

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

PLENO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA DE EL SALVADOR

Presidenta

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI - CNJ

Escuela de Capacitación Judicial

Dr. José Ernesto Criollo - Director

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Autor:

Marina Gascón Abellán

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Castilla-La Mancha

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño: Licda. Patricia Martínez

Diagramación: Erika Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador

Tels. 245-2449, 245-2450 y 245-2451.

SUMARIO

PLANTEAMIENTO.

I. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL CONSTITUCIONALISMO.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN	1
1. Caracterización del constitucionalismo. El redimensionamiento de la función judicial.	1
2. Caracterización de la justicia constitucional: los modelos y su aproximación.	4
2.1 Definición de justicia constitucional	4
2.2 Dos sistemas de justicia constitucional	6
2.3 Aproximación de modelos	9
3. La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción: las tensiones con el legislador y con la jurisdicción.	9

II. INTERPRETACIÓN CONFORME Y SENTENCIAS

INTERPRETATIVAS	14
1. El principio de interpretación conforme.	14
2. Las sentencias interpretativas	15
3. Las sentencias manipulativas	17
4. Otras formas de influencia política de la justicia constitucional	21

III. EL JUICIO DE PONDERACIÓN

1. Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación	25
2. Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad).	28
3. Tres observaciones sobre la ponderación	33
4. A modo de conclusión	38

IV. LA MOTIVACIÓN Y LA REGLA DEL PRECEDENTE ...

1. ¿Proporciona la Constitución respuestas correctas? La importancia de la argumentación en la jurisdicción constitucional	41
2. La obligación de motivar.	45
2.1. Sentido y funciones de la motivación.	45
2.2. El contenido de la obligación de motivar: qué se entiende por motivación.	48
3. La regla del autprecedente como garantía de	

argumentación racional.	50
3.1. El autoprecedente como regla argumentativa.	50
3.2. El autoprecedente como exigencia jurídica según una interpretación constitucional.	51

V. EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DEL JUICIO DE HECHO 55

1. Las exigencias constitucionales sobre el juicio de hecho.	55
1.1. Planteamiento.	55
1.2. Prueba racional y motivación.	56
2. Hacia una concepción racional de la motivación del juicio de hecho.	57
2.1. El estilo analítico de la motivación.	57
2.2. La motivación expresa y completa.	59
2.3. Deben motivarse todas las pruebas: también la prueba directa.	60
3. Las garantías de los derechos fundamentales en la prueba: la regla de exclusión de la prueba ilícita. ...	66
3.1. Presencia de objetivos no epistemológicos en el proceso institucionalizado de prueba.	66
3.2. Garantía de los derechos fundamentales en la prueba: la regla de exclusión de la prueba ilícita.	68
3.2.1 Definición.	68
3.2.2 Alcance de la regla de exclusión: el efecto reflejo o la prueba ilícita indirecta.	69
3.2.3 Fundamento jurídico de la regla de exclusión.	70
3.3. Las excepciones a la regla de exclusión. ...	76
3.3.1 La excepción de la fuente independiente.	77
3.3.2 La excepción del hallazgo inevitable.	80
3.3.3. La excepción de la buena fe.	81

PLANTEAMIENTO.

La interpretación constitucional es la interpretación de la Constitución. Por tanto, interpretación constitucional hace todo aquel que interprete la Constitución: el Legislador (que, en la medida en que las leyes han de acomodarse a la Constitución, ha de conocer qué es lo que esta permite o exige), el Juez Constitucional (que se concibe como el máximo intérprete de la Constitución), el Juez ordinario (que, en la medida en que la Constitución tiene eficacia directa en el ordenamiento, debe considerar sus preceptos a la hora de resolver los casos de que conozcan), los órganos administrativos (que deben considerar igualmente las normas constitucionales) y los juristas (que cuando describen el derecho y/o hacen propuestas de lege ferenda y sententia ferenda toman en cuenta lo que la Constitución establece).

Ahora bien, esta definición de la interpretación constitucional nos abocaría a un análisis excesivamente amplio, pues abarcaría el estudio de la interpretación en todas las instancias jurídicas, y seguramente inútil, pues inevitablemente habría muchas reiteraciones y tal vez se desdibujarían los aspectos más centrales y polémicos. Por eso, a efectos de acotar el análisis, conviene hacer algunas precisiones.

De una parte, de todos los sujetos que interpretan la Constitución, la interpretación constitucional que interesa es la que realizan los jueces. Sobre todo el Juez Constitucional, pues, en la medida en que se concibe como el máximo intérprete de la Constitución, sus decisiones interpretativas son inapelables. Pero también los jueces ordinarios, pues han de tomar en cuenta la Constitución al adoptar sus decisiones, y éstas (y las interpretaciones constitucionales que contienen) tienen carácter vinculante.

Por otra parte, al abordar autónomamente el tema de la interpretación constitucional estamos presuponiendo (al menos en principio) que presenta rasgos característicos frente a la interpretación de otras normas: por ejemplo, frente a la interpretación de una ley, o de un reglamento, o de un acto administrativo o de una sentencia. Es evidente que estas particularidades tienen que ver con el tipo de norma que se interpreta (la Constitución) y con los límites de la jurisdicción constitucional. Por eso, en primer lugar, vamos a analizar cuáles son esas particularidades y límites; y, más aún, vamos a ver cómo incide la Constitución en las relaciones institucionales del sistema. En segundo lugar vamos a abordar una de las particularidades de la interpretación constitucional, la interpretación conforme, que genera riesgos de invasión de las competencias políticas del legislador. En tercer lugar analizaremos el juicio de ponderación, la otra gran peculiaridad de la interpretación constitucional. En cuarto lugar se resaltará la importancia de la

argumentación (y en consecuencia de la motivación) en toda decisión discrecional, especialmente en la jurisdicción constitucional, expondremos también una regla de argumentación gestada a partir de una cierta interpretación de la Constitución (la regla del autoprecedente) y veremos la importancia de que se observe sobre todo en la interpretación constitucional. Por último analizaremos el alcance de la justicia constitucional en la prueba: qué pueden hacer en este terreno los jueces constitucionales, qué deben revisar, etc.

TEMA 1

CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL CONSTITUCIONALISMO. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN

1. Caracterización del constitucionalismo. El redimensionamiento de la función judicial.

Aunque lo que haya de entenderse por Estado constitucional parece una cuestión abierta o en todo caso sometida a debate, podría decirse, de una forma genérica y puramente aproximativa, que constitucionales son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez. En otras palabras, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la supremacía política de la Constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o suprallegalidad. Precisamente resaltando esta nota de suprallegalidad suele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de Derecho; o mejor, su culminación¹: si el Estado legislativo de Derecho había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución. Podría decirse pues que el Estado constitucional de Derecho incorpora, junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad.

Históricamente, el Estado constitucional de Derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo norteamericano, que a diferencia del europeo, que no superó el “imperio de la Ley” y donde por tanto las constituciones fueron simples cartas políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución². En el resto

1. Así, por ejemplo, M. García Pelayo, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en *Obras Completas*, III, Madrid, CEC, 1991, p.3029.

2. Cfr., a título de ejemplo, M.Fioravanti, quien señala cómo esta tradición constitucional no nace de las Declaraciones de derechos de la revolución francesa, sino que proviene de la revolución americana y de la experiencia histórica estadounidense. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), trad. de M.Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, cit. p.77.

de los países la construcción del Estado constitucional es obra más reciente. Justamente la nota de limitación al poder y garantía de los derechos que define el constitucionalismo es lo que explica que, con independencia de las variables experiencias históricas de cada país, la construcción del Estado constitucional en el último siglo esté muy ligada al intento de romper con regímenes políticos de corte autoritario y refundar la organización política sobre un nuevo modelo de legitimidad. Este es el móvil que anima el impulso constituyente en Europa, pues en la factura de la Constitución italiana (1947) y de la Ley Fundamental de Bonn (1949) jugaron un papel no desdeñable consideraciones puramente empíricas: la experiencia nazi y fascista, donde en nombre de la legalidad vigente se habían producido los crímenes más execrables, aconsejaba adoptar catálogos (constitucionales) de derechos que se impusieran a cualquier política. Y ese mismo afán de refundación política y ruptura con un pasado autoritario está también presente en los posteriores procesos constituyentes de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978). La oleada constituyente se extenderá en los ochenta a muchos países de América latina en un intento (también) por reconstruir su organización política tras experiencias de dictaduras militares o guerras civiles; y más recientemente a los antiguos países socialistas. Es más, puede decirse que el paradigma del Estado constitucional, por cuanto supone el establecimiento de vínculos políticos al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la suscripción de documentos normativos supranacionales (así la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de Tribunales de Justicia llamados a garantizar su eficacia.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de Derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución. Ahora bien, el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. A quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio carácter supramayoritario o supralegal de los derechos hace que al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, por cuanto llamados a hacer valer la Constitución, terminan ejerciendo esa función. Por ello, el carácter normativo de la Constitución, más allá de la simple posibilidad de enjuiciamiento normativo de la ley, comporta cambios muy profundos en la manera de concebir el Derecho y las

propias instituciones jurídicas. En particular, comporta cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez al Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático.

Aun a riesgo de simplificar, puede decirse que las causas de este cambio son las siguientes.

1º Los jueces pueden (y deben) hacer valer la Constitución en detrimento de la ley.

En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley pero también a la Constitución. Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la Constitución) significa que éste sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella³. En este segundo supuesto, los jueces, en los sistemas de judicial review, “desplazan” la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución; en los sistemas de control concentrado, los jueces no pueden desplazar la ley sino que vienen obligados a plantear la “cuestión” al Tribunal Constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. En ambos casos se relanza el papel del juez en relación con la ley: en el primero (judicial review) porque se reconoce directamente la facultad del juez para inaplicar las leyes inconstitucionales⁴; en el segundo (control concentrado) porque, a pesar de no reconocerse dicha facultad, bajo el argumento de que se está haciendo una interpretación de la ley conforme a la Constitución es posible que al final el juez “esquive” la ley; o sea, es posible que el juez aplique la Constitución (o el entendimiento que tiene de la misma) en detrimento de la ley. De ello nos ocuparemos en el tema siguiente.

2º Las propias cartas constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en detrimento del legislador.

3. Sobre el principio de interpretación conforme vid. tema 2.

4. La Sala de lo Constitucional de El Salvador lo afirma expresamente: “la presunción de constitucionalidad de las leyes (...) sólo puede significar (...) que deben acatarse desde su entrada en vigencia sin esperar una previa autorización jurisdiccional; sin embargo, ello no obsta para que los Magistrados y Jueces ejerzan el control difuso de constitucionalidad de las disposiciones del ordenamiento –máxime en los casos de la normativa preconstitucional”, Sentencia de Inc. 3-97, del 12/02/2002.

En efecto, la idea de Constitución se ha transformado. Frente a la idea kelseniana de Constitución como regulación preferentemente formal de los modos de producción normativa donde apenas tienen cabida las determinaciones materiales a propósito de leyes futuras, las constituciones actuales consagran una gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de concepciones de la moralidad y que condicionan la legislación y la misma aplicación del derecho. Son, por así decirlo, moral positivada o, como también se ha dicho, Derecho natural positivado. Además, estos principios y valores constitucionales ni siquiera reflejan una concepción uniforme de la justicia. Son principios y valores tendencialmente contrastantes, por lo que la eventual presencia de varios de ellos en un caso concreto (cosa por lo demás muy frecuente) deja al juez (constitucional u ordinario) sin guía estricta para la acción: se abre un ancho margen para la discrecionalidad judicial, pues es el juez quien debe ponderar los principios en juego y decidir razonablemente (o sea, discrecionalmente) cuál de ellos ha de prevalecer en ese caso concreto⁵. En suma, la necesariamente abierta interpretación de las normas constitucionales, impregnadas de valores de justicia, así como la presencia en la mayoría de los casos de valores y principios constitucionales contrastantes entre sí, puede conducir a que en la resolución de los casos concretos terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador. Pero sobre esto también habremos de volver.

2. Caracterización de la justicia constitucional: los modelos y su aproximación.

2.1 Definición de justicia constitucional.

En el epígrafe anterior se recordó cómo, al margen de otras muchas particularidades, el Estado Constitucional de Derecho exige dotar de normatividad a la Constitución. Pero la normatividad o supremacía jurídica de la Constitución no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la rigidez de la Constitución, o sea cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria⁶, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de

5. En general, "se está convirtiendo en un lugar común asumir que la importancia de los principios...corre paralela a la progresiva judicialización del derecho", M.Atiensa y J.Ruiz Manero, *las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p.19; y en el mismo sentido L.Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.

6. Cfr. el volumen *La rigidez de las constituciones escritas*, (A.Pace y J.Varela), Madrid, CEC, 1995; o V.Ferreeres, "En defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es L.Prieto, para quien la rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la Constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional, "Constitución y Parlamento", en *Parlamento y Constitución*, nº5 (2001), pp.12 ss..

control de constitucionalidad de la ley y otros actos del poder⁷. Puede decirse por ello que supremacía de la Constitución y justicia constitucional son conceptos inextricablemente unidos.

Por jurisdicción constitucional pueden entenderse distintas cosas:

1º) La que ejercen los tribunales así llamados, sea cual sea la naturaleza de los asuntos que se les encomienda: control de constitucionalidad de las leyes, regularidad de las elecciones, enjuiciamiento penal de los titulares de las magistraturas supremas, etc.

Este concepto no resulta satisfactorio, pues excluye los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes encomendado a los Tribunales Supremos e incluye cuestiones que no son constitucionales.

2º) El control judicial de la constitucionalidad de las leyes, con independencia de los órganos que lo realicen.

Este concepto tampoco resulta satisfactorio, porque excluye aquellos sistemas en los que se enjuicia también, además del texto de las leyes, su interpretación y aplicación.

3º) La que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de su constitucionalidad. Comprende, por tanto: a) no sólo el control que ejercen los llamados Tribunales Constitucionales, sino también el que ejerce la jurisdicción ordinaria en su diaria interpretación y aplicación de la ley; y b) no sólo se controla al poder legislativo, sino también la interpretación y aplicación de la ley que realizan la Administración y (sobre todo) los jueces.

Este último es el concepto de jurisdicción constitucional adecuado, y ello porque una jurisdicción constitucional así entendida es el único modo de garantizar la eficacia real de la Constitución. Controlar sólo la constitucionalidad del texto legal no garantiza aún la Constitución (o los derechos). Cuando el poder judicial sólo queda sometido al principio de legalidad, incluso aunque podamos suponer que la ley es constitucional, caben aún interpretaciones y aplicaciones inconstitucionales de la misma. En otras palabras, es posible que el juez, aun actuando con respeto al principio de legalidad, actúe inconstitucionalmente, violentando derechos⁸.

7. M.García Pelayo señala que así como "el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional", "Estado legal y Estado constitucional de Derecho", Obras Completas, Madrid, CEC, 1991, p.3037.

8. Sobre el concepto y la extensión de la justicia constitucional, vid. la clásica obra de G.Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale* (1977), Bolonia, Il Mulino, 2ª ed., 1988; y la recopilación de trabajos de F.Rubio Llorente, *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1997.

2.2 Dos sistemas de justicia constitucional.

Es posible distinguir en principio dos grandes sistemas de justicia constitucional: el sistema de control difuso y concreto, orientado prevalentemente a la garantía de los derechos, y el sistema de control concentrado y abstracto, orientado prevalentemente a controlar el texto de la ley.

a) El control difuso.

El sistema de control difuso conoce su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia constitucional⁹. El temprano y firme reconocimiento de un valor jurídico supremo a la Constitución implicaba tanto su aptitud para ser usada por los jueces en la resolución de los casos concretos, cuanto su prevalencia sobre las leyes en caso de conflicto. De donde derivaba un corolario: el reconocimiento de un poder a los jueces para inaplicar las leyes y actos del poder contrarios a la Constitución. Es lo que se conoce como *judicial review*.

El reconocimiento de la supremacía constitucional (y consiguientemente de la justicia constitucional) se vincula a la idea de contrato social lockeano que postula una Constitución con dos objetivos: la creación de las instituciones y la garantía de los derechos. Es más, “para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos”¹⁰. Cuaja así la idea de un poder constituyente encarnado en el pueblo, fuera y por encima de los órganos estatales, que decide y establece por sí mismo y para sí mismo un orden político determinado. La Constitución es pues el acto con el que el pueblo soberano delega libremente en los gobernantes, reservando para sí amplias zonas de libertad (los derechos). Precisamente porque instituye (y delega en) los órganos del Estado y regula su forma de proceder, la Constitución aparece como lógicamente superior a los mismos y jurídicamente superior a las demás normas, y su garantía (sobre todo la de los derechos) se confía al más neutro de los poderes: el poder judicial.

Tal vez nadie lo describió mejor que A. Hamilton en El Federalista: “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contraria a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto

9. Sobre el origen y justificación de la *judicial review* vid. por ejemplo R. Blanco Valdés, El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal, Madrid, Alianza, 1998; D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Madrid, Dykinson, 1997.

10. Esta es una de las “verdades” que los autores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) sostenían “por evidentes”.

ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo" (A.Hamilton, 1780, cap.LXXVIII).

La judicial review se configura, pues, como un sistema de control de constitucionalidad orientado prevalentemente a la protección de los derechos constitucionales. Se trata de un control difuso y concreto. Difuso porque los derechos (que aquí se llaman "civiles") pueden ser invocados ante cualquier juez (y en último término ante el Tribunal Supremo), que puede protegerlos frente a cualquier poder; incluido el legislativo. Y concreto porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular: la parte agraviada debe acreditar que la ley que estima inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos. Es, por tanto, un control *per incidens* que se ejerce para la tutela de los derechos en el caso de que se trate y que se resuelve en la inaplicación de la ley en ese caso, por lo tiene sólo eficacia *inter partes*. Naturalmente todas las decisiones pueden ser revisadas a su vez por la Corte Suprema, y como sus precedentes tienen carácter vinculante puede decirse que es su doctrina la que delimita realmente el contenido de los derechos que la Constitución enuncia.

b) El control concentrado.

Por su parte, el control concentrado y abstracto conoce su manifestación paradigmática en el modelo de justicia constitucional kelseniano que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austríaca de 1920 y que tras la Segunda Gran Guerra se adoptaría en Europa. Frente al modelo norteamericano, donde la garantía de la Constitución (o de los derechos) se atribuye a la jurisdicción ordinaria, este otro sistema de control se configura como una jurisdicción concentrada en un único órgano *ad hoc* (el tribunal o corte constitucional) separado de la jurisdicción ordinaria y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total abstracción de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subsisten a los concretos casos de aplicación de las mismas¹¹.

La opción de Kelsen por este sistema resulta comprensible si se considera el contexto jurídico-político de la Europa de los años veinte en el que se gesta. Un contexto marcado por la tensión política entre jueces y legislador que tendría su culminación dramática en la experiencia

11. Cfr. G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977. Cfr. También L.Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp.77-78.

constitucional de la República de Weimar: el Parlamento democrático de Weimar terminó perdiendo todo su sentido ante un activismo judicial desbocado que eludía la aplicación de la ley bajo el argumento de su incompatibilidad con la Constitución. Por eso, hoy que tanto en América como en Europa se suele criticar a la justicia constitucional por su carácter antidemocrático (jueces que enmiendan la plana al legislador), merece destacarse que la justicia constitucional kelseniana, sin embargo, no nació "contra el legislador", sino "contra el juez", como un modo de fortalecer al legislador democrático¹². Fue justamente la necesidad de conciliar la garantía de la Constitución y la libertad política del parlamento frente a los jueces lo que condujo a Kelsen a diferir el control de constitucionalidad a un órgano ajeno a la jurisdicción ordinaria y a encomendarle como única tarea un control abstracto del texto legislativo: la función del Tribunal se resume en un juicio de compatibilidad lógica entre texto constitucional y texto legislativo, adoptando además como exclusivo parámetro de constitucionalidad una constitución de naturaleza formal concebida como regla procedimental y de organización, y no como generadora de problemas morales y sustantivos¹³. Si se quiere, desde otra perspectiva, la función del Tribunal Constitucional no es decir al legislador cuál es la mejor ley (la mejor política) desde el punto de vista constitucional, sino tan sólo expulsar del ordenamiento aquéllas que resultan incompatibles con la Constitución, y de ahí su caracterización como legislador negativo.

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

i) Control a priori:

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

ii) Control a posteriori:

El control se efectúa sobre leyes vigentes. Por lo que es

12. Acaso por esta idea de que el principio democrático arraiga con más fuerza si se sustrae a los jueces la posibilidad de separarse de la ley, la opción a favor de la jurisdicción concentrada -dice F.Rubio- se produce en democracias débiles. "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional", en REDC, 35, 1992, p.12.
13. Cfr. H.Kelsen, Teoría pura del derecho (1960), trad. de R.Vemengo, México, UNAM, 1986, pp.232 ss. Por lo demás, que la constitución kelseniana tuviera naturaleza estrictamente formal y dejara anchos espacios a la política, es obvio que suponía un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.

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

2.3. Aproximación de los modelos.

Los dos sistemas de control mencionados (el de jurisdicción difusa y el de jurisdicción concentrada) pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Por una parte, porque en el sistema de la judicial review, orientado prevalentemente a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el Tribunal Supremo (normalmente a través de alguna Sala específica) acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los Tribunales Constitucionales europeos¹⁴. Por otra, porque en los sistemas de jurisdicción concentrada y separada, orientados al control del texto legal por el Juez Constitucional, también los jueces realizan un control per incidens de la ley para la garantía de los derechos. Lo cual, por lo demás, parece lógico, pues si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede sustraerse a la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas fórmulas de armonización a fin de evitar las tensiones¹⁵.

3. La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción: las tensiones con el legislador y con la jurisdicción.

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

a) Separación entre juicio de constitucionalidad y decisión política democrática: la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene, frente a la Constitución, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no

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

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

puede incidir. Esta distinción está estrechamente vinculada al modo en que se conciben las relaciones entre Constitución y ley, relaciones que en línea de principio podrían configurarse o interpretarse conforme a dos modelos: modelo constitucionalista o judicialista y modelo democrático o legalista.

Según el primer modelo, la Constitución encierra un proyecto político bastante bien articulado o cerrado y al legislador le corresponde su simple ejecución. Esta viene a ser la idea de la Constitución como “huevo jurídico originario”, de Forsthoff. En otras palabras, la Constitución pretende determinar en gran medida qué debe mandarse, es decir cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse constitucionalista es porque descansa en la idea de que la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales; es decir, no hay mucho espacio para la discrecionalidad del legislador. Y si puede denominarse también judicialista es porque en él son los jueces quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento: sobre todo el Juez Constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también los jueces ordinarios, que pueden aplicar la Constitución en detrimento de la ley si fuera necesario.

De acuerdo con el segundo modelo, la Constitución se limita a fijar las reglas de juego de la competencia política, pero sin pretender participar directamente en el mismo. En otras palabras, la Constitución sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, hasta dónde puede mandar. Qué haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Si este modelo puede denominarse democrático es porque se basa en la idea de que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador puede moverse: dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo. Y si este modelo puede denominarse también legalista es porque en él es el poder político en cada momento quien se encarga de hacer realidad lo que en la Constitución sólo aparece como posible; o sea, es el legislador democrático quien determina qué normas presiden un sistema político histórico-concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el Juez Constitucional sólo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebasa el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite¹⁶.

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

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

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

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

En resumen, la justicia constitucional presupone la separación entre el juicio de constitucionalidad de las leyes o de otros actos de poder, que compete al Juez Constitucional, la decisión política expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático, y el juicio de legalidad, que compete a la jurisdicción ordinaria. Esta separación obliga al Juez Constitucional a realizar un esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo ni en un Tribunal

Supremo. Sin embargo no siempre resulta fácil mantenerse fiel a estos propósitos.

La intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la jurisdicción ordinaria es un riesgo de las denominadas sentencias interpretativas, que dan pie a que el Juez Constitucional termine custodiando la “mejor” interpretación de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales; pero tiene lugar sobre todo en el juicio de amparo, cuando, con ocasión de controlar el juicio de ponderación expresado en una decisión judicial, el Juez Constitucional pondera directamente. Pero si difícil es que el Juez Constitucional sea sólo eso, constitucional, en el sentido kelseniano de mantener una exquisita separación de los hechos y de la aplicación del derecho ordinario, resulta aún más complicado que el legislador negativo no termine convirtiéndose en un legislador positivo. La transformación del Juez Constitucional en sujeto político es el riesgo de la institucionalización de un control previo de inconstitucionalidad.

Esta transformación resultaba manifiesta en España en el ámbito del llamado recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, hoy desaparecido, que, en resumidas cuentas, suponía una invitación al Tribunal Constitucional para que aleccionase al legislador acerca de qué modificaciones debería adoptar en sus proyectos de ley a fin de que estos resultasen constitucionalmente legítimos. El ejemplo paradigmático de esta forma de proceder fue la sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa además a un asunto tan controvertido como fue la despenalización de algunos supuestos de aborto, donde el Tribunal se permitió sugerir medidas o garantías suplementarias cuya omisión hacía inviable el proyecto, convirtiéndose así en colegislador. La sentencia reconocía la constitucionalidad de los supuestos de despenalización, pero fundaba la inconstitucionalidad del precepto en que el legislador no había previsto las garantías necesarias para la eficacia de dicho sistema. Así, la falta de previsión de un dictamen médico, en el caso del aborto terapéutico, la ausencia de mecanismos de comprobación del supuesto de hecho, en los tipos terapéutico y eugenésico, así como de medidas que garanticen la práctica del aborto en las debidas condiciones médicas, son los elementos que sirven al Tribunal constitucional para justificar la inconstitucionalidad del Proyecto. En suma, el Tribunal lleva a cabo una argumentación finalista más interesada en evitar el posible uso fraudulento del precepto impugnado que en ceñirse

a los estrictos límites del juicio de constitucionalidad. Por ello, los cinco votos particulares que se formularon a esa sentencia fueron conscientes de que el Tribunal estaba provocando “un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo”.

No obstante, la ausencia de un recurso previo no significa la perfecta separación entre jurisdicción constitucional y política. De un lado, porque el principio de interpretación conforme a la Constitución da pie a una actuación cuasi legislativa o legislativa a secas del Juez Constitucional: así, cuando el juez ordinario, en su papel de guardián (también) de la Constitución y so pretexto de la interpretación de la ley conforme a la Constitución, “retuerce” intolerablemente su sentido; pero también (y sobre todo) cuando el Juez Constitucional, sobre la base de este mismo principio, dicta un pronunciamiento “manipulativo” que arrebató al legislador sus funciones políticas. De otro lado, porque la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes cláusulas abiertas y principios materiales de justicia cuya interpretación es notablemente discrecional, también propicia muchas

TEMA 2

INTERPRETACIÓN CONFORME Y SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

1. El principio de interpretación conforme.

Enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Pero tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo “controlado” y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de interpretación conforme a la Constitución (la *Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana¹⁷) cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero -nótese- entre las interpretaciones plausibles de la ley, esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley estará ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas.

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

5. En general, “se está convirtiendo en un lugar común asumir que la importancia de los principios....corre paralela a la progresiva judicialización del derecho”, M.AtiENZA y J.RUIZ MANERO, *las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p.19; y en el mismo sentido L.PRIETO, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.

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

2. Las sentencias interpretativas.

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

En palabras del Tribunal Constitucional español, son sentencias interpretativas “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Juez Constitucional considere adecuado, o no se interprete en el sentido que considere inadecuado”¹⁸. Lo que con ello se señala es que existen otras posibilidades de interpretar la ley, diferentes de la rechazada, y que de acuerdo con esas otras interpretaciones plausibles

6. Cfr. el volumen *La rigidez de las constituciones escritas*, (A.Pace y J.Varela), Madrid, CEC, 1995; o V.Ferreiras, “En defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es L.Prieto, para quien la

-que la sentencia proporciona- la ley resulta compatible con la Constitución. Dichas sentencias son, pues, el resultado de un esfuerzo interpretativo para evitar la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

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

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

Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. So pretexto de la interpretación conforme, el Juez Constitucional podría imponer una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones plausibles de la ley) para realizar una simple alteración judicial del

ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas.

3. Las sentencias manipulativas.

Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas), y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el Juez Constitucional puede “salvar” su constitucionalidad de dos modos: a) manipulando el texto de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto legal a fin de cambiar su sentido); o bien b) manipulando directamente su interpretación; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto -si se quiere, haciendo una interpretación contra *legem*- a fin de que resulte compatible con la Constitución. Aunque en ambos casos se producen “manipulaciones” de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), y por tanto en ambos casos resulta aplicable la expresión sentencias manipulativas -acuñada por la doctrina italiana¹⁹- el supuesto más frecuente es el segundo; es decir, aquel en que el Juez Constitucional manipula directamente la interpretación de la ley.

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

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

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

rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la Constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional, “Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución*, nº5 (2001), pp.12 ss..

Un ejemplo de sentencias reductora del Tribunal Constitucional español es la 5/81, dictada a propósito de la impugnación de los arts. 34.3 b y 34.2 de la LOECE, que establecen un determinado régimen para los centros educativos. El Tribunal estimó que estos preceptos son inconstitucionales en cuanto se refieren a "centros sostenidos por la Administración con fondos públicos"; no lo son en cuanto se refieran a "centros privados no sostenidos con fondos públicos". De manera que, tras la interpretación, la norma legislativa sólo se considera aplicable a los centros privados no financiados con fondos públicos.

Y otro ejemplo de sentencia reductora lo constituye la STC sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna. El Código Penal tipificaba la colaboración con banda armada como delito y establecía una pena mínima de 7 años. El TCE distingue allí donde la ley no lo hace: dice que la pena mínima de 7 años es constitucional (por proporcionada) cuando la colaboración no se vincula al ejercicio de derechos políticos; en cambio, cuando se vincula al ejercicio de derechos políticos la pena mínima de 7 años es desproporcionada (y por ende inconstitucional). Así pues, mediante esta sentencia se reduce el ámbito de aplicación de la ley: en adelante sólo será aplicable a los casos de colaboración con banda armada no vinculados al ejercicio de derechos políticos.

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

Son ejemplos de sentencias aditivas del Tribunal constitucional español las siguientes.

La STC 103/1983, que innovó el sistema de la Seguridad social al equiparar los viudos a las viudas a efectos de percepción de la pensión de viudedad: se anuló (suprimió) el inciso "viudas", lo que provocó automáticamente la extensión del texto a los viudos varones.

La STC 116/1987, que extiende el régimen jurídico establecido para los militares republicanos que ingresaron en el ejército antes del 18 de julio de 1936, a los que lo

hicieron con posterioridad.

La STC 222/92, que hace extensible a quien hubiere convivido de modo marital el beneficio de la subrogación mortis causa en el contrato de arrendamiento de una vivienda que la ley concedía al cónyuge superviviente; es decir, extiende a las parejas de hecho (*more uxorio*) los derechos que la ley concede a los matrimonios.

En los tres casos podría decirse que, en un afán de conservación de la ley, el Juez Constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrogándose competencias del poder legislativo. Pero esta actuación “paralegislativa” es particularmente notoria en las sentencias aditivas.

Las sentencias aditivas suponen el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión: censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice; o sea, “en la medida en que no prevé” algo. Más exactamente, una sentencia aditiva declara inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho; por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos. Para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, esa regulación que falta. Por ello podría definirse una sentencia aditiva como aquella que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional²⁰. Lo que suele perseguirse con esta actuación es garantizar el principio de igualdad, presuntamente vulnerado por una interpretación “no expansiva”, sino estricta, del precepto²¹. Pero está claro que en estos casos el Juez constitucional también podría salvar la igualdad simplemente anulando el texto legal. Si en vez de eso opta por hacerlo extensible al grupo discriminado (sentencia aditiva) es porque considera que la simple anulación del precepto in toto puede ocasionar perjuicios inmediatos para todos aquellos a quienes el precepto otorga derechos²².

7. M.García Pelayo señala que así como “el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, Obras Completas, Madrid, CEC, 1991, p.3037.

8. Sobre el concepto y la extensión de la justicia constitucional, vid. la clásica obra de G.Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale* (1977), Bologna, Il Mulino, 2ª ed., 1988; y la recopilación de trabajos de F.Rubio Llorente, *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1997.

9. Sobre el origen y justificación de la judicial review vid. por ejemplo R.Blanco Valdés, *El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998; D.García Belaunde y F.Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

10. Esta es una de las “verdades” que los autores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) sostenían “por evidentes”.

11. Cfr. G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977. Cfr. También L.Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp.77-78.

Esta clase de sentencias se dictan porque no se considera adecuado o conveniente anular el precepto legal impugnado, pero es evidente que, al extender el campo de aplicación de la ley, el Juez Constitucional actúa como un auténtico legislador positivo, pues “crea” una norma nueva que es ley para los aplicadores del Derecho pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Es más, precisamente el hecho de que el juez constitucional “no considere adecuado o conveniente anular el precepto legal (y dicte en consecuencia una sentencia aditiva) muestra claramente que está haciendo valoraciones políticas. Ahora bien, esta actuación puede llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Juez Constitucional arrebató al legislador competencias que le son propias. Segundo, y no menos importante, porque se puede originar una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional: puesto que los derechos que la sentencia reconoce al grupo de sujetos discriminados no existían hasta ahora, falta también la regulación de su ejercicio y las previsiones económicas que muchas veces son necesarias para su satisfacción. Esta regulación es necesaria para evitar que el ejercicio de los derechos se desborde más allá de lo previsto y querido por esa interpretación constitucional, pero el Juez Constitucional no puede hacerla. Si puede decirse así, el Juez Constitucional es un órgano “torpe” para legislar positivamente, pues no puede -o no con la precisión y previsión que lo haría el legislador- establecer el régimen jurídico que permitiera limitar y acotar el ejercicio de los derechos reconocidos en la sentencia.

Las sentencias manipulativas en general (y las aditivas en particular) sólo parecen admisibles (o justificadas) cuando “crean” o “introducen” normas constitucionalmente exigidas²³; o sea, cuando la nueva norma que deriva de la sentencia obedezca a la necesidad de proteger algún bien o valor constitucional y, además, no exista otra forma de hacerlo que la establecida precisamente en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa integración legislativa la lleve a cabo el Juez Constitucional o el legislador. En cambio, cuando falta alguno de estos requisitos, y en particular cuando existen varias posibilidades legislativas para eliminar la inconstitucionalidad, la interpretación en que consiste la sentencia manipulativa es una forma de arrebatar al legislador su libertad de configuración normativa.

Por lo demás, los problemas que las sentencias manipulativas plantean cuando las normas que introducen no son “exigidas” podrían solventarse dictando una sentencia de mera inconstitucionalidad (o de inconstitucionalidad sin nulidad), mediante la cual se declara la

12. Acaso por esta idea de que el principio democrático arraiga con más fuerza si se sustrae a los jueces la posibilidad de separarse de la ley, la opción a favor de la jurisdicción concentrada –dice F. Rubio- se produce en democracias débiles, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional”, en REDC, 35, 1992, p.12.

inconstitucionalidad de la ley, pero no se anula ésta, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa, y en la que el propio Juez Constitucional podría incluir una serie de directrices provisionales, válidas en tanto no se dicte la nueva ley. Actuando de este modo se respeta, por así decirlo, el principio “a cada uno lo suyo”: el Juez Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley (que es su función); y la producción de la nueva norma se deriva al legislador (que es el órgano competente).

En suma, los pronunciamientos manipulativos revisten un particular interés, pues dan la medida de cuánto cambia un ordenamiento jurídico por vía del control de constitucionalidad. Pero se trata de una técnica muy cuestionable, pues no es precisamente la expresión de un self-restraint del Juez Constitucional; antes al contrario, a través de estos pronunciamientos el Juez Constitucional sobrepasa los límites de la interpretación conforme suplantando lisa y llanamente al legislador. En esta medida, las sentencias manipulativas violentan el principio de separación de poderes en el que se asienta todo el edificio constitucional. Sólo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos²⁴.

4. Otras formas de influencia política de la justicia constitucional.

De todas formas, más allá de los cuestionables pronunciamientos manipulativos e interpretativos, la intromisión de la justicia constitucional en cuestiones políticas es muchas veces consecuencia de (o puede venir propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo.

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

Precisamente la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de Kelsen a las normas constitucionales más o

13. Cfr. H.Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R.Vemengo, México, UNAM, 1986, pp.232 ss. Por

menos vagas o ambiguas²⁵, y ello explica su empeño en adoptar una Constitución concebida como regla procedimental y de organización y no como generadora de problemas morales y sustantivos, tal y como en cambio sucede en las constituciones contemporáneas. Muy simplemente, Kelsen adivinó que en el marco de una Constitución cargada de determinaciones materiales a propósito del contenido de leyes futuras, "no es imposible que un Tribunal constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley...Para evitar un desplazamiento semejante...la constitución debe, especialmente si crea un Tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlas del modo más preciso posible"²⁶; en suma, la constitución "no debe contener palabras de carácter vago como 'libertad', 'igualdad' y 'justicia'"²⁷.

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

lo demás, que la constitución kelseniana tuviera naturaleza estrictamente formal y dejara anchos espacios a la política, es obvio que suponía un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.

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

15. Precisamente por ello hay quien sostiene que el Tribunal Constitucional "representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la constitución a los jueces ordinarios", L.Prieto, "Neoconstitucionalismo y

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

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

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

Por lo demás, cuando la inconstitucionalidad de una ley no plantee dudas, pero su declaración pudiera ser políticamente desaconsejable (por ejemplo, por el escándalo que pudiera causar por estimarse que la sociedad

no está aún preparada para la interpretación de la Constitución que deriva de la sentencia) y su simple confirmación (o sea la simple declaración de que es constitucional) pudiera verse como legitimadora de la ley, tal vez lo más aconsejable fuera también una de estas sentencias “arbitrales” en las que se declara constitucional la ley pero, al reconocer un peso fuerte a las razones esgrimidas por quienes la impugnan, se anima a las fuerzas políticas y sociales a debatir para alcanzar un acuerdo que bien pudiera desembocar en la sustitución de la vieja ley por otra nueva²⁸.

TEMA 3

EL JUICIO DE PONDERACIÓN

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

1. Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación.

Hemos visto cómo uno de los rasgos definitorios de las constituciones de nuestro tiempo es su rematerialización, lo que significa que, más allá de regular la organización del poder (o sea, de establecer quién y cómo se manda), reconocen directamente un catálogo de principios de justicia, directrices y derechos fundamentales directamente exigibles (o sea, indican a los poderes públicos qué es lo que no pueden hacer y muchas veces también qué es lo que deben hacer). En la medida en que tales constituciones pretenden regir la convivencia en una sociedad plural -no en vano se habla de las constituciones “del pluralismo”- ese conjunto de normas materiales reflejan la pluralidad de valores y concepciones de justicia que están presentes en la sociedad. Se reconoce la libertad de expresión, pero también el derecho al honor; la libertad de información, pero también el derecho a la intimidad; el valor de la libertad, pero también el de la igualdad; se reconoce el Estado social, pero también el Estado liberal; el derecho de propiedad, pero también su “función social”, o la tutela del medio ambiente, o la promoción del bienestar general, o el derecho a la vivienda, o a la educación; se reconoce la libertad de empresa, pero también el derecho al trabajo; el derecho de manifestación y el de huelga, pero también el orden público; el derecho a la tutela judicial, pero también la seguridad jurídica o la celeridad en la administración de justicia, etc.

Es evidente que entre todas estas normas no se advierte ninguna contradicción en abstracto, pero pueden generarse conflictos en los supuestos concretos. Los conflictos pueden presentarse en dos casos:

(a) Cuando en el enjuiciamiento de una norma o medida o decisión pública se confrontan el bien o valor constitucional protegido por ésta (N1) y otro bien o valor constitucional que resulta afectado o

limitado por la misma (N2). Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el Juez Constitucional examina la constitucionalidad de una ley; o cuando el Juez ordinario enjuicia un reglamento o un acto administrativo, o cuando examina la constitucionalidad de la ley aplicable a un caso que debe resolver.

b) Cuando en el enjuiciamiento de una conducta particular se confrontan el derecho constitucional que ampara esa conducta (N1) y otro bien o derecho constitucional que resulta afectado o limitado por ella (N2). Así, por ejemplo, cuando a propósito de un juicio por injurias se confrontan el derecho a expresarse libremente de la persona cuya conducta se enjuicia (N1) y el derecho al honor de la persona injuriada (N2).

Los supuestos de posible confrontación son múltiples. Así, por ejemplo, cabe una colisión entre la libertad personal y la seguridad pública; o entre el derecho de manifestación y el orden público; o entre la estabilidad económica y la libertad de empresa; o entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación; o entre la vida y la libertad del titular de la misma, etc.

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

No vamos a entrar aquí en el debatido asunto de la caracterización de los principios frente a las reglas. Procede simplemente recordar el diferente modo de resolver los conflictos cuando estos se producen entre reglas y cuando se producen entre principios. La diferencia puede representarse así: cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Cuando, por el contrario, la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda triunfar uno sobre otro²⁹.

En efecto, cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes para el caso de que se trate, por ejemplo entre la tutela del honor y la libertad de expresión, éste no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias (o sea, mediante la declaración de invalidez de una ellas o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra), pues la constitución no establece un sistema de prioridades absolutas entre ellas. Es más, podría decirse que

5. En general, "se está convirtiendo en un lugar común asumir que la importancia de los principios...corre paralela a la progresiva judicialización del derecho", M.Atienna y J.Ruiz Manero, las piezas del derecho,

todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma “dignidad constitucional” y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras. Las normas constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como principios; más exactamente, como mandatos de optimización, es decir como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante un juicio de ponderación, consistente a grosso modo en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto.

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

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

Pero también es verdad que en muchos otros supuestos (la mayoría) esa solución armonizadora o conciliadora no es posible y el resultado de la ponderación consiste necesariamente en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna³⁰. Precisamente por ello suele decirse muchas veces que mediante la ponderación se da valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso mayor. Pero hay que insistir, en el caso concreto. Con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado, que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso.

Es importante observar que la ponderación, por cuanto búsqueda de una solución armonizadora de la importancia de los principios en el caso concreto, estimula la argumentación moral, o en todo caso un tipo de argumentación abierta a valoraciones, por lo que es una operación notablemente discrecional: personas razonables pueden discrepar sobre su resultado. No en vano suele aludirse a ella como juicio de

Barcelona, Ariel, 1996, p.19; y en el mismo sentido L.Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.

razonabilidad. Ahora bien, ello no significa -como pretenden algunos- que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, pues cabe la posibilidad de ensayar algún método para resolver estos conflictos. De hecho, por vía jurisprudencial o doctrinal se pueden crear condiciones de prioridad en abstracto (bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro), prioridades *prima facie* (reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, "la libertad de información prevalece en principio sobre el derecho al honor") y estructuras de ponderación (exigencias de necesidad, adecuación y proporcionalidad de cualquier norma o medida restrictiva de un principio), que se establecen a partir de la idea de mandato de optimización. Pero ello no anula la discrecionalidad de la decisión.

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

2. Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad).

La ponderación va encaminada a adoptar una decisión para resolver el supuesto litigioso cuando se plantee un conflicto de principios. Para adoptar esa decisión, primero hay que construir una regla de precedencia condicionada, es decir una regla que establece las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro, y después hay que formular la decisión propiamente dicha, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia. Pues bien, la construcción de esa regla, y la adopción de la decisión subsiguiente, ha de ajustarse a una estructura de ponderación que implica cosas distintas según que el conflicto de principios responda al enjuiciamiento de una norma o medida pública o al enjuiciamiento de una conducta particular. En el primer caso, es decir, cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el principio o norma constitucional que resulta afectada o limitada por una norma o medida pública y, por otro lado, el principio o norma constitucional que pretendidamente constituye el fin o la razón de ser de esa limitación (típicamente, el caso de normas o medidas públicas que afectan derechos fundamentales), la estructura de la ponderación implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el segundo caso, es decir, cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el derecho constitucional que avala la conducta del particular y, por otro lado, el derecho, bien o valor constitucional afectado por esa conducta, la estructura de la ponderación implica tan sólo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización

posible de los principios en juego de acuerdo con las posibilidades fácticas del caso, o sea con las medidas posibles para la satisfacción de los principios en el caso. El subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto expresa la pretensión, también contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas del caso, que se determinan fundamentalmente por los principios que juegan en sentido contrario.

En detalle, los pasos del examen de la legitimidad de una norma o medida limitadora son los siguientes:

(i) Fin legítimo.

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

(ii) Idoneidad o adecuación.

La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin constitucional, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. En suma, no se puede afectar o limitar un derecho si con ello no se gana nada. Por lo demás, como indica el propio Alexy, esta idea es sustancialmente coincidente con el óptimo de Pareto: una posición (la del principio afectado) puede ser mejorada sin que la otra (la del principio perseguido por la medida limitadora) empeore³¹. Finalmente, conviene observar que el subprincipio de idoneidad representa un criterio negativo que permite determinar qué medios no son idóneos; su función no consiste pues en fijar lo idóneo sino en excluir lo no idóneo.

Para ver en qué consiste el juicio de idoneidad, tomemos el ejemplo de Alexy³².

La Ley alemana del comercio minorista, con el fin de proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud, exigía a quienes quisieran desarrollar una actividad comercial la obtención de un permiso de la Administración, para lo cual el solicitante debía

6. Cfr. el volumen *La rigidez de las constituciones escritas*, (A.Pace y J.Varela), Madrid, CEC, 1995; o V.Ferreres, "En defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es L.Prieto, para quien la

demostrar el “conocimiento técnico profesional indispensable” para ejercer la actividad de que se tratara.

Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con el preceptivo permiso de la Administración, y a consecuencia de ello un funcionario le impuso una multa.

El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales, y el Tribunal Superior de Saarbrücken, que se ocupó del asunto en segunda instancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el simple hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia legal de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías vulneraba la libertad de profesión y oficio del art.12 LF, y ello porque dicha prueba no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud. En consecuencia, esta medida vulneraba el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio.

(iii) Necesidad de la norma o medida limitadora examinada.

Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna. O, si se quiere, que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental o principio afectado. Por lo demás, también el subprincipio de necesidad es coincidente con el óptimo de Pareto: al existir un medio más benigno que otro e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra.

Veamos el funcionamiento de este subprincipio con otro ejemplo de Alexy, donde se confrontan también la libertad de profesión y oficio y la protección de los consumidores.

Una ordenanza del Ministerio alemán para la juventud, la familia y la salud prohibía la comercialización de dulces que, aun conteniendo cacao en polvo, estuvieran hechos básicamente de arroz inflado, y, por lo tanto, no fueran productos que cumplieran todas las exigencias

del chocolate. La finalidad de la ordenanza era proteger a los consumidores de posibles errores al comprar este tipo de productos.

El Tribunal Constitucional Federal consideró que tal prohibición de circulación sí era idónea para proteger a los consumidores, pero no era necesaria, porque había un medio igualmente idóneo pero menos restrictivo: el deber de marcar y etiquetar estos productos, que podía prevenir el riesgo de confusiones “de una manera igualmente eficaz, pero menos gravosa”.

Y una última consideración. El análisis de la idoneidad y la necesidad requiere hacer juicios de pronóstico sobre si tal medida será o no idónea o más benigna que otra para la consecución de un fin, por lo que no siempre resulta fácil. Así, puede resultar que no haya un conocimiento sólidamente fundado sobre la idoneidad o no de la medida restrictiva examinada, o sobre si esa medida resultará más o menos benigna que las otras medidas alternativas. Este supuesto, al que Alexy denomina el problema del margen de acción epistémico, empuja a ser deferente con el legislador: si no hay conocimientos científicamente fundados que claramente orienten los exámenes de idoneidad y de necesidad, entonces hay que reconocer la competencia del legislador para decidir con qué medios restringir los derechos fundamentales.

Por ejemplo, si está en cuestión la ley penal que sanciona la producción y comercialización del cannabis, y se plantea si la liberalización del comercio del cannabis, como medio más benigno para la libertad personal, puede resultar igualmente idóneo que la sanción penal para conjurar los peligros que dicha droga y su comercio ilegal originan (juicio de necesidad), es posible que la respuesta sea que no se sabe. En estos casos, el principio democrático impone la deferencia con el legislador, lo que exige que se respete su decisión a favor de la sanción penal.

(iv) Test de proporcionalidad en sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto al enjuiciamiento de normas y medidas públicas como al enjuiciamiento de conductas de los particulares. Este requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora (o con la conducta de un particular) examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida (o conducta) se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional. Alexy lo formula así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un

principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”³³.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres pasos. Primero hay que definir el grado de no satisfacción o de afectación de un principio; es decir, hay que definir la intensidad de la intervención en el principio. Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; es decir, hay que valorar la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y finalmente hay que decidir si la importancia de las razones para la intervención justifica la intensidad de la intervención. Es evidente que en algunos casos resultará relativamente fácil medir estas “intensidades” y grados de “importancia”, pero en otros la cuestión resultará difícil o discutible.

Sigamos con otro ejemplo de Alexy. La obligación de los productores de tabaco de poner en las cajetillas advertencias sobre los peligros que el fumar comporta para la salud constituye una intervención (de intensidad) leve en la libertad de profesión y oficio. En cambio, la prohibición total de tabaco tal vez debería ser considerada como intervención (de intensidad) grave. Si a las razones para la intervención (la protección de la salud basada en datos poco discutibles: que fumar provoca cáncer, enfermedades cardiovasculares, etc.) se les atribuye una “importancia alta”, el resultado del juicio de proporcionalidad en el primer caso parece evidente: se consideraría adecuada la medida; o si se quiere, prevalece la necesidad de proteger la salud. En cambio, en el segundo caso, ese resultado ya no estaría tan claro, pues aunque la importancia de las razones para la intervención sea alta, la intensidad de la intervención en la libertad de profesión y oficio también lo es: es una intervención grave.

Y otro ejemplo, esta vez referente a la afectación de un derecho no por una medida pública sino por la conducta de un particular. Me refiero a un supuesto típico de injurias. Supongamos que en una determinada revista R se ha llamado “chaquetero” y “estómago agradecido” a un determinado político P, bien conocido por sus rápidos y variados cambios de afiliación política. Ante una eventual demanda por injurias, parece claro que la imposición de una elevadísima multa a la revista R

rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la Constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante u

resultaría a todas luces desproporcionada, pues la afectación del honor del político P parece que habría de calificarse como media o incluso leve, mientras que la intervención en la libertad de expresión de la revista que esa multa supone habría de ser considerada de grave o muy grave. En cambio, si los insultos hubieran sido graves (supongamos, por ejemplo, que el político en cuestión ha salido absuelto de un proceso por estafa y se le insulta llamándole “estafador” y “ladrón”), la imposición de una multa igualmente grave ya no sería tan discutible, o en todo caso podría sostenerse su razonabilidad.

3. Tres observaciones sobre la ponderación.

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

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

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

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

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

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

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

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

en el caso de una libertad fundamental”³⁴.

Ahora bien, la posibilidad de principalizar un caso (y por tanto de excepcionar la aplicación de la ley en el mismo) es inversamente proporcional al grado de concreción de la ley aplicable. Como observa L. Prieto, cuanto más se parece un precepto legal al principio que lo fundamenta, es decir cuanto menor sea la concreción de su condición de aplicación, menor ha de ser también la capacidad de dicho precepto para evitar la ponderación judicial. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el tipo penal de injurias o con las normas de protección civil del derecho al honor: la inconcreción de su condición de aplicación es tal, que difícilmente impiden una ponderación judicial en el caso concreto, que puede conducir a su postergación a favor de la libertad de expresión o de información. Por el contrario, a mayor concreción de la condición de aplicación de una ley, mayor peso tiene ésta a la hora de evitar una ponderación judicial. Así sucede, por ejemplo, con la norma que prohíbe manifestarse ante el edificio del Congreso de los Diputados: su concreción es tal, que hace prácticamente innecesaria la ulterior ponderación judicial. En conclusión “cuanto mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más inviable resulta la ponderación de la justicia ordinaria”³⁵.

b) La ponderación no excluye la subsunción.

Suele decirse que la ponderación es el método de resolución judicial alternativo a la subsunción. Ahora bien, la ponderación no excluye la subsunción, no constituye en sentido estricto una alternativa a la misma. Es verdad que si no existe una colisión de principios el juez se limita a subsumir el caso en la condición de aplicación de la ley sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y se requiere ponderar, la subsunción no queda arrinconada. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso <<subsumir>>, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios”³⁶: por ejemplo, para decidir, mediante un juicio de ponderación, si las declaraciones de una persona constituyen un delito de apología del terrorismo o por el contrario son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, primero hay que decidir que el caso enjuiciado puede ser subsumido tanto en el tipo penal como en el derecho fundamental. Y en segundo lugar porque, una vez ponderados los principios en pugna y establecida la regla de decisión, ésta funciona como la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación.

7. M. García Pelayo señala que así como “el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, Obras Completas,

c) El control de la ponderación judicial plantea tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

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

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

Ahora bien, si en cuanto titular exclusivo de funciones jurisdiccionales (o de aplicación del derecho para la resolución autorizada de los conflictos), es el juez (y sólo él) quien debe decidir el caso concreto, entonces es él (y sólo él) quien, en su caso, debe ponderar los distintos bienes y valores constitucionales que están en juego. Esto es así porque la ponderación consiste en armonizar o en establecer un orden de preferencia entre los bienes o valores implicados en el caso concreto, y tal orden de preferencia no existe en la Constitución, que es el único parámetro que el Juez constitucional puede usar. Lo único que el Juez constitucional puede hacer en amparo es verificar si ha habido ponderación y si tal ponderación es razonable, en cuyo caso declarará la constitucionalidad de tal actuación. En otras palabras, la invalidación de la decisión judicial sólo procede cuando la aplicación judicial de la ley sea inconstitucional, lo que tiene lugar cuando falta absolutamente la ponderación o cuando ésta sea manifiestamente irrazonable.

Así, por ejemplo, ante una eventual colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, el juez (penal) no está obligado a priori a otorgar preferencia a uno u

otro de los derechos en juego, sino sólo a ponderar razonada y razonablemente los derechos en juego.

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

Vid. por todas, STC 210/1991, de 11 de noviembre, FJ 5º: "La selección de normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los jueces y Tribunales ordinarios, sin que sea competencia del Tribunal constitucional (...) la revisión de los criterios interpretativos. (...) E igualmente este Tribunal ha insistido en que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el derecho al acierto judicial, no quedando, por tanto, comprendidos en aquél la reparación o rectificación de errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, injusticias producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas".

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

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

la prueba.

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

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

4. A modo de conclusión.

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

2. El propio Kelsen defendía un concepto de Constitución como regulación formal de los modos de producción normativa porque advertía ya los problemas que generaría una Constitución que contuviera principios materiales de justicia: "no es imposible -escribía el autor en La garantía constitucional de la Constitución- que un Tribunal constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por ser injusta, al ser la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe aplicar. Pero entonces el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción

de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley"³⁷. Bien es verdad que este es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria, pues, desde el momento en que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el Juez constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

3. Ahora bien, la solución de los problemas que generan las constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una constitución formal, a lo Kelsen, pues una constitución así de descarnada hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo, de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los principios, al expresar valores y fines respaldados en mayor o menor grado por los diversos grupos sociales, posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural³⁸. Y este es el drama de la justicia constitucional. La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático y con el juez. Pero, por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control del poder (también del legislativo) es necesario concebir la constitución no ya (o no sólo) como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo (o también) como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurra la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión (una ley) de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la constitución no es la formal que establece quién decide y cómo se decide, sino la sustancial que establece qué es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir.

Madrid, CEC, 1991, p.3037.

8. Sobre el concepto y la extensión de la justicia constitucional, vid. la clásica obra de G.Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale* (1977), Bolonia, Il Mulino, 2ª ed., 1988; y la recopilación de trabajos de F.Rubio Llorente,

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

5. Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, y teniendo en cuenta además que, en vista de la protección de derechos, hay una tendencia a introducir en el ámbito de la justicia constitucional (incluso en los sistemas de control concentrado) mecanismos de defensa de los derechos frente a los actos de los jueces ordinarios, parece que lo único que cabría pedir de la jurisdicción constitucional es un ejercicio de autocontención; un self restraint que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y el de legalidad, por otro.

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

TEMA 4

LA MOTIVACIÓN Y LA REGLA DEL PRECEDENTE

1. ¿Proporciona la Constitución respuestas correctas? La importancia de la argumentación en la jurisdicción constitucional.

Uno de los rasgos más característicos del constitucionalismo –ya se dijo– es la transformación de la propia idea de constitución, que de contener la regulación formal de los modos de producción normativa (quién y cómo manda) ha pasado a regular también los contenidos de las leyes (qué deben mandar o qué no pueden mandar) y no siempre en términos muy precisos, sino a través de toda aquella “fraseología” que tanto espantaba a Kelsen, llena de vagas referencias a la libertad, la igualdad y, muy especialmente, la justicia. Se trata de normas de contenido altamente vago o impreciso, impregnadas muchas veces de valoraciones morales y cuyas implicaciones en los numerosos supuestos con relevancia constitucional son indeterminadas. Es más, muchas de estas normas pueden ser caracterizadas como principios, pero –como se ha visto en el tema anterior– su aplicación abre también un amplio espacio a la discrecionalidad.

Por ejemplo, en el frontispicio mismo de la Constitución española de 1978 figura la siguiente declaración: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art.1.1º), y a partir de este inicial precepto la invocación de valores, principios o directrices más o menos vagos y ambiguos se repite sin cesar hasta el último artículo de la constitución³⁹.

Igualmente, la Constitución de El Salvador se abre (art.1) con declaraciones similares: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común (...) En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

6. Cfr. el volumen *La rigidez de las constituciones escritas*, (A.Pace y J.Varela), Madrid, CEC, 1995; o V.Ferreres, “En defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es L.Prieto, para quien la rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la Constitución, pues ésta quedaría también

La eficacia jurídica de esta extensa parte material o sustantiva de la constitución, incluidos los principios⁴⁰, está fuera de duda.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, ofreciendo como único fundamento "la libertad ideológica, religiosa y de culto", consideró que la objeción de conciencia del personal sanitario a la práctica del aborto se hallaba, sin más, tutelada en nuestro derecho, a pesar del silencio que guardaba la ley despenalizadora (STC 53/1985, de 11 de abril); a partir del escueto reconocimiento del principio de autonomía universitaria, declaró la nulidad de alguna previsión legal relativa a la organización de las universidades (STC 26/1987, de 27 de febrero), etc. Lo que tampoco significa, naturalmente, que en alguna ocasión en que se pedía al Tribunal el desarrollo de un abierto activismo o constructivismo jurídico no haya decidido rechazar la invitación; así, y precisamente en relación con el valor de la justicia, dirá que "la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo", por lo que "no es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional...en aras de una 'justicia material', que, entendida como algo contrapuesto a la constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador" (STC 20/1987, de 19 febrero, FJ 3).

Por supuesto no es éste el lugar adecuado para abordar un estudio detallado de la peculiar estructura de los valores, principios y normas programáticas de la constitución, pero –y esto ya lo hemos visto en relación con los principios- parece bastante claro que su aplicación difícilmente puede explicarse en términos tradicionales de estricta subsunción, ni permite tampoco mantener la confianza -acaso infundada con carácter general- en la unidad de solución justa; por lo menos en el ámbito de la justicia constitucional.

En efecto, la idea de unidad de solución correcta para cada caso o supuesto resulta difícil de mantener en el ámbito de la justicia constitucional. De un lado, como escribe L.Prieto, porque ésta "ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto libre, el legislador, y por tanto que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la interpretación política resulte admisible o no arbitraria"⁴¹. Pero, de otro, también porque, por las razones señaladas, la Constitución no

garantizada mediante un sistema flexible, pero expícito, de reforma constitucional, "Constitución y Parlamento", en *Parlamento y Constitución*, nº5 (2001), pp.12 ss..

7. M.García Pelayo señala que así como "el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una 41. L.Prieto, "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9 (1991), p.177.

predetermina la solución a todos los conflictos y, en la medida en que el Tribunal en un ejercicio de autocontención rehúse entrar en cuestiones de legalidad ordinaria, numerosos problemas quedarán abiertos no sólo a distintas opciones políticas, sino también a diversas interpretaciones jurídicas.

Veamos un ejemplo de cada una de estas “aperturas”, los dos del TC español. El primero se refiere al examen de un Decreto-ley para verificar si en su emisión concurría el supuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” del art.86.1 CE. Aquí, el Tribunal constitucional (STC 6/1983, 4 febrero) parece consciente de que el gobierno dispone de un cierto margen de apreciación o discrecionalidad que no puede quedar suprimido; de ahí que hable de una “justificación admisible”, o de que “la iniciativa normativa aparece movida por una situación que puede calificarse como de necesidad, concebida en la forma flexible...”. El segundo ejemplo me parece aún más claro y se refiere a uno de los modos de enfocar el conflicto entre derechos fundamentales; así en la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión resulta que constitucionalmente el juez penal “no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego”, sencillamente porque no existe esa regla de preferencia en la constitución; y si se concede el amparo no es porque la sentencia hubiese adoptado una solución equivocada, sino porque no tomó en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental (STC 104/1986, de 17 de julio, FJº7).

En suma, la Constitución, y especialmente la que suele llamarse “parte programática”, no ofrece una respuesta unívoca a todos y cada uno de los casos o conflictos que pueden plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los que han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos; pero que son unos cauces sustantivos y no formales o procedimentales cuya delimitación por parte del Tribunal exige un género de argumentación de esa naturaleza, es decir, de fondo y justificación. Por eso, cuando el Tribunal hace uso de esos valores, principios y, en general, normas sustantivas como las relativas a los derechos fundamentales, tanto en vía de inconstitucionalidad como de amparo, no debe buscar la respuesta óptima o más oportuna porque sencillamente ésta no existe, sino simplemente una que pueda considerarse admisible dentro de los límites constitucionales. Es verdad que este es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, pues, desde que se acepta la plena fuerza normativa de todos los

enunciados constitucionales su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el Juez constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

Lo que esta ausencia de respuesta constitucional correcta significa es que la tarea argumentativa del Juez Constitucional es –como destaca Alexy a propósito del mandato de optimización que deriva de los principios– "en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral"⁴²; o, como escribe Zagrebelsky en relación también con la aplicación de principios, "el estilo, el modo de argumentar <<en derecho constitucional>> se asemeja al estilo, al modo de argumentar en <<derecho natural>>"⁴³. Y lo que esto significa, desde otro punto de vista, es que este tipo de normas constitucionales sustantivas más que resolver problemas práctico-morales, los plantean, es decir, reclaman del Juez constitucional, no ya una labor simplemente subsuntiva, sino el desarrollo de toda una argumentación racional que muestre las consideraciones de deber y de valor que fundamentan su decisión. Por lo demás, esa argumentación puede no garantizar el consenso ni la anhelada unidad de solución justa, "pero sí una considerable reducción de la existencia de irracionalidad (...); no lleva ciertamente al campo de la seguridad, pero sí fuera del campo de la simple opinión y decisión"⁴⁴.

En resumen, por las peculiaridades propias de las constituciones actuales, cargadas de principios y normas que juridifican valores, es difícil que la Justicia Constitucional proporcione la anhelada respuesta correcta para cada caso (sea en un juicio de inconstitucionalidad, sea en un amparo). Pero esto tampoco significa que hayamos de rendirnos al puro subjetivismo decisionista: ambas posiciones pueden considerarse superadas, tanto en relación con la justicia constitucional como con la justicia ordinaria. La decisión del Juez Constitucional se mueve en un espacio de discrecionalidad a veces de considerable anchura, y es justamente en ese espacio de discrecionalidad donde debe fructificar la argumentación racional. Desde otro punto de vista: si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y

jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando

43. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil (ley, principios, justicia)*, trad. M. Gascón y epílogo de G. Pecés-Barba, Madrid, Trotta, 1995. Y añade: "las modalidades argumentativas del Derecho constitucional se 'abren' así a los discursos metajurídicos, tanto más si se da valor a los principios de la Constitución".

44. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC., 1989, p. 304.

(sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez (y mucho menos el Juez Constitucional) no es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario.

El instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que no en vano ha sido calificada como “el signo más importante y típico de <<racionalización>> de la función judicial”⁴⁵. Es más, hay quien concibe la motivación incluso como uno de los principios rectores de la ética judicial⁴⁶.

2. La obligación de motivar.

2.1. Sentido y funciones de la motivación.

La obligación de motivar es relativamente reciente, pues pertenece a una cultura jurídica comprometida con el control del poder para la garantía de los derechos, y es por ello un fenómeno plenamente normalizado sólo a partir de las constituciones que surgen después de la segunda guerra mundial. Con todo, pese a su juventud, en las sociedades actuales regidas por el principio de Estado de derecho la necesidad de motivar los actos jurídicos se ha convertido ya en un punto incontestable y los ordenamientos suelen recogerla.

En la Constitución española, es el artículo 120.3 el que ha dado entrada a la obligación de motivar: “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

De todas formas no siempre resulta claro qué ha de entenderse por motivación, de manera que aunque la obligación (la de motivar) no se discute, las exigencias que se anudan a la misma pueden ser notablemente distintas.

Según una concepción bastante difundida (la denominada a veces concepción psicologista o mentalista) motivar una decisión consiste en explicarla, o sea, en describir o hacer explícitos los motivos que, de hecho, han conducido al juez a adoptarla; en definitiva, motivar equivale a realizar un ejercicio de sinceridad, pues consiste en confesar

45. P.Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. de H.Fix Zamudio, Buenos Aires, EJEA, 1960, p.115.

46. Así, M.Atiensa, “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?, Jueces para la democracia, 46 (2003), p.44.

por qué causas o con qué propósito se adoptó esa decisión. Esta concepción de la motivación, sin embargo, no resulta adecuada, pues en el contexto jurídico (y particularmente en la ideología del Estado de derecho) no interesa saber cuáles han sido los motivos reales que han llevado al juez a adoptar una decisión, y que pueden ser políticos, psicológicos, ideológicos, etc; lo que interesa es garantizar (y la motivación es un instrumento para ello) que esa decisión no sea arbitraria, o sea, que el poder discrecional que posee el juez para interpretar y aplicar el Derecho se haya ejercido racionalmente⁴⁷. Por ello la concepción de la motivación exigible es la que entiende que motivar una decisión consiste en justificarla, en consignar las razones que permitan entenderla como correcta o aceptable⁴⁸. Dicho brevemente, en la ideología del Estado de derecho “un fallo sin fundamentación es el paradigma de una sentencia arbitraria”; por eso “los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones (mostrarlas como correctas) pero no el de explicarlas (dar cuenta de sus motivos)”⁴⁹. Por lo demás, que la motivación ha de entenderse como justificación se pone de relieve en las funciones que se atribuyen a la misma, y que se reconducen al final a una lucha contra la arbitrariedad⁵⁰.

La principal función que se asigna a la motivación consiste en facilitar el control público o ciudadano de la decisión. Es un error pensar que la decisión judicial tiene únicamente una dimensión privada, que interesa sólo a las partes directamente afectadas por ella: la sentencia es también un acto público o colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y que por consiguiente ha de ser no sólo interna o procesalmente sino también externamente controlado. Este control externo del poder del juez se realiza plenamente allí donde su actuación sea pública y no encubierta; por ello la motivación, en cuanto

47. Ello es así -señala Aamio- porque, más allá de la fórmula de Estado de derecho, en las sociedades modernas la gente ya no se conforma con una apelación al argumento de autoridad, sino que exige razones; es decir, exige que el ejercicio del poder esté justificado. Muy simplemente, las autoridades ya no convencer con un “esto es así, porque lo digo yo”, Cfr. A.Aamio, *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica (1987), trad. de E.Garzón, Madrid, CEC, 1991, esp. p.15.

48. La cuestión de “cómo se generaron realmente las razones dadas y si éstas son las razones reales del juez, adquiere una importancia relativamente menor. Si las razones dadas están bien fundadas y son válidas no importa si son o no las razones <<reales>> del juez...Las razones realmente dadas serán juzgadas por sus propios méritos” (G.Bergholtz, “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, DOXA, 8, 1990, p.85). Y lo mismo J.Igartua: “la motivación de una sentencia no debe calibrarse con arreglo a la sinceridad del juez: lo que faculta el convencimiento de las partes, la posibilidad de recurrir a tribunales superiores, etc. es el vigor o la endeblez de las razones que esgrime el juez, no si éste es un ingenuo que lo cuenta todo o un trolero que dice lo contrario de lo que piensa” (Teoría analítica del derecho (la interpretación de la ley, Oñati, IVAP, 1994, p.95).

49. J.Aguiló, “De nuevo sobre <<independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica>>”, *Jueces para la democracia*, 46 (2003), pp.48 y 49.

50. Si se entendiera por el contrario que la función de la motivación no es tanto garantizar la racionalidad o no arbitrariedad de la decisión sino (sólo) obtener su aceptación por las partes y por el público en general, entonces la motivación no tendría que concebirse necesariamente como justificación de la decisión, pues esa aceptación podría obtenerse también por otras vías meramente persuasivas.

pública expresión de las razones del juez, facilita o permite este control⁵¹. En suma, la responsabilidad de ofrecer motivación es específicamente una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. La motivación se inserta pues en la lucha extraprocesal frente a la arbitrariedad.

A la motivación se atribuye además otra importante función que consiste en facilitar el control interno de las decisiones judiciales a través de los recursos legalmente previstos: en cuanto expresión de las razones que (pretendidamente) justifican la decisión, la motivación permite a los órganos de control un conocimiento más claro y detallado de las mismas. Se trata, pues, de una función respecto de los tribunales superiores (tanto los de apelación como los de casación y amparo), que, en la medida en que conozcan las razones que pretenden apoyar la decisión, podrán efectuar mejor su tarea. Pero se trata también de una función respecto de las partes implicadas en el proceso, sobre todo la perjudicada por el fallo, a la que el conocimiento de esas razones facilitaría su eventual impugnación. Tanto en un caso como en otro la motivación se inserta en la lucha endoprocesal frente a la arbitrariedad.

Por último, y aparte de las dos funciones anteriores, que bien pueden considerarse complementarias en la lucha frente a la arbitrariedad, la motivación desempeña también una tercera (e importantísima) función "preventiva" respecto de la actuación del propio juez, que, a sabiendas de que tiene que motivar, estaría en mejores condiciones de descubrir errores de su razonamiento que pudieran haberle pasado desapercibidos. Es decir, es muy posible que la exigencia de motivar "retroactúe" sobre el propio iter decisonal reforzando su racionalidad; más exactamente, propiciando que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados.

La motivación, en suma, en cuanto pública manifestación de las razones que pretenden justificar la decisión, es una garantía frente a la arbitrariedad. Bentham ya lo observó tempranamente: la publicidad "es el preservativo de la arbitrariedad"; "lo que menos se debe temer [de los jueces] son los poderes discrecionales que sólo se les confía con la condición expresa de que motiven en todos los casos el uso que hacen de ellos. Ese freno es suficiente, porque les deja toda la responsabilidad"⁵².

Pues bien, si se considera que la motivación es una técnica de

51. Por ello dice J. Igarúa que "la motivación de las sentencias sirve también para que cada quisque de populo o el público en su conjunto vigile si los tribunales utilizan arbitrariamente el poder que les ha sido confiado... La gente tiene derecho a saber por qué se declara culpable a alguien (si la sentencia es condenatoria) o por qué se reconoce la inocencia de alguno (si la sentencia es absolutoria)". Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p.167.

52. J. Bentham, Tratado de las pruebas judiciales, comp. de E. Dumont (1823), trad. de M. Ossorio, Buenos Aires, EJE, 1971, vol.I, p.95.

control de la arbitrariedad y que este control es tanto más importante cuanto mayor sea el espacio de discrecionalidad de la decisión a adoptar, entonces no creo que sea necesario insistir en la importancia técnica, pero también legitimadora, que presenta la motivación en el ámbito de una jurisdicción constitucional que, más que cualquier otra, ha de hacer uso de valores, principios y, en general, normas de contenido sustantivo coincidentes con postulados morales. Es decir, en una jurisdicción donde difícilmente cabe hablar en muchos casos de “única respuesta constitucional correcta”, y donde, por consiguiente, la racionalidad (y aceptabilidad) de la respuesta exige un esfuerzo argumentativo que además, teniendo en cuenta la importancia y alcance posterior del mismo, habrá de ser explicitado.

2.2. El contenido de la obligación de motivar: qué se entiende por motivación.

Hemos dicho que motivar una decisión es justificarla, no explicarla. La motivación es un tipo de justificación que se plasma en el documento de la sentencia. Pero la cuestión es determinar como ha de cumplirse esa obligación de motivar. O más exactamente, cuándo ha de considerarse suficiente la motivación (justificación) que aparece en la sentencia.

Si la principal función de la motivación consiste en permitir el control público de la decisión, entonces la motivación ha de orientarse a hacer de la sentencia un documento autosuficiente, que se explique a sí mismo; un documento que permita al lector externo, es decir, a quien no ha participado en el enjuiciamiento, hacerse una idea clara de las características del litigio y el fundamento de la decisión. Dicho de manera sucinta: la motivación ha de ser explícita y completa; por consiguiente no basta con una motivación sobreentendida, o parcial, o que remita a las actas.

A este respecto no pueden ser más insatisfactorias ciertas doctrinas sobre la motivación que cada día cobran más predicamento en la praxis judicial y son avaladas por alguna dogmática. Se trata de las doctrinas de la motivación implícita, la motivación parcial y la motivación por remisión.

La motivación implícita o no expresa tiene lugar cuando se señala, por ejemplo, que aunque la resolución judicial no contenga manifestación expresa del juicio que ha llevado al juez a adoptarla, ello no significa que carezca de motivación suficiente, “puesto que los datos de hecho consignados en la misma, contemplados en relación con los que obran en el proceso y en la sentencia de la cual es consecuencia, revelan de manera suficiente, aunque sea implícita, las razones y el

discurso lógico que determinaron la decisión judicial”⁵³. Es evidente, sin embargo, que con la motivación implícita se defraudan las dos principales funciones que la motivación está llamada a cumplir, la extraprocesal y la endoprocesal: si no se expresan las razones que pretendidamente apoyan la decisión, difícilmente podrá decirse que el ejercicio de poder que la decisión representa se somete a un control público o democrático, y difícilmente podrá ejercerse sobre ellas un control jurídico posterior. En realidad, el recurso a la motivación implícita permite considerar motivado lo que, en puridad, carece de toda motivación. Por ello es una de las doctrinas sobre la motivación más criticables.

La doctrina de la motivación parcial, escueta, sucinta, lacónica o poco intensa sostiene que la obligación de motivar puede verse cumplida sin necesidad de un análisis excesivamente detallado de las razones justificatorias; es decir, sostiene que para cumplir la obligación de motivar no es obligado realizar “un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado (...) sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”⁵⁴. Es más, a veces se admite incluso que los razonamientos puedan ser expuestos “por referencia a los que ya constan en el proceso”⁵⁵. La jurisdicción de apelación, por ejemplo, rechazando un recurso, puede limitarse a hacer suyos los motivos de la decisión tomada. Es decir, se admite también, por suficiente, la llamada motivación por remisión.

La doctrina de la motivación parcial o no exhaustiva es merecedora de crítica, pues permite considerar bien motivadas decisiones que sólo lo están de manera incompleta, y por tanto insuficiente. Y no menos criticable resulta la técnica de la motivación por remisión, pues es evidente que, al “facilitar” enormemente el cumplimiento del deber de motivar, esta técnica puede propiciar (sobre todo teniendo en cuenta el volumen de asuntos que a veces tienen los órganos jurisdiccionales) la conformidad del juez con los razonamientos ya expuestos en el proceso, por más débiles e insuficientes que estos sean, omitiendo así un esfuerzo argumentativo que podría haber conducido a depurarlos e incluso a abandonarlos (y con ellos la decisión que soportan); es decir, la técnica de la motivación por remisión puede propiciar que se asuman decisiones poco satisfactorias o racionales por el fácil expediente de la remisión a su motivación.

53. Extraigo la afirmación de la STC 122/1991, de 3 de junio, FJ segundo.

54. Tomo la afirmación de la STC 14/1991, FJ segundo.

55. Esta es una doctrina reiteradísima en la mayoría de las jurisprudencias. En España cfr. por todas STC 70/1990, de 5 de abril, FJ quinto y STC 146/1990, de 1 de octubre, FJ segundo.

3. La regla del autoprecedente como garantía de argumentación racional.

En relación con la motivación entendida como justificación de la decisión, una importancia especial tiene la regla o técnica del autoprecedente, que es básicamente una regla de argumentación en el ámbito de las decisiones discrecionales.

3.1. El autoprecedente como regla argumentativa.

Los precedentes son los criterios interpretativos usados por los órganos jurisdiccionales en casos anteriores sustancialmente idénticos al caso que se considera. Así como se habla de precedente vertical para hacer referencia al recurso al precedente de un órgano judicial superior al que debe adoptar una decisión, y de precedente horizontal para hacer referencia al precedente de otro órgano del mismo nivel jerárquico, se denomina autoprecedente al que procede del mismo órgano que adopta la decisión. El autoprecedente consiste, pues, en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes, razón por la cual a veces se hace referencia a él como “precedente doméstico”. Este tipo de precedente preserva también –como vertical y el horizontal– el valor de la igualdad en la aplicación de la ley o de la justicia uniforme, aunque ahora en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, pero su fundamento hay que buscarlo en la regla de la universalización expresada en el imperativo kantiano, que ordena obrar <<según el criterio que queramos ver convertido en ley universal>>. En otras palabras, la adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del derecho no puede atribuirse al ideal de juez único, como sucede en el precedente vertical, ni tampoco a una ideología gremial de aceptación de los criterios mayoritarios, como sucede en el precedente horizontal, sino que constituye exclusivamente una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de justicia formal que es el requisito de la universalizabilidad. A diferencia pues del precedente vertical, que juega en la argumentación el mismo papel que la ley y garantiza la unidad de solución correcta, el autoprecedente juega en la argumentación tan sólo el papel de una regla argumentativa: el criterio de universalizabilidad⁵⁶. Merece la pena detenerse sobre esta cuestión.

En la medida en que las decisiones jurídicas remiten en muchas ocasiones a consideraciones de tipo práctico general, o como dice Alexy, en la medida en que la argumentación jurídica es una modalidad especial e institucionalizada de argumentación moral, el principio de universalizabilidad, que es esencial a todo razonamiento práctico, desempeña también un papel importante en la justificación de las

56. He argumentado sobre ello en M.Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

decisiones jurídicas. Y es que cuando en el proceso de interpretación el juez se halla ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito del mismo problema, cuando las leyes, la jurisprudencia o los llamados métodos de interpretación ya no garantizan la decisión correcta, entonces la universalizabilidad de la decisión viene a representar la última trinchera de racionalidad. Y el principio de universalizabilidad encuentra justamente su traducción jurídica en el respeto al propio precedente; es decir, en la regla del aut precedente.

Como traducción jurídica del principio de universalizabilidad, la regla del aut precedente se proyecta en la argumentación jurídica de dos modos: hacia el pasado y hacia el futuro⁵⁷.

Hacia el pasado: imponiendo al órgano judicial la obligación de resolver los casos del mismo modo en que haya resuelto otros casos sustancialmente idénticos con anterioridad.

Hacia el futuro: imponiendo al órgano judicial la obligación de usar en la resolución de un caso el mismo criterio que estaría dispuesto a utilizar en la resolución de casos futuros similares.

La consecuencia de todo ello es la siguiente: el órgano judicial está vinculado a su propia jurisprudencia, pero si decide apartarse de la misma (por no estimarla ya correcta o por estimar que las circunstancias sociales han cambiado y reclaman una nueva interpretación) tiene la carga de justificarlo, justificación que se entenderá cumplida si es capaz de mostrar que la nueva interpretación constituye un criterio universalizable; esto es, un criterio que, por considerarlo correcto, está dispuesto a aplicar en todos los casos futuros iguales.

En suma, la regla del aut precedente, como regla que disciplina la argumentación en los casos difíciles, o sea, en aquellos casos en los que el sistema jurídico deja al juez sin mucha guía para la acción, podría formularse así: el criterio que ha de utilizarse para resolver ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior sustancialmente igual, pero también y sobre todo el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares.

3.2. El aut precedente como exigencia jurídica según una interpretación constitucional.

Aunque la regla del aut precedente sea una exigencia de la racionalidad allí donde no existe unidad de solución correcta, puede concebirse también, sin grave esfuerzo, como una exigencia del

57. Así lo ha visto, a mi juicio muy acertadamente, N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p.97.

ordenamiento jurídico; y más concretamente de la Constitución. Así se ha interpretado en el ordenamiento jurídico español, donde el Tribunal Constitucional, mediante una construcción arriesgada, viene imponiendo dicha regla a los jueces ordinarios como una exigencia constitucional derivada del principio de igualdad consagrado en el art.14 CE.

En efecto, el Tribunal constitucional español ha desarrollado un instrumento de fiscalización general sobre la aplicación de la legislación ordinaria que supone convertir la argumentación racional en una exigencia de constitucionalidad. En síntesis, dicho mecanismo de control, articulado a través del recurso de amparo por violación de la "igualdad en la aplicación de la ley" (art.14 CE), implica que existe una presunción favorable a la homogeneidad jurisprudencial que obliga al juzgador a resolver los casos con arreglo a los mismos criterios observados en supuestos anteriores sustancialmente idénticos, de manera que cuando entienda que debe apartarse de la línea jurisprudencial mantenida hasta entonces debe justificarlo suficiente y razonablemente. En palabras del Tribunal, "lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad...siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con total uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad"⁵⁸. En suma, en cuanto control que versa solamente sobre el cambio de jurisprudencia de un mismo órgano, y no sobre los concretos criterios interpretativos utilizados, la doctrina del precedente constituye un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad, un control de racionalidad sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales que es, en realidad, la traducción jurídica de la regla de universalización que preside todo razonamiento práctico⁵⁹.

Al constituir el control del precedente una regla de racionalidad tendente a garantizar la actuación no arbitraria de los tribunales, se mantiene incólume el sistema de fuentes articulado en torno al principio de legalidad, pues en verdad estamos ante una regla formal, y no sustantiva, que lo único que exige es un género de motivación especial para las decisiones judiciales que se separen de la línea jurisprudencial precedente. Ahora bien, en la medida en que estamos ante una mera regla argumentativa, y no ante un elemento más del sistema de fuentes, debería vincular también al propio Juez Constitucional. Sobre todo porque si, como hemos visto, el desarrollo de una argumentación racional no puede asegurar en todo caso el consenso ni la unidad de solución correcta, en especial cuando ha de operar sobre el más o menos

58. STC 201/1991, de 28 de octubre, FJº2.

59. Me permito remitir a mi trabajo la técnica del precedente y la argumentación racional, Madrid, Tecnos, 1993.

inestable mundo de los valores y principios, parece que el respeto al propio precedente, como exigencia del principio formal de universalidad, se convierte en una última garantía de seguridad y certeza⁶⁰.

Lo anterior significa que el Juez Constitucional también debería evitar sentencias *over ruling* demasiado frecuentes, y en todo caso debería justificarlas de acuerdo con las exigencias del principio de universalizabilidad: es decir, de mostrando que el cambio de criterio es consciente y expresando claramente el criterio en que se fundamenta, que ha de poder pasar el test de la universalizabilidad. Sin embargo, lamentablemente, los jueces constitucionales no siempre actúan de manera escrupulosa en este punto.

Desde luego, en la experiencia del tribunal constitucional español no parecen faltar excepciones a esta regla⁶¹. Quizás uno de los ejemplos más claros sea el constituido por la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que extendió a las uniones de hecho el derecho a la subrogación en el contrato de arrendamiento previsto por el art.58.1º LAU, cuando sólo dos años antes, mediante STC 184/1990, el Tribunal había declarado constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador no extendiese el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho. Y ello sin que se expliquen las razones de ese cambio, cuando se trata, sin embargo, de derechos análogos desde la perspectiva constitucional. Por ello, resulta comprensible la perplejidad manifestada, a través de un voto particular, por el magistrado Rodríguez Bereijo, a quien le resultaba difícil entender por qué el Tribunal reconocía ahora lo que antes había negado. "No se trata, claro está, de <<sacralizar>> el respeto a la jurisprudencia constitucional de modo que resulte imposible su cambio o modificación". Pero el cambio "debe hacerse, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada", pues "si los cambios u oscilaciones bruscos en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata". Y es que, en efecto, el *overruling* entraña graves riesgos para la seguridad jurídica "cuando

60. Como escribe R.Alexy, "las reglas del discurso no permiten siempre encontrar precisamente un resultado correcto. Con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible. El llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad", Teoría de la argumentación jurídica, cit., p.264.

61. Así SSTC 24/1981, de 14 de julio, y 119/1987, de 16 de diciembre, a propósito de la impugnación de la ley antiterrorista; SSTC 25/1984, de 23 de febrero, y 140/1986, de 11 de noviembre, sobre el carácter de ley orgánica de la normativa penal; y SSTC 15/1982, de 23 de abril; 53/1985, de 11 de abril, y 160 y 160/1987, de 27 de octubre, sobre la objeción de conciencia. Vid. más ampliamente, L.Prieto, "Notas sobre la interpretación...", cit., pp.195-96.

la propia sentencia que lo lleva a cabo pretende desconocerlo y, en consecuencia, omite toda explicitación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional, sino también (...) del criterio preciso en que se fundamenta". En suma, desconociendo la regla del precedente que él mismo ha elaborado, el Tribunal "corre el riesgo de caer en el puro decisionismo o en la "justicia del Cádiz" haciendo justicia material del caso a través de la "optimización" a golpe de Sentencia"⁶².

Insistamos en que no se trata de conferir al autoprecedente del Juez Constitucional un valor absoluto, porque este puede hacer uso de la facultad *over rule*, pero es evidente que la propia centralidad y autoridad que representa en el sistema debería recomendar cautela y una argumentación esmerada en el cambio de criterios jurisprudenciales; aunque desde luego esta cautela debería presidir su actuación en todo caso. Muy resumidamente, la regla del autoprecedente tiene una importancia muy especial desde la perspectiva de la argumentación jurídica y de su función legitimadora

A este respecto, señala G.Zagrebelsky que los "cambios de orientación, sentencias *overruling* demasiado bruscas cuestionarían la idea misma de la justicia constitucional (como de cualquier otro tipo de justicia), que postula soluciones iguales para casos iguales. Naturalmente, el arte de la distinción siempre es posible y el Tribunal recurre frecuentemente a él para argumentar la especificidad del caso a decidir respecto a otros ya decididos...Pero allí donde no existe dicha posibilidad de distinción, la fuerza del precedente se hace sentir"; "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución", en *División de poderes...*, cit., pp.174-175.

62. Fragmentos extraídos del voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo.

TEMA 5

EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DEL JUICIO DE HECHO

1. Las exigencias constitucionales sobre el juicio de hecho.

1.1. Planteamiento.

Recordemos que el Juez Constitucional parece llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total abstracción de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subyacen a los concretos casos de aplicación de las mismas. Es decir, el control de constitucionalidad se agota en la confrontación de la norma (abstracta) de la constitución con la norma (abstracta) de la ley y/o con los actos de aplicación de la misma. Por lo que respecta a esta segunda cuestión o límite, que hace referencia al amparo constitucional, el juicio de constitucionalidad excluye el conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad. El Juez Constitucional, en amparo, no debe dar respuesta a hechos, pues no puede ocupar el lugar del juez. Su función consiste en verificar si su actuación ha sido ajustada a la Constitución, pero no en revisar el modo de aplicar el derecho a casos concretos y mucho menos la propia valoración de la prueba.

El hecho de que -como se indicó en el tema 1-sea difícil que el Juez Constitucional mantenga la autocontención en este punto no quita un ápice de fuerza a la afirmación anterior: la justicia constitucional en amparo no puede ser -porque ello desvirtuaría su sentido- una última instancia jurisdiccional, y desde luego no puede ser una última oportunidad de fijación de los hechos o de nueva valoración de las pruebas. Ahora bien, ello no significa que el juicio de hecho carezca de relevancia para el Juez Constitucional. Hay una serie de exigencias constitucionales que se proyectan -explícita o implícitamente- sobre el juicio de hecho y sobre las que el Juez Constitucional, como máximo intérprete de la constitución, debe pronunciarse. Naturalmente las previsiones constitucionales que tienen que ver con el juicio de hecho son de muy variado tipo. Aquí, sin embargo, me voy a centrar en las que tienen que ver con el ejercicio racional del poder en el juicio de hecho, y por tanto con las exigencias constitucionales de control de esa racionalidad.

1.2. Prueba racional y motivación.

Ningún esquema político basado en el control del poder -y el Estado constitucional de derecho responde a esta caracterización- puede amparar en su seno espacios incontrolados de decisión judicial. Esto es algo mayoritariamente asumido en nuestros días, y, de hecho, esta es la razón por la que la obligación de motivar las sentencias -en cuanto técnica frente a la arbitrariedad- se ha convertido ya en una exigencia incontestable en nuestra cultura jurídica.

Sin embargo esto no ha sido así en el ámbito de la prueba, donde la cultura de la motivación ha encontrado, y aun encuentra, una especial resistencia. Ello parece obedecer a que el juicio de hecho ha pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de cuestiones jurídicas “no problemáticas”, sea a una “zona de penumbra” donde reina el arbitrio judicial. La primera tendencia presupone una visión extremadamente ingenua e irreal del procedimiento decisorio o valorativo que entiende que éste proporciona una verdad incontrovertible, por lo que la motivación es innecesaria. La segunda tendencia presupone que la prueba es el ámbito de las intuiciones, la subjetividad, las corazonadas y la irracionalidad, por lo que la motivación sólo puede ser concebida como racionalización a posteriori de una decisión que se ha tomado al margen de cualquier procedimiento racional; es decir, la motivación, entendida como justificación, es imposible⁶³.

Un análisis mínimamente reflexivo sobre el proceso de toma de decisión (o más precisamente, de valoración de la prueba, que constituye su núcleo esencial) conduce al rechazo tajante de cualquiera de estas dos posturas: ni es aceptable una concepción puramente irracional, intuitiva o subjetiva del proceso decisorio, ni es tampoco aceptable una concepción tan ingenua, acrítica o mecanicista del mismo. Lo primero porque si lo que hay que probar es la verdad de las afirmaciones sobre hechos controvertidos o litigiosos (o sea, su correspondencia con los hechos que describen), entonces la valoración no puede verse como un modo (libérrimo) de formación o construcción de una verdad procesal ajena al control de los hechos, sino que ha de estar basada necesariamente en pruebas. Lo segundo porque la prueba judicial, sí, es una actividad encaminada a conocer (sobre la base de las pruebas aportadas al proceso) la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos, pero, tratándose de un conocimiento de tipo inductivo e institucionalizado, o sea sometido a limitaciones⁶⁴, los resultados que produce no son incontrovertibles sino sólo probables.

63. La motivación sería aquí, como señala Wróblewski, pura mistificación hecha con fines ideológicos (Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Madrid, Tecnos, 1985, trad. de A. Azurza, p.60)

64. Me he ocupado ampliamente de la naturaleza y características de la prueba en Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 2004, al que me permito remitir.

Muy simplemente, el proceso decisorio o valorativo (el juicio de hecho) es tan problemático o más que el juicio de derecho, y desde luego puede estar impregnado de irracionalidad porque en él pueden hacer también entrada elementos intuitivos o puramente subjetivos; es, en fin, el momento de ejercicio del poder judicial donde el juez es más soberano y en consecuencia puede ser más arbitrario⁶⁵. Es precisamente la conciencia de ese inmenso poder que el juez administra así como la aspiración a ejercerlo racionalmente lo que auspicia una concepción racional de la (libre) valoración: valorar libre y racionalmente consiste en determinar si, a la vista de las pruebas o informaciones disponibles, es razonable aceptar como verdaderas (o probables en grado suficiente) ciertas afirmaciones. Pero entonces es necesaria (y posible) la motivación, es decir, la explicitación de las razones que permiten sostener que esas aserciones pueden aceptarse como verdaderas. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva e incontrolable (“íntima”, en la terminología al uso), con lo cual se abandonaría la racionalidad para entrar en el campo del puro decisionismo judicial.

Y sin embargo la obligación de motivar la prueba, o no ha entrado aún plenamente en la cultura jurídica, o ha entrado pero adolece de muchos déficit e insuficiencias. Las más evidentes tienen que ver con el estilo y el alcance que se da a la obligación de motivar: la presencia abrumadora de la técnica del relato y de las figuras de la motivación implícita, parcial o por remisión, constituyen los ejemplos más sangrantes. Aunque quizá la más grave sea la existencia todavía de grandes espacios del juicio de hecho que escapan a la motivación.

Que la situación descrita debe ser superada no puede ofrecer ninguna duda, y que la Justicia constitucional no puede permanecer impasible frente a ella, tampoco. Y esto porque –no importa insistir en ello– si las constituciones de nuestros días consagran la cultura de los derechos frente al poder, la existencia de espacios de ejercicio del poder judicial exentos de control supone un riesgo para la garantía de los derechos, y por consiguiente contradice la lógica del Estado de derecho, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder.

2. Hacia una concepción racional de la motivación de la prueba.

2.1 El estilo analítico de la motivación.

Cabe diferenciar en principio dos grandes técnicas o estilos de motivar: uno analítico o atomista y el otro holista o globalizador⁶⁶.

65. P.Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, cit., p.261.

66. Estos dos grandes estilos se corresponderían con los dos grandes métodos (analítico y holista) de decisión sobre los hechos. Para un análisis más detallado cfr. W.Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1985, pp.183 ss. Y en español M.Taruffo, *La prueba de los hechos* (1992), trad. J.Ferrer, Madrid, Trotta, 2002, pp.307 ss., y bibliografía cit.

La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica globalizadora, en cambio, consiste, grosso modo, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa.

En la práctica judicial domina abrumadoramente la técnica del relato, que basa la justificación en la coherencia y persuasividad de la narración y que está muy vinculada al principio de valoración o apreciación conjunta de la prueba; de hecho, la configuración del relato de los hechos de la causa se produce teniendo en cuenta valoraciones de conjunto más que los concretos elementos de prueba. Es más, el principio de valoración conjunta propicia esta técnica, pues si el juez puede valorar libremente la prueba con fundamento en la apreciación conjunta, no debe extrañar que, con el exceso de trabajo que pesa sobre los tribunales, termine haciendo un relato genérico de los hechos probados sin razonar los motivos ni las fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido⁶⁷.

Ahora bien, el relato, como técnica de motivación, debe ser rechazado, pues no se ve qué tipo de justificación puede aportar: el relato presupone la verdad de los enunciados que lo componen, pero no constituye per se justificación de los mismos. Dicho de otro modo, nada impide que la decisión probatoria pueda concluir con un relato, pero no con cualquier relato, por más coherente y persuasivo que éste sea, sino con uno que pueda estimarse verdadero, y por tanto esa veracidad deberá justificarse. El relato, pues, no exime de la necesidad de justificar las afirmaciones que lo componen. Por eso la técnica motivatoria del relato debe ser sustituida por la analítica, consistente en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Más exactamente, la motivación ha de consistir "en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración"⁶⁸. Este es el único estilo de motivación que permitiría controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados, y controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación.

67. Los lamentos sobre los perversos resultados que la práctica de la valoración conjunta tiene para la motivación son numerosos. A título de ejemplo, cfr. M.Sera Domínguez, "El derecho a la prueba en el proceso civil español", Libro Homenaje a Jaime Guasp, Granada, Comares, 1984, p.582; V.Cortés, en J.Almagro y otros, *Derecho Procesal*, Tomo I (vol.I), Parte general, Proceso Civil (I), Valencia, Tirant lo Blanc, 3ª ed., 1988, p.385; J.Montero Aroca, *La prueba en el derecho civil*, Madrid, Civitas, 1996, p.324; y M.Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p.143.

68. P.Andrés, "De nuevo sobre la motivación de los hechos", *Jueces para la democracia*, 22 (1994), p.87.

En suma, el recurso al relato como método de motivación no puede ser más nefasto desde el punto de vista de la racionalidad jurídica. Este es pues un aspecto de la praxis de la motivación de la prueba que merece ser revisado (y criticado) desde una perspectiva racional.

2.2. La motivación expresa y completa.

Otro importante déficit de la praxis de la motivación lo constituye el hecho de que no se presta demasiada atención a las exigencias que derivan de la obligan de motivar, de manera que, con demasiada frecuencia, cualquier cosa termina valiendo como motivación. Muy brevemente, las exigencias de motivación se relajan en exceso.

Así sucede, en primer lugar, cuando se admite que la motivación puede ser implícita o no expresa; que, en definitiva, la ausencia de explicitación de las razones que fundamentan el juicio no significa carencia de motivación, porque ésta puede surgir, aunque implícitamente, de los datos consignados en la sentencia y de otros que obran en el proceso. No importa reiterar, sin embargo, que la motivación implícita defrauda las funciones extraprocesal y endoprocesal que la motivación está llamada a cumplir, y que supone, en rigor, una falta de motivación (vid. tema 4).

Pero además, en segundo lugar, se produce otra rebaja en el deber de motivar cuando se insiste en que no es necesaria una motivación exhaustiva o pormenorizada y que la exigencia de motivación suficiente puede entenderse cumplida con una motivación parcial. Sin embargo, la doctrina de la motivación parcial o no exhaustiva, tan aparentemente inocua, tiene efectos demoledores sobre la motivación, pues al establecer que la Constitución “no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado”⁶⁹, permite considerar suficientemente motivadas aquellas decisiones en las que el órgano jurisdiccional sólo da razones de por qué se han atendido las pruebas que apoyan directamente la decisión pero sin indicar al propio tiempo las razones por las que se han rechazado o no se han atendido aquellas pruebas que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta. Se comprenderá sin esfuerzo que esta praxis es una forma de burlar el sentido de la motivación, pues de nada sirve exigir la motivación de la decisión probatoria si luego se permite la selección, a efectos justificatorios, de las pruebas: resultará muy fácil a un juez o tribunal excluir en la motivación aquellas pruebas relevantes cuyos resultados no coincidan o contrasten con la reconstrucción de los hechos que pretenden justificar. Por eso, si no quiere escamotearse a la motivación

69. Auto del Tribunal Constitucional 307/1985.

su sentido justificatorio no debería rebajarse la exigencia de examinar y valorar todas las pruebas relevantes, y por consiguiente también (o sobre todo) las que no avalan la reconstrucción de los hechos que se justifica.

En general, toda esta doctrina sobre la motivación implícita o parcial, que por lo demás afecta tanto a la fundamentación jurídica de la sentencia como a la fáctica, resulta ciertamente desgraciada. Y ello porque -ya se dijo- la motivación (particularmente por la función extraprocesal que cumple) debe orientarse a hacer de la sentencia un documento autosuficiente, que se explica a sí mismo; un documento que muestre cómo de la actividad probatoria realizada se llega racionalmente al relato fáctico resultante. En definitiva, la motivación debe estar hecha de tal modo que “permita al lector externo (y más si carece de cualificación técnica) una comprensión cabal de lo sucedido en el enjuiciamiento y del fundamento de la decisión”⁷⁰.

2.3. Deben motivarse todas las pruebas: también la prueba directa.

Pero quizás la insuficiencia más grave que presenta la praxis de la motivación de la prueba sea que, merced a una serie de malentendidos y lastres irracionalistas, siguen quedando exentas de motivación amplias áreas del juicio de hecho.

No puede negarse que en los últimos años la mayoría de los sistemas jurídicos (particularmente a través de la jurisdicción constitucional) han ido extendiendo la necesidad de motivar también al ámbito de la prueba, y en concreto a lo que constituye su núcleo fundamental: la valoración.

Si el proceso valorativo fuese meramente interno -dice el Tribunal Constitucional español- no habría manera de controlar si es arbitrario, irracional o absurdo (es decir, si, en el caso del proceso penal, se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia) (STC 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 5). Por eso, aunque la legislación procesal no obligue a motivar esta parte de la sentencia, es un imperativo constitucional (ex art.120.3) que la sentencia “recoja en su texto el desarrollo lógico que lleva al juzgador a considerar probados los hechos que fundamentan la condena”. Dicho con más precisión, la motivación tiene por finalidad expresar “las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración”; porque no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, pero sí se le pide “que exprese los criterios que han presidido la valoración de los indicios para llevarle a considerar probados los hechos” (STC

70. Con estas palabras se afirma el requisito de la motivación expresa y completa en la (en esto excepcional) STS 333/2001, Sala Penal, de 7 de marzo, FJ primero (Ponente Perfecto Andrés Ibáñez).

174/1985, de 17 de diciembre, FJ séptimo).

Ahora bien, la mayoría de las veces, la apertura de la doctrina constitucional a la motivación de la prueba se circunscribe a la denominada prueba indiciaria o indirecta, porque las exigencias de racionalidad (y consiguientemente de motivación) se debilitan en relación con la denominada prueba directa. Más exactamente, cuando se trata de la prueba indiciaria la valoración libre no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno, pero cuando se trata de la denominada prueba directa el mismo principio (el de libre valoración libre) ampara justamente la tesis contraria: la de que no es exigible, porque es incluso imposible, la motivación. Esta doctrina -aplaudida o por lo menos bien acogida por un importante sector de la literatura jurídica- se explica a mi juicio por una errónea percepción de la denominada prueba directa que se vincula a una concepción extremadamente subjetivista del principio de libre valoración en el ámbito de la inmediación. Veámoslo con más detalle.

(i) La prueba directa.

Una de las distinciones más habituales en el discurso sobre la prueba es la que media entre prueba directa y prueba indirecta. Aunque no existe unanimidad sobre el criterio que funda esta distinción, puede decirse que la concepción "canónica" de la misma, por ser la normalmente usada por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia, entiende que ésta se cifra en la ausencia o presencia de razonamientos o inferencias. Prueba directa, cuyo ejemplo paradigmático es la testifical, es aquella que versa directamente sobre el hecho que se pretende probar, por lo que la convicción judicial sobre ese hecho surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba. Prueba indirecta o indiciaria es aquella en la que el hecho que se pretende probar surge mediante el razonamiento o la inferencia a partir de otros hechos (o indicios) acreditados. Además, y conectado con lo anterior, parece que la espontaneidad en un caso y la necesidad de razonar en el otro conlleva también una diferente calidad epistemológica (y por tanto un diferente valor o fuerza probatoria) de los resultados de ambos tipos de prueba: mayor en el primer caso, "por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad y por tanto de imparcialidad"; menor en el segundo, porque "hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia".

Tomo la definición de estas pruebas recogida en la jurisprudencia española.

Son supuestos de prueba directa aquellos en los que "la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo

e inmediato del medio de prueba utilizado: documentos, testigos, etc. Su valoración no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad. El problema, la dificultad y el peligro surgen con la prueba indirecta...Hace entrada en ella la subjetividad del juez, en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia" (STC 169/1986, FFJJ primero y segundo).

Esta distinción, sin embargo, no resulta aceptable, pues se funda en una acrtica percepción de la llamada prueba directa. Analizada rigurosamente, la declaración del testigo T_a: <<vi a A disparar a B y a éste caer muerto>>, ejemplo de prueba directa, no prueba por sí sola (directa y espontáneamente, sin necesidad de raciocinio) el hecho que se pretende probar (que A mató a B); lo único que esta declaración prueba por sí sola es que <<el testigo T_a dice que vio a A disparar a B y a éste caer muerto>>. La declaración de T_a probará que <<A mató a B>> sólo si T_a dice la verdad (es decir, si no miente, ni sufrió un error de percepción, ni ahora sufre errores de la memoria); pero este dato (que T_a dice la verdad) no surge espontáneamente de ningún sitio, sino que es el resultado de inferencias del mismo tipo que las que definen la prueba indirecta. Por tanto, desde el punto de vista del razonamiento no hay ninguna distinción esencial entre la llamada prueba directa y la indirecta, pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase.

Las apreciaciones que acaban de hacerse tienen consecuencias importantes: si entre la llamada prueba directa y la indirecta no hay ninguna diferencia esencial, tan exigible (y posible) es la motivación de la primera como la de la segunda. Sin embargo, en la doctrina y en la praxis judicial sigue muy presente esa errónea concepción de la prueba directa comentada que hace de la motivación una tarea inexigible e imposible. Y ello en virtud de una interpretación de la libre convicción como convicción íntima y libérrima que el juez obtiene en la inmediatez con el material probatorio.

(ii) Concepción subjetivista de la libre convicción
Históricamente la inmediación, es decir la intervención personal y directa (in-mediata) del juez en la práctica de la prueba, se vincula a la construcción de un proceso oral y público como medio más idóneo para garantizar el ejercicio no arbitrario del poder y para asegurar una verdad procesal de superior calidad que la proporcionada en un proceso escrito y secreto. En este contexto la inmediación, es decir, el contacto

directo o libre de interferencias del juez con las fuentes de prueba, y particularmente las de carácter personal, responde justamente a esa necesidad concentrar los actos procesales (y por tanto también los de prueba) en el proceso público, evitando que las pruebas lleguen a él ya formadas o contaminadas. Por eso la inmediación, rectamente entendida, es una técnica de formación de las pruebas, y “su vigencia impide al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho”⁷¹. Y por eso la inmediación suele presentarse como la condición inexcusable para la libre valoración, pues sólo fundando el juez su convicción en la percepción inmediata recibida y no en referencias ajenas –se argumenta– puede reputarse ésta como libre.

Ahora bien, la idea que ha arraigado en la doctrina y sobre todo en la praxis judicial (el punto de vista tópico) es que la inmediación es un método de adquisición de conocimiento, o de convencimiento del juez⁷²; que la gran ventaja (e incluso el sentido) de la inmediación consiste en proporcionar al juzgador la percepción directa de características de la declaración como la expresión del rostro, el tono de la voz, la firmeza o vacilación en las afirmaciones, los gestos de turbación o sorpresa ante las preguntas y otras tantas circunstancias a través de las cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración. Pero si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al material probatorio (a través de la cuál se da cuenta si el testigo tiembla o titubea, si suda o está entero, y -mediante todo ello- si dice la verdad o miente⁷³), entonces esa convicción no es susceptible de exteriorización ni por consiguiente de motivación y control.

Un ejemplo claro de la conexión entre concepción subjetivista de la libre valoración y enervación del deber de motivar: “La convicción que, a través de la inmediación, forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación” (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1993. Subrayado Añadido). Y otro ejemplo: se considera bien motivada la sentencia impugnada porque “expresa

71. P.Andrés, “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica), *Jueces para la democracia*, 46 (2003), p.58.

72. *Ibidem*, pp.59 y 65.

73. Esta es -insistimos en ello- una tesis sostenida tranquilamente en la doctrina y la jurisprudencia. Valga otro ejemplo contundente: “Se trata -dice el Tribunal Supremo español- de valorar en la vista los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquellos [los jueces] fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones” (STS, Sala Penal, de 24 de mayo de 1996).

paladinamente la fuente probatoria de la que se vale prioritariamente (las declaraciones de la víctima) y porque sugiere también la credibilidad de los testimonios utilizados (...) Puede parecer una explicación parca, pero no es lo decisivo...la extensión, el detalle o la claridad en la expresión de los motivos, sino su propia existencia y su suficiencia para transmitir las razones jurídicas esenciales de la decisión judicial. Es palmario que ello sucede así en la sentencia impugnada, máxime cuando (...) la convicción del juzgador se fundamentó en percepciones inherentes a la inmediación judicial que son de difícil comunicación” (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ séptimo. Subrayados añadidos).

En otras palabras, como es evidente que las impresiones recibidas por el juez en la inmediatez con el material probatorio (y sobre las que se funda la convicción) no pueden ser comunicadas, lo que viene a sostenerse es que en el ámbito de la inmediación el juez es dueño de su valoración. La libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y esencialmente incommunicable e incontrolable, como una especie de momento íntimo (y casi místico) capaz de permitir la valoración discrecional y no discutible de la prueba.

La consecuencia de esta lectura “subjetivista” de la libre convicción en el ámbito de la inmediación es que se sostiene la existencia de dos niveles de valoración, uno exteriorizable y controlable y el otro no: el primero, constituido por los razonamientos que el juez pueda realizar a partir de los datos que directamente ha percibido en el juicio oral; el segundo, incontrolable, constituido por aquellos aspectos de la valoración que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del tribunal de instancia. Como consecuencia de esta distinción de niveles de valoración, sólo se insiste en la necesidad de motivar la llamada prueba indirecta (por hacer entrada en ésta el razonamiento del juez), mientras que se alivian (hasta casi anularse) las exigencias de motivación de la prueba directa⁷⁴ (pues esta prueba, por versar directamente sobre el hecho que se pretende acreditar, quedaría cubierta toda ella por el “paraguas” de la inmediación, y por tanto de la convicción libérrima, subjetiva e incommunicable). En este sentido -aclara aún más esta doctrina- la cuestión de la credibilidad de los testigos queda fuera de las exigencias de motivación y de las posibilidades de revisión.

Es evidente que la comentada exclusión del deber de motivar

74. “Tratándose de pruebas directas –dice el Tribunal Supremo español- basta con su indicación, sin que sea preciso, en principio, ningún especial razonamiento, como por el contrario es necesario cuando de pruebas indirectas se trata” (STS, Sala Penal, de 25 de abril de 1996).

la prueba directa representa una de las taras más graves en la cultura de motivación, pues –insistamos en ello– en la prueba directa están presentes (como en la indirecta) inferencias y razonamientos que, por tanto, deberían de ser consignados en la sentencia. Por eso un mínimo compromiso con la racionalidad requiere superar esa injustificable e inaceptable exclusión; requiere superar, pues, esa concepción extremadamente subjetivista de la libre valoración en el ámbito de la inmediación que se encuentra en el origen de la misma. Si la decisión probatoria ha de ser motivada, la motivación debe extenderse también a la denominada prueba directa; máxime si se considera que es precisamente ésta la que constituye el material probatorio esencial (y a veces casi el único) en muchos procesos. La motivación no será completa si no se justifica también cómo se ha valorado esa prueba.

Por lo demás, la concepción subjetivista de la libre convicción también propicia o potencia una concepción mentalista o psicologista de la motivación que devalúa el sentido que ésta tiene como técnica de control frente a la arbitrariedad y contribuye a su vez a establecer más “rebajas” en la obligación de motivar. En la concepción subjetivista de la libre convicción, en efecto, ésta aparece como convicción psicológica, fundada en impresiones e intuiciones y no necesariamente en pruebas; y sobre esta base resulta comprensible que se maneje una concepción de la motivación (la mentalista) según la cuál motivar consiste en hacer explícito en el documento de la sentencia todo ese proceso mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión. No importa insistir de nuevo en que esta forma de concebir la motivación no resulta adecuada. Primero, y como ya se dijo, porque en el contexto jurídico no interesa saber todo lo que ha pasado por la cabeza del juez; lo que interesa saber es si esa declaración puede aceptarse como verdadera a la luz de las informaciones disponibles. Segundo, y ligado con lo anterior, porque esta concepción mentalista permite justificar todo tipo de “alivios” en la exigencia de motivación. Por ejemplo, permite a muchos sostener que es imposible (o muy difícil) una rigurosa motivación de la prueba, porque imposible (o muy difícil) resulta la exposición y subsiguiente control de todo el proceso mental que ha llevado a la decisión. Y, en particular, permite sostener que en un órgano colegiado no es exigible (y que es incluso imposible) una motivación exhaustiva, pues no se ve cómo habría de redactarse la sentencia habida cuenta de que los diferentes miembros del colegio han podido llegar a la conclusión por diferente camino. Cuando se maneja en cambio una concepción racional de la libre convicción y se interpreta que la obligación de motivar exige justificar la decisión (o sea, exponer las razones que apoyan su veracidad), entonces “desaparecen” todas estas dificultades; en particular, desaparece cualquier diferencia esencial entre la motivación de un juez unipersonal y la de uno colegiado: el “fuero interno” de cada uno de los jueces del colegio se expresará en el debate anterior a la sentencia, y no en la

sentencia misma⁷⁵.

3. Las garantías de los derechos fundamentales en la prueba: la regla de exclusión de la prueba ilícita.

3.1. Presencia de objetivos no epistemológicos en el proceso institucionalizado de prueba.

Aunque existen varias formas de concebir la prueba judicial, la concepción más extendida, y desde luego la más acorde con las intuiciones de los hablantes, es la cognoscitivista, según la cual la prueba se endereza a acreditar la verdad de (los enunciados sobre) los hechos litigiosos o controvertidos. Lo anterior significa que la prueba es un modo de conocimiento (o averiguación) de hechos del pasado, y en este sentido la actividad del “juez de los hechos” no se diferencia mucho de la del detective o el historiador. Sin embargo esta última afirmación debe ser matizada, pues si es cierto que el conocimiento de los hechos que se desarrolla en sede judicial tiene mucho que ver con el del historiador o el del detective, no es exactamente igual. Su peculiaridad mayor frente a estos otros tipos de conocimiento del pasado estriba fundamentalmente en que los jueces de los hechos, a diferencia de los detectives y los historiadores, están sometidos a restricciones, en el sentido de que su actividad de averiguación de la verdad está regulada institucionalmente. Dicho más claramente, la prueba judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas procesales que condicionan la obtención del conocimiento.

Algunas de estas reglas institucionales que gobiernan el proceso de prueba tienen como objetivo garantizar la averiguación de la verdad, y en este sentido pueden denominarse garantías epistemológicas. Constituyen ejemplos de las mismas algunas limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, rechazan o minusvaloran pruebas con bajo valor gnoseológico: por ejemplo, el escrito anónimo o el testimonio de referencia. Aunque el caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad “torcida”.

Sin embargo, muchas de las reglas institucionales que gobiernan el proceso de prueba no persiguen la averiguación de la verdad, sino que se enderezan directamente a garantizar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo. Estos valores pueden ser de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos

75. G. Ubertis, *Fatto e valore*..... cit., p.51.

llamar práctico, por cuanto expresa un rasgo básico del proceso judicial: su finalidad práctica y no teórica. De otro, una serie de valores que podríamos llamar ideológicos, por cuanto no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica⁷⁶.

Que el proceso tiene una finalidad práctica significa que tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto: el conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar. Por eso, para resolver el conflicto, el juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial, y de ahí deriva una exigencia: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir expedientes institucionales que permitan fijar la verdad cuando ésta no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última. Claro está que esta verdad última no será infalible, pero será final, en el sentido de que pondrá fin al conflicto autorizadamente. Las reglas de limitación temporal y algunas presunciones (la de "cosa juzgada" y las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre) son ejemplos de estas reglas, que desde luego no contribuyen a (o directamente merman la posibilidad de) averiguar la verdad.

Por otro lado, en el proceso de prueba los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar también determinados valores ideológicos. Se trata más exactamente de valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales), y justamente para preservarlos se instituyen en el proceso probatorio algunas reglas. La mayoría de ellas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir reglas que impiden o limitan el uso de ciertas fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia de la información aportada por ellas. Reglas, por tanto, que enderezándose primariamente a la tutela de los comentados valores los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Constituyen ejemplos de estas reglas la prohibición, bajo "secreto de Estado", de usar como pruebas ciertos documentos que podrían afectar a la seguridad del Estado; o las reglas que dispensan o excluyen del deber de declarar por razones de parentesco; o para proteger el secreto de las relaciones abogado/cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos.

76. He argumentado sobre este rasgo en M.Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 2004, Capítulo III.

Con todo, la presencia de objetivos no epistemológicos en el proceso de prueba resulta particularmente cierta en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza, exigiendo que en la averiguación de la verdad se preserven en todo caso la dignidad, la libertad y los derechos de las personas. Esta exigencia de establecer en sentido amplio garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de la prueba se ve cumplida con la instauración de algunas limitaciones y prohibiciones probatorias.

3.2. Garantía de los derechos fundamentales en la prueba: la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Hablar de garantías de los derechos fundamentales en la prueba es, básicamente, hablar de la prohibición de admitir y valorar, en definitiva usar, la prueba ilícitamente obtenida, y a la regla que establece tal prohibición se la denomina justamente regla de exclusión de la prueba ilícita.

3.2.1. Definición.

Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones); o lesionando derechos constitucionales (como el derecho a la defensa: por ejemplo, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la constitución prohíbe (por ejemplo, una confesión arrancada mediante tortura, hipnosis o sueros de la verdad; o una coacción para obtener declaraciones sobre “ideología, religión o creencias”, proscrita por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia). En definitiva, y por simplificar, es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales; por tanto estamos hablando de un tipo de prueba inconstitucional. Por lo demás, aunque la ilicitud probatoria tiene lugar normalmente en la fase preliminar o de investigación, puede existir también en el juicio oral: así sucede, por ejemplo, cuando el testigo no es advertido de que podría no declarar por razones de parentesco.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla; o sea su inutilizabilidad en el proceso, o si se quiere, su nulidad. Pero la prueba ilícita es sólo un supuesto particular de prueba nula, porque nula puede ser también la prueba obtenida violentando otras reglas institucionales de adquisición de la prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de exclusión de prueba merma las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso. De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud de la cual -como suele decirse- “la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio”.

3.2.2. Alcance de la regla de exclusión: el efecto reflejo o la prueba ilícita indirecta.

Es evidente que la garantía constitucional comentada supone la exclusión de las pruebas directamente obtenidas a partir del acto que lesiona derechos fundamentales: por ejemplo, la declaración de los policías que practican un registro que lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio, o la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas lesionando el derecho al secreto de las comunicaciones. Pero tiene además un efecto reflejo: también son ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas a partir de la lesión de un derecho fundamental. Se trata, más exactamente, de las pruebas (lícitamente) practicadas a partir de las informaciones obtenidas mediante una prueba ilícita: lo que ha terminado denominándose prueba ilícita indirecta.

En el derecho español, constituyen ejemplos de estas pruebas la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas (cumpliendo con todos los requisitos) a raíz de la información obtenida en un registro que lesiona el artículo 18.2 CE; o la declaración del policía (testigo) que aprehendió un alijo de droga, cuya existencia conoció a raíz de la lesión al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

En realidad, este efecto reflejo o efecto dominó de la prueba ilícita (o lo que es lo mismo, el reconocimiento de la denominada prueba ilícita indirecta) no es sino una manifestación de lo que la doctrina norteamericana ha llamado la teoría de los frutos del árbol venenoso (the fruit of the poisonous tree doctrine), que expresa la nulidad de todo aquello que trae causa de un acto nulo y que hay que llevar hasta sus últimas consecuencias: en nuestro caso, es nula toda prueba obtenida (directa o indirectamente) con violación de los derechos y libertades fundamentales. Dicho con un ejemplo: si a través de unas escuchas telefónicas que interceptaron una conversación sin que existiera autorización judicial para ello se obtiene información que estimula una diligencia de entrada y registro domiciliario en la que se encuentran ciertas pruebas, esas pruebas, según esta posición, deben también considerarse nulas, pues traen causa de una prueba nula.

En el ordenamiento español, la eficacia refleja de la prueba ilícita ha sido reconocida expresamente por las jurisprudencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como por la mayoría de la doctrina. Y no podía ser de otro modo, porque –como afirma el Tribunal Supremo– “sólo de este modo se asegura que

la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría (...) una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están, jurídicamente contaminados” (STS, Sala segunda, de 4 julio 1997, FJ 2). En otras palabras, si se negara el efecto reflejo, la garantía de los derechos constitucionales quedaría muy debilitada, pues al aceptar en el proceso la prueba indirectamente obtenida se estaría dando cobertura (e incluso incitando) a la lesión de los derechos.

Por lo demás, la extensión de la garantía constitucional a las pruebas indirectas queda también clara en su plasmación legal, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

El Código Procesal Penal salvadoreño ha reconocido normativamente la eficacia refleja de la prueba ilícita en el artículo 15, párrafo segundo, al establecer que “no tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito”.

3.2.3. Fundamento jurídico de la regla de exclusión.

La prohibición de la admisión de la prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa sino que deriva directamente de la Constitución. Pero hay al menos dos modos de fundamentarla, que pueden acarrear consecuencias distintas para la fortaleza de la regla.

a) El derecho a un proceso con todas las garantías.

Puede sostenerse que la regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente vinculada al derecho constitucional al proceso debido. Así ha sucedido en el ordenamiento español, donde el Tribunal Constitucional ha establecido que la admisión de la prueba ilícita entrañaría una colisión con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad entre las partes en el juicio, y que por tanto dicha regla deriva directamente de la Constitución y se basa en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y en su afirmada condición de inviolables. En suma, la admisión de prueba ilícita en el proceso debe considerarse prohibida por la

Constitución en virtud de su contradicción con el artículo 24.2 CE. Así lo señalaba ya la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que reconocía por primera vez esta regla de exclusión en nuestro ordenamiento.

“La recepción procesal [de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales] implica la ignorancia de las <<garantías>> propias al proceso (art.24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro. El concepto de <<medios de prueba pertinentes>> que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución, pasa así a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse <<pertinente>> un instrumento probatorio así obtenido” (STC 114/1984, FJ 5º).

“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de <<inviolables>> (art.10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental” (STC 114/1984, FJ 4º).

En suma, la regla de exclusión se configura inicialmente en el derecho español como una garantía procesal de naturaleza constitucional derivada de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento. Dicha garantía está residenciada en el artículo 24.2 CE, vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías y, en el ámbito del proceso penal, al derecho a la presunción de inocencia⁷⁷.

b) La tesis del efecto preventivo o disuasorio de la exclusión.

Pero puede sostenerse también que el fundamento constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita no reside en un concreto derecho (y por tanto en la posición preferente que éste ocupa en el ordenamiento y en su condición de inviolable), sino en la producción de un efecto preventivo o disuasorio sobre las conductas de los poderes públicos que lesionan derechos. Esto es lo que sucede en Estados

77. Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que reiteran este fundamento jurídico de la regla de exclusión de prueba ilícita. Vid., además de la germinal STC 114/1984, FJ 5, la STC 50/2000, FJ 4, y la STC 69/2001, FJ 26.

En la jurisprudencia norteamericana, en efecto, la justificación canónica de esta exclusionary rule, desde mediados de los años 70 del pasado siglo y hasta la fecha, no reside en un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino en la necesidad de disuadir de la violación de los derechos (deterrent effect); y por ser más exactos, en la necesidad de prevenir las lesiones de los derechos constitucionales por parte de los poderes públicos y singularmente de la policía. En palabras ya clásicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano:

“la regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir –imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible- mediante la remoción del incentivo para ignorarla”⁷⁸.

Al resaltar que la justificación de la regla de exclusión es la producción de un efecto disuasorio no se pretende desde luego afirmar que esta regla no tenga ningún anclaje constitucional: lo tiene, por ejemplo, en la decimocuarta enmienda, que consagra el derecho al proceso debido. Lo único que quiere decirse es que no existe en Norteamérica ningún derecho fundamental procesal que dé cobijo a la misma, sino tan sólo un instrumento (la regla de exclusión) de creación jurisprudencial diseñado para garantizar los derechos a través de su efecto disuasorio. Así de claramente se expone ya en la sentencia dictada en el caso *United States v. Calandra*, en 1974⁷⁹, que frente a la etapa precedente, donde la exclusionary rule había sido calificada a veces como una norma de fundamento constitucional directo exigida implícitamente por la Bill of Rights por ser la única salvaguarda efectiva de los derechos de los ciudadanos frente al abuso del poder de la policía, produce ahora una desconstitucionalización de la regla de exclusión al afirmar sin ambages que ésta es un simple instrumento disuasorio creado por la jurisprudencia y que, por tanto, en cualquier momento podría ser sustituido por otro remedio, bien por obra del legislador, bien por iniciativa de decisiones judiciales posteriores. E igual de claramente se expone esta doctrina en la sentencia dictada en el caso *United States v. Janis*, en 1976, donde se afirma que el principal propósito, si no el único, de la exclusión de las pruebas ilícitas, es evitar las conductas policiales ilícitas”⁸⁰.

Ahora bien, el deterrent effect como elemento de justificación

78. *Elkins v. United States*, 364 US. 206 (1960), p.206. Vid también en *Linkletter v. Walker*, 381 US. 618 (1965), p.613.

79. 414 US 338 (1974).

80. 428 US 433 (1976). Un estudio detenido del desarrollo de esta exclusionary rule en Estados Unidos puede verse en C.Fidalgo Gallardo, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003.

de la regla es un arma de doble filo, pues permite también formular excepciones a la regla de exclusión: si se quiere, si no hay deterrent effect no hay exclusionary rule.

En efecto, si el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es disuadir de la violación de derechos fundamentales, entonces sólo estará justificada la exclusión cuando sea necesario perseguir el efecto disuasorio y cuando vaya a producirse éste. Cuando, por el contrario, no parezca muy necesario perseguir el efecto disuasorio (como, por ejemplo, cuando el derecho violado goce de una sólida protección) o cuando sencillamente la disuasión no pueda alcanzarse (como, por ejemplo, cuando la policía actúa de buena fe) la justificación de la exclusión se debilita y aporta razones a favor de la admisión de la prueba en el proceso. Más exactamente, la tesis del deterrent effect permite sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que no es necesario un efecto disuasorio adicional y la prueba debe admitirse. O permite sostener que hay dos bienes en conflicto (el interés público en la obtención de la verdad procesal y el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales) y que hay que ponderar en cada caso para dar acogida preferente a uno u otro. Así, en relación con la prueba practicada a partir de la información obtenida mediante una prueba ilícita, o en relación con la prueba obtenida mientras se buscaba otra cosa, la tesis del deterrent permite a la jurisprudencia norteamericana sostenga su admisibilidad en momentos de grave aumento de la criminalidad.

Lamentablemente la formulación de excepciones a la regla de exclusión (y el consiguiente debilitamiento en la protección de los derechos) no es algo exclusivo de la jurisprudencia norteamericana y de su pregonada tesis del efecto disuasorio. Un fenómeno muy similar ha tenido lugar en la doctrina constitucional española a raíz de la construcción, a partir de la inaugural STC 81/1998, de la artificiosísima doctrina de la conexión de antijuridicidad.

c) La tesis española de la conexión de antijuridicidad.

La conexión de antijuridicidad es una construcción teórica del Tribunal Constitucional español mediante la cual se pretende explicar cuándo deben ser excluidas del proceso y cuándo no las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental. Esta tesis parte pues del presupuesto de que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y por tanto excluida. Lo será sólo en determinadas circunstancias, y de estas circunstancias da cuenta justamente la “conexión de antijuridicidad”.

En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional (y la doctrina que lo secunda)

es justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas; lo cual –aunque obviamente no se verbalice- obedece entre otras cosas a la existencia de una “presión social” en este sentido. Una presión que se manifiesta especialmente cuando arraiga la sensación de aumento de la criminalidad o de inseguridad ciudadana en general, pues en estos momentos aflora inevitablemente la tensión entre el interés en perseguir y castigar el delito y el interés en garantizar los derechos, en grave detrimento de este último.

En principio, la doctrina de la conexión de antijuridicidad se proyecta sólo sobre el denominado efecto reflejo de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Ello significa que, por el momento, el Tribunal Constitucional sólo se plantea la posibilidad de formular excepciones a la regla en el ámbito las denominadas pruebas ilícitas indirectas, pues llevar esta tesis también al ámbito de las pruebas ilícitas directas equivaldría pura y simplemente a la anulación de la regla de exclusión, y con ello a la desprotección de los derechos fundamentales en uno de los campos (el de la prueba) más proclives a su vulneración.

La tesis de la conexión de antijuridicidad, que se articula por primera vez en STC 81/1998, se resume en el siguiente planteamiento. Cuando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso sino sólo cuando exista, además de la relación de causalidad, una relación de dependencia jurídica (una conexión de antijuridicidad) entre la lesión y las pruebas. Es decir, la conexión de antijuridicidad es lo que justifica la aplicación de la regla de exclusión. Cuando, por el contrario, no haya conexión de antijuridicidad entre la lesión del derecho y la prueba (o sea, cuando exista independencia jurídica entre ellas), ésta podrá ser incorporada al proceso. Es decir, la ausencia de conexión de antijuridicidad es lo que justifica no aplicar la regla de exclusión. La ausencia de conexión de antijuridicidad supone pues una excepción a la misma.

¿Y cuándo cabe decir que no hay conexión de antijuridicidad o que existe independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba? Es decir, ¿cuáles son las excepciones a la regla de exclusión?

No existe conexión de antijuridicidad (y por tanto cabe utilizar la prueba en el proceso) sólo si concurren dos circunstancias que el Tribunal Constitucional denomina, respectivamente, perspectiva interna y externa:

1. Perspectiva interna: que la prueba refleja o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, lo que tendrá lugar cuando el conocimiento obtenido mediante la lesión del

derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de esta segunda prueba. La apreciación de este dato de la “independencia” depende de circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como de su resultado.

2. Perspectiva externa: que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud. La apreciación de este dato habrá de ser hecha considerando la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida.

En palabras del Tribunal Constitucional: “para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho (...) materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho (...) exige”. Además -añade el Tribunal Constitucional- “estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”⁸¹.

La tesis de la conexión de antijuridicidad condiciona por tanto la exclusión de las pruebas ilícitas indirectas, aparte de a la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba derivada, a la existencia de necesidades importantes de tutela del derecho lesionado; o sea, hay que examinar la concreta lesión del derecho fundamental para ver si la excepcional admisión de la prueba ilícita no afectará demasiado a su contenido esencial y a su necesidad de tutela. La tesis formula, pues, la exclusión en unos términos “preventivos” que recuerdan mucho la doctrina norteamericana del deterrent effect. Si se quiere, la exclusión queda ahora condicionada a las necesidades de disuasión⁸², pero con ello el Tribunal ha reformulado su fundamento, acercándose a los pronunciamientos típicos de la jurisprudencia norteamericana. De hecho, un año más tarde, la STC 49/1999 muestra ya claramente este viraje en la fundamentación de la regla de exclusión, pues en su FJº12 afirma

81. STC 81/1998, FJ 4º, y reiterada en SSTC 49/1999 y 161/1999, FJ 4º. Subrayado añadido.

82. Así, en la STC 49/1999, el Tribunal Constitucional descarta la eficacia refleja de una lesión al derecho al secreto de las comunicaciones por entender que no había importantes necesidades de disuasión para la tutela efectiva del derecho.

que “en definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”. Ahora bien, obsérvese que la apreciación de las “esenciales necesidades de tutela del derecho”, en ausencia de las cuales estaría justificada la admisión de la prueba ilícita derivada, remite en realidad a un juicio de ponderación entre el interés público en la averiguación de la verdad en el proceso (que se conecta además en muchos casos al interés en reinstaurar la seguridad ciudadana) y el interés en reconocer y garantizar la plena eficacia de los derechos. Y este juicio de ponderación, precisamente por su acusado carácter discrecional, termina dejando en manos del juzgador la concreta garantía de los derechos.

En suma, la regla de exclusión, que inicialmente se había conformado como una garantía procesal de naturaleza constitucional, residenciada en el artículo 24.2 de la Constitución (derecho a un proceso con todas las garantías y presunción de inocencia), acaba, por obra de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, convertida en un simple instrumento al servicio de la garantía y eficacia de los derechos fundamentales originariamente lesionados, y por consiguiente sólo justificada cuando haya de (o pueda) conseguirse ese efecto disuasorio de la violación de los derechos.

3.3. Las excepciones a la regla de exclusión.

La doctrina del deterrent effect, -o, en el caso español, la doctrina de la conexión de antijuridicidad- ha permitido construir jurisprudencialmente algunas excepciones a la regla de exclusión. Básicamente estas excepciones se reconducen a tres: la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, que afectan a la prueba derivada, y la buena fe, que afecta a la prueba directa.

Es más, en algunos casos estas excepciones han obtenido respaldo legislativo. Así sucede en el Código Procesal Penal salvadoreño, que tras reconocer en su artículo 15, párrafo segundo, la eficacia refleja de la prueba ilícita, admite expresamente las excepciones de buena fe, de la fuente independiente y del hallazgo inevitable, de clara inspiración norteamericana.

En la medida en que la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida es una auténtica garantía constitucional de la eficacia de los derechos fundamentales, cualquier intento de articular excepciones a la misma constituye una agresión al sistema de protección de los derechos. Por eso merece la pena recordar estas excepciones y considerar

su fortaleza o debilidad constitucional.

3.3.1 La excepción de la fuente independiente.

La excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) procede de la jurisprudencia norteamericana y establece que cuando las pruebas que se consideran derivadas de una violación de derechos anterior, derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá aplicar la *fruit of the poisonous tree*. Es decir, no procederá excluirlas.

Según *Nix v. Williams*, el fundamento de la doctrina de la fuente independiente radica en que:

“el interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía en la misma posición, no en una posición peor, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia (...) Cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la que hubiesen estado en ausencia de error o violación”⁸³.

La doctrina de la fuente independiente, en rigor, no se presenta como una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona, y que por tanto ese caso no entra en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: es decir, allí donde funciona esta doctrina lo que se sostiene es que la prueba no procede de un árbol envenenado sino de un árbol perfectamente sano. La cuestión, sin embargo, es que muchas veces se aplica la doctrina de la fuente independiente allí donde existe una conexión causal; es decir, puede resultar que se califique como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter. En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción.

Muy conectada a esta excepción, al punto de que puede considerarse una variante de la misma, está la del nexo causal atenuado.

La excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection*

83. 467 US 431 (1984), p.443.

principio o purget taint) procede también de la jurisprudencia norteamericana, y se cifra en considerar que en determinados circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente. Así sucede –según esta doctrina– cuando la cadena casual entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado.

La confesión voluntaria a la que hace referencia esta excepción es la realizada sobre la base de los elementos encontrados mediante la lesión de un derecho. Pongamos un ejemplo. En un registro inconstitucional en casa de X se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el domicilio de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa ante la policía que la droga es suya y –ahora sí– esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso. Es verdad que hay un nexo causal entre el registro y la confesión, pues en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga, de no haberse hallado la droga no se le habría detenido, ni se le habría tomado declaración, si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga”. Pero lo que se argumenta es que el nexo causal entre el registro y la confesión está jurídicamente debilitado o incluso roto por el hecho de que X ha confesado rodeado de garantías (en presencia de su abogado, etc.) y habiendo sido advertido de sus derechos, y por tanto que lo ha hecho “libre y voluntariamente” y no como fruto de coerción o compulsión alguna; es decir, ha confesado cuando podía no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho.

Esta excepción se aplicó ya en 1963 en el caso *Wong Sun v. United States*⁸⁴. En este caso el acusado fue arrestado ilegalmente, llevado a la comisaría, donde prestó declaración, y posteriormente fue puesto en libertad. Pero poco después volvió a comisaría por propia iniciativa y, tras ser informado de sus derechos, confesó ser culpable de los hechos investigados. La Corte Suprema Federal consideró que, pese a existir una relación causal entre el inicial registro ilegal y la confesión posterior, la voluntariedad de la confesión y el hecho de que el acusado fuera advertido de sus derechos debilitaba (o rompía) esa

84. 371 US. 471 (1963).

cadena causal.

En la jurisprudencia constitucional española, la excepción de la confesión voluntaria había aparecido ya en la STC 86/1995, que atribuía a esta prueba la condición de “prueba jurídicamente independiente”, pero será después, al calor de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, cuando cobre renovados bríos. Aprecian esta excepción, por ejemplo, las SSTC 161/1999, 239/1999 y 8/2000. Se trata, sin embargo, de una construcción criticable y desde luego duramente criticada. Expondré aquí las críticas tomando como referente la excepción tal como ha sido formulada por el Tribunal Constitucional español, pero me parece que estas críticas son extensibles en lo esencial a cualquier otra formulación de la excepción.

La debilidad de la argumentación del Tribunal Constitucional en este punto se advierte con facilidad. En primer lugar, porque parece evidente que si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tenía ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado; por tanto la supuesta “voluntariedad” de la confesión es más que relativa. Pero es que, además, incluso para razonar del modo en que lo hace (en el ejemplo que hemos puesto, para sostener que la confesión no es el resultado del registro practicado), el Tribunal incurre inevitablemente en contradicción. Ello es así porque, por una parte, sostiene que el registro es nulo, y en consecuencia no produce efectos probatorios de ninguna clase; pero, por otra parte, al concluir que la confesión del inculcado basta para admitir la tenencia de la droga, se le está dando validez al registro. Y esto último por varias razones. Primero porque, en su declaración, al acusado se le está preguntando por una pieza de convicción que sólo podría existir (jurídicamente) gracias al registro, luego se le está dando validez⁸⁵. Segundo porque sólo con la declaración autoinculpatoria del acusado (es decir, en ausencia de cualquier otro elemento probatorio, y particularmente en ausencia de las piezas de convicción derivadas del registro) es casi seguro que no se podría dictar sentencia condenatoria, luego parece que se están tomando en consideración las piezas de convicción derivadas del registro.

Justamente con el afán de sortear la contradicción que supone admitir al proceso unos hechos (los resultantes de la lesión del derecho y sobre los que después se

85. En efecto, de no darle validez al registro (como debería ser, de acuerdo con la ilicitud de la prueba) “no se entiende con base a qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente” P. Andrés Ibáñez, “La función de las garantías en la actividad probatoria, en AAVV, La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1993, p.240. Se reitera también esta misma crítica en STS de 17 de enero de 2003, de la que también fue ponente P.Andrés.

formulan las preguntas de la declaración) que jurídicamente no existen (porque el registro es nulo de pleno derecho), el Tribunal Constitucional ha tenido que recurrir al rocambolesco expediente de distinguir entre el plano jurídico (que comporta la exclusión del proceso de las piezas de convicción halladas: la droga, en nuestro ejemplo) y el plano fáctico (consistente en afirmar que el hecho de haberse encontrado droga en el registro no puede borrarse del mundo -ni del proceso). Con sus propias palabras: ha tenido que admitir que “lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba” STC 161/1999, FJ 2). No parece necesario añadir mucho más al respecto.

3.3.2 La excepción del hallazgo inevitable.

La excepción del hallazgo inevitable (inevitable discovery exception) es creación de la jurisprudencia norteamericana y fue asumida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Nix v. Williams*⁸⁶. Esta excepción, a la que también se denomina a veces la doctrina de la fuente independiente hipotética (hypothetical independent source doctrine), se cifra en argumentar que los hechos resultantes de la lesión del derecho (por ejemplo, la información contenida en la cinta magnetofónica que se ha obtenido lesionando el derecho a la privacidad de las comunicaciones), que sólo por eso deberían ser excluidos del proceso, pueden ser incorporados al mismo porque aunque no se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas. Normalmente lo que se sostiene (y en eso consisten esas “otras vías”) es que la policía tenía en marcha una investigación paralela que habría conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos.

Muy próxima a (o incluso inspirada en) esta excepción se halla la excepción del descubrimiento probablemente independiente reconocida por la jurisprudencia constitucional española al calor –de nuevo- de alguna jurisprudencia constitucional estadounidense según la cual cuando la prueba cuestionada se ha obtenido de dos fuentes, de las cuales una está viciada y la otra no, no se aplicará la doctrina de los frutos del árbol envenenado⁸⁷. Esta excepción hace referencia por tanto a aquellos supuestos en que se considera que la lesión del derecho no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona,

86. 467 US. 431 (1984).

87. Esta es, por ejemplo, la doctrina de *Silverthorne Lumbre Co. V. United States*, 251 US 385 (1920).

pues “existen líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba. La prueba controvertida se admite, pues, porque hay motivos para creer que (...) suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma”⁸⁸. En terminología del propio Tribunal Constitucional, la excepción se basa en considerar que los datos probatorios obtenidos a partir de la lesión al derecho fundamental son “neutros” (sic), en el sentido de que no han sido ni indispensables ni determinantes para la práctica de la prueba derivada; o, lo que es lo mismo, que esa prueba se hubiera obtenido igualmente sin la vulneración del derecho⁸⁹.

La excepción del descubrimiento inevitable es objeto de críticas, pues se basa en un juicio meramente conjetural o hipotético, es decir, en lo pudo haber pasado y no paso, por lo que resulta difícilmente admisible desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que exige ser desvirtuada con datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita⁹⁰. Como también resulta criticable la excepción del descubrimiento probablemente independiente, pues es difícil determinar en cada uno de los casos analizados por el Tribunal Constitucional qué papel jugaron en la práctica de la prueba derivada los datos e informaciones obtenidas a partir de la lesión del derecho y qué papel jugaron las observaciones derivadas del seguimiento policial que se venía desarrollando.

3.3.3 La excepción de la buena fe.

Con todo, las excepciones comentadas no constituyen ni el único ni el más grave peligro para la regla de exclusión y por consiguiente para la protección de los derechos constitucionales que constituye su objetivo. El mayor peligro lo representa la posibilidad de que también se terminen formulando excepciones a la exclusión de las pruebas directas. Y obsérvese que si ese paso se diera significaría el propio cuestionamiento de la regla.

Este gran paso hacia la destrucción de la regla –que puede resumirse en que “no es absolutamente inexorable la exigencia de que en cualquier supuesto y al margen de cualquier otra consideración sea excluida la prueba ilegítimamente obtenida”⁹¹– ya se ha dado con el

88. L. Gálvez Muñoz, La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº10 (2003), p.186.

89. STC 81/1998, FJ 5º. Aprecian también la excepción las SSTC 171/1999 y 238/1999.

90. Plantea esta objeción M.Miranda Estrampes, “La regla de exclusión de la prueba ilícita”, cit., p.59 y J.A.Díaz Cabiale y R.Martín, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., p.47.

91. Tomo la afirmación del Voto particular de P.Cruz Villalón –entonces presidente del Tribunal Constitucional– a la STC 49/1999, que ya anunciaba claramente la disposición del TC español a no aplicar inexorablemente la regla de exclusión ni siquiera en los supuestos de pruebas directamente obtenidas en la lesión del derecho.

reconocimiento de la excepción de buena fe de los agentes de la policía.

Esta excepción (la *good faith exception*) fue creada por la jurisprudencia norteamericana en 1984 en la sentencia que resuelve el caso *United States v. Leon*. En ella se afirma que no procede aplicar la *exclusionary rule* cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida (por contener un vicio oculto) pero aparentemente correcta. Esta doctrina se completará en 1987 con la sentencia *Illinois v. Krull*, que extiende la excepción de buena fe de *Leon* a los supuestos en que la policía ha realizado el registro apoyándose en una ley posteriormente declarada inconstitucional. La razón de ser de la excepción de buena fe es que en estos casos –según afirmaba el Tribunal Supremo– la aplicación de la regla de exclusión no tendría ninguna eficacia disuasoria, pues, debido a la apariencia correcta de la autorización, el agente actuó en todo momento convencido de la corrección de su proceder⁹².

En España la excepción de buena fe policial ha sido introducida por la reciente STC 22/2003, a propósito de un caso donde se cuestiona la licitud de la información contenida en el acta de entrada y registro que la policía realizó en el domicilio de un varón sin que mediara autorización judicial ni su consentimiento, sino sólo el consentimiento de su esposa. El Tribunal Constitucional aduce que “según el estado de la interpretación del ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro”, el consentimiento de la esposa aparecía “como habilitación suficiente para llevarlo a cabo conforme a la Constitución”. Es decir, que no existió dolo o culpa (o mala fe) en dicho registro, pues los agentes policiales que lo practicaron actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente. Por ello –concluye– “la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto”. En suma –continúa el Tribunal “en casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución (...) la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”⁹³.

Lamentablemente, pues, parece que en muchos países se está culminando un proceso de norteamericanización de la regla de exclusión; un proceso que está muy vinculado al reconocimiento del *deterrent effect* como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en

92. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 943 (1984) e *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987). Un análisis de esta excepción en C.Fidalgo Gallardo, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule...*, cit., pp.444 ss.

93. STC 22/2003, FJ 10^º.

En España el momento crucial de este proceso lo constituye desde luego la construcción de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, pues a través de las excepciones de la confesión voluntaria y el descubrimiento probablemente independiente ha acabado en la práctica con las pruebas ilícitas indirectas: desde su elaboración, sólo en dos o tres ocasiones ha reconocido el Tribunal Constitucional la eficacia refleja de la prueba ilícita. Pero lo más grave es que a través de la excepción de la buena fe policial puede terminar también con las pruebas ilícitas directas; o sea, con la regla de exclusión misma.

Con ello se logra dar primacía al interés público en la represión de la criminalidad y en el mantenimiento de la paz social sobre el reconocimiento de plena eficacia de los derechos constitucionales. Pero esto está en perfecta contradicción con un modelo procesal-constitucional comprometido con la defensa de los derechos; un modelo en virtud del cual –ya se dijo– “la verdad no puede perseguirse a cualquier precio”.

