

Decidir y argumentar sobre derechos

Juan Antonio García Amado



tirant
lo blanch

**JUECES Y
ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA**

1



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL



CONSEJO DE LA
JUDICATURA
FEDERAL

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**
*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México*
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*
- OWEN M. FISS**
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- TOMÁS SALA FRANCO**
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*
- RUTH ZIMMERLING**
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

DECIDIR Y ARGUMENTAR SOBRE DERECHOS

COLECCIÓN “JUECES Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”
LÍNEA A DE INVESTIGACIÓN:
MODELOS JUDICIALES. HACIA UN MODELO JUDICIAL EN MÉXICO

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

LUIS MARÍA AGUILAR MORALES
Ministro Presidente

MARTHA MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

ROSA ELENA GONZÁLEZ TIRADO

ALFONSO PÉREZ DAZA

FELIPE BORREGO ESTRADA

J. GUADALUPE TAFOYA HERNÁNDEZ

JORGE ANTONIO CRUZ RAMOS

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

COMITÉ ACADÉMICO

SALVADOR MONDRAGÓN REYES (*Presidente*)

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO

MIGUEL BONILLA LÓPEZ

ELVIA ROSA DÍAZ DE LEÓN D'HERS

HÉCTOR LARA GONZÁLEZ

JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ

JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ

ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA

CARLOS RONZON SEVILLA

FERNANDO SILVA GARCÍA

ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

BERNARDO RAFAEL VELASCO MUÑOZ (*Secretario*)

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

Salvador Mondragón Reyes

Director General

Bernardo Rafael Velasco Muñoz

Coordinador Académico

CONSEJO EDITORIAL

Rosa María Álvarez González (IIJ-UNAM)

Amalia Amaya (IIF-UNAM)

Karina Ansolabehere (FLACSO)

Manuel Atienza (Universidad de Alicante, España)

José Luis Caballero Ochoa (U. Iberoamericana)

José Dávalos Morales (IIJ-UNAM)

Jorge Fernández Ruiz (IIJ-UNAM)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (IIJ-UNAM)

Jorge Alberto González Galván (IIJ-UNAM)

Juan E. Méndez (American University, USA)

Margarita Palomino Guerrero (IIJ-UNAM)

Ascensión E. Perales (Universidad Carlos III de Madrid, España)

Pedro Salazar Ugarte (IIJ-UNAM)

Sandra Serrano García (FLACSO)

Jorge Alberto Witker (IIJ-UNAM)

EDITOR RESPONSABLE

Ramón Ortega García

Secretario Técnico de Investigación y Publicaciones

EDITOR ACADÉMICO

Rafael Caballero Hernández

DECIDIR Y ARGUMENTAR SOBRE DERECHOS

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO



tirant lo blanch
Ciudad de México, 2017

Copyright ® 2017

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

© Juan Antonio García Amado

Primera edición: 2017

D.R. © 2017. Instituto de la Judicatura Federal
Calle Sidar y Rovirosa, No. 236, Colonia Del Parque,
Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México.
Impreso y hecho en México.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Delegación Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: (55) 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN Consejo de la Judicatura Federal: 978-607-9013-16-5
ISBN Obra completa: 978-607-9013-25-7
ISBN: 978-84-9169-538-7
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC Tirant.pdf>

Índice

Presentación	11
<i>Ministro Luis María Aguilar Morales</i>	
Nota preliminar	15
Nota introductoria	17
<i>Ramón Ortega García</i>	

I. ELEMENTOS TEÓRICOS

¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?.....	23
¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación	57
Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos	81
Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?	117

II. CINCO EJERCICIOS DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Dos ejemplos de Alexy sobre buenas ponderaciones. Análisis crítico	149
No es ponderar. Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2014, de 27 de enero.....	173
Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña	193
Análisis de la sentencia 29/2008 del Tribunal constitucional español, en el famoso caso de “Los Albertos”	219
El Tribunal Constitucional sigue siendo el rey y su palabra es la ley. Sobre la Sentencia 26/2011 del Tribunal Constitucional español	237
Nota curricular del autor	253

Presentación

El Instituto de la Judicatura Federal es el órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal en materia de investigación, formación, capacitación y actualización de los miembros del Poder Judicial de la Federación y de quienes aspiren a pertenecer a éste. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Instituto cuenta con un área de investigación, la cual tiene como función primordial la realización de los estudios necesarios para el desarrollo y mejoramiento de las funciones de este poder del Estado mexicano.

A este Instituto le corresponde realizar los estudios que permitan elaborar los mejores planes de estudio dirigidos a seleccionar a aquellas personas cuyas cualidades permitan la designación de juzgadores de excelencia, con la mayor convicción de independencia, mediante la formación de juzgadores con perspectiva protectora de los derechos humanos. Para ello, es necesario continuar impulsando la capacitación continua y de alto nivel dirigida a la preparación de cuadros de profesionales capaces de aprobar los procedimientos de selección de juzgadores que se prevén en la ley, y especialmente, que dicha instancia colabore directa y prioritariamente en la actualización de magistrados, jueces, secretarios, actuarios e incluso de personal operativo; que los prepare para optimizar el uso de las herramientas jurídicas, legales y convencionales para la mayor y más amplia protección de los derechos humanos¹.

Con ese ánimo, el plan anual de actividades, correspondiente a 2017 del Instituto de la Judicatura Federal, establece como prioridad el impulso al análisis y producción de conocimientos. Así, la Escuela Judicial abre la brecha hacia la investigación derivada de los propios productos educativos que ofrece, motiva y pone a disposición los medios y la metodología adecuada para que los futuros juzgadores sean los creadores de su propio aprendizaje.

¹ *Plan de Desarrollo Institucional 2015-2018.*

La valoración integral de los programas y actividades académicas, la detección de necesidades específicas, la búsqueda constante de la mejora de su calidad, la introducción de ejes transversales temáticos y la generación de conocimiento, es sin duda la clave para asegurar el fortalecimiento de la carrera judicial. Ahí descansa la pretensión más alta de la Escuela Judicial, pues la implementación exitosa de estas acciones constituye el camino que garantizará la generación del nuevo perfil del juzgador².

En ese marco, se presenta la colección denominada “*Jueces y argumentación jurídica*”, cuya Línea A de investigación se intitula “Modelos judiciales: Hacia un modelo judicial en México”. Y aquí se inscribe la obra de Juan Antonio García Amado.

En *Decidir y argumentar sobre derechos*, el autor hace una aportación enriquecedora al debate sobre la ponderación en el ámbito del derecho, partiendo —en sus palabras— de que los desacuerdos cuando en teoría del derecho (en el sentido más amplio de la expresión) debatimos sobre ponderación se deben, a fin de cuentas, a diferencias fuertes en la concepción del derecho que manejamos. Pero si los debates —añade— han de tener sentido y ser útiles, aunque sea para captar bien esa fuente de discrepancias, debemos tratar de ponernos de acuerdo en el concepto de ponderación, en lo que ponderar significa, en el tipo de operación a la que con tal término aludimos.

Así, en el presente volumen, García Amado desarrolla diversos *elementos teóricos* (¿para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?; ¿qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación; sobre los derechos fundamentales y sus conflictos, y deontología judicial, ¿hay una ética especial para los jueces?), que a su vez, son complementados por *cinco ejercicios de análisis jurisprudencial* (en primera instancia, el análisis crítico de dos ejemplos de Alexy sobre buenas ponderaciones, seguido, respectivamente, de los comentarios a las Sentencias 7/2014; 29/2008, y 26/2011, del Tribunal Constitucional español, así como de la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo español 161/2015).

En torno a la interpretación y la argumentación jurídica, dependiendo del abordaje teórico correspondiente, pueden, *por un lado*,

² Plan de Trabajo 2017.

ser considerados como dos tipos de razonamiento jurídico diferentes, que persiguen propósitos también diversos. Así, la interpretación busca la solución jurídica con base en la determinación de las fronteras del ámbito material de validez de las normas, mismo que, en gran medida, se encuentra preestablecido por el autor del texto constitucional³. Al respecto, habrá de recordarse que la definición clásica de la interpretación jurídica destacaba que ella era “desentrañamiento del sentido de la ley”, por lo que el juez debía identificar un cierto y determinado “sentido” siguiendo los métodos preestablecidos, prescritos por la misma ley. Recordándose que la interpretación, en lo que Rodolfo L. Vigo denomina “*paradigma decimonónico*”, no supone “creación” del derecho en tanto consistía en la mera repetición de la misma para el caso por medio de un silogismo subjuntivo, en el que la premisa mayor era la solución genérica prevista por la infalible voluntad y razón del legislador, y la premisa menor el caso concreto que se subsumía en la hipótesis fáctica legal⁴. Y la argumentación es un tipo de razonamiento que construye soluciones a partir de ponderaciones de los contenidos de las reglas y principios normativos, que permite considerar las circunstancias que rodean a los hechos concretos y a las específicas consecuencias jurídicas.

Por otro lado, se sostiene que no es posible separar la interpretación de la argumentación al ser una el presupuesto de la otra y, a pesar de poder diferenciarse claramente la actividad argumentativa de la interpretativa, existe una íntima relación entre ellas en cuanto toda interpretación debe llevar aparejada siempre y en cualquier caso, una argumentación⁵.

En el plano constitucional mexicano, un ejemplo destacado se encuentra en el artículo primero de la ley fundamental, al disponer que las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán* de con-

³ Cfr. Rojas Amandi, Victor Manuel, *Interpretación y argumentación del juez constitucional*, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/40/pr/pr8.pdf>, p. 91.

⁴ Vigo, Rodolfo L., “Argumentación Constitucional”, en Atienza, Manuel y Vigo, Rodolfo L., *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2011, p. 69.

⁵ Cfr. Meza Fonseca, Emma, “Argumentación e interpretación jurídica”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, no. 22, julio de 2006, p. 93.

formidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. En abono de lo anterior, he sostenido que los derechos humanos deben ser considerados como *el parámetro* de respeto a la dignidad de la persona; y que el reconocimiento constitucional de esos derechos encuentra justificación en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas y tiene como finalidad última posibilitar que desarrollen su propio plan de vida.

Como juez constitucional, y como intérprete del Derecho, sostengo que la Constitución es la Norma Suprema que se alza como paradigma fundamental al que deben someterse todas las otras normas, y no puede sino estar como referente único e insuperable de toda legitimidad y legalidad en el país; y que a ella debe ajustarse y someterse toda otra norma que se genere dentro de su ámbito general de aplicación, pues de la Constitución deriva todo el marco normativo, incluso, desde luego, los tratados internacionales, incluyendo los de derechos humanos, y por ello la Constitución no puede en ningún caso perder su preeminencia sobre cualquier otra norma.

Toda decisión judicial debe estar basada, fundada y motivada en una argumentación correcta y bien sustentada. La interpretación y la argumentación, reflejadas claramente en las sentencias de los jueces, abonan no solo al cumplimiento del derecho humano a la tutela judicial efectiva, sino, de manera positiva, a la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas, lo que a su vez redundará en el fortalecimiento del Estado Democrático de Derecho.

Con esta publicación, el Instituto de la Judicatura Federal, gracias al invaluable apoyo de los distinguidos integrantes de su Consejo Editorial, da un paso importante para consolidarse como la Escuela Judicial líder a nivel nacional e internacional caracterizada por su alta calidad académica, a través del desarrollo de programas de investigación de vanguardia.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota preliminar

Los temas explorados en este libro, el autor los impartió en el seminario “La aplicación judicial del derecho en el paradigma neo-constitucionalista: mitos y realidades”, celebrado del 5 al 15 de junio de 2017 en el Aula Campeche del Instituto de la Judicatura Federal. Dicho seminario es parte de las actividades académicas previstas en el programa de trabajo del Área de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal 2016-2018.

Nota introductoria

El libro que el lector tiene entre sus manos es una de las contribuciones más poderosas al debate actual sobre la ponderación en el ámbito del Derecho. Diríase que la obra como tal es una crítica destructiva a la idea misma de la ponderación, como método racional capaz de dirimir los conflictos entre principios jurídicos y a la idea de racionalidad práctica detrás de ella, aunque esa crítica, ácida y sarcástica por momentos, toca también a la concepción iusfilosófica que indisolublemente va unida a la ponderación y cuyo nombre es materia de controversia; el autor, por ejemplo, la denomina “iusmoralismo”, pero hay que aceptar que es más conocida por el mote que le dieron los iuspositivistas de la Escuela de Génova, el ahora celebérri-mo “neoconstitucionalismo”. Uno podría decir sin equivocación que García Amado es uno de los antineoconstitucionalistas más radicales del mundo latino de la filosofía del derecho. Él estaría, de hecho, en el polo opuesto, mucho más cerca del iuspositivismo normativista sofisticado *à la Hart*, defendiendo la separación entre el derecho y la moral en términos conceptuales, la tesis de las fuentes sociales del derecho y la existencia de la discrecionalidad judicial; este último es otro de los temas recurrentes del presente libro. Para García Amado la discreción del juez viene siendo una libertad irrenunciable en los modernos sistemas jurídicos debido a la misma razón expuesta por el autor inglés hace más de medio siglo, esto es, la vaguedad o textura abierta que afecta a las disposiciones jurídicas. Este rasgo congénito del lenguaje en el que están expresados los enunciados normativos, haría inevitable la libertad del juez para decidir en un sentido o en otro, en aquellos casos en los que el derecho se presentara como indeterminado; semejante convicción explicaría, además, el rechazo absoluto que el autor de esta obra experimenta frente a las teorías formalistas interpretativas del siglo XIX, señaladamente la escuela exegética francesa que pretende reconstruir la función jurisdiccional como un asunto de mera aplicación mecánica de la ley, por un lado, y la más reciente versión del formalismo interpretativo del siglo XX, por el otro, que en voz de su principal promotor, Ronald Dworkin, sostiene la existencia de una única respuesta correcta.

La crítica de García Amado a la ponderación se dirige en contra de la versión más extendida que se conoce de ella, la de Alexy, la cual, según se sabe, presupone que los valores de la moral son reducibles a valores numéricos y pueden, por ende, ser tasados con ayuda de una fórmula matemática. Esta idea de fondo, basada en un concepto de racionalidad fuerte, es la principal causa por la que el autor de la obra lanza su incisivo ataque sobre la ponderación. Y es que para él, ni son números los valores de la moral, ni es posible llegar a una única respuesta correcta cuando se ponderan. En materia de ponderación no hay racionalidad que valga. No existe algo así como un “ponderómetro”. Cuando dos principios, valores o derechos se sopesan, lo único que hay es subjetividad pura y dura del ponderador. En esa subjetividad irreductible a que conduce la ponderación yace la clave para entender por qué es peligrosa para el régimen jurídico; porque socava la seguridad haciendo que los jueces decidan los casos conforme a su concepción personal de lo justo: ante un conflicto de valores, diría García Amado, el que debe prevalecer es el que elige el juez conforme a su concepción de la justicia. De allí a la arbitrariedad hay sólo un paso.

Ahora bien, no es este el único motivo de crítica a la ponderación. Ocurre que ella es consecuencia de que en el sistema jurídico existan normas que operen como principios (que son principios con forma jurídica, pero con origen en la moral). Y de acuerdo con el iusmoralismo, contra el que García Amado dirige sus baterías, los principios serían omnipresentes en el derecho, estarían por doquier y controlarían cualquier decisión judicial, hasta la más mínima. Por eso, toda aplicación del derecho tendría que pasar por el tamiz de los principios. Y lo más importante, siguiendo al autor, es que en un caso dado podría suceder, no obstante haber una regla claramente aplicable, que el juez se vea obligado a decidir conforme a los principios de *su* moral particular si aquella llevara a una conclusión contraria a la de estos; es decir, que los principios podrían ordenar una decisión *contra legem*, contra la ley establecida, y si esto pasa en todos los casos judiciales, al menos como posibilidad, entonces eso significa renunciar al derecho mismo: “en sustitución del derecho heterónomo [...] la moral personal del juez”. He aquí el peligro del que nos previene el autor.

Podríamos estar de acuerdo o no con los argumentos de García Amado; pero lo cierto es que esta obra constituye una de las expre-

siones más genuinas de su pensamiento, construido pacientemente a lo largo de muchos años. Yo destacaría al menos tres grandes cualidades del libro: el primero, que arroja de lleno luz sobre los temas tratados; en este sentido, sus páginas amplían decididamente nuestro conocimiento sobre todos ellos. El segundo mérito es que el autor no se limita a describir el estado del arte en materia de argumentación jurídica y de ponderación, sino que asume una postura frente a ellas; una postura crítica, sí, pero firme y valiente; por eso, no hay duda de que el libro termina provocando a los lectores a debatir. Y *last but not least*, los temas que se abordan, para su mejor tratamiento, han sido ordenados por el autor en dos partes. La primera, de contenido teórico, sienta las bases para la discusión de los casos dispuestos en la segunda, de carácter eminentemente práctico, donde con la ayuda de sentencias resueltas por el Tribunal Supremo de España y el Tribunal Constitucional español, se procura demostrar cómo la ponderación está lejos de ser el método racional e infalible que ofrece una única respuesta correcta al dirimir las controversias entre principios, a la manera en que desearían sus más acérrimos defensores. Por todo esto, la lectura del presente texto no solo es pertinente, se hace indispensable.

RAMÓN ORTEGA GARCÍA

I. ELEMENTOS TEÓRICOS

¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?*

1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO TEÓRICO EN EL QUE APARECEN LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría jurídica moderna viene debatiendo sobre varios tipos de relaciones *normativas*. Llamo relaciones normativas a aquellas en las que importa alguna forma de calificación normativa, de calificación a tenor de normas.

Sin propósito de exhaustividad, podemos enumerar los siguientes tipos de relaciones normativas que ocupan amplio espacio en los análisis de la teoría y filosofía del derecho:

- i. Relaciones entre las normas de un sistema jurídico.
- ii. Relaciones entre las normas de un sistema jurídico y las de otros sistemas normativos no jurídicos (especialmente, morales).
- iii. Relaciones entre sistemas jurídicos.
 - a. Entre sistemas jurídicos anteriores y posteriores dentro de un mismo espacio político o nacional.
 - b. Entre sistemas jurídicos nacionales.
 - c. Entre sistema jurídico nacional y sistemas jurídicos supranacionales.
- iv. Relaciones entre normas y conductas a las que esas normas se refieren y pretenden regular.
- v. Relaciones entre las normas y las decisiones que las aplican a las conductas reguladas por esas normas.

El gran problema común a todos esos ámbitos es el que podemos llamar “problema de la compatibilidad o incompatibilidad”, sea entre normas en un sistema, sea entre sistemas normativos diversos

* El siguiente texto se inserta en el Proyecto de Investigación DER2013-47662-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

(jurídicos, o jurídicos y no jurídicos), sea entre normas y conductas o sea entre normas y decisiones de casos. Como de lo que aquí trato es de introducir otro tema, el del papel y significado de las teorías de la argumentación jurídica, solo haré unas pocas consideraciones fragmentarias, y no intentaré agotar la problemática teórica y práctica de aquellas relaciones normativas.

Entre los enunciados “José es inteligente” y “José no es inteligente” hay formalmente una contradicción. Materialmente lo que puede interesar es averiguar y demostrar cuál de los dos enunciados es falso y cuál verdadero, en su caso. Si hablamos de normas y de enunciados normativos, las cosas son más complicadas aun, pues hay dos cuestiones importantes que no son nada pacíficas: la de si se aplica la lógica y qué tipo de lógica a las normas y los (o determinados) enunciados normativos y la de si cabe predicar verdad y falsedad de los (o de ciertos) enunciados normativos.

Entre el enunciado jurídico “prohibido X” y el enunciado jurídico “permitido X” hay una antinomia. Al margen de o adicionalmente a que podamos describir la antinomia como contradicción lógica, al jurista se le suscita el problema pragmático de ver cuál de esas normas prevalece dentro de un sistema jurídico, pues dentro de un sistema jurídico no tiene sentido pragmático mantener que un mismo comportamiento está simultáneamente prohibido y permitido. Así que diagnosticar que hay una contradicción lógica no nos lleva a ninguna parte (salvo, obviamente, a detectar el problema pragmático) y un criterio de verdad como el que se aplica para enunciados empíricos tampoco nos arregla nada. Por eso la noción que en primer lugar entra en juego es la de validez, u otra funcionalmente equivalente, pero siempre adaptada a o propia de lo normativo.

Cuando hablamos de validez solemos referirnos¹ a que la norma en cuestión haya sido creada por el órgano y con el procedimiento predefinidos en el mismo sistema jurídico de que se trate. Mas también, y mal que pese a los kelsenianos, hay que contar con la compatibilidad o incompatibilidad material de las normas, la compatibilidad o

¹ Dejando aquí de lado la polémica con las tesis iusmoralistas que indican que la compatibilidad con la justicia o alguna propiedad moral es también condición de validez de las normas o los sistemas jurídicos.

incompatibilidad de su contenido regulativo. No cabe o no tiene sentido funcional o pragmático mantener que si dos normas jurídicas del mismo sistema se contradicen son jurídicamente inválidas ambas, no es propiamente jurídica ninguna. Eso acabaría vaciando de normas los sistemas jurídicos, dejándolos sin ninguna². Así que si queremos ligar la noción jurídica de validez con el contenido de las normas (y no solamente con su dimensión orgánica y procedimental), hemos de atender a algún tipo de relación entre ellas que resuelva los problemas de incompatibilidad, pero que no sea una relación lógico-formal o de mera contradicción lógica. Pues, repito, entre la norma que prohíbe X y la que permite X debemos saber cuál prevalece y cuál cede³ o sale del sistema. Aquí es donde para la solución de la incompatibilidad entre normas del sistema entran en juego dos criterios, el de jerarquía y el temporal, y ese es el marco en el que opera el mecanismo de la derogación. A lo que, en sistemas jurídicos bien complejos, se agrega el criterio de competencia, en diversas versiones o con distintos alcances.

Pensemos ahora en la relación entre las normas y las conductas por ellas abarcadas, las conductas reales y efectivas que caen bajo el supuesto de la norma.

Si tenemos el enunciado “Para todo X, si X es un bípedo implume, entonces X es humano” y el enunciado “José es un bípedo implume”, lógica en mano, concluimos “José es humano”, enunciado conclusivo que será verdadero si los otros dos enunciados lo son. En el mundo de las normas, y en particular en el del derecho, todo es más complicado. Asumamos que es válida sin objeción, plenamente jurídica, la norma que se enuncia así: “Se castigará con multa de mil euros el circular en autopista a más de 120 kilómetros por hora”. Aceptado que sea verdad el enunciado “José circuló por la autopista A a 130 kilómetros por hora”, no podemos los juristas concluir “José será castigado con multa de mil euros”. Solo es sancionada una muy mínima parte de las infracciones de normas jurídicas. Sin exagerar, creo que cada día que voy de casa al trabajo me salto por lo menos un par de ellas y no pasa nada.

² Pues en cuanto una se reformara o fuera derogada por otra, habría que entender que no vale ninguna de las dos. El derecho, para subsistir, debería ser radicalmente inmodificable.

³ Cuando opera un criterio de competencia, por ejemplo de competencia territorial del órgano emisor de la norma.

Se podría replicar que lo que aquella norma en verdad significa o quiere decir es esto: “Deberá castigarse con multa de mil euros el circular en autopista a más de 120 kilómetros por hora”. Así que si es cierto que José circuló por la autopista A a 130 kilómetros por hora, concluiremos que José debe ser castigado con multa de mil euros. La relación entre aquel enunciado normativo general y el enunciado fáctico podremos calificarla de una manera u otra según la teoría a la que nos acojamos en cuanto a la lógica aplicable a las normas o a las relaciones entre normas y hechos. Pero más allá de esa interesante disquisición teórica, sí es posible afirmar con plena convicción que el enunciado conclusivo “José debe ser castigado con multa de mil euros” es falso. ¿Por qué? En primer lugar (y solo en esa primera razón nos vamos a quedar aquí), porque en muchas ocasiones no existe dentro del sistema jurídico un deber de aplicar la sanción al que infringió la norma. Puede ser porque el propio sistema fije una condición adicional para que lo que en sí es clara infracción pueda ser sancionado, como es el caso cuando un delito solo puede ser perseguido a instancia de parte. O puede ser que esté reconocida la discrecionalidad del órgano sancionador para decidir si pone en marcha o no los mecanismos sancionadores. Esto, aunque debatido en la doctrina, es lo que sucede con muchas sanciones administrativas. Parece ser que las administraciones de los municipios por los que yo paso de mi casa a la universidad no incumplen ninguna obligación jurídica si no controlan la velocidad a la que circulo o si rebaso semáforos en rojo, o si, incluso, constándoles mi infracción, no echan a andar el expediente sancionador⁴. Tenemos, pues, el problema de no saber exactamente de qué tipo son o con qué categorías podemos calificar las relaciones entre las normas y los comportamientos efectivos bajo ellas subsumibles.

Un último ejemplo de lo problemático de las relaciones normativas que antes enumeré. La norma prohibía hacer X, Luis hizo X y se pone en movimiento la maquinaria sancionadora. El caso tiene que decidirlo el juez J. Sucede, entre otras varias cosas posibles, que:

⁴ Y no lo hacen por motivos jurídicamente reprochables, obviamente, como que yo sea primo del alcalde o amigo de su señora.

- La afirmación de que Luis hizo X puede tornarse discutible porque no se sabe con certeza si Luis realmente hizo eso que se le imputa y que encaja bajo X (problemas de prueba) o no se sabe con certeza si lo que Luis hizo es un caso de X o no es un caso de X, pues en la expresión “X” hay ambigüedad o vaguedad y lo que hizo Luis está en la “zona de penumbra” de la expresión “X” (problemas de interpretación).
- Aun cuando Luis efectivamente haya hecho lo que se dice y eso que hizo sea un caso de X, el juez puede equivocarse, puede estar en el error respecto de lo uno o de lo otro. Es decir, J puede erróneamente no imputar el hecho a Luis o puede darle un significado en algún sentido erróneo o inaceptable a la expresión “X”.
- J puede hacerlo todo mal, tanto la imputación del hecho a Luis como la interpretación de “X”, condenar o absolver a Luis de modo patentemente equivocado o absurdo y, sin embargo, si su decisión hace cosa juzgada o cuando su decisión se torne cosa juzgada, lo que ha decidido J va a misa. Que vaya a misa la decisión quiere decir que jurídicamente vale el fallo de la sentencia y jurídicamente obliga ese fallo por mucho que digamos que J ha vulnerado la lógica, el sentido común, la ética judicial o los mandamientos de la Ley de Dios⁵.

¿A dónde trato de ir con esta ya larga introducción? A que la lucha principal de la teoría del derecho es la lucha contra la perplejidad. La perplejidad de no saber cuál es el patrón teórico o pauta de racionalidad que debemos aplicar tanto para explicar cómo los sistemas jurídicos funcionan en esas relaciones normativas, como para justificar cómo deberían decidir sus operadores para que sus acciones y decisiones jurídicas fueran correctas y no parecieran puro resultado del libre arbitrio o del capricho. Puede efectivamente ser válida o funcionar como válida una norma legal que dice lo opuesto a una norma constitucional o una norma reglamentaria contraria a una legal o a una constitucional, puede obligar por completo dentro del sistema ju-

⁵ A no ser que su conducta esté tipificada a su vez como sancionable (por ejemplo, por prevaricación) y que la sanción acarree la posibilidad jurídica de anular la sentencia.

rídico una sentencia que se salta a la torera las normas jurídicamente válidas que supuestamente (según ese mismo sistema jurídico) tiene que seguir, etcétera.

La pregunta fundamental, así pues, es la de si es el puro caos o algún patrón muy escasamente racional o puramente empírico (intereses, poderes fácticos, complejos o taras psicológicas) es el que determina el funcionamiento interno de los sistemas jurídicos y las relaciones entre sus normas⁶, o si, al margen de que los hechos sean como sean y de que pase lo que buenamente pase acá o allá, existe algún parámetro de racionalidad que, por lo menos, haga posible que con verdad digamos cuándo el derecho y las decisiones que lo aplican son objetivamente correctos o no, o racionales o no.

Si miramos la evolución de la teoría jurídica desde los inicios del siglo XIX hasta ahora, podemos apreciar la pugna de varios modelos principales de racionalidad de lo jurídico.

a) El primero es el que podemos denominar, con expresión paradójica, *modelo lógico-sustantivo*. Cabe sintetizar de la siguiente manera sus caracteres:

La racionalidad o corrección última de lo jurídico, de la materia prima del derecho, deriva de la conexión de su contenido con algún tipo de sustancia ontológica o de verdad prejurídica. Esta es la dimensión fuertemente metafísica de este modelo. Ese elemento metafísico que dicta al derecho los contenidos correctos y racionales de sus normas o que sirve de límites que las normas jurídicas deben respetar para que los sistemas jurídicos no degeneren en pura arbitrariedad o sustancial ajuridicidad, puede ser, según la diversidad de doctrinas aquí insertables:

- El derecho natural.
- La voluntad del legislador racional, en cuanto que ese legislador es encarnación o representación sustancial de alguna entidad que por definición no puede errar ni mandar lo injusto o inconveniente: la nación, la voluntad general, el espíritu del pueblo, la esencia de la raza, etc. Sabido es que la figura del

⁶ O las relaciones entre sistemas jurídicos. Pensemos en el caso de la relación entre derecho interno y derecho de la UE y tendremos ya para entretenernos un buen rato.

legislador racional hereda, en cuanto instancia de producción normativa, las propiedades que la teología y el iusnaturalismo teológico predicaban de Dios: omnisciencia y omnipotencia. A partir de la Revolución Francesa y del Código de Napoleón, el legislador que encarna la voluntad general de la nación va a legislar siempre lo objetivamente correcto (omnisciencia) y por su suprema voluntad se convierte en derecho cualquier cosa que él mande (omnipotencia). En este apartado se acomoda el peculiar positivismo jurídico metafísico de la francesa Escuela de la Exégesis.

- Los conceptos jurídicos, como entidades ontológicas con contenido necesario e intemporal y relaciones entre ellos presididas por el esquema general-particular. En derecho cada “cosa”, cada ente jurídico, cada institución es lo que es y no puede ser de otro modo. Así, el matrimonio es por definición y con necesidad ontológica la unión de hombre y mujer, el testamento o el contrato son lo que son y en sus definiciones se aprehende, y son así en cuanto especificaciones o desarrollos “lógicos” del negocio jurídico. Cada contrato (compraventa, arrendamiento, depósito), en cuanto contrato y con los caracteres definitorios del contrato y, por extensión, en cuanto negocio jurídico, es lo que es y se distingue de los otros contratos por una nota especificadora. Y en la cúspide está el ente conceptual autonomía de la voluntad, como concepto fuente del que todos los demás sacan su perfil y al que todos los demás desarrollan para un ámbito específico de relación social. Esos eran los planteamientos de la Jurisprudencia de Conceptos alemana, con su también particularísimo positivismo metafísico.

Una vez puestas esas bases ontológicas de corte metafísico y que aseguran la adecuada correspondencia de lo normativo con el orden necesario del ser o la naturaleza de las cosas, es alguna forma de “lógica” lo que preside tanto la relación de las normas dentro del sistema jurídico como la aplicación de las normas a los casos empíricos. Porque:

- La relación jerárquica entre las normas es una relación del tipo de la que se da entre lo más general y lo más particular.

- Las antinomias entre normas de igual jerarquía propiamente no caben en el sistema y según su interna racionalidad. Fácticamente puede haberlas, pero son errores que se corrigen analizando cuál de las normas en litigio es irracional por no ser compatible con la correspondiente esencia ontológica o naturaleza jurídica de la institución en cuestión.
- En cuanto a la decisión del juez, sentado que los hechos juzgados ocurrieron y que se subsumen bajo una norma que es válida (y lo es porque no es incompatible con el derecho natural, con la racionalidad legislativa, con la moral verdadera o con el contenido necesario del concepto que venga al caso —matrimonio, compraventa, contrato, testamento, hipoteca), el razonar del juez puede ser perfectamente objetivo y dar con la única solución jurídicamente correcta para el caso, en ese ordenamiento jurídico. Presupuesto que hay para cada caso una única solución correcta, el método para que el juez la plasme en su sentencia o bien es el de la simple lógica silogística o bien es un método que simule una operación empírica como la de la medición o el pesaje o ponderación.

Creo que ya se puede captar por qué a este modelo lo he llamado *lógico-sustantivo*. Porque presupone unos parámetros externos, sustantivos o materiales y plenamente objetivos de racionalidad y validez de las normas y de su aplicación (derecho natural, moral verdadera, voluntad —racional por definición— del legislador, “conceptos” con su carga ontológica insoslayable), porque entre las normas y entre estas y las decisiones presupone una determinación que, en sentido muy amplio, podemos llamar “lógica”, y porque son o pretenden ser teorías de la única respuesta correcta en derecho. No olvidemos que en la iusfilosofía moderna las teorías de la única respuesta correcta se han manifestado de modo rotundo dos veces: en el positivismo metafísico de la Escuela de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos y en Dworkin y los iusmoralistas y neoconstitucionalistas que hasta hoy lo siguen. Las diferencias están en la descripción de la materia prima o más básica de lo jurídico⁷ y en el método de conocimiento que se

⁷ Para la Escuela de la Exégesis, los enunciados provenientes de la voluntad indudablemente racional del legislador; para la Jurisprudencia de Conceptos, los

plantea para que el juez pueda calar en esa materia prima y dar con la única respuesta correcta, método que en el siglo XIX era el lógico-subsumtivo y que a partir de Dworkin y, muy especialmente, Alexy es el de ponderación.

b) En las antípodas del anterior está el modelo *irracionalista*⁸. Se puede explicar con mayor brevedad.

- El derecho es un instrumento social que no tiene ni una peculiar sustancia que lo haga ontológicamente diferente de cualquier otro instrumento normativo⁹.
- El derecho no tiene ningún tipo de “lógica” interna o de racionalidad inmanente, toda justificación del contenido de las normas o del contenido de las decisiones que presuntamente las aplican será una justificación ideológica y, como tal, carente de objetividad.
- Los contenidos de las normas jurídicas son porosos, altamente indeterminados y manipulables, y, además, lo que el derecho aparentemente regula es mucho menos que lo que no queda abarcado por las normas, pues, como, entre otros, decían los de la Escuela de Derecho Libre en Alemania en el primer cuarto del siglo XX, hay muchas más lagunas que normas.
- Así como no hay un contenido racional predeterminado en el sistema jurídico como solución correcta para cada caso, y menos como única solución correcta para cada caso, tampoco existe ni puede existir un método que sirva ni para llegar

contenidos ontológicamente necesarios de cada concepto jurídico y, en consecuencia, de cada institución en que ese concepto se materializa dentro de algún ordenamiento; para el iusmoralismo postdworkiniano, los principios morales que son simultáneamente principios jurídicos.

⁸ No está de más recordar que cuando en clasificaciones como esta se dice “irracionalismo” no se está aludiendo a doctrinas o concepciones que hagan apología de la irracionalidad en la práctica jurídica o que desconozcan los componentes racionales que en la misma concurren, sino que la etiqueta indica el escepticismo ante la concepciones idealistas o idealizadas del derecho y de su práctica y la crítica frente al poco realismo de dichas concepciones. En ese sentido, véase Haba, Enrique P., “Una discusión: ¿quiénes son los ‘irracionalistas’” en “Teoría del Derecho”, *Doxa*, 19, 1996, pp. 399-400.

⁹ Recuérdense, por ejemplo, las críticas feroces de Ross hasta al concepto normativo kelseniano de validez jurídica, por metafísico.

al conocimiento de tal solución correcta ni para justificar con objetividad la corrección o, al menos, la no incorrección de una decisión judicial. Los diversos métodos o esquemas argumentativos y de razonamiento que los jueces utilizan y que leemos en sus sentencias no son por lo general sino disfraces o técnicas de encubrimiento de los verdaderos móviles que determinan al cien por cien las decisiones, que son móviles subjetivos, móviles personales (simpatías, intereses, ideologías, temores, ambiciones).

- Tanto el contenido de las normas como el de las decisiones de los jueces podemos explicarlos con un método científico-empírico y como producto de factores empíricamente operantes (políticas, presiones, ideologías, creencias subjetivas, adoctrinamientos, maniobras estratégicas), pero no podemos en puridad justificarlos normativamente, pues no hay parámetros de razón práctica o de racionalidad jurídica específica que permitan esa justificación¹⁰. Todas las justificaciones relacionadas con lo jurídico son así, empíricamente explicables, y ninguna es propiamente una justificación en el sentido fuerte y propio de la expresión, una justificación que pueda pretenderse objetiva y racional.

c) El tercer modelo teórico es el del *positivismo normativista*, al estilo kelseniano. Ocupa en cierta manera un lugar intermedio entre los dos polos anteriores. Veamos con brevedad por qué.

- Dentro de los sistemas jurídicos hay relación entre las normas, conformándose una cadena de validez, pero esas relaciones no son ni de deducción lógica ni de concreción de lo general a lo particular¹¹. Esas relaciones entre las normas, que son relacio-

¹⁰ “Este tipo de planteamientos escépticos frente a la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales suelen desembocar en un estudio de las causas psicosociales que han provocado la decisión jurisdiccional (¿de qué sirve el análisis racional de decisiones que dependen de cómo le sentó al juez el desayuno?) o de las posiciones ideológicas o políticas que se hallan tras los problemas políticos”. Gascón Abellán, Marina, García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima, 2003.

¹¹ Por eso, según Kelsen, los sistemas jurídicos son sistemas dinámicos, no sistemas estáticos.

nes de jerarquía y de apoderamiento de órganos normadores, son determinantes de la validez o invalidez de las mismas. Las concretas condiciones de validez de las normas de un sistema jurídico las pone ese mismo sistema jurídico al regular procedimientos normativos y competencias normativas. Es muy importante resaltar que, para el positivismo normativista, las relaciones entre las normas del sistema jurídico son formales en cierto sentido (del modo que corresponde a los sistemas dinámicos), pero no son lógico-formales.

- Normas jurídicas (incluidos los fallos judiciales, en cuanto normas individuales y concretas) cuyo contenido sea incompatible con el de otras normas superiores del mismo sistema o que hayan surgido en contravención de otras normas de tal sistema que condicionen de alguna manera¹² (procedimiento, competencia) su validez, pueden y suelen llegar a ser normas del sistema, que obligan (a efectos de ese sistema) como tales y que surten todos sus efectos¹³.
- No hay parámetros objetivos externos de racionalidad ni de las normas jurídicas ni de las decisiones de los órganos aplicadores de las mismas. Toda norma (también el fallo de la sentencia) es el “sentido de un acto de voluntad” (Kelsen) y ese elemento voluntarístico condiciona la racionalidad posible de lo jurídico. El tipo de racionalidad interna o de mecánica interna de lo jurídico es de corte operativo u operacional, por así decir, no tiene nada que ver con una racionalidad sustantiva. Por eso puede ser jurídico un sistema con total independencia de lo que opi-

¹² Pensemos en el caso de una sentencia dictada por un juez en vulneración de una norma de reparto de competencia entre los jueces de un cierto lugar, sentencia que deviene cosa juzgada; o en el caso de un reglamento que vulnera una reserva de ley pero que jamás es recurrido y anulado por el órgano administrativo o judicial al efecto competente.

¹³ Por dar un ejemplo más, podría ser este el caso del reglamento patentemente ilegal nunca recurrido o de la ley patentemente inconstitucional por su contenido pero que no ha sido recurrida ante el correspondiente tribunal constitucional (en un sistema de control concentrado de constitucionalidad) o que ha sido, pese a todo, declarada constitucional por ese tribunal. Es bien sabido que esa especie de paradoja interna de los sistemas jurídicos llevó a Kelsen a la bastante peregrina explicación mediante su teoría de la cláusula alternativa tácita.

nemos del contenido de sus normas o de cómo valoremos las intenciones de los sujetos que las crean o las aplican. No hay parámetros de juridicidad o validez externos al sistema jurídico de que se trate, no existe nada (ni derecho natural ni justicia objetiva ni moral verdadera ni contenidos ontológicos necesarios de los conceptos y las instituciones) externo al sistema “formal” de las normas del sistema y que determine la validez o la racionalidad jurídica de esas normas. Por supuesto que cabe siempre juzgar cualquier norma o sistema con criterios morales (justo/injusto), políticos (legítimo/ilegítimo), empíricos (eficaz/ineficaz; aceptado/no aceptado socialmente), etc., pero esos juicios son extrasistemáticos, hechos desde fuera del sistema jurídico y no afectan a la validez de las normas (aunque puedan brindar explicaciones sobre por qué las normas tienen de hecho tal o cual contenido o se cumplen más o menos, etcétera).

- Si las relaciones intrasistemáticas de las normas no son relaciones lógico formales, si pueden ser válidas normas antinómicas con otras, incluso con normas jerárquicamente superiores, si las normas no determinan por sí y vía razonamiento meramente lógico el contenido único posible de otras normas, ni siquiera de las de rango inferior, y si está presente en toda decisión normativa un componente de voluntad del que la norma es sentido, resultan dos consecuencias de la máxima relevancia: no hay para cada caso una única decisión (jurídicamente) correcta y el juez ejerce discrecionalidad. Sobre el grado y los límites, en su caso, de la discrecionalidad judicial, el positivismo normativo puede oscilar, bien aproximándose al irracionalismo y sosteniendo que esa discrecionalidad es absoluta y que no hay propiamente diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, bien manteniendo que el tenor de las normas (en lo que esté claro o dentro de los márgenes que permita la indeterminación) pone límites a las decisiones de los jueces, pero dentro de un espacio inevitable de decisiones posibles por no incompatibles con la norma y su tenor.

La idea de discrecionalidad es definitoria del iuspositivismo normativo. Ni hay, al menos tendencial o hipotéticamente, una única

decisión correcta para cada caso, que los jueces al aplicar la ley¹⁴ deban encontrar valiéndose de silogismos o ponderaciones, ni puede y suele el juez hacer en cada caso lo que le da la gana, libérrimamente y, como máximo, disimulando un poco sus motivos mediante engañosos argumentos en la motivación de la sentencia. Hay discrecionalidad porque no se puede en derecho decidir sin valorar, sin establecer valorativamente preferencias y sin optar entre alternativas abiertas; por ejemplo, a la hora de elegir una de entre las varias interpretaciones que de la norma son razonablemente posibles. Y lo que de libre y personal tiene esa valoración, por mucho que se quiera razonable y bien motivada, es la esencia de la ineludible discrecionalidad. No hay ningún método que al juez le permita librarse de ella y de la consiguiente responsabilidad suya. Ni haciendo silogismos ni manejando imaginarias balanzas se libra el juez de que las valoraciones que determinan en alguna medida la decisión sean valoraciones, y no constataciones objetivas, y de que sean valoraciones suyas y no de algún misterioso duende o Hércules que duerme en los sótanos del sistema jurídico.

2. ¿CUÁNDO, CÓMO Y POR QUÉ APARECEN LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Ese era el marco teórico, y en ese marco algunos autores se sintieron incómodos. Es bien curioso que unos cuantos de los más relevantes precursores de la teoría de la argumentación jurídica dedicaran su juventud al estudio de la lógica formal y se decepcionaran pronto. Es el caso de Chaim Perelman¹⁵ y de Theodor Viehweg¹⁶. Ambos concluyeron enseguida que ni el sistema jurídico es un sistema lógico-axio-

¹⁴ O, incluso, el legislador al desarrollar mediante la ley la norma constitucional.

¹⁵ Sobre el positivismo lógico cultivado inicialmente por Perelman y para una muy peculiar y llamativa interpretación de la influencia que en el paso a la “nueva retórica” jugaron la cultura judía y el rechazo al dogmatismo del nazismo, véase Frank, David A., “Argumentation Studies in the Wake of The New Rhetoric”, *Argumentation and Advocacy*, 40, 2004, pp. 267-283 (especialmente, pp. 268-269).

¹⁶ Téngase en cuenta que lo primero que publica Viehweg se titula “Die juristischen Beispielsfälle in Leibnizens Ars combinatoria”. Viehweg, Theodor, “Die juristischen Beispielsfälle in Leibnizens Ars combinatoria”, en G. Schischkoff, G., *Beiträge zur Leibniz-Forschung*, Gryphius, Reutlingen, 1947, pp. 88-95.

mático ni la decisión judicial es simple silogismo¹⁷ sin espacio para la discrecionalidad. Lo llamativo del asunto es que a esas conclusiones llegan a partir de los años cincuenta del siglo XX, cuando ni lo uno ni lo otro era ya sostenido por nadie¹⁸.

Esa es una de las más peculiares características de la teoría jurídica, el denodado empeño de sus cultivadores por luchar contra molinos de viento o fantasmas del pasado. Desde mediados del siglo XX se insiste en que ni la trabazón de las normas jurídicas es puramente lógica ni es la clásica lógica silogística o la moderna lógica formal la que determina al cien por cien el resultado de las decisiones judiciales. Pero tal cosa ya no la defendía nadie desde setenta y cinco o cincuenta años antes, desde los ataques, en Alemania, a la Jurisprudencia de Conceptos por obra de Jhering en su segunda época, de la Escuela de Derecho Libre y de Kelsen, y desde que, en Francia, Geny triturara los fundamentos teóricos e ideológicos de la Escuela de la Exégesis. Es el mismo empeño desenfocado de gran parte del iusmoralismo y el neoconstitucionalismo de ahora, cuando imputan al positivismo normativista y a Kelsen tesis que eran propias de aquel positivismo metafísico del siglo XIX y que el mismo Kelsen (o Hart o Bobbio) desactivó con verdadera saña.

El caso es que aquellos jóvenes investigadores, Perelman o Viehweg¹⁹, se topan con una teoría jurídica que se acoge a enfoques que

¹⁷ Como bien resume Atienza, “Lo que caracteriza a los precursores, en los años cincuenta del siglo pasado, fue la tesis de que el razonamiento jurídico no podía verse como un tipo de razonamiento deductivo”. Con pleno acierto incluye Atienza entre los precursores a Recaséns y a Toulmin. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 30-31.

¹⁸ Como indica Cabra Apalategui, siguiendo a Stone, la visión puramente mecanicista o silogística de la decisión judicial a la que los precursores de la teoría de la argumentación jurídica se oponen raramente había sido defendida “como una descripción ajustada de lo que los jueces hacen cuando resuelven casos conforme a derecho”. Ese tipo de formalista es más bien “un personaje de la mitología jurídica”. Cabra Apalategui, José Manuel, *Sobre Derecho y argumentación. Estudios de teoría de la argumentación jurídica*, Comares, Granada, 2015.

¹⁹ Para el análisis de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica, siempre imprescindible el estudio de Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*. El capítulo segundo está dedicado a Viehweg y la tópica jurídica y el capítulo tercero a Perelman y la nueva retórica. Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

les repugnan por igual. El iusnaturalismo, en todas sus variantes, es dogmático, el logicismo es engañoso, el irracionalismo es decepcionante y aboca a toda teoría jurídica o ético-jurídica a la parálisis y la resignación, y el normativismo positivista, acorralado en los años sesenta por la crítica de tanto iusnaturalista poco amigo de lecturas y tanto antiguo nazi sibilino, es excesivamente austero, pues se conforma con la radiografía analítica de los sistemas jurídicos y los conceptos operativos en derecho, pero no aporta pautas de corrección material de las decisiones legislativas o judiciales ni se aviene a ninguna rehabilitación de la razón práctica. Ante tan oscuro panorama, ¿qué hacer?

La importancia de Viehweg y Perelman para la teoría jurídica contemporánea está en que introducen lo que podríamos llamar un nuevo paradigma, un nuevo patrón de análisis del derecho y un novedoso modelo de racionalidad de lo jurídico. Desencantados con la lógica formal, se ponen a buscar una “lógica” propia de lo jurídico, un patrón de racionalidad tal vez a medio camino entre lo estrictamente formal de la lógica y lo “formal” del procedimentalismo normativista, por un lado, y lo interesada o ideológicamente sustantivo o material del iusnaturalismo y sus parientes teóricos iusmoralistas²⁰. Ese modelo alternativo para lo jurídico lo van a hallar ambos en el mundo clásico de Grecia y Roma; Perelman en la antigua retórica y Viehweg en la tópica. Pertrechados, así, con el instrumental analítico y explicativo que ya forjaron Aristóteles o Cicerón, lo revolucionario y peculiar de su aportación común, de su nuevo paradigma, va a ser una visión del derecho con estos caracteres:

- i. El derecho es praxis, y como praxis debe entenderse y analizarse. Ciertamente, hay unos materiales originarios o una materia prima con los que esa práctica opera, como enunciados normativos, esquemas de razonamiento, argumentos estandarizados

²⁰ No olvidemos que aquellos muy influyentes autores alemanes que durante el nazismo habían sido agresivos antipositivistas y defensores del “sano sentimiento popular” (*gesundes Volksempfinden*) como parámetro de juridicidad, se volvieron iusmoralistas acérrimos después de 1945 y pusieron las bases de lo que sería la Jurisprudencia de Valores y de la tesis de que la Constitución es “un orden objetivo de valores”. Solo con pensar en Theodor Maunz o Karl Larenz ya vienen los escalofríos.

(*v.gr.*, los cánones de interpretación), máximas que sintetizan viejos principios o pautas de “sentido común jurídico”, etc., pero no se trata de objetos que estén ahí afuera y que, analizados por el investigador o el operador jurídico, vayan a revelar los contenidos predeterminados de lo jurídico o la única solución correcta para un caso. Con esos materiales se razona intersubjetivamente, se argumenta, y en ese argumentar está la clave constitutiva de lo jurídico.

- ii. Esa praxis en que lo jurídico consiste es una praxis argumentativa. El derecho se constituye y opera a base de argumentar, de dar razones²¹ que compiten en pro de soluciones en pugna. Así pues, las soluciones jurídicas no se averiguan mediante una investigación que desentrañe esencias, sean esencias de normas, de precedentes, de instituciones, de conceptos o de principios de justicia, sino que las soluciones jurídicas se construyen, se establecen mediante una serie de operaciones de una actividad colectiva e intersubjetiva que tiene su eje en el argumentar.
- iii. Si en el derecho, así contemplado como praxis argumentativa, hay alguna racionalidad, esa ha de ser la propia y específica del argumentar, del dar razones y elegir entre razones. Para esto es

²¹ Como sintetiza Atienza, al describir el primero de los elementos que configuran el concepto de argumentación, argumentar “es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello”. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica... cit.*, p. 109. La argumentación jurídica sería, pues, una variante de la argumentación en general. Un ejemplo más de caracterización general de la argumentación: “La argumentación es una actividad verbal, social y racional que busca convencer a un crítico razonable sobre la aceptabilidad de una opinión, trayendo un conjunto de una o más proposiciones para justificar esa opinión”: Van Eemeren, Grootendorst, Frans H., Snoeck Henkemans, Rob, *Argumentation. Analysis, Evaluation*, “Presentation”, Lawrence Erlbaum, Mahwah, New Jersey, Londres, 2002, p. xii. Más en detalle: “La argumentación es una actividad de la razón de carácter verbal y social, que pretende aumentar (o disminuir) para el oyente o lector la aceptabilidad de una opinión controvertida, trayendo a colación un conjunto de proposiciones que tratan de justificar (o refutar) dicha opinión ante un juez racional”. Van Eemeren, Frans H., Grootendorst, Rob, Snoeck Henkemans, *Fundamentals of Argumentation Theory. A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments*, Lawrence Erlbaum, Mahwah, New Jersey, 1996, p. 5.

para lo que Viehweg y Perelman sacan partido a las enseñanzas clásicas de la tópica y la retórica. Se argumenta para conseguir la adhesión del otro, para llevarlo a nuestro terreno y hacerlo compartir las tesis que con nuestros argumentos o razones defendemos. El abogado o el fiscal argumentan para conseguir la adhesión del juez o el jurado, y el juez argumenta su sentencia para lograr que las partes no la recurran, que el tribunal superior no la case, si hay recurso, y que la sociedad acepte que es la mejor solución y la más conforme al derecho. Lo que hace más o menos correcta y racional una decisión jurídica es la pertinencia, cantidad y calidad de argumentos que la respaldan. En función de eso, una decisión jurídica será tanto mejor cuanto más aceptable resulte para los destinatarios o auditorio de la misma.

Pero, a partir de ese punto, ya en Viehweg y Perelman el paradigma de la teoría de la argumentación jurídica se bifurca. Por el camino de Viehweg se acerca al irracionalismo, aunque sea matizada o sutilmente. Por el de Perelman nos topamos con el tipo de racionalismo²² tan característico del derecho moderno y que lo religa con una concepción fuerte de la razón práctica y con el iusmoralismo, en la senda hacia la recuperación de la idea de única decisión correcta.

Para Viehweg²³ el derecho es argumentación y ese argumentar constitutivo de lo jurídico es, en lo esencial, un argumentar con tópicos o lugares comunes. Esos *topoi* son argumentos estandarizados y consolidados en la práctica gremial y social y que, por sí y con su mera mención en el discurso, suscitan un eco favorable en el auditorio, parten de cierto consenso presupuesto. En un debate sobre la interpretación debida de una norma para un caso, un interlocutor puede decir que a favor de tal o cual interpretación está el que la norma queda estéticamente más bonita así interpretada o el que ese significado es el que mejor cuadra con las intenciones del legislador

²² En la tradición del racionalismo clásico se encontraría también Alexy, según la crítica de Hilgendorf, Eric, *Argumentation in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991, p. 216.

²³ Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Beck, München, 1954. Hay traducción castellana de L. Díez-Picazo Ponce de León, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1963.

al crear esa norma. En el primer caso está empleando un argumento estético y en el segundo un argumento voluntarístico o de interpretación semántico-subjetiva. La diferencia radica en que el primero no es usual ni se considera, entre los juristas de hoy, admisible en la práctica del derecho y como justificación de decisiones, mientras que el segundo sí es un tópico con solera, un argumento que resuena como admisible y valioso.

Según Viehweg, los tópicos jurídicos son variadísimos (la letra misma de la ley, los cánones de interpretación, los principios jurídicos, la *ratio decidendi* de los precedentes, los refranes o apotegmas jurídicos, los valores jurídicos, etc.). De ese depósito de argumentos que en la praxis hallamos como ya perfilados y listos para usar, cada uno toma en cada ocasión los que más le convienen. Así, si nos fijamos en los valores jurídicos, cada cual apelará a la justicia, la equidad para el caso o a la seguridad jurídica en función de lo que en esa oportunidad le venga mejor. Igualmente, cada uno hará uso de un principio constitucional o del principio constitucional contrario (*v.gr.*, libertad vs. igualdad, libertad de expresión vs. derecho al honor, derecho a la intimidad vs. seguridad) en razón de su conveniencia para el caso. Y señala Viehweg que en esa contienda argumentativa, en ese combate por la victoria en el pleito, que es un combate en el que las armas son argumentos estandarizados o tópicos, vencerá normalmente el más hábil; es decir, el que maneje un mayor arsenal de tales argumentos y sepa emplearlos con mayor habilidad, sea para respaldar su posición, sea para desactivar los tópicos con que la otra parte defiende la suya.

Creo que no es desacertado situar matizadamente a Viehweg y su tópica jurídica²⁴ en el campo del irracionalismo jurídico. Allí donde otros irracionalistas, como base de su escepticismo sobre la racionalidad de las decisiones jurídicas, colocan el papel determinante de las ideologías o intereses personales o la radical subjetividad de cualquier concepción del bien, Viehweg viene a mantener que se trata de un juego entre argumentantes, con unas reglas de *fair play* bastante tenues y en el que ganará el jugador más habilidoso. Nada en las reglas del juego o en su transcurrir asegura que ese que vence sea el que susten-

²⁴ Para un estudio de conjunto, véase García Amado, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

taba la tesis objetivamente más racional, más justa o más acorde con algún tipo de contenido necesario o esencia de lo jurídico. Lo jurídico no es nada más que el juego y el juego se juega de aquel modo.

La doctrina perelmaniana, en cambio, tiene doble faz, como bien se ve ya desde la obra seminal que Perelman escribió con Lucia Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*²⁵. Por un lado, Perelman recupera el estilo de los viejos tratados de retórica, como prontuario para el eficaz argumentar, para el retor que quiera dominar los argumentos con los que mover a cualquier auditorio a sus tesis. Pero, por otro, desarrolla un modelo de argumentación racional que se anticipa en muchas partes a lo que dirán muchos de los que en el campo filosófico se ubican en la llamada “rehabilitación de la razón práctica” y que inspirará a Robert Alexy cuando, a fines de los años setenta, publique su obra central, la *Teoría de la argumentación jurídica*²⁶.

Según Perelman, el que argumenta siempre busca la adhesión del auditorio, pero esto puede hacerse para persuadir o para convencer; o sea, con lo que el orador propone uno puede estar de acuerdo, si lo está, porque ha sido persuadido o porque ha sido convencido. La persuasión es una adhesión que en todo o en parte está movida por factores emotivos hábilmente manejados por el orador. La convicción es una adhesión que se apoya nada más que en la ponderación o valoración objetiva e imparcial de las razones dadas por el orador. Así pues, es principalmente la actitud argumentativa del orador lo que pone las condiciones del juego y determina que la racionalidad del resultado final quepa o no. Y esto lo explica Perelman diferenciando entre el argumentar para un auditorio particular o para el auditorio universal.

Argumento para el auditorio particular si tomo en cuenta las características específicas de la persona o grupo de personas a las que

²⁵ Perelman, Chaim, Olbrechts-Tyteca, Lucia, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1958. Hay traducción castellana de la 5ª edición en francés, de 1989, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989.

²⁶ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkam, Frankfurt, 1978. Hay traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

me dirijo, a fin de adaptar a ellas mi discurso y poder tocarles mejor la fibra sensible adecuada. Así, si la finalidad de mi discurso es conseguir que el jurado de este pleito absuelva a mi cliente, no argumentaré igual, ni en el fondo ni en la forma, según que ese jurado esté formado mayormente por personas religiosas o no, por hombres o mujeres, por jóvenes o viejos, por conservadores o progresistas, por nacidos en un lugar o en otro. Adaptándome y manipulando con sutileza mediante mis argumentos, intento que coincidan conmigo y me apoyen, sin importar que no sea la razón sino la seducción lo que los mueva. Por el contrario, argumento para el auditorio universal si tanto en la forma de mi discurso como en las razones que en él manejo hago completa abstracción de la índole peculiar de las concretas personas a las que me dirijo, pues nada más que busco la adhesión que puedan brindarme sujetos perfectamente racionales que valoren y decidan de modo plenamente imparcial. Por tanto, me da igual que el jurado esté formado por católicos o ateos o que el juez sea hombre o mujer o que simpatice con este o aquel partido político. Para quien habla al auditorio universal los interlocutores, en tanto que humanos y dotados de razón, son perfectamente fungibles, intercambiables, en tanto que interlocutores posibles. Es más, el ideal de interlocutor de la argumentación racional está formado por personas sin carne ni hueso, por seres que nada más que sean racionales y que carezcan de todo condicionamiento personal o social que pueda dañar la imparcialidad con la que sopesan las razones que en el discurso se les brindan. Por ejemplo, ese juez ante el que se argumenta racionalmente y como si fuera el representante perfecto de la humanidad imparcialmente razonadora, en puridad no debería tener ni biografía ni ideología ni vivencias personales que puedan lastrar la objetividad y radical independencia de su juicio.

Es enorme lo que la intuición perelmaniana está anticipando así, nada menos que buena parte del constructivismo ético posterior y de teorías ulteriores, más elaboradas, pero con ese mismo núcleo, como la habermasiana situación ideal de habla y la rawlsiana posición originaria bajo el velo de ignorancia. Tanto para Perelman como para esa posterior orientación constructivista de la razón práctica, lo que sea en materia moral, política o jurídica la solución objetivamente buena o verdadera no está predeterminado en ninguna ontología ideal o en ningún mundo del ser o naturaleza de las cosas, sino que

deberá ser establecido en cada ocasión; no averiguado, sino puesto. ¿Cómo? Mediante un proceso de intercambio intersubjetivo de razones, de argumentos que ideal o hipotéticamente resulte apropiado para desembocar en un consenso final que sea el acuerdo al que llegarían cualesquiera sujetos racionales razonando bajo condiciones que aseguraran su perfecta imparcialidad. Racional es lo que sea apto para ser acordado de resultados de una argumentación racional. Argumentación racional es la que respeta determinadas reglas constitutivas que son una especie de derecho procesal del discurso racional. El mérito indudable de Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*, estuvo en sistematizar y sintetizar esas reglas a partir de lo que de común había en las obras de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica, como Viehweg y Perelman, y en filósofos morales y políticos embarcados en la pelea contra el irracionalismo y en la llamada “rehabilitación de la razón práctica”, con un papel prioritario, en Alexy, para Jürgen Habermas y su ética discursiva²⁷.

3. DILEMAS, APORÍAS Y DIVERGENCIAS EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Hemos llegado al lugar de los desacuerdos. Lo que podemos llamar el núcleo duro de la teoría de la argumentación jurídica es muy importante para la teoría del derecho, pero no es absolutamente peculiar de lo jurídico, como bien lo señalara Alexy con su “tesis del caso especial”. De Perelman a Alexy, la teoría de la argumentación jurídica se inserta dentro de los planteamientos generales del constructivismo ético²⁸, y las críticas a la una y al otro, lógicamente, se solaparán.

²⁷ Esa gran influencia de la filosofía habermasiana en Alexy y su teoría de la argumentación está muy bien expuesta y resaltada, en la literatura reciente, por Elorza Saravia, en el capítulo “La versión jurídica de la ética discursiva” de su libro Elorza Saravia, Juan Daniel, *Valores y normas. Argumentación jurídica y moral crítica a propósito de Robert Alexy*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 32 y ss.

²⁸ El constructivismo ético es definido así por Claudia Bagnoli: “Constructivism in ethics is the view that insofar as there are normative truths, for example, truths about what we ought to do, they are in some sense determined by an idealized process of rational deliberation, choice, or agreement. As a ‘first-order moral account’—an account of which moral principles are correct—constructivism is

Con los planteamientos de Perelman y los enriquecidos de Alexy, al igual que con los esquemas de Habermas, entre tantos, la cuestión queda como sigue. En la vida real argumentamos de continuo para superar divergencias teóricas y prácticas, ponernos de acuerdo y coordinar acciones. El derecho no es ajeno a esa función del argumentar, pues, al fin y al cabo, el derecho viene a ser una lid discursiva mediante la que la violencia como forma de solución de conflictos se sublima y, en parte, se reemplaza. Resulta hoy bien evidente que esa es la función general de la argumentación en la vida social y que esa es también la ligazón esencial entre argumentación y derecho. Parece que aquella intuición inicial de Viehweg y Perelman fue bien certera.

En derecho se argumenta y se llega a soluciones y acuerdos (o bien acuerdos sobre el contenido de las soluciones, o bien a acuerdos sobre que las soluciones institucionales, por ser legítimas —hay un acuerdo previo por detrás, un acuerdo sobre el debido modo de funcionar de las instituciones— deben respetarse aunque no se esté conforme con su contenido), ciertamente, pero en un marco muy poco ideal, en un

the view that the moral principles we ought to accept or follow are the ones that agents would agree to or endorse were they to engage in a hypothetical or idealized process of rational deliberation. As a 'metaethical account'—an account of whether there are any normative truths and, if so, what they are like—constructivism holds that there are normative truths. These truths are not fixed by facts that are independent of the practical standpoint, however characterized; rather, they are constituted by what agents would agree to under some specified conditions of choice". Bagnoli, Claudia, "Constructivism in Metaethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2012 Edition)*, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/constructivism-metaethics/>.

Según David Enoch, "Constructivism is a metaphysical thesis about the relations of truth-making or correctness-priority between substantive results and the procedures leading to them. Constructivism about a relevant discourse is the claim that there are no substantive correctness criteria that apply to (or in) that discourse, and that the only relevant correctness criteria are procedural in the way specified above. Thus, according to metaethical constructivism, there are no actions we ought to perform or to avoid performing independently of some (actual or hypothetical) procedure – say, that of reaching consensus in an open discussion about principles of conduct; rather, these procedures determine the moral status of actions. Metaethical constructivists all agree on the denial of moral correctness criteria that are independent of the relevant procedure; they differ in their characterization of the relevant procedure". Enoch, David, "Can There Be a Global, Interesting, Coherent Constructivism about Practical Reason?", *Philosophical Explorations*, 2009,12, p. 323.

contexto de intereses, dependencias fácticas, ideologías (también en el sentido de ideología como falsa conciencia), creencias inconciliables, etc. O, expresado de otra forma, tanto en la vida social en general como en particular en la práctica jurídica, se argumenta, sí, pero o bien no se sabe a ciencia cierta cuándo se argumenta para el auditorio particular y cuándo para el auditorio universal, o bien cabría sospechar que predomina la argumentación persuasiva sobre la argumentación convincente.

Las filosofías constructivistas de la razón práctica y las teorías de la argumentación a la manera de Alexy no pueden negar que hay de todo y en proporción dudosa, pero mantienen que sí existe un criterio, un parámetro, una base para medir cuándo los resultados de una argumentación son irracionales porque fue irracional el argumentar, y cuándo son racionales. Racional, sabemos, es aquel resultado que cualquier sujeto aprobaría si las razones en pugna para el caso las sopesara no siendo él quien es y no estando donde está, en la vida real, condicionado por sus creencias, ideologías, vivencias y preferencias personales, sino si fuera un ser capaz de razonar con absoluta imparcialidad, no sensible ni a la manipulación ni ante las emociones que deforman la objetividad del juicio particular.

¿Existe ese sujeto racional sin tacha, ese miembro del perelmaniano auditorio universal o de la habermasiana situación ideal de habla? Existe, desde luego, como constructo teórico, como tipo ideal dentro de la teoría. Ese es, por ejemplo, el juez Hércules de Dworkin. Es quien sabría dar con lo justo y objetivamente verdadero de entre los argumentos enfrentados en cada debate moral o jurídico. Es como el ser humano puro anterior al pecado original. Ese “auditor” universal o ese juez Hércules, por puros, por “inhumanos” más humanos que nadie, por incontaminados de vida e intereses elementales, sabrían siempre dónde está la verdad, la solución más justa y acorde con las normas más verdaderas. Más aun, no es que ellos sean capaces de dar con la solución justa a ellos preestablecida en algún orden del *Sein* o del *Sollen*, no es que esa solución propiamente preexista y ellos la averigüen; es al revés, la solución justa para cada caso existe porque ellos podrían establecerla, porque ellos podrían constituirla al hallarla entre los argumentos o los principios en cada ocasión y para caso enfrentados. Intelectualismo y voluntarismo vuelven a darse la mano como en la teología y el iusnaturalismo medievales y, una vez más,

razón y voluntad se acomodan en el jurista ideal hipotético ahora, como hace siglos se conciliaban en Dios, en un Dios que, de propina, era uno y trino.

Y, como antaño, al súbdito particular solo le queda la fe y confiar en que por boca de la Iglesia hable el Espíritu Santo. Quiero decir, más allá de bromas y de paralelismos históricos, que postular seres e inteligencias trascendentes de lo material y lo prosaico siempre es posible y muchas veces le resulta a la teoría genuinamente útil, pero que el problema está en ver cómo se relacionan los tipos ideales y los sujetos reales. Por seguir con la comparación dworkiniana, y tomándola en lo que valga, lo que decidiría Hércules es por definición lo objetivamente correcto y lo único objetivamente correcto, pero lo que decidiría Hércules nada más que él lo sabría, porque Hércules no existe y porque asumido está hasta por Dworkin que los jueces de carne y hueso, por no ser “hercúleos”, nunca pueden saber lo que Hércules sabría. Solo tienen que esforzarse para poder creer que deciden como decidiría Hércules y cuanto más lo crean, más se parecerán a él; se trata nada más que de que no sean escépticos y de que no se desanimen en su búsqueda insaciable de lo justo; que presupongan lo justo para que lo justo exista, puesto que el argumento dworkiniano es que lo justo existe porque los jueces lo presuponen al buscarlo.

Similarmente, los constructivistas y los teóricos de la argumentación jurídica en la onda de Alexy nos hacen ver que correcto como contenido de las normas o de las sentencias es aquello en que todos los imparciales perfectos acabarían estando de acuerdo después de debatir sin trampa ni cartón y de argumentar sin rastro de manipulación. Ya tenemos el patrón: el juez, por ejemplo, tiene que decidir como esos decidirían. Solo que el juez no es de esos porque esos, de tan angélicos, son como Hércules, ideales jueces contrafácticos²⁹. Pero si la pauta de racionalidad es así, “constructiva” y contrafáctica, y si

²⁹ Para una crítica radical y contundente del constructivismo alexyano y sus idealizaciones y contra una teoría de la argumentación que deje de lado el análisis de la argumentación real de los juristas y lo reemplace por discursos ideales, *Cfr.* Haba, “Teorización constructivista como ‘forma de vida’ (Sobre ‘reglas y formas’ del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)”, *Doxa*, 21-1, 1998, pp. 147-170. Sobre ese problemático carácter contrafáctico del razonamiento constructivista, véase *ibid.*, 153 y ss.

yo, sujeto real y empírico o juez normal y corriente, debo aplicar esa pauta, tengo que obrar como ellos obrarían, por ser perfectamente imparciales y racionales del todo; aunque yo por definición soy el que soy, poco ideal y empapado de vida: de limitada imparcialidad, por mucho que me esfuerce por ser honesto y hacer horadamente mi trabajo. En otras palabras, usted, juez, debe decidir no como a usted le parezca mejor, pues sus condiciones no son exactamente las que alientan la imparcialidad perfecta, sino como le parecería mejor a alguien que no fuera usted propiamente, sino usted privado de todo lo que pueda nublar la distancia y objetividad de su juicio: su biografía, sus experiencias, sus creencias, sus ideologías, sus intereses y hasta sus complejos, obsesiones y manías.

¿Cómo puedo saber qué decidiría yo si en lugar de ser yo fuera Hércules o uno de esos miembros del auditorio universal o de los que se encuentran bajo el velo de ignorancia en la situación originaria de que nos habla Rawls? Si no puedo saberlo, no hay nada que hacer, es baldío todo este artefacto teórico. Si sí puedo saberlo, resulta que yo puedo ser yo y no ser yo al mismo tiempo, puedo razonar y preferir como yo preferiría si no prefiriera como de hecho e inevitablemente prefiero. Yo soy yo con mi circunstancia, soy uno con ella, pero cuando quiero ser yo con imparcialidad, me desprendo intelectualmente de mis circunstancias y le pregunto a mi sombra la respuesta correcta o lo que da la ponderación de unos principios.

¿Qué pasa a la hora de la verdad? Que cada uno que razona según el método constructivista de razón práctica sale de sí mismo dubitativo, pero vuelve a sí mismo feliz y contento. Yo, que debo valorar y decidir si interpreto la ley de esta manera y, en consecuencia, condeno, o de la otra, y por tanto absuelvo, examino los argumentos que he escuchado y compongo mi juicio; seguidamente, pienso cómo puedo yo fundamentar ese juicio mío, sea con los argumentos asimilados de los otros, sea con argumentos de mi propia cosecha. He formado mi convicción personal, ya sé qué me parece a mí razonable decidir. Naturalmente, yo soy yo y mis circunstancias; soy y me considero honrado y procuro no incurrir en ningún motivo de deshonestidad palmaria. Después me interrogo acerca de qué acordaríamos en el auditorio universal o en un diálogo en el que todos los interlocutores respetaran con máximo escrúpulo las reglas alexyanas de la argumentación racional, para ver si coincide con lo mío lo que acordaría cual-

quier sujeto perfectamente imparcial y colocado en la situación ideal para decidir con completa objetividad. Y coincide. Así que ya me he convencido de que lo por mí aprobado es lo mismo que propondría cualquier persona a la que ninguna circunstancia vital y personal le empañara el juicio. O como si digo que estoy bien seguro de que Hércules pensaría como yo, pues yo he pensado lo que Hércules pensaría. Mano de santo. Y Hércules nunca me va a desmentir. O como cuando en un caso bien complicado ponderamos siguiendo los tres pasos de Alexy (tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Nunca se pondera para perder y solo se pondera cuando no hay una forma más cómoda de conseguir la victoria. Y, para colmo, lo curioso es que cuando, ante un caso igual, dos dworkinianos buscan a Hércules o dos alexyanos se van al auditorio universal o sacan la balanza, raramente les sale el mismo resultado, a no ser cuando ese resultado es tan claro que hasta el más descreído positivista lo habría encontrado a pelo y sin aparatos ni personajes de ficción. Hércules y compañía juegan a los dados con sus acólitos.

4. A FIN DE CUENTAS, ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Me he ido a la exposición y crítica de la teoría iusmoralista de la argumentación jurídica. No es marginal, es la central y dominante, pues, al fin y al cabo, iusmoralista es Alexy y iusmoralistas son los más de los que elevan la teoría de la argumentación a nuevo patrón de racionalidad y justicia de lo jurídico. Ahora el derecho ya no es natural, lo natural es la forma de encontrar el verdadero derecho, que es derecho de normas no inmorales. Esa “naturalidad” está en la argumentación, que es fuente de conocimientos verdaderos en las cuestiones de razón práctica, porque se enraíza en que el ser humano argumenta, en que la esencia constitutiva de la sociedad es comunicativa y en que la comunicación conformadora de lo humano y lo social es posible porque al lenguaje le son inmanentes unas condiciones pragmático-trascendentales de posibilidad que, destiladas en reglas y como pautas de evaluación normativa de nuestros asertos práctico-morales, dan como resultado las reglas de la argumentación racional. Pero ni todas las teorías de la argumentación jurídica tienen esa vena

metafísica y conservadora ni ha sido en vano o inútil ese cambio de paradigma que llegó a partir de este tipo de doctrinas sobre el derecho y su racionalidad.

Porque lo primero que debemos subrayar es que no existe *una* teoría de la argumentación jurídica, sino varias orientaciones bien distintas que pueden acogerse a esa etiqueta y que tienen en común nada más que una buena parte de aquellos planteamientos que aparecieron casi simultáneamente en autores como Viehweg y Perelman, en la teoría jurídica: que en el derecho o en los campos todos de la razón práctica se trata de justificar la acción o la praxis mediante otro tipo de praxis que consiste en argumentar y que en la práctica argumentativa alguna regla de uso o alguna “lógica” ha de funcionar y funciona. Pero, a partir de ese tronco común, las teorías sobre la argumentación jurídica siguen caminos diversos.

- (i) Hay una teoría de la argumentación de tipo *empírico y descriptivo*. Trata de sistematizar los argumentos, sean comunes, sean técnico-jurídicos, y de poner de relieve cuáles son sus estructuras internas o partes, sus funciones y sus condiciones de uso más eficaz. Esos análisis pueden hacerse en abstracto y jugando con ejemplos ficticios o de la vida ordinaria, o hacerse al hilo de análisis de sentencias y con la utilidad adicional de mostrarnos cómo usan los jueces unos argumentos u otros y dónde están, en su caso, los puntos débiles de sus razonamientos. También cabe bajo esta óptica construir tratados o manuales de práctica argumentativa, con un fin utilitario o instrumental, para enseñar a los juristas a dominar ciertas técnicas que les permitirán mejorar su éxito y persuadir más eficazmente a sus auditorios.

Como bien se ve, una teoría de la argumentación así entendida es compatible con y hasta complementaria de una teoría del derecho de corte irracionalista o del estilo del realismo jurídico³⁰, teoría del derecho que malamente admitirá una teoría de la argumentación de otro tipo, pero que ve esta como útil para mejorar la eficacia pragmática

³⁰ O con el movimiento *Critical Legal Studies*, heredero del realismo jurídico norteamericano del primer tercio del siglo XX. Sobre esa posible sintonía entre teoría de la argumentación y *Critical Legal Studies*, véase por ejemplo: Herbeck, Dale A., “Critical Legal Studies and Argumentation Theory”, *Argumentation*, 9, 1995, pp. 727-728.

de los juristas o para que puedan cumplir mejor con aquella máxima que dice que buen jurista es el capaz de realizar profecías fiables sobre decisiones futuras de los tribunales.

- (ii) Las teorías de la argumentación de carácter *normativo* son las que no solo se proponen describir cómo son los argumentos y las argumentaciones que empíricamente acontecen, sino que quieren también proponer pautas del correcto argumentar, entendiendo aquí por correcto argumentar no el argumentar puramente instrumental para un fin o interés personal del argumentante, sino el argumentar que presupone un cierto patrón de corrección objetiva de los resultados. Por explicarlo con un ejemplo bien sencillo: un planteamiento puramente instrumental de la argumentación puede incorporar instrucciones sobre la más conveniente manera de mentir o de manipular información con el fin de ganar la contienda; un enfoque normativo normalmente descartará ciertos argumentos o modos de argumentar, como los manipuladores y engañosos, porque ponen en peligro o impiden la corrección objetiva del resultado. En otras palabras todavía: si gano un pleito porque conseguí engañar al juez, podré decir, tal vez un poco impropriamente, que el juez me ha dado la razón, pero no que tengo la razón y que así lo ha reconocido el juez objetivamente. Mientras que una concepción instrumental de la argumentación está ligada únicamente a la idea de vencer, una concepción normativa se vincula a la idea de convencer, de vencer convenciendo y de que esa convicción reúna unos requisitos al menos mínimos de racionalidad y de aceptabilidad intersubjetiva.

Las teorías normativas de la argumentación jurídica pueden ser de dos clases, que voy a llamar teorías normativas débiles y teorías normativas fuertes. *Teoría normativa débil* de la argumentación jurídica es la que presupone que hay unas reglas de racionalidad de las argumentaciones, pero que tales reglas no sirven para hallar la solución correcta de los casos en debate, sino para descartar, por irracionales o deficientemente racionales, algunas argumentaciones. O sea, esta teoría normativa ofrece pautas de descarte de soluciones incorrectas, no de fundamentación definitiva o dirimente de las (únicas) correctas.

Así ocurre y con ese presupuesto se argumenta en la vida ordinaria. Un amigo y yo nos ponemos a considerar si esta tarde vamos al cine o nos quedamos en casa viendo el fútbol. Yo le he propuesto ir al cine y él no está nada seguro de que esa sea una buena opción. Entonces yo paso a darle razones a favor de mi propuesta y le digo cosas tales como que está bien que vayamos al cine porque tal día como hoy nació Napoleón, o porque algunos de mi barrio ingieren un exceso de hidratos de carbono, o porque a mí me da la gana que vayamos y no hay más que hablar. Mi amigo o cualquiera dirán o que eso no son razones o que esas razones no vienen al caso. Yo le puedo argumentar también que vayamos porque hoy ponen una película muy buena, ante lo que él me pregunta que cuál es esa película y yo le digo que no sé. Entonces opinará cualquiera que mi argumento iba bien encaminado para poder resultar admisible, pero que le faltaron pasos, quedó incompleto y, así, no sirve. Me parece que en cualquiera de esos supuestos habrá acuerdo en que yo he estado violando ciertas reglas del correcto argumentar y que si mi amigo “pica”, toma en serio mis deficientes razones y acaba acordando conmigo, no podremos ni él ni yo sostener que fue nuestro acuerdo para la acción el producto de una decisión bien fundamentada, bien basada en aceptables argumentos. Lo que no significa que si los argumentos son pertinentes, sólidos y exhaustivos y llegamos al acuerdo después de sopesarlos con calma, hayamos mi amigo y yo arribado a la única respuesta correcta o la única racionalmente posible, sea la de ir al cine o sea la de quedarnos a ver el fútbol.

En el derecho es más o menos igual, con el matiz de que en derecho abundan los argumentos técnicos y los tópicos gremiales, al modo en que Viehweg los describió en su día. Un juez puede argumentar en su sentencia que tal interpretación es preferible, frente a otras interpretaciones inicialmente posibles, porque así se lo declaró durante la noche el arcángel San Gabriel, o porque es la que mejor casa con la Ley de Dios. Pensaría cualquiera que esos argumentos no son admisibles por descarnadamente subjetivos. O puede ese juez alegar que ese significado es el que para esa norma quería el legislador, su autor. Entonces nada objetaremos en principio, salvo que a ese admisible y usual argumento voluntarístico le falta un elemento, el que permita responder a la pregunta de por qué sabe el juez que era eso y no otro

lo querido por el legislador. A ese argumento voluntarístico le falta, para ser completo, un argumento histórico bien traído.

Un fallo judicial (o decisión jurídica de cualquier tipo que pueda y deba estar expresamente motivada) será tanto más sólido cuanto más, mejores y más completos sean los argumentos con que esté respaldado. Tendrá la doble virtud de ser, en la práctica, más difícilmente combatible, y, en la teoría, más razonable o racional. Lo que la teoría normativa débil de la argumentación jurídica señala es que una decisión está tanto peor o menos razonablemente fundamentada cuantas más son las falacias lógicas o materiales o los defectos constructivos que hay en sus argumentos. Cada argumento de una decisión viene a ser como una columna que la sostiene. Si con nuestro análisis derribamos todas las columnas, habremos mostrado que la decisión no se sostenía, no se sostenía de un modo razonable. Ahora bien, si el caso es el contrario, si damos con una decisión anclada en muchos y muy aceptables y sólidos argumentos, no estará demostrado por ello que sea la única posible decisión correcta, al menos si el caso era difícil y lo era porque en principio no resultaban razonablemente descartables varias soluciones entre las que hubo que optar.

Una teoría de la argumentación jurídica normativa débil es, creo, plenamente compatible con enfoques iuspositivistas en teoría del derecho o con planteamientos no objetivistas y no cognitivistas en tema de razón práctica en general. No es que se dé una correspondencia necesaria y exclusiva, ya que también un iusmoralismo moderado puede ver bien útil este tipo de teoría de la argumentación jurídica y no comulgar con la normativamente fuerte que paso a exponer.

- (iii) Una teoría de la argumentación jurídica *normativa fuerte* sería aquella que asume estos dos elementos: a) una doctrina de la única respuesta correcta para cada caso, única respuesta correcta que existiría siempre o casi siempre³¹; b) que la

³¹ Por ejemplo, Alexy admite que de cuando en cuando puede haber casos de empatía y que entonces es la discrecionalidad del juez la que dirime entre las alternativas igual de correctas o racionales o entre los principios con idéntico peso. Para una muy mesurada exposición de la tensión que en Alexy existe entre propensión a la única respuesta correcta y discrecionalidad en la ponderación, véase Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 225-238.

aplicación de las reglas de la argumentación racional permite descubrir esa respuesta correcta única. Aquí la teoría de la argumentación va de la mano de una fe grande en la razón práctica y en la existencia de verdad plena también en los juicios normativos o valorativos, y de la convicción de que el método apropiado para desentrañar cuál es en cada caso la solución correcta es un método del argumentar respetuosamente con determinadas reglas. A diferencia de lo que hemos visto para la teoría normativa débil, la función de las normas de la argumentación correcta no es principalmente (aunque también) descartar alternativas por incorrectas, sino fundar la verdad objetiva subyacente a la elección necesaria de una de ellas. Esa opción objetivamente correcta y única es la que escogería el auditorio universal o cualquier comunidad de hablantes perfectamente racionales en sus comunicaciones y completamente imparciales al juzgar. De la relación con las llamadas éticas constructivas ya dije algo anteriormente.

Robert Alexy es un genuino exponente de una teoría normativa fuerte³². Y lo es, además, en congruencia con su antipositivismo y

³² “Correctas y, por extensión, válidas son exactamente aquellas normas que en un discurso ideal serían consideradas correctas por cualquiera”. Alexy, “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris*, 28, 2015, pp. 442. El discurso ideal sería aquel en que se cumplieran al completo las reglas de la argumentación racional (*idem*). Las tesis que se acordaran en ese discurso ideal serían tanto plenamente racionales como moralmente válidas sin tacha (*idem*). Por supuesto, el discurso moral es, tal como Alexy reconoce, “una idea regulativa” (*ibid.*, 443). Lo explica bien Elorza Saravia: “Dado que la conjunción de las condiciones enunciadas por Alexy solo es posible dentro del plano de lo ideal, en el plano de lo real no existe ningún procedimiento que permita —con una seguridad intersubjetivamente necesaria— llegar en todos los casos a una única respuesta correcta. Sin embargo, el hecho de que no se conozca un procedimiento que garantice que siempre podamos alcanzar tal resultado no nos obliga, según él, a renunciar a la idea de que la única respuesta correcta sí existe. De hecho, el autor nos invita a presuponerla como una ‘idea regulativa’ a la que hay que aspirar, independientemente de su efectiva existencia para el caso particular. De esta suerte, los participantes en la argumentación jurídica, y especialmente el juez, deben procurar que su respuesta sea la única *correcta*, si es que ella existe; o, en todo caso, elevar la pretensión de que efectivamente lo es”. Elorza Saravia, Juan Daniel, *Valores y normas. Argumentación jurídica y moral crítica a propósito de Robert Alexy*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 74.

su profundo iusmoralismo, posiblemente enraizado en creencias de otro tipo. En su libro *Teoría de la argumentación jurídica* ya era así, al menos para los casos en que las soluciones jurídico-positivas pudieran chocar con las exigencias importantes de la moral o la justicia. Es posible conocer lo justo y también hay buenas razones, razones morales en el fondo, para que sobre lo justo prevalezca lo jurídico (lo que dice la ley, lo que marcan los precedentes), pero si la discrepancia entre lo jurídico y lo justo es grande, debe prevalecer la justicia. Y lo más importante: las razones de esa prevalencia y las que avalan la verdad de la justicia en ese caso nos las dará y demostrará la argumentación racional. El “segundo” Alexy, el de la *Teoría de los derechos fundamentales*, va todavía un paso más lejos, pues introduce la ponderación y sus fases como modo de conocer la solución correcta de los casos en que haya conflictos de derechos o de derechos y principios constitucionales de otro tipo, sean principios expresos o sean implícitos. Según Alexy, se supone que hay una solución correcta para cada caso, a no ser que la ponderación demuestre que las dos alternativas (los dos derechos o principios en liza) pesan igual, ocasión en que tendrá que decidir el juez discrecionalmente. Pero el elemento demostrativo y objetivístico ya ha quedado sentado incluso en esa oportunidad, pues el juez no ha decidido discrecionalmente que las dos alternativas pesan lo mismo, sino que ha constatado, al ponderarlas, que pesan igual, y por eso y excepcionalmente tendrá que aplicar su discrecionalidad: porque la balanza no le ha indicado el peso superior de una alternativa, sino que le ha indicado que ninguna pesa más. Es una discrecionalidad sometida al aparato, al instrumento de pesar, al ponderómetro imaginario.

Con esa versión normativa fuerte de la teoría de la argumentación jurídica solamente puede comulgar y suele comulgar el iusmoralismo más intenso y más marcadamente antipositivista. Eso no quiere decir que todos los iusmoralismos simpaticen con esta teoría de la argumentación jurídica, pues algunos ven con desconfianza todo iusmoralismo de aire procedimental y constructivista, toda teoría moral que no sea una teoría material de lo justo.

5. A MODO DE SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN

Empecé recordando que el debate iusfilosófico transcurre entre tres concepciones principales de lo jurídico: la realista o irracionalista, con su enorme carga de escepticismo y su oposición a todo modelo normativo de racionalidad práctica, y más si se pretende aplicarlo a la práctica jurídica; el positivismo normativista, doctrina muy austera y que, en cuanto teoría del derecho, solo pretende ser teoría del derecho positivo y que, sean sus cultivadores más escépticos o menos en lo referido a la razón práctica, no quiere que en el análisis se confunda el derecho con otras cosas ni que, so pretexto de análisis, se quieran hacer pasar interesadamente por jurídicas las cosas que no lo son; y el iusmoralismo, que, en todas sus variantes, mantiene que hay normas morales que son necesariamente y por sí parte del sistema jurídico, aunque los legisladores y los operadores jurídicos las nieguen o las contradigan, y que el derecho y las decisiones que como jurídicas acontezcan solo serán correctas, racionales y verdaderas cuando afirmen esa moral que condiciona la validez de lo jurídico por ser cúspide de la pirámide de normas, o al menos cuando no la contradigan.

Así como hay esas tres orientaciones básicas, con sus múltiples subvariantes, existen tres modos de ver y entender la argumentación jurídica y su teoría. Y cada uno de esos modos es afín a o al menos compatible con una de aquellas concepciones de lo jurídico. Al realismo jurídico le va bien una versión empirista y descriptiva de la teoría de la argumentación, el positivismo normativista puede enriquecer sus patrones de metodología de la decisión jurídica incorporando elementos de una teoría normativa débil, y el iusmoralismo (o por lo menos la parte de él más alejada del viejo iusnaturalismo y más del tipo del llamado neoconstitucionalismo) encuentra en la teoría de la argumentación jurídica normativa fuerte el método ideal para negar la discrecionalidad judicial que tanto afirman los positivistas y para poder decir que hay para cada caso una solución correcta única (o casi), que es, además, la solución justa.

A mi modo de ver, con esta última clase de teoría de la argumentación ha renacido con gran fuerza aquel viejo ideal decimonónico, la ilusión de que el sistema jurídico es completo, coherente y claro y de que hay un método que, a partir de esa materia prima que en el fondo, en su cimiento o subsuelo axiológico, es perfecta, puede llevarnos a

conocer la solución predeterminada para cada caso. Una vez más, el juez no propiamente decide, sino que aplica, ni es responsable de las decisiones, pues antes se las daba la lógica y ahora se las dictan o bien el auditorio universal que resuena en su cabeza, o bien la ponderación que hace en su balanza de papel. En el siglo XIX estaban convencidos los franceses de la escuela exegetica de que la solución salía con poco esfuerzo de la superficie misma del Código, de los simples enunciados que alumbró el legislador omnisciente y omnipotente; ahora están dworkinianos, alexyanos y neoconstitucionalistas varios persuadidos de que, con algo más de esfuerzo, sí, la solución correcta de cada caso mana del fondo moral del sistema jurídico, una vez que allí ha sido depositada por un poder constituyente sensible a las verdades eternas de nuestro tiempo (valga la paradoja) y puesto que al fin hemos dado con la balanza y hasta con la fórmula del peso para que volvamos los juristas a parecernos a los físicos. El viejo sueño, renacido, de una verdadera ciencia del derecho, pero no cultivada por puristas kelsenianos, sino realizada por los jueces mismos. Donde los franceses tenían el Código de Napoleón, estos de ahora sacan sus constituciones, pero la ensoñación es la misma, idéntica la utopía. Hasta que lleguen, más pronto que tarde, los Jhering, Geny, Kantorowicz, Fuchs, Pound, Kelsen, Olivecrona o Ross y nos avengamos de nuevo a tocar la fría y sucia realidad del derecho y a pedir que los jueces asuman sus decisiones en lugar de parapetarse tras muy profesoriales quimeras conceptuales y metodológicas.

Así que mi tesis sobre para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica es un tanto escéptica, pero no negativa en exceso. Creo que sirven, y mucho, las dos concepciones primeras, la empírico-descriptiva y la normativa débil. Y creo que la otra, la normativa fuerte, vale lo que valgan los iusmoralismos que la acogen o que de ella se sirven. Pero, sea como sea, hasta en eso ha habido un progreso. Yo, modestamente, prefiero que me digan que el resultado inapelable salió de la balanza a que me quieran convencer de que lo dictó Dios por vía de ley natural reflectante de la ley eterna, pues de la balanza puedo burlarme o con los ponderadores puedo bromear un rato sin que se me tilde de blasfemo. O sí; al paso que vamos, quién sabe.

¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*

I. Creo que los desacuerdos cuando en teoría del derecho (en el sentido más amplio de la expresión) debatimos sobre ponderación se deben, a fin de cuentas, a diferencias fuertes en la concepción del derecho que manejamos. Pero si los debates han de tener sentido y ser útiles, aunque sea para captar bien esa fuente de las discrepancias, debemos tratar de ponernos de acuerdo en el concepto de ponderación¹, en lo que ponderar significa, en el tipo de operación a la que con tal termino aludimos. Lo que en este momento me propongo es antes que nada conseguir claridad conceptual. La segunda finalidad, subordinada a esa anterior, es la de poner de relieve el fondo del desacuerdo, en lo que tiene que ver con la idea del derecho que unos y otros asumimos.

II. La expresión “ponderación” tiene una fuerte carga metafórica. Ponderar o bien es sopesar o bien es pesar. Tomo por ejemplo un lápiz y me pregunto cuál es su peso. Si tengo algún aparato para pesar y lo utilizo, puedo saber cuál es el peso del lápiz, con tanta más exactitud cuanto más preciso sea ese aparato para medir pesos. Puede ser que me interese saber el peso del lápiz y que no tenga con qué pesarlo. En tal caso, lo sopeso en mi mano y, con base en mi personal experiencia y en mi sensibilidad a esos efectos, le asigno un peso aproximado. Diré, por ejemplo, que el lápiz pesa 50 gramos. Es posible que haya acertado, pero es más probable que me haya equivocado, sea en poco o en bastante. En cualquier caso, mi juicio “este lápiz pesa 50 gramos” puede acreditarse como verdadero o como falso. El lápiz pesa objetivamente lo que pesa, no lo que yo diga que pesa, y si quiero salir de dudas y comprobar si estoy o no en lo cierto con aquel juicio mío, solo tengo que echar mano de una balanza suficientemente precisa.

* El siguiente texto se inserta en el Proyecto de Investigación DER2013-47662-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Daré aquí por conocida la teoría estándar sobre la ponderación, tal como paradigmáticamente es expuesta por Robert Alexy. Por tanto, reduciré al mínimo las citas y las emplearé solamente para remitir a alguna lectura complementaria de lo que en el texto se expone.

También es posible que de lo que se trate sea de un juicio comparativo sobre el peso de dos objetos. Por ejemplo, este lápiz y este bolígrafo. Si tengo balanza, elimino la duda de manera fácil y rápida. Si no la tengo, sopesaré uno y otro (por ejemplo, poniendo uno en cada mano) y formularé mi juicio: “este lápiz pesa más que este bolígrafo”. Será objetivamente verdadero o falso dicho juicio y de la duda podré salir del mismo modo, yendo a donde haya con qué pesar con precisión suficiente. Si no hay balanza que podamos emplear antes de que tengamos que decidir, caben algunos procedimientos auxiliares, como el de pedir que sopesen los dos objetos las personas que tengamos cerca. Si sopesan diez personas y las diez coinciden en que es mayor el peso del lápiz, es harto probable que sea verdad; pero no es seguro ni he empleado un procedimiento plenamente objetivo, aun cuando sea más objetivo que el que sopeso yo solamente.

III. Cuando pesamos normas del tipo que sea, o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico. Eso, por sí, no es una gran objeción, ya que nuestro lenguaje normativo está plagado de imágenes o metáforas de fuerte contenido naturalístico. Con suma frecuencia decimos cosas tales como que una norma está por encima de otra, que una norma vence a otra, que una norma derrota a otra, que una norma se impone a otra, etc., etc.; o que una norma pesa más que otra en general o en un caso concreto. El problema no está en que usemos un lenguaje metafórico y de imágenes, sino en que nos creamos que las metáforas son literales, por así decir, o que las imágenes que por aproximación o por comodidad expresiva utilizamos son descripciones fidedignas de la realidad. Cuando en un alarde poético decimos que nuestra amada tiene perlas en la boca, normalmente no será porque se haya metido en la boca un puñado de perlas, sino que queremos representar con cierto fin lírico o estético el color, el tamaño o el brillo de sus dientes. Es un lenguaje poético que tiene su uso y su razón de ser, pero raramente lo encontraremos en el odontólogo al hacer su trabajo y bien nos extrañaría que el dentista nos dijera que nos va a hacer un empaste en la tercera perla.

Lo que en el ámbito de los objetos materiales es, por ejemplo, pesar o medir o establecer la dureza, en el campo normativo es valorar. Valoramos cosas tales como si es más importante (la norma que manda) ayudar al prójimo o (la norma que manda) llegar puntual a las citas. O si, en un caso concreto, debo cumplir con la norma que me dicta ser puntual o con la que me manda detenerme para ayudar a un ciego a cruzar la calle. Valoramos continuamente y con las más diversas referencias o baremos. Yo valoro si prefiero que el partido de fútbol de mañana lo gane el Sporting de Gijón o el Real Madrid, o si prefiero que mi empresa me permita tomar vacaciones en junio o en agosto. Valoro si es justa o no la norma que manda una cosa o la que permite otra.

Si consideramos que valorar y ponderar son términos sinónimos y que, en lo referido a juicios sobre acciones y normas, lo uno y lo otro viene a ser lo mismo, no se entenderá apenas por qué discutimos sobre la ponderación en estos campos. Si la expresión “valoro que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar puntual a una cita” es perfectamente intercambiable por la expresión “pondero que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar puntual a una cita”, los problemas de la ponderación y de la valoración, de los juicios de ponderación y los juicios de valor, son los mismos y habrá que tratarlos en común y no como distintos y hasta contrapuestos. En caso de que consideremos que la ponderación es un tipo de valoración y que, por tanto, comparte la naturaleza esencial y los caracteres estructurales de la valoración, deberemos analizar cómo y en qué se justifica esa especialidad dentro de lo genérico de la valoración.

Cuando yo peso un lápiz o cuando peso para ver si son más los gramos del lápiz o del bolígrafo, no estoy valorando en el sentido de que no estoy haciendo un juicio normativo o juicio de valor; estoy pesando. Cuando afirmo que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar con puntualidad a una cita, no estoy pesando, no estoy formulando un enunciado con base empírica cierta, estoy valorando normativamente.

IV. Si pesamos algo que efectivamente tiene peso y si dicho pesaje se hace con el instrumental adecuado, no hay mucho que argumentar. Si alguien nos pide que justifiquemos que el peso de ese objeto es de doscientos veinte gramos, nos bastará apuntar hacia la balanza o

aparato de pesaje de que se trate e indicarle así a nuestro interlocutor que lo compruebe él mismo. Podemos dar explicaciones de eventos, fenómenos y estados de cosas naturales, pero no tiene mucho sentido que los justifiquemos. En cambio, si usted tiene dos novios o novias, A y B, y decide casarse con A, alguien (su madre o su padre, sus amigos) puede pedirle razones de su elección, de su preferencia. Usted podrá alegar que sopesó o ponderó los pros y contras de cada uno y que pesaron más las razones favorables a A, vistas y puestas en la balanza todas las circunstancias positivas y negativas de A y de B. Pero solo con eso difícilmente va a convencer a su interlocutor de que su elección fue adecuada o razonable, pues decir así que ponderó, sin más, es, para su interlocutor, como si usted afirma que lanzó una moneda al aire y salió cruz. Eso puede funcionar, en parte, como una explicación de la elección, pero no como una justificación de la misma. Si usted considera a su interlocutor legitimado para pedirle razones, decir que ponderó no es razón. Tendrá que argumentar cabalmente, a fin de, como mínimo, desterrar la posible sospecha de que su elección fue arbitraria, puramente aleatoria, no libre o absurda. Sus argumentos habrán de ser admisibles para la comunidad de argumentantes de que se trate, pertinentes y suficientes. Y, con todo y con eso, usted no habrá demostrado que de modo enteramente objetivo e indiscutible A es preferible a B, sino que únicamente habrá justificado su preferencia como preferencia razonable, sin excluir por ello de raíz la razonabilidad de la preferencia contraria de otro que también eligiera entre A y B.

Podemos formular la regla siguiente: cuanto más pesamos, menos tenemos que argumentar; y donde más hemos de argumentar es porque menos objetivo es el pesaje. Ahí se halla una de las grandes tensiones de la actual teoría de la ponderación aplicada en el campo jurídico: si en verdad principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar; y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad. Lo que no es honesto, en términos de racionalidad argumentativa, es que el ponderador se señale a sí mismo como quien indica una balanza objetiva y en perfecto funcionamiento; o que pretenda que sus razones son más que razones suyas, que son datos objetivos y demostrativos.

V. De continuo hacemos un tipo de juicios que podemos llamar de encaje, y que dan lugar a enunciados del tipo “x es un Y”. Si sabemos o asumimos que todos los objetos o seres que reúnen las propiedades a, b y c pertenecen al conjunto de los J, cada vez que encontramos uno que tiene esas tres propiedades decimos que es un J. Y también incorporamos excepciones, como cuando asumimos que no pertenece a la categoría de los J el ser que tiene la propiedad d, aunque tenga cualesquiera otras. Entonces, de un x que tenga las propiedades a, b, c y d diremos que no es un J. Todo esto, en verdad, son obviedades, casi perogrulladas, pero veremos que conviene aquí explicitarlas e ir paso a paso.

También en el campo general de lo normativo realizamos, todo el rato, juicios de encaje, sea respecto de acciones, de estados de cosas o de sujetos. Si en el sistema normativo de referencia asumimos que el homicidio es una acción consistente en matar a otro de modo intencional o imprudente, calificaremos como homicidio la acción por la que A mató a B intencional o imprudentemente. Olvidémonos en este momento de las disquisiciones de los penalistas sobre la ubicación de las eximentes y del problema de si estarán en la antijuridicidad, en la culpabilidad o dónde, y admitamos sin más que se acepta que no es homicidio la muerte intencional de otro hecha en legítima defensa. Si en la acción que analizamos, la acción por la que A mató a B, concurre legítima defensa, habremos hecho un juicio de encaje negativo porque además de las propiedades del homicidio, concurre una propiedad adicional que lo excluye.

En la teoría jurídica más tradicional, a esos que he llamado juicios de encaje se les llama subsunciones o juicios de subsunción. Subsunciones o juicios de encaje de ese tipo, positivos o negativos, los hacemos sin parar en todo el ámbito de lo normativo, no solo en el del derecho. Cuando, con pretensión de validez para nuestro juicio, decimos que una acción es indecente o que un sujeto es indecente, es porque en esa acción o ese sujeto concurren las propiedades que asumimos y nos sirven para calificar una acción o un sujeto como indecentes. El asunto no tiene más misterio. Por supuesto, puede haber problemas en cuanto al grado de precisión de esas propiedades definitorias o pueden resultar discutibles las propiedades a tal efecto supuestas o asignadas. O puede suceder que sistemas normativos diferentes empleen propiedades diferentes a esos fines. Así, dos sistemas morales

pueden caracterizar la indecencia con propiedades divergentes, igual que dos sistemas jurídicos pueden tipificar diferentemente un mismo delito. Pero ese es otro tema que por el momento no nos importa.

VI. Frecuentemente tenemos que realizar valoraciones complejas, con un tipo especial de complejidad. Aquí las voy a llamar, sin más, valoraciones normativamente complejas. Valoraciones complejas son necesarias cuando en una situación concurren dos normas entre sí no contradictorias, pero que en la concreta situación no pueden ser simultáneamente cumplidas. Supongamos que en el conjunto de mis personales normas de conducta hay una que me manda ayudar a los ciegos a cruzar la calle y hay otra que me manda ser lo más puntual posible en mis citas. Un día voy muy apresurado hacia una cita a la que ya casi llego tarde y veo un ciego que va a cruzar la calle. Para decidir lo que hago en ese caso concreto, seguramente valoraré cosas tales como si el cruzar esa calle es más o menos peligroso porque hay mucho o poco tráfico, si hay otras personas cerca que puedan igualmente ayudar al ciego, cuánto de importante es mi cita o con qué retraso voy ya, etc. Y en función de esas circunstancias valoraré lo que debo hacer y decidiré. Si queremos decir que ponderaré todas esas circunstancias del caso para ver cuál norma en el caso debía prevalecer, no hay inconveniente. Ponderar será lo mismo que valorar, o lo mismo que valorar en una de tales situaciones normativamente complejas.

VII. El derecho, mediante sus normas, sienta para mí pautas de conducta. Pero el derecho es eminentemente heterónomo y sus pautas me obligan aunque no sean “personales”, en el sentido de por mí elegidas o asumidas como propias. Eso significa que, para el sistema jurídico como tal, yo estoy (no moralmente, sino jurídicamente) obligado por sus normas con independencia de la compatibilidad de las mismas con otras normas de mi sistema personal de normas de conducta.

Pongamos la siguiente situación. Yo estoy absolutamente convencido, y creo que con verdad, de que X es un malvado asesino que ya ha matado a un buen puñado de personas inocentes y de que seguirá matando a bastantes más. También sé o estoy convencido de que, por las razones que sea, no servirá de nada que yo denuncie a X. Así que, con arreglo a mi sistema moral, considero que me está permitido matar a X o que, incluso, debo matar a X en cuanto se me presente una

buena oportunidad. Como algo he estudiado de derecho penal, sé que no concurre eximente o atenuante penal para mi acción, ya que no voy a conseguir matarlo justo en el momento en que él fuera a ejecutar a una de sus víctimas, de modo que pudiera mi acción acogerse a la eximente de legítima defensa de tercero. El posible conflicto moral que en mi conciencia pudiera darse con base en la norma moral que me prohíbe matar y en la norma moral que me impele a matar para salvar la vida de inocentes ya lo he resuelto al decidir matar, eso ya lo he ponderado o valorado.

Soy consciente, sí, de que ese imperativo moral resultante entra en conflicto con una norma jurídica, la que me calificará como homicida y justificará que se me imponga la pena correspondiente si soy juzgado y se prueba mi delito. Y podré también valorar si esa amenaza de sanción penal me frena o no, mas esa ya es una valoración de otro tipo, es una valoración prudencial o instrumental, pragmática. Si por temor a la sanción jurídica decido no matar a X, no diré que ha pesado en mi decisión una razón *moral* para no matar a X. La razón moral ya había pesado para matarlo. Yo, en esa tesitura mía, habré decidido no actuar moralmente (moralmente según mi parecer, mi valoración) a fin de no ser jurídicamente castigado. *Aunque las normas jurídicas vayan avaladas por razones morales, al sujeto las razones morales no se las dan las normas jurídicas, sino las normas morales.*

VIII. Supongamos que una norma del sistema jurídico dice que todos los que tengan rentas anuales superiores a veinte mil euros deben tributar el diez ciento como impuesto sobre la renta. Yo he tenido, imaginemos, treinta mil euros y, según esa norma, debo pagar tres mil como impuesto. Derecho (positivo) en mano, yo debo tributar tres mil euros. Pero yo considero que hay toda una serie de circunstancias, ya sean referidas a mí y a mi situación particular o al Estado, que hacen inmoral que yo deba pagar y pague esa cantidad como impuesto.

Una primera pregunta quiero plantear en este momento: ¿merece la pena que explicité cuáles pueden ser esas circunstancias mías o del Estado? Si se trata de ver cuánto de razonable hay en mi juicio moral sobre la aplicación a mí de esa norma tributaria, puede ser interesante. Si se trata de ver qué relevancia jurídica pueden o deben tener esas razones mías, que son razones de carácter moral, el asunto se vuelve más dudoso. ¿Puede o debe un juez tomar en consideración esas ra-

zones que en ninguna norma jurídica encajan como excepciones para mi obligación tributaria? ¿Puede un juez acoger esas razones morales como razones jurídicas válidas, de manera que quepa que alguna de ellas obre como excepción justificada para mi obligación de pagar el impuesto?

Por de pronto, decir que sí tiene sus riesgos. Para verlo, nada más que hay que darle la vuelta al ejemplo. Hagámoslo. Imagínese que mis rentas anuales son de doscientos mil euros y que hay una norma en ese sistema jurídico que exime del impuesto las rentas obtenidas criando y vendiendo cerdos, tal vez porque se quiere fomentar en el país la ganadería porcina. Los que han ingresado veinte mil euros criando conejos o trabajando como ingenieros o como electricistas deben pagar el diez por ciento. Yo, que he tenido rentas de doscientos mil con la explotación de mi granja de cerdos, ni un euro habré de tributar por ese lado. Hacienda me reclama mi diez por ciento, del que la ley me exonera, pero alega Hacienda no solo el agravio comparativo para tantos contribuyentes, sino circunstancias tales como que no hago ninguna inversión socialmente productiva con mis rentas ni las dedico siquiera a consumo, sino que guardo todo mi dinero en una caja de seguridad de un banco y soy un miserable que tengo hambrientos a mis hijos. Acordado que haya algo o mucho de inmoral en la norma jurídica que me exonera y en mi propia conducta personal, ¿debería el juez en cuyas manos acabara el caso ponderar y decidir *contra legem*? Se dirá que no se lo permite el principio de legalidad tributaria, pero, a fin de cuentas, ¿qué es ese principio, sino un principio más, o una regla, si se quiere, pero tan ponderable como cualquier otra regla o cualquier otro principio, como cualquier otra norma del sistema jurídico, y una vez que hemos decidido que lo que importa no es la subsunción de los hechos bajo el supuesto de la norma, sino la ponderación que atienda a razones morales como razones jurídicamente válidas?

Si todas las normas jurídicas son derrotables y todas las excepciones a las normas jurídicas no necesitan estar tasadas en normas jurídico-positivas, y si las normas de las que salen esas derrotas de las normas jurídicas son normas morales, la aplicación de toda norma jurídica está sometida a una reserva de compatibilidad con la moral o con las normas de algún sistema moral. No sabremos de qué moral, pues en un Estado constitucional y democrático de Derecho conviven

con igual legitimidad sistemas morales bien diversos y heterogéneos. Y, segundo problema, si pueden ser excepcionadas por esa vía las normas que perjudican al ciudadano, por ejemplo fijándole obligaciones onerosas, también podrá serlo la que al ciudadano favorece, por ejemplo, brindándole derechos y garantías, como sucede con el principio de legalidad, las garantías contra la validez de la prueba ilícitamente obtenida², la presunción de inocencia, etcétera.

IX. Pero todavía no hemos llegado al meollo del debate sobre la ponderación en derecho. En mi sistema moral yo puedo considerar que hay buenas razones morales para que los ciudadanos paguemos impuestos y para que yo los pague. Pero puedo encontrarme ante una de aquellas que denominé valoraciones normativamente complejas, pues también hay en mi sistema una norma que me dice que debo atender adecuadamente el cuidado de mis hijos en cosas tales como la educación y la salud, y entiendo que no cumplo esta última obligación moral mía si destino al impuesto sobre la renta la cantidad que se me reclama. Valoro o pondero en función de las circunstancias del caso y concluyo que no debo pagar el impuesto. No soy un simple evasor, pues me considero moralmente justificado; o soy, en cierta manera, un evasor por razones morales, por razones de mi sistema moral.

Mi caso acaba ante un juez. ¿Debe el juez atender a la calidad de mis razones morales, en mi concreta situación, para calibrar si jurídicamente debo o no debo pagar? Si contestamos que sí, convertimos el razonamiento judicial en un razonamiento cuya esencia es la de ser un razonamiento normativamente complejo, tal como antes caractericé esta noción de razonamientos normativamente complejos. Es decir, la decisión del juez es de la misma naturaleza, moral, que mi decisión, que fue una decisión moral. Igual que yo valoré en conjunto o ponderé normas y consiguientes razones morales y concluí con una decisión que fue una decisión moral, el juez también valora o pondera así, entre normas y razones morales, pero con dos matices diferenciales.

² Véase el caso que da pie al debate sobre ponderación entre Manuel Atienza y yo. Atienza, Manuel, y García Amado, Juan A., *Un debate sobre ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012. Hay una nueva edición de esta obra bajo el título *Ponderación*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2016.

Primer matiz diferenciador, el juez no valora como directamente implicado, sino con la distancia o la imparcialidad de un tercero. Segundo, el juez parte, como pauta o referencia, de la norma jurídica que me obliga a pagar el impuesto, pero viendo en ella una norma que, además o por encima de jurídica, es una norma con una dimensión moral que puede concurrir o competir con otras normas morales, aunque no sean normas positivamente juridificadas. Cuando la norma jurídica se pondera frente a la norma moral y las razones estrictamente o formalmente jurídicas se ponderan con razones puramente morales, es porque esos dos sistemas normativos, moral y jurídico, se han unificado bajo una naturaleza común, que es una naturaleza primariamente moral. Las razones jurídicas son razones morales por la misma razón que las razones morales son razones jurídicas. El derecho y la moral, como pautas del juicio normativo, no rigen independientemente, sino concurrentemente, y los conflictos entre normas morales y normas jurídicas se resuelven mediante una valoración que es moral, o que es la razón expresiva de la naturaleza en última instancia común, como razón práctica.

Y, conforme a las teorías iusmoralistas y ponderadoras de que estamos hablando, el juez, que debe estar sometido al derecho, tal como dicen nuestras propias constituciones, lo está en cuanto la norma de derecho no lleve en el caso a una decisión inmoral³. Por eso, para los defensores del principialismo antipositivista y de la ponderación, el razonamiento del juez es un razonamiento de naturaleza moral, aunque como razonamiento moral de un tercero, no del sujeto directamente implicado, y como razonamiento en el que el derecho aporta razones morales para la decisión, razones morales comparables con y ponderables con las razones que proporciona la moral.

De esa manera se produce una curiosa asimetría. Veíamos antes que, para mí, para el individuo como tal, las razones provenientes de las normas jurídicas que jurídicamente lo obligan no tienen por qué contar como razones morales, como razones a considerar en el ba-

³ Aquí podemos remitir a la idea de pretensión de corrección que Alexy predica de las normas y sistemas jurídicos y de las decisiones judiciales. Para una crítica a esa chocante y muy metafísica construcción de Alexy, véase mi trabajo “Sobre la idea de pretensión de corrección en Robert Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7, 2014, pp. 6-40.

lance o ponderación que lleva a su decisión *moral*. Pero para el juez, según ese principialismo antipositivista, sí brinda el derecho razones morales que se balancean contra las demás razones morales. El ciudadano que toma su decisión moral la puede tomar con independencia de que el resultado de esa decisión sea antijurídico. Aunque lo que decidió moralmente sea contrario a derecho y aunque sea por ello jurídicamente sancionado, ese ciudadano puede seguir considerando que su decisión es plenamente moral.

Pero la tremenda paradoja surge por este otro lado: aunque para el ciudadano su acción, resultante de su decisión, sea perfectamente moral y aunque, además, con arreglo a la ley sea perfectamente jurídica, el juez podrá calificarla como antijurídica e imponerle a ese ciudadano la correspondiente consecuencia en derecho. Es lo que veíamos que le podía suceder al criador de cerdos de nuestro ejemplo de antes. Cuando la clave de la decisión judicial la da la ponderación y esa ponderación se hace en clave moral, nadie está a salvo.

X. La teoría de la ponderación, tal como se expresa en autores como Alexy y tantos otros, está indisolublemente unida a la concepción del derecho que niega la separación entre derecho y moral, porque entiende que la naturaleza esencial o última del derecho es moral, que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y que siempre pueden y deben las razones para la decisión resultantes de la norma jurídico-positiva cotejarse o ponderarse con las razones morales en general. Caiga quien caiga. Unas veces servirá ese expediente para ampliar algún derecho del ciudadano o para exonerarlo de alguna obligación frente al Estado, pero en otras oportunidades el resultado podrá ser el inverso, el de que al ciudadano se le inaplique alguna garantía legal o constitucionalmente establecida o el de que al ciudadano se le imponga, frente al Estado, alguna obligación no jurídico-positivamente sentada. Un día, del ponderar con razones morales saldrá que bien está que yo no pague el impuesto al que legalmente se me obligaba, ya que en mi caso es una injusticia ese pago y así resulta al pesar mi obligación tributaria contra mi derecho a educar a mis hijos o a darles la mejor atención sanitaria; pero otro día me encontraré con que la suma de los pesos del principio de solidaridad, del principio de Estado social y del principio de justa distribución de la riqueza vence al principio de legalidad en materia impositiva y resulta que debo yo tributar en mayor medida de la que

la ley me reclama o por conceptos que la ley no me reclama. Ejemplos de este estilo hay ya a cientos en la actual jurisprudencia de los países y tribunales más dados a la ponderación y el ordeño de principios en detrimento de eso que se dice fría legalidad o estéril formalismo.

XI. En la teoría jurídica y constitucional actualmente dominante, el principalismo y la ponderación van de la mano con la insistencia en que son las propias constituciones las que imponen esa deriva del razonamiento jurídico como razonamiento moral. Ya no es que haya fuertes razones morales para justificar los contenidos de las normas constitucionales. Eso es difícilmente discutible, igual que difícil será poner en duda que hay fuertes razones morales detrás o por debajo de las normas del Código Civil o del Código Penal. Esas razones morales de fondo, que siempre en mayor o menor medida están presentes debido a que las normas jurídicas ni caen del cielo ni las hace un legislador sin convicciones morales o ajeno a las de su medio, han sido normalmente vistas como base importante para la atribución de sentido a los enunciados jurídicos y como guía relevante para su interpretación, en primer lugar como interpretación teleológica.

No es eso. Lo que sostiene el actual constitucionalismo antipositivista, a menudo denominado neoconstitucionalismo, son tres cosas. Una, que, en su esencia o núcleo sustantivo, la Constitución es un orden objetivo de valores⁴ o un catálogo de objetivos morales, de

⁴ La caracterización de la Constitución como “orden objetivo de valores” apareció en 1958 en el comentario de Günter Dürig al parágrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn y fue inmediatamente reproducida por el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia del caso Lüth. Véase la “Sonderdruck” que la editorial Beck ha realizado del comentario de Dürig a los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn en el tratado Maunz-Dürig (Günter Dürig, *Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz*, München, Beck, s.a. —2003—). Dice Uwe Wesel que Dürig es el “inventor del ‘sistema de valores’ (Wertsystem) de los derechos fundamentales, noción de la que en adelante se sirvió el Tribunal Constitucional, a partir del caso Lüth (Cfr. U. Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Karl Blessing, München, 2004, p. 131). En la doctrina en castellano se encuentra una excelente exposición a este respecto en el libro de Luis M. Cruz de Landáuzuri, *La Constitución como orden de valores*, Comares, Granada, 2005. Véase también mi artículo “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en García Amado, Juan A., *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, especialmente pp. 144 y ss.

modo que hasta las reglas constitucionales más elementales o precisas (pensemos en la norma constitucional que fija la mayoría de edad o la capitalidad del Estado) han de verse como enteramente subordinadas a y condicionadas por esos objetivos morales supremos, y hasta derrotables por ellos.

La segunda, que ese catálogo de supremos objetivos morales en que la Constitución en su esencia consiste proviene o es reflejo de la moral objetivamente verdadera, no de la histórica o coyuntural moral de esa sociedad o del poder constituyente o de la clase económica o políticamente dominante, etc. Es más, este nuevo constitucionalismo ha conseguido liberar a los sistemas jurídicos de toda sospecha de clasismo o de ser herramientas de las clases dominantes para asegurar su poder económico y político. Al contrario, si las constituciones son esencialmente morales y expresión de la moral objetivamente correcta, el derecho consume el viejo sueño racionalista y se libra de las garras de Marx y los suyos. Los anhelos que el movimiento codificador puso en los códigos civiles, que se querían suma expresión de la razón jurídica y que fueron ridiculizados y desenmascarados por Marx, entre otros, son las ensoñaciones del constitucionalismo actual, que ve en las constituciones de hoy la expresión de una razón indeleble, pero que ya no se quiere mera razón jurídica, sino sublime razón moral. A quién se le va a ocurrir hacer la revolución contra unos sistemas jurídico-políticos y económicos que tienen en su cúspide nada menos que la moral objetivamente verdadera y que, como guardianes de esas esencias moral-constitucionales, disfrutan de unos tribunales que manejan el certero instrumento de la ponderación, sin el riesgo ínsito en la malhadada y felizmente superada discrecionalidad a la que los positivistas del siglo XX, tan descreídos, se resignaban.

La tercera tesis o asunción del nuevo constitucionalismo es la de la armonía. Esos valores constitucionales, que son valores morales y que por igual inspiran los principios y las reglas presentes en la Constitución, están en el fondo en armonía, no en dialéctica tensión o en una contradicción que nos aboque a la decisión política por obra de las mayorías democráticas. Toda antítesis entre tan variopintos valores y principios constitucionales es solamente superficial, pues, en su fondo, el sistema se articula con plena coherencia y del cimiento moral congruente nace para cada caso y cada conflicto de derechos, obligaciones o principios una decisión correcta que es decisión correc-

ta única y que nos libra de la dichosa discrecionalidad de los jueces. Esa decisión correcta única, de raigambre moral, a simple vista no se capta y el legislador suele desconocerla, pero ni se le escaparía el dworkiniano juez Hércules ni deja de aparecérselo al alexyano tribunal que pondera como Dios manda. La decisión correcta, porque la suponemos, la hay; porque la hay, la hallaría siempre un juez plenamente sabio; y porque los jueces de carne y hueso tan perfectamente sabios no son, tienen que ayudarse de un buen método que haga su decisión tan objetiva como una medición o un pesaje: la ponderación. Mano de santo.

XII. Para los principialistas al estilo de Alexy, un sistema jurídico se compone de reglas, que son mandatos taxativos que o se cumplen o no se cumplen, y principios, que son mandatos de optimización que ordenan que algo se haga (o no se haga) en la mayor medida posible, teniendo en cuenta que la medida de lo posible viene marcada en cada tiempo y ocasión por las posibilidades fácticas y por la colisión con otras normas del sistema. Las colisiones con principios se resuelven ponderando a la luz tanto del peso abstracto de las normas, como de su peso en razón de las circunstancias peculiares de cada caso. Importa mucho también destacar que lo mismo se pondera principios contra principios que principios contra reglas. Lo que quiere decir que cualquier principio o cualquier regla puede en algún caso perder en la ponderación ante un principio opuesto, que en esa oportunidad haya tenido más peso. No hay, pues, norma que no pueda ser derrotada por otra norma alguna vez. Si a esto añadimos que los principios constitucionales tanto pueden ser expresos como implícitos y que la cualidad última de los principios es moral, la conclusión es aplastante: siempre habrá una norma moral que, traducida a principio constitucional a efectos de que sea con todas las de la ley derecho, puede derrotar a cualquier otra norma, constitucional o infraconstitucional, en algún caso.

¿Ciertamente el derecho funciona así? Funciona así si se quiere que así funcione. Cuando así se plantea, el razonamiento jurídico pierde casi toda su especificidad y tiene la estructura y caracteres del razonamiento moral ordinario. Si acaso, queda solamente el detalle diferenciador de que las normas legisladas, que generalmente van a ser vistas como reglas y no como principios, tienen una preferencia *prima facie* frente a los puros principios, sean expresos o implícitos. Esa preferen-

cia *prima facie* significa que se les supone inicialmente más peso, y así se explica que las más de las veces deban ser aplicadas y no derrotadas en el caso; pero eso no impide que en ciertas ocasiones pueda asignarse mayor peso al principio en su contra concurrente y, de esa manera, la decisión *contra legem* es presentada como decisión perfectamente acorde con el *ius* y con la Constitución misma.

Así vista con su esencia moral, la norma suprema de la Constitución vendría a prescribir que no haya decisiones de casos que sean injustas, o marcadamente injustas. Lo que, a su vez, es tanto como mantener que las decisiones jurídicas y constitucionales de casos serían las mismas aunque la Constitución no tuviera más que una sola norma que dijera “Ninguna decisión judicial de un caso debe ser inmoral, injusta”. Pues si lo que caracteriza a las normas constitucionales es el ser transcripción de los preceptos de la moral objetivamente correcta, va de suyo que ni siquiera hace falta el articulado de la Constitución para que podamos suponer existentes las normas fundamentales que deben regir la solución de los casos. Serían sencillamente las normas de la moral objetivamente correcta. La Constitución no lo es por ser decisión del poder constituyente, sino por ser decisión del poder constituyente que recoge los mandamientos de la moral objetivamente verdadera. Pero, ya que se niega la separación conceptual entre derecho y moral y puesto que, en consecuencia, la moral verdadera es parte constitutiva de cualquier autentico derecho, las supremas normas del sistema jurídico son tales por ser supremas normas morales, no por ser normas de la Constitución; y la Constitución merece su respeto no por razones de jerarquía formal ni de legitimidad de la decisión constituyente, sino porque su contenido es el que debe ser para que la Constitución sea jurídica. En otras palabras, un sistema jurídico que formal o positivamente no tuviera Constitución tendría materialmente la misma Constitución, compuesta por las supremas normas morales objetivas y verdaderas. Lo mismo que el iusnaturalismo de toda la vida pretendía, con la única diferencia importante de que lo que el iusnaturalismo llamaba derecho natural ahora se llama Constitución, y que las que eran denominadas normas de derecho natural ahora se denominan principios constitucionales. Habrán cambiado más de cuatro contenidos y se ha modificado la terminología, pero estructuralmente hay identidad entre aquel iusnaturalismo de antes y este constitucionalismo antipositivista de ahora.

XIII. Esa transformación altera mucho la operatividad y la función del derecho. Y si los sistemas jurídicos no se han disuelto aun en casuismo e incerteza es porque el principialismo y la ponderación siguen siendo marginales en la práctica judicial, aunque hayan adquirido tanto dominio en la teoría jurídica y constitucional. Veamos por qué las cosas ni de hecho son ni pueden en verdad ser como los principialistas ponderadores nos cuentan.

Yo me doy la norma de que no debo fumar, asumo que no debo fumar, ese pasa a ser un precepto personal que guía mi conducta. Pero un día debo hacer un trabajo muy difícil e importante para los demás y estoy nervioso, por lo que, con base en mi experiencia, considero que un par de cigarrillos durante esa jornada me tranquilizarían mucho. No debo fumar, debo cumplir bien mi importante misión y creo que para eso me ayudaría fumar un poco. Así que valoro o pondero si hay riesgo de que recaiga en el vicio del tabaco, si puede afectar escasamente o en mucho a mi salud que fume hoy, si a alguien decepciono o no por echarme un cigarrillo, si habrá o no niños presentes, si en verdad me ayudará mucho o poco fumar hoy, etc., etc. Y decido fumar. Como han pesado más las razones para fumar que para abstenerme, no considero que esté actuando indebidamente, sino que me parece que hay una excepción justificada para mi norma de no fumar. Así razono con mis normas morales. En la práctica jurídica ni funcionan así las cosas ni puede funcionar así, sino es al precio de que lo común de las normas jurídicas quede al albur de lo incierto de las valoraciones morales de cada cual y del juez.

Pongamos que existe una norma jurídica que prohíbe fumar en los bares y locales públicos de esparcimiento. Yo fumé aquellos dos cigarrillos en un bar cercano al hospital, pues la tarea que me esperaba y me ponía tan tenso era una difícilísima operación quirúrgica, ya que soy cirujano. Se me sanciona por infringir la norma jurídica en cuestión (acéptese que en ese sistema jurídico las sanciones se aplicaran al fumador, no al responsable del local) y recurro mi sanción y termina el caso en los tribunales.

¿Debe el juez pararse a sopesar los derechos y principios constitucionales que se pueden invocar a mi favor, como el derecho genérico de libertad o el de libre desarrollo de la personalidad, y, por otro lado, el principio que justifica la norma prohibitiva, que sería seguramente

el de protección de la salud, y debe también ponderar las circunstancias concurrentes, como que estaba nervioso por la operación tan complicada que debía realizar, que solo fueron dos cigarrillos, que uno lo apagué a la mitad, que la operación de después salió bien y eso benefició la salud de mi paciente, que apenas había otras personas en el bar cuando en él fumé, etc.? Si decimos que sí, el juez está llevando a cabo un razonamiento estructuralmente igual al que yo hice cuando valoré la concurrencia de normas mías de conducta que me impelían a comportamientos distintos (una a no fumar y otra a fumar). Pero ni es así como el juez debe decidir ni es así como los jueces suelen decidir, por fortuna. El juez tiene que aplicar la norma y si no hay en el sistema otra norma que prevea expresamente una excepción para mi caso, debe sancionarme. Si no lo hace así, no aplica el derecho y no cumple con la tarea que constitucionalmente tiene encomendada, por mucho que desde el punto de vista moral o de razonamiento práctico general podamos ver su razonar y su decisión como intachables.

XIV. Se dirá que la ponderación jurídica tiene de especial aquellos tres pasos que Alexy le prescribe, los llamados test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El problema está en lo sumamente incierta o aleatoria que resulta la aplicación de esos controles. Veámoslo mientras seguimos jugando con el mismo ejemplo.

Si ponderamos, ya no se trata de ver si cumplí o incumplí la norma que prohíbe fumar en los bares, sino si está o no está jurídica y constitucionalmente justificada mi acción de fumar en ese caso. Porque, ya lo sabemos, la ponderación sirve para que pueda revertirse la consecuencia de la norma que viene al caso, como es en esta ocasión la norma que prohíbe fumar y prevé sanción para la infracción de esa prohibición. La norma que dice “Prohibido fumar bajo sanción S” pasa a ser considerada así: “Prohibido fumar, bajo sanción S, a no ser que en el caso concurren razones de más peso que las que dan sentido a esa prohibición, avaladas por principios constitucionales (expresos o implícitos)”. Toda prohibición de hacer o de no hacer y todo permiso quedan sometidos a una cláusula de reserva: está prohibido hacer X a no ser para el caso en que, por tales o cuales razones reconducibles a principios constitucionales que tienen raigambre moral, resulte injusta esa prohibición o resulte injusto ese permiso.

Apliquemos el test de idoneidad, que nos dice que para que sea constitucionalmente legítima mi acción de fumar (y, por tanto, no sancionable pese a que vulnera la prohibición bien clara contenida en la regla) debe desprenderse algún beneficio para algún principio constitucional (expreso o implícito). ¿Hubo tal beneficio? Ciertamente mi libertad se expandió, como sucede cada vez que alguien sí hace lo jurídicamente prohibido. Solo por eso, ya podría considerarse que toda vulneración de una norma prohibitiva supera el test de idoneidad. Pero, además, resulta que aquella cirugía que realicé y para la que quería tranquilizarme o concentrarme fumando un rato, salió muy bien y conseguí salvar la vida al paciente. ¿Contamos eso como ganancia de un derecho, el del paciente, ligada a mi infracción? No se sabe, ya que es imposible conocer si en verdad me tranquilizó o no el cigarrillo y si habría resultado bien o no la operación si no hubiera fumado. Por ese lado, será la pura opinión o preferencia personal del juez la que determine si mi acción formalmente infractora supera o no el test de idoneidad.

Vamos con el test de necesidad. La pauta consiste en que no será constitucionalmente legítima mi acción si el mismo efecto positivo para mi derecho o para los principios que me amparan hubiera podido lograrlo con una acción alternativa que dañara menos el principio opuesto. Es fácil pensar que, puesto a fumar para aplacar mi inquietud, podría haber fumado en la calle, donde ninguna norma vulneraba ni el derecho de nadie. Pero ¿y si llovía o eran heladas las temperaturas y podía resfriarme, con lo que se alteraría también el equilibrio y la concentración que para operar necesitaba? ¿Y si era insegura la calle y corría riesgo de que me asaltaran? ¿Y si en la calle me exponía a que alguien me importunara con su conversación o, peor, me recordara el gran desafío que en el quirófano me aguardaba? ¿Debería el juez considerar cada uno de esos factores y otros más de los que puede depender que la satisfacción de mi derecho fuera la que es, pero a un precio menor para otros principios? ¿Cuánta debe ser la seguridad del juez sobre la alternativa posible para mi acción y cuánta la imaginación que le ponga para configurar tal alternativa? Incertidumbres grandes para una operación que se pretende objetiva y bastante segura, demasiadas variantes para lo que habría de ser una mera comprobación.

Y el test de proporcionalidad en sentido estricto. El daño para el principio dañado, que quedamos en que es el que protege la salud de los que están cerca del que fuma, sumado al principio de deferencia con el legislador legítimo que prohibió fumar en los bares, tiene que ser compensado con un beneficio igual o mayor para el principio que con mi acción resultó expandido, que puede ser tal vez el que basa mi derecho a la libertad o al libre desarrollo de mi personalidad, o quién sabe si también el derecho a la salud del paciente que se beneficiará si lo opero menos nervioso y habiéndome relajado un poquillo con mis cigarrillos. ¿Cómo se pesan los principios que están en un platillo de la balanza o del otro y con qué certeza se establece que es mucha, regular o poca la afectación negativa de los unos o positiva de los otros? Con ninguna certeza. Y así ocurrirá siempre que el caso sea un poco difícil e intrincado, discutible desde el punto de vista de las preferencias *morales* que pueden concurrir.

XV. No hay caso judicial que no pueda recomponerse como de conflicto entre principios o, las más de las veces, como de conflicto entre derechos. Si eso es así, y lo es, resultará que las normas que son principios y las que, como normas de principio protegen derechos, más que para resolver conflictos sirven para provocarlos a un nuevo nivel o en una nueva escala. La norma penal que castiga el homicidio sienta que el que mate debe ser penado, si no concurre una de las excepciones tasadas, una eximente. Pero resulta que quien mato realizó su libertad al matar y, sobre todo, la pena con que se le amenaza limita un bien tan básico y un derecho tan fundamentalísimo como la libertad misma. Hay por ahí unas buenas razones para no castigarlo, contra lo que la norma estipula. Pero por el otro lado están el derecho a la vida que a la víctima se le vulneró, más los derechos a la vida y a la seguridad de los ciudadanos en general, víctimas potenciales del mismo homicida que ya mató una vez. Se nos insiste desde la teoría jurídica principialista en que debemos huir de los fríos formalismos y las ciegas subsunciones. Entonces, ¿ponderamos en cada caso de homicidio para ver si, en razón de las circunstancias y de su calificación moral y por encima de lo que diga la ley, debemos condenar al homicida o no debemos condenar al homicida, según que en el caso

pesen más sus derechos o los principios que respaldan a la víctima, al ciudadano en general o al Estado⁵?

No se me ocurre cómo puede el principialista sugerir que ahí no ponderemos, sin contradecir sus tesis más básicas. Pero si a ponderar nos disponemos, el Derecho penal se nos disuelve como vía para solucionar conflictos y fijar con carácter general consecuencias jurídicas, penas, para ciertas (clases de) acciones. No, cada homicidio ya no sería un caso típico al que hay que dar la solución típica legalmente tasada, sino un conflicto moral en el que a cada homicida se le debe brindar el trato que moralmente merezca, siendo el juez el que averigua cuál es ese trato merecido, con ayuda de la ponderación.

Pero las cosas ni deben funcionar así, ni funcionan así de hecho, ni quiere hasta el mismísimo principialista que así funcionen. Y recuérdese que no vale decir que la clave está en que la norma que castiga el homicidio o cualquier otro delito es una regla y no un principio, ya que insisten Alexy y sus compañeros de doctrina en que también contra las reglas es posible ponderar principios y que los principios pueden derrotar a cualquier regla. Así que la regla que tipifica cualquier delito y su pena puede alguna vez ser derrotada por algún principio. Igual que, según esa misma teoría, por algún principio opuesto puede en alguna ocasión ser derrotada la norma que estipula el principio de legalidad penal y prohíbe castigar como delito lo que no esté tipificado en ley anterior. Sea ese que llamamos “principio” de legalidad una regla o sea un principio genuino, es por definición derrotable por principios que con intención opuesta puedan venir al caso.

Las cosas no suceden así, por suerte. El juez no está autorizado por el sistema jurídico a absolver, sin concurrencia de eximente, al delincuente que se ha probado tal, por mucho que condenarlo parezca inhumano o pueda presentarse como fuertemente afrentoso para un principio constitucional expreso o tácito. Y el juez no está autorizado a condenar al que no haya cometido delito típico y establecido

⁵ No anda muy alejada de ahí la propuesta de Heiner Christian Schmidt, que plantea que en todo juicio penal se aplique la ponderación que atienda al principio de proporcionalidad y que constituya así una causa autónoma de exclusión de la antijuridicidad cuando un derecho del acusado pese más que el interés o bien con la pena defendido. Véase Schmidt, Heiner Christian, *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe*, Nomos, Baden-Baden, 2008.

en norma anterior a la acción reprochable, por mucho que mil y un principios se confabulen a favor de esa condena y pesen más que el de legalidad penal. El juez que haga lo uno o lo otro prevarica. Y esto que raramente se discutirá cuando de Derecho penal hablamos, es así para cualquier otro ámbito jurídico. La diferencia es que en el Derecho penal se ve más claro el juego del sistema jurídico de un Estado de Derecho que en verdad lo sea, y que respecto del Derecho penal se captan mejor los riesgos generales del principialismo y la ponderación, tanto como riesgos para la función misma que justifica el Derecho como para las garantías y los más básicos derechos de los ciudadanos.

XVI. Tomemos una vez más uno de esos ejemplos trillados, un caso en que supuestamente compiten la libertad de expresión y el derecho al honor. Alguien ha dicho públicamente que yo soy un X, siendo ese un calificativo fuertemente peyorativo. Ante mi demanda de compensación porque se ha dañado mi derecho al honor, la otra parte alegará su derecho a la libertad de expresión. Pero ese no es propiamente un conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión, salvo en el sentido de que cada una de las partes invoca a su favor uno de esos derechos. Es un conflicto entre partes que invocan derechos distintos, no es estructuralmente y según el diseño del sistema jurídico, un conflicto entre esos dos derechos. Explicaré a continuación por qué.

La Constitución dice que todos tenemos derecho al honor, no que todos tenemos derecho a la mayor protección posible de nuestro honor. Es un precepto normal y corriente, con la peculiaridad de que su consecuencia jurídica tendrá que ser concretada o bien en otra norma, o bien jurisprudencialmente. Por ejemplo, en España la LO 1/1982 concreta la consecuencia jurídica de la vulneración del derecho al honor al decir que toda intromisión ilegítima en el mismo da lugar a indemnización. Y en la vía penal otro tanto hacen aquellas normas que tipifican los delitos contra el honor y sus penas, como sucede con los delitos de calumnia e injuria. De que una norma que establece la licitud o ilicitud de una conducta no fije una consecuencia jurídica precisa para su vulneración para nada se sigue que dicha norma haya de aplicarse ponderando y no subsumiendo, generalmente previa interpretación. Si está prohibido dañarme el honor a mí, la norma que tal prohíbe se viola cuando a mí se me daña el honor. Cuestión diferente, que en alguna otra parte o de alguna otra manera habrá que

solucionar, es la de qué consecuencia jurídica se impone al vulnerador una vez que se ha probado y establecido que existió esa conducta suya ilícita.

Cuando un ciudadano ha dicho públicamente que yo soy un X y yo demando a ese ciudadano porque me ha dañado el honor, o me querello porque me ha injuriado o calumniado, lo único que corresponde es ver si en la acción que se juzga se dan los elementos de la calumnia o la injuria o si se da la intromisión ilegítima en mi honor que fundamenta la indemnización civil por daño. Ni más ni menos.

Por supuesto que el otro se ha expresado al decir que soy un X y que al expresarse libremente ejerció su libertad de expresión. Eso es poco menos que una trivialidad. Si no hubiera actuado libremente al expresarse, no habría caso contra él, ni penal ni, tal vez, civil. Pero que él haya ejercido su libertad de expresión ni cuenta ni se pondera ni nada de nada. Es obvio que solo expresándose de alguna forma (oralmente, por escrito, mediante dibujos o algún tipo de imágenes) se puede dañar mi honor. Si resulta absuelto del delito no es porque, concurriendo los elementos de la calumnia o la injuria, su libertad de expresión haya pesado más a la luz de las circunstancias del caso. En modo alguno es así. Si se le absuelve será porque estima el juez que no concurren los elementos del delito, que falta la acción típica, que falta el dolo o *animus* requerido, que concurre una causa de justificación, etc. Nunca he visto (y espero que no veamos) una sentencia en la que el juez diga que habiendo sido dañado el honor de la víctima del modo que corresponde al delito de injuria o calumnia, y dándose todos los requisitos para la condena, se absuelve al acusado porque en sus circunstancias pesa más un principio contrario a la condena.

Y otro tanto en el plano del juicio no penal. Si el juez condena a indemnizar es porque considera acreditado que ha habido atentado contra el derecho al honor, daño al honor, una vez definido e interpretado lo que por honor se pueda o se deba entender, etc., no porque le parezca que el honor pesó ahí más que la libertad de expresión. Y si el juez absuelve no es porque estime que la libertad de expresión fue el derecho que venció en la contienda de los pesajes, sino porque no hubo daño al honor. Siempre que el juez siente que hubo daño al honor (y no concurriendo una causa tasada de justificