose del inacabado material puesto a su disposición por la Constitución que, en la mayoría de los casos, se limita a enunciar un principio o un valor, prácticamente inservible si es utilizado sólo con los instrumentos de la lógica formal.

³³ Así lo entiende G. GAVAZZI, op. cit., p. 418, según el cual “el espacio de la tópica en el discurso jurídico es exactamente aquel en el cual la lógica es incompetente. Más allá de este espacio las pretensiones de la jurisprudencia tópica sobre la jurisprudencia racional esconden sencillamente una lucha de poder, llevada a cabo disimuladamente, con el de fin de repartir la competencia para emanar normas jurídicas”.

³⁴ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 174. Acerca de la utilización judicial de las normas constitucionales de principios o programáticas, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977, pp. 125 y ss.



Si alguien ha llegado a creer en el mito del juez como *bouche de la loi*, nadie ha podido defender que el mismo pudiera ser el juez de las leyes.

La motivación de la sentencia constitucional sirve, por tanto, casi siempre para justificar la decisión a la que el Tribunal ha llegado no por silogismos deductivos realizados sobre precisas reglas formales, sino sobre la base de una norma que a veces no existe en el sistema con aquel mismo significado, y que viene deducida por el juez a través de un proceso lógico cuyas únicas premisas comprobables están constituidas por los valores y principios establecidos por la Constitución³⁵.

Estas razones hacen que la motivación de la sentencia constitucional sea de entre todas las motivaciones la más “retórica”, en el sentido de que es el acto decisorio que más se sirve del método argumentativo para auto-fundamentarse racionalmente³⁶.

La estructura tópica de la motivación de las sentencias constitucionales se constata con mayor evidencia allí donde el TC está llamado a decidir sobre materias respecto de las cuales es muy difícil justificar el juicio en términos deductivos, bien porque las normas utilizadas son tan genéricas que no se prestan a convincentes operaciones deductivas o bien porque se prefiere persuadir a los destinatarios en lugar de demostrar la exactitud de la decisión³⁷.

En la primera categoría se sitúan un número muy elevado de casos en los que el Tribunal Constitucional aplica normas que expresan principios y derechos constitucionales de los que no puede hacer una utilización en términos formales dado que el propio

³⁵ La reconstrucción de una teoría de los derechos fundamentales operada por R. ALEXY se debe, tal y como el mismo autor defiende, al intento de eliminar la extrema vaguedad con la que el catálogo de derechos fundamentales regula cuestiones sumamente discutidas de la estructura normativa básica del Estado a la que se suma la vaguedad de la jurisprudencia sobre los mismos. En *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 22-24.

³⁶ La función de los *topoi* en la interpretación constitucional relativa a los derechos fundamentales es demostrada por R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milan 1992, pp. 4 y ss.

³⁷ N. BOBBIO, “Sul ragionamento dei giuristi”, *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1955, analiza las diferencias entre juicio de valor y juicio de validez, p. 3.



“carácter abierto y su pluralismo” son un obstáculo insuperable para ello³⁸. Se trata de todas aquellas sentencias en las que el TC utiliza principios o valores constitucionales que no se traducen en normas directamente preceptivas, sino que necesitan de una mediación deductiva para poder ser concretamente aplicadas por parte del intérprete³⁹.

Estas conclusiones parecen inevitables si se considera la imposibilidad de una jerarquía formal entre los valores - teniendo en cuenta además que cada valor tiende a ser absoluto- lo que provoca inevitables conflictos que deben de ser solucionados sin recurrir a la prelación de uno sobre otro, sino ponderándolos en cada caso. La medida de actuación de los principios constitucionales no se presta a ser teorizada en términos formales o deductivos y es una cuestión que todavía depende de la apreciación del legislador y del Tribunal Constitucional⁴⁰.

Desde el punto de vista empírico tales afirmaciones pueden ser confirmadas a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que permite constatar como en aquellas sentencias en las que la decisión final se justifica por medio de la ponderación de diferentes y a veces contradictorios valores constitucionales se recurre, en la mayoría de los casos, a técnicas argumentativas y no formales o deductivas⁴¹.

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 124.

³⁹ Describe el procedimiento de aplicación de un principio constitucional G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, V. I, UTE, Torino, 1987, p. 107.

⁴⁰ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.. El autor pone en evidencia como “las reflexiones sobre la base de la argumentación iusfundamental estaban dedicadas a la cuestión de la controlabilidad racional de la argumentación iusfundamental. El resultado es que, en virtud de su base, la argumentación *iusfundamental* está, por cierto, algo más determinada y estructurada racionalmente, pero que la medida y la fuerza de control que con esto se logra son limitadas. Queda todavía una considerable laguna de racionalidad (...). La inseguridad de resultado del discurso *iusfundamental* conduce a la necesidad de una decisión *iusfundamental* dotada de autoridad. Si la mayoría parlamentaria no ha de autocontrolarse, queda sólo la posibilidad de un Tribunal Constitucional, cualquiera que sea su forma. No tiene nada de irrazonable el hecho de que un Tribunal Constitucional no sólo argumente sino que también decida”, p. 553. En el mismo sentido, haciendo referencia concretamente a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, traducción M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 211 y ss.

⁴¹ Ver, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional español 11/1983 (*RUMASA I*); 53/1985 (*Despenalización del aborto*), 160/1987 (*Ley 8/84 de Objeción de conciencia*), 37/1987 (*Ley Andaluza de reforma agraria*) 209/1988 (*Régimen fiscal de los matrimonios*); 45/1989 (*Régimen fiscal de los matrimonios*);



Emblemática en este sentido podría ser la Sentencia 53/1985 (caso *despenalización del aborto*)⁴² en la que el Tribunal Constitucional español se apoyó, por ejemplo, en el valor de la dignidad para reforzar su tesis de que, si bien el feto no es una persona, ni forma parte de los grupos de sujetos -todos- de los que el art. 15 Constitución española predica el derecho a la vida, sí expresa el valor de la vida o bien jurídico vida, con la consecuencia de que el Estado tiene el deber de adoptar normas que impidan a terceros atentar contra el feto, salvo que se den determinadas circunstancias (FJ 5º y 7º), defendiendo que «junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).

»Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la

214/1991 (*Friedman*); 120/1990 (*Huelga de hambre Grapo I*); 184/1990 (*Ley General de Seguridad Social II*), 222/1992 (*Ley de Arrendamientos Urbanos*); 55/1996 (*Objeción de conciencia III*).

⁴² Con el fin de evidenciar la función que los valores constitucionales han desempeñado en la interpretación, en un tema tan complejo como el aborto, podrían ser citada también como ejemplo la jurisprudencia alemana, italiana, francesa y estadounidense sobre este tema. Especial atención merece la decisión con la que el Tribunal Constitucional Federal alemán anuló la ley que disciplinaba los plazos para poder proceder a la interrupción voluntaria del embarazo. En esta sentencia [STCFA 25 de febrero 1975] el Tribunal reconoce la importancia interpretativa del orden de valores jugando todos ellos a minusvalorar el valor libertad y potenciar una sola faceta de las múltiples que puede tener la dignidad humana, unas de las cuales es sin duda el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad. La relatividad de la supuesta jerarquía entre valores afirmada por el Tribunal alemán se demuestra, no obstante, algunos años después con una sentencia [STCFA de 28 de mayo de 1993] en la que con lo mismos valores en juego este órgano llega a justificar una solución distinta. Para una análisis de la jurisprudencia comparada sobre el aborto, véase J.M. MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, 1996, p. 325 y ss.. La traducción de las sentencias citadas del TCFA puede encontrarse en M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 35-38 y 75-79.



autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

»La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar la obviedad que supone la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución» (FJ8º).

Si la demostración de un razonamiento científico constituye el paradigma de la argumentación deductiva, su opuesto, es decir, el ejemplo de argumentación persuasiva, lo constituyen las motivaciones de las sentencias constitucionales en materia de ponderación y relativización de diferentes valores⁴³.

La aplicación de valores constitucionales no puede seguir argumentos científicos en los que destacan principalmente los aspectos cuantitativos y materiales de los elementos en discusión porque “tan sólo en el campo jurídico, político y filosófico los valores intervienen como base de las argumentaciones en todo el curso del razonamiento y se apela a ellos para involucrar al oyente en una elección en lugar de otra y sobre todo para justificarlas y hacer que sean aceptadas y aprobadas por todos”⁴⁴.

No obstante, con frecuencia la doctrina ha calificado las funciones del Tribunal Constitucional distinguiendo entre aquellas de carácter prevalentemente garantista y las que tienen naturaleza arbitral⁴⁵.

⁴³ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffré, Milán, 1992, p. 138.

⁴⁴ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argimentazione. La nuova retorica*, Traducción de C. Shick y M. Mayer, Einaudi, Turín, 1966, p. 80.

⁴⁵ A. PIZZORUSSO, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 1982, pp.521-535. Esta clasificación ha sido utilizada también por J. GARCÍA ROCA, *Los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, CEC (Col. Cuadernos y Debates, 42), Madrid, 1993, pp. 17 y ss.



Mientras la garantía de los derechos fundamentales así como el control de la constitucionalidad de la ley se colocan dentro de la llamada función garantista, la resolución de los conflictos entre poderes públicos se configura como función arbitral. Sin entrar en la descripción de las críticas planteadas en relación con esta dicotomía, lo que aquí atañe es resaltar que todo lo que hasta ahora se ha dicho en relación con la estructura esencialmente retórica de las sentencias del Tribunal Constitucional que cubren una función garantista, debe ser parcialmente desmentido en consideración de las sentencias con las que este órgano decide sobre conflictos de competencias o de atribuciones.

De lo anterior se deduce que las motivaciones de dichas sentencias constitucionales en cuanto a su estructura pueden ser asimilables a las de los jueces ordinarios, sobre todo de los jueces administrativos, y no tanto a las que el Tribunal Constitucional emana en el ejercicio de sus otras funciones⁴⁶.

Las razones de esta similitud pueden encontrarse en las características de los procedimientos en materia de conflictos entre poderes, es decir, en su objeto de conocimiento, ya que este tipo de jurisdicción, por lo menos en sus orígenes, configura el proceso como un control concreto en torno a hechos, muy apegado a la controversia entre sujetos constitucionales⁴⁷. Lo cual evidentemente no se considera con la finalidad de querer demostrar que el conflicto constitucional y el juicio contencioso administrativo sean lo mismo o que sean intercambiables, pero sí pensando que puede ser útil evidenciar su “semejanza” para entender las razones de la peculiar estructura de las sentencias

⁴⁶ La coincidencia entre el objeto de impugnación ante la jurisdicción constitucional y administrativa fue demostrada por P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder judicial*, CEC, Madrid, 1985, pp. 177-180. Las diversas posiciones que desde la doctrina se han mantenido acerca de la competencia jurisdiccional sobre los conflictos de competencias ha sido analizada por H. LÓPEZ BOFILL, *Conflictos de competencias y jurisdicción ordinaria*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 33 y ss. Respecto de las peculiaridades de los conflictos de atribuciones con especial referencia a los positivos de competencias, ver, L. LÓPEZ GUERRA, “Los conflictos positivos de competencia”, en AA. VV., *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, pp. 77-91.

⁴⁷ Sobre el concepto de *Staatsgerichtsbarkeit* y su objeto, P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pp. 127-170, en especial p.170.



constitucionales con las que se deciden los conflictos constitucionales y en las que se puede encontrar una organización de la motivación que podría definirse como más tradicional, es decir, técnico-jurídica y no retórica⁴⁸.

La definición de la estructura de estas sentencias como prevalentemente técnica, aun teniendo obviamente un valor tan sólo *per prevalentiam* y no en términos absolutos ya que también en el caso de los conflictos el Tribunal Constitucional se sirve de un sistema normativo extremadamente vago e incierto⁴⁹, permite aplicar y verificar más fácilmente la coherencia interpretativa del interprete último de la Constitución.

Las grandes líneas del modelo teórico del razonamiento retórico, las razones de su utilización, sus posibilidades y los límites que lo separan del razonamiento lógico o teórico podrían resumirse hablando del mismo como de un método útil para investigar las circunstancias y los instrumentos de control de aquellas formas de pensar cuyo objetivo no son las conclusiones que se alcanzan mediante inferencia lógica, ni las generalizaciones que

⁴⁸ La articulación entre jurisdicción ordinaria y constitucional, con particular referencia a los conflictos competenciales entre Estado y CCAA ha sido estudiada por P. PÉREZ TREMP, “Los órganos jurisdiccionales y la protección del sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *REDC*, n. 46, 1996, pp. 61-80.

⁴⁹ Es un ejemplo de ello la incertidumbre que deriva de lo dispuesto en el art. 28.1 de la Ley Organica del Tribunal Constitucional (LOT) español, que impone al TC, a la hora de enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una disposición normativa, la consideración de las normas que se hubieran dictado para delimitar las competencias estatales y autonómica y para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas. La vaguedad del concepto de bloque de la constitucionalidad así como definido por la LOTC se ve acrecentada por la falta de uniformidad en el empleo de este concepto en la jurisprudencia del TC. La escasa precisión del TC al referirse al BC se manifiesta de un lado desde un punto de vista terminológico al calificarlo como “bloque de la constitucionalidad”, “bloque constitucional” (SSTC 39/1982, FJ 3º; 84/1983, FJ 2º) o “bloque normativo” (SSTC 26/1984, f2º; 199/1987, FJ 11º), y del otro en relación a su concepto. El TC define al bloque de la constitucionalidad como todas aquellas disposiciones normativas que, sin necesidad de declarar su pertenencia a este grupo, son empleada para el TC para resolver los conflictos de los que conoce (así, por ejemplo, SSTC 10/1982 FJ 2º; 73/1983, FJ 1º; 183/1988, FJ 3º), de este modo, según el Tribunal, el bloque de constitucionalidad será parámetro exclusivo en los conflictos de competencias al estar “directamente fundados en el” (SSTC 49/1984, FJ 2º; 146/1992, FJ 1º) mientras que perderá tal carácter cuando se resuelvan otros procesos (SSTC 37/1992 FJ 2º; 146/1992, FJ 1º). Así, P. REQUEJO RODRIGUEZ, *Bloque Constitucional y Bloque de la Constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pp. 29 y 30. V



se confirman o desmienten por la experiencia, sino la justificación de opiniones y decisiones que se basan en la elección entre diferentes alternativas.

La argumentación lógica depende de normas, se basa en la coherencia y da lugar a resultados acertados o erróneos; el modelo retórico, en cambio, depende de valoraciones, tiene como dogma la plenitud, el juez está obligado a fallar en todo caso y sus conclusiones, a diferencia de lo que ocurre en la argumentación lógica son débiles o fuertes⁵⁰.

Esto no significa que exista un divorcio absoluto entre los dos métodos de argumentación, ni que el primero pertenezca al ámbito racional y el segundo remita a procesos irracionales, pero sí evidencia que las argumentaciones persuasivas, como todas las argumentaciones tópicas o retóricas, no muestran con suficiente claridad el origen último de los *topoi* en los que se basan; es decir, el origen de las premisas probables o puntos de vista sobre los que hay una opinión generalizada, y que se conciben como hilos conductores de una argumentación orientada a solucionar de modo justo un caso concreto para que sea aceptado en todas partes y pudiendo generar *consensus omnium*. Que pueda tomarse una decisión racional a partir de valores o directamente del Derecho natural puede ser demostrado; sin embargo, habría que preguntarse si estos criterios pueden ofrecer una cobertura de legitimidad análoga a la que proporciona la Constitución.

En este sentido existen evidentes dificultades que puede presentar la racionalización de la motivación de las sentencias recaídas en el ejercicio de la que se define como función garantista del Tribunal Constitucional, es decir, de una motivación, que puede encontrar su justificación tan sólo en la existencia de una determinada teoría de los conceptos de valores, que permita mantener la imagen de un juez vinculado por el dictado de las cláusulas

⁵⁰ C. PERELMAN, "Raisonnement juridique et logique juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, V. XI, 1966, pp. 1 y ss.



constitucionales, aunque se llegue al entendimiento de estas últimas como meras apelaciones a conceptos morales⁵¹.

No obstante, en la actividad “concretizadora” del intérprete supremo de la Constitución recaída sobre los conflictos entre poderes, en los que estas variables no influyen o influyen de manera mucho más limitada, en principio, tendría que ser más fácil individualizar unas categorías conceptuales que ayuden a la delimitación competencial y a su configuración como ámbitos de contenido estables y previsibles a merced de la utilización de unas reglas interpretativas basadas sobre parámetros ciertos y aplicados con los procedimientos y las garantías del discurso racional ya que solamente sobre esta base podrá defenderse la legitimidad de aquel órgano que por lo menos en su origen se consideraba como “Defensor de la Constitución”⁵².

4. Una nueva finalidad de la motivación de la sentencia constitucional

La lógica de la argumentación, aunque no inspirándose en criterios pertenecientes a una ideología estrictamente formal, pretende la correcta utilización de los argumentos interpretativos y no puede, por tanto, ceder al arbitrio del decisiones, ya que una pretensión solo puede ser legítima si se fundamenta en el marco impuesto por el ordenamiento en el que el intérprete opera, mientras que atribuir la primacía al supuesto que se pretende resolver significa negar la primacía de la vinculación del intérprete al Derecho.

En este sentido, como ha sido puesto de relieve por la doctrina, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional se encuentra en una situación que le obliga a aplicar aquellas

⁵¹ Así los entiende R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit. p. 216.

⁵² «“Defensor de la Constitución” significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones ». Con estas palabras H. Kelsen, en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de R. J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, p. 3, empieza su réplica a la conocida obra de C. Schmitt sobre la defensa de la Constitución.



disposiciones de compromiso en las que el constituyente haya remitido la responsabilidad de decidir a los jueces constitucionales, ejerciendo de esta manera una función constituyente por el hecho de deber decidir allí donde el poder constituyente no ha decidido, es decir, actuando como comisionado suyo, no es más cierto que las normas constitucionales deben ser desarrolladas partiendo de la concepción de la Constitución como norma y no como simple proyecto o como reflejo de la realidad política subyacente y “la diferencia entre ambas posibilidades es en concreto la diferencia entre una jurisprudencia pragmática, sin una orientación uniforme, arrastrada por la necesidad del caso y por la consideración de las consecuencias de las sentencias y una jurisprudencia orientada por una razón jurídica”⁵³.

Frente a la exorbitante expansión de las funciones originariamente atribuidas al Tribunal a este nivel, el constitucional, resulta imposible plantear soluciones al conflicto entre lo fáctico y lo normativo, similares a las orientadas a resolver el nivel legislativo del desajuste entre teoría y praxis constitucional.

Los límites a su labor no pueden encontrarse en el nivel de las garantías abstractas, ya que en este sentido la Constitución no dice nada y es imposible plantear la previsión de posteriores guardianes para vigilar al guardián de la Constitución. Frente a esta imposibilidad queda tan sólo un último baluarte: la verificación de la existencia de estructuras argumentativas lo suficientemente claras y constantes como para permitir la reconstrucción tipológica de los argumentos y de las estrategias argumentativas con el fin de delinear una teoría de la interpretación elaborada por el propio Tribunal, y apta, además, para ser considerada como elemento de limitación o autolimitación del intérprete constitucional y, por tanto, como fuente de su legitimación.

⁵³ Así I. DE OTTO, “Posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en VVAA: El Tribunal Constitucional, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 1948.



La constatación de la inexistencia de esas estructuras argumentativas haría que el Tribunal quedara libre de actuar como poder soberano y el único freno al constante desarrollo de sus poderes, tanto en sentido cuantitativo como cualitativo, podría encontrarse en el nivel sustancial del consenso de los ciudadanos, de las demás instituciones y de los componentes sociales que constituyen la base legitimadora de tal poder.

Ante esta situación, la motivación de la sentencia constitucional sigue siendo el único instrumento de legitimación del Tribunal y del legítimo posicionamiento de éste en el sistema constitucional, por lo que sigue siendo válida la consideración de que “el fundamento de la colocación preeminente o, como a veces se dice, de la legitimación del órgano encargado de la jurisdicción constitucional en la organización constitucional debe ser buscado, más que en las modalidades de su composición, en las modalidades bajo las que se desenvuelve su acción”⁵⁴.

La motivación constituye, pues, el índice principal de las modalidades de acción del Tribunal Constitucional y, por tanto, el índice de su efectiva ubicación entre los demás poderes del Estado y en la relación entre las instituciones y el pueblo.

Una motivación que, como se ha demostrado, encuentra su primera garantía en el respeto por el Tribunal de un *mos operandi* que pueda ser hallado por vía inductiva, y que, reniega por tanto una legitimidad preconcebida de lo que deriva que la misma “nunca está asegurada desde el principio, de una vez por todas, por un proceder de conformidad con competencias o normas previas, sino que postula, como condición imprescindible para poder mantener su papel, que su actividad esté orientada y guiada por la racionalidad”⁵⁵.

⁵⁴ V. ANGIOLINI, “La Corte senza il “processo”, o il “processo” costituzionale senza processualisti?”, en Vv. AA., *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 25.

⁵⁵ C. MEZZANOTTE, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma, 1984,



Una racionalidad entendida como coherencia entre jurisprudencia constitucional y valores compartidos por sus propios destinatarios y que obliga, por una parte, a volver a la relevancia de la motivación, y, por otra, a cambiar su finalidad, porque pasa de considerarse un instrumento para controlar el respeto de unas reglas a ser un instrumento para la adquisición de consenso con el fin de legitimar cotidianamente la acción del Tribunal Constitucional y con el de la “Constitución viviente” continuamente remodelada por este órgano.

El hecho de que hoy ya no exista, o exista de manera cada vez más débil, un ámbito fuerte de legitimación unitaria desplaza radicalmente los términos de la “cuestión Tribunal Constitucional”. Subsiste una creencia generalizada de racionalidad respecto del valor, pero también se oponen a lo anterior creencias de diferente tipo que relativizan el aspecto de derivación del valor y dirigen la mirada, cada vez con más decisión, hacia el resultado.

La consideración del resultado, que antes era tendencialmente absorbida por la idea de un *a priori* constitucional en la metodología prescriptiva que esta idea comportaba, es ahora tan sólo una etapa en el itinerario de legitimación del juez de las leyes. Ante esto probablemente haya que asumir que en estos momentos el constitucionalismo moderno ha llegado a aquella fase de responsabilidad política difundida a la que el Sandulli miraba con simpatía ya en 1958, cuando hablaba de control directo de la opinión pública sobre la jurisprudencia⁵⁶.

No obstante, a esta fase no puede llegarse siguiendo un camino que pretende esconder todavía la realidad detrás de los falsos velos de las ideologías.

p. 134.

⁵⁶ A. M. SANDULLI, “Natura funzione ed effetti delle pronuncie della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1959, p. 25; de la misma opinión es S. RODOTÁ, “La svolta politica della Corte costituzionale”, *Politica e Diritto*, n. 2, 1970, p. 37.



Haciendo un paralelismo con la alegoría kafkiana de aquel mendigo que, necesitando una camisa nueva, respondió cuando se le invitó a formular un deseo que quería ser rey. Despuesto y obligado a huir por el acecho de los caballeros enemigos, convertido de nuevo en mendigo, había conseguido llevarse con sigilo las vestimentas que realmente le ocurrían.

A este respecto, probablemente la experiencia estadounidense puede ser indicativa de una realidad en la que el control de constitucionalidad fue objeto de una severa oposición política desde que empezó a generalizarse como práctica jurisdiccional en el ámbito estatal. Así, por ejemplo, las dudas planteadas por diferentes tribunales respecto de la constitucionalidad de la *Pension Act* aprobada por el Congreso en 1792, levantaron voces a favor de someter a *impeachment* a los jueces afectados por la controversia, o las consecuencias derivadas de las sentencias del Tribunal Supremo en el caso *Chisholm v. Georgia*, de 1793, que no sólo fue el origen de una auténtica cascada de protestas por parte de los Estados afectados por las mismas, sino que llegó, en algún Estado, como por ejemplo el de Georgia, a castigar con la pena de muerte como culpable del delito de traición a cualquiera que le prestase apoyo y ejecución. Todo ello antes de llegar al caso *Marbury vs Madison*, que provocaría un salto cualitativo en la denuncia de lo que muchos consideraban como una muestra intolerable de ingerencia del poder judicial en la política. Tras esta sentencia, uno de los periódicos republicanos más difundido, el *Independent Chronicle* de Boston, llamó la atención sobre una de las problemáticas más candentes del control de constitucionalidad, la posible parcialidad de los jueces en el ejercicio de su labor: “Los esfuerzos de los federalistas dirigidos a poner el poder judicial por encima del poder legislativo y del poder ejecutivo y a darle al órgano por ello referido carácter e influencia política, podrán producir en el futuro, como ya lo han producido, el fortalecimiento de un partido y el debilitamiento de otro; a la postre producirán, sin embargo, la degradación y la desgracia del poder judicial. Es más peligroso hacer política en los tribunales que en las iglesias. Las fuentes de la justicia no deberían estar contaminadas de las pasiones y los



prejuicios de parte”⁵⁷.

La lista podría ser mucho más extensa pero lo que aquí interesa es poner el acento sobre el hecho de que en la experiencia norteamericana muy pronto se abrió un debate político y teórico sobre los peligros implícitos en el activismo judicial, lo cual llevó a considerar el autocontrol del poder judicial como la pieza clave del proceso de legitimación del sistema norteamericano de justicia constitucional.

Si el único recurso para defender a la Constitución del arbitrio de su vigilante es un control difuso, una opinión pública crítica con la jurisprudencia, dicha opinión sólo puede crearse a través de un debate que intente poner de relieve la debilidad conceptual de algunas de las ideas sobre las que cimienta su estructura el Estado constitucional, es decir; el principio político democrático y el principio jurídico de supremacía constitucional.

Si se considera que la contraposición existente entre el principio legitimador de la soberanía popular y la teoría de la limitación del poder, que implica el entendimiento de la Constitución como ley suprema, manifiesta su más fuerte ambigüedad en la asignación al pueblo de la facultad de dictar y aprobar una Constitución que, aun siendo expresión de su soberanía, no es óbice para que tanto el dogma de la soberanía popular, como el poder constituyente, una vez realizada su obra, desaparezcan como tales⁵⁸ y permitan la consideración del Tribunal Constitucional como “legislador constituyente” o “constituyente permanente” que difícilmente puede encajar en el esquema teórico anteriormente descrito, lo cual obliga, por tanto, a volver a discutir sobre los conceptos de supremacía

⁵⁷ Todos los ejemplos utilizados han sido tomados de R. BLANCO VALDÉS, “Vigilar al legislador, vigilar al vigilante (legitimidad del control de constitucionalidad y selfrestraint judicial en los orígenes del sistema norteamericano: un breve apunte histórico)”, en *La justicia constitucional en el estado democrático*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 27 y 28, del mismo autor véase también, *El valor de la Constitución, Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 115-177.

⁵⁸ P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 20.



constitucional y rigidez de la Norma Fundamental.

Además, a este respecto debe plantearse una ulterior pregunta: ¿son los conceptos “teóricos” que se utilizan los que han cambiado o es la sociedad la que lo ha hecho?

En este sentido, parece interesante lo apuntado por Rescigno en relación con la experiencia italiana, tal vez la más indicativa del estado de la cuestión: “la verdad que intento demostrar es que es posible instaurar sin volver a escribirla una nueva Constitución en lugar de la precedente que formalmente sigue vigente. El prejuicio inconsciente consiste en la convicción de que, dada una Constitución escrita, la única manera para instaurar una nueva es la de escribirla y aprobarla a través de un acto constituyente visible, objetivamente colocado en el tiempo y en el espacio”. Para verificar la falacia de este prejuicio el autor demuestra que la Constitución italiana de 1948, en sus principios fundamentales, está muerta a pesar de las apariencias. Como punto esencial de sus consideraciones baste evidenciar que “la Constitución del 48, como documento, se caracteriza por ser una Constitución que no se limita a distribuir los poderes y garantizar las libertades, sino que propone una sociedad nueva y promete una actividad política en aplicación continua y progresiva de dicho proyecto. Esta concepción era también la Constitución viviente de los decenios pasados, por lo menos para las fuerzas sociales y políticas que creían firmemente en este proyecto. Hoy, literalmente nadie cree en esto: la mayoría, además de no creer en proyecto alguno, defiende que el Estado tampoco lo tiene, argumentando que la sociedad privada debe auto-gobernarse, mientras que una exigua minoría ya no cree en aquel proyecto porque ha tomado conciencia de que el antiguo sueño se ha desvanecido y es necesario construir el futuro sobre nuevas bases”.

Estas consideraciones le llevan a concluir que “la verdadera mutación reside ante todo en la sociedad italiana, y tan sólo por obvia consecuencia en el sistema político y en la constitución efectivamente puesta en práctica. De manera ruda y esquemática: hoy la



educación de las masas italianas por parte del capitalismo se ha cumplido; aquellas mismas masas rebeldes, que habían osado proponer un sistema económico-social diferente aparecen hoy satisfechas de estar en la OTAN, de poder seguir las directrices de Estados Unidos, de participar, con cuotas grandes o minúsculas, en la repartición de los beneficios que el capitalismo global recauda en toda la Tierra, de estar en la parte buena del mundo. ¿Es posible pensar que estas masas, si las cosas no cambian, lleguen a sentir la necesidad y sean capaces de restablecer el vigor de los principios de la Constitución de 1948?”⁵⁹.

Así las cosas, aun admitiendo lo incontestable de muchos de estos argumentos, no debe olvidarse que existen individuos y grupos que todavía reconocen el antiguo pacto constitucional, así como “una ingente masa” que no comparte la tendencia dominante y queda inerme y desconcertada.

Una masa que, no aceptando lo existente, desconoce los cauces para caminar hacia el cambio. Es hacia esta dirección hacia donde se mueve el estudio aquí llevado a cabo, sin pretensión alguna de plantear soluciones definitivas, pero sí con la voluntad de llamar la atención sobre la inexistencia de algunos de los baluartes sobre los que se funda el Estado constitucional y la necesidad de que los juristas, y más concretamente los constitucionalistas, la “opinión pública constitucional” más en general, se comprometa a consolidar o tal vez a reconstruir una “visión constitucional”, volviendo a descubrir y evidenciar el papel de los valores compartidos y las bases de sentido y valor sobre las que se funda el Estado constitucional.

Tal vez haya llegado el momento de retornar para promover un nuevo Estado constitucional plural y democrático, tal vez sea hoy necesario entender las capacidades persuasivas de los juristas al servicio de la promoción de este Estado constitucional, y si

⁵⁹ U. RESCIGNO, “Una transizione verso una costituzione non scritta?”, *Rassegna Parlamentare*, N. 1, 2000, pp. 25-34.



esto es así deberá renunciarse a los meros análisis, descriptivos de la realidad político-constitucional para empeñarse en los más escabrosos terrenos de las reconstrucciones de carácter prescriptivo, aunque esto implique la construcción de una nueva teoría de la Constitución.

Tal vez ha llegado el momento de promover, recogiendo el espíritu de todos aquellos que en su día hicieron de la crítica jurídica un instrumento de análisis que habría que dignificar, en última instancia, nuestra convivencia social, la reconstrucción de un nuevo Estado constitucional sustentado en la pluralidad y en el principio democrático.

Un empeño que debería llevar - siguiendo la creencia popular de un pueblo de las Indias que consiste en pensar que el mundo está sostenido por un elefante y que este elefante lo está a su vez por una tortuga, pero cuando uno pasa a preguntarse sobre quién reposa la tortuga, la erudición desaparece - por fin a descubrir “sobre quien reposa la tortuga” del Estado constitucional contemporáneo⁶⁰.

⁶⁰ La metáfora formulada en Francia el día 24 de termidor del año III por el abogado Thibaudeau, es citada en R. BLANCO VALDÉS, “Vigilar al legislador, vigilar al vigilante”, cit., p.39.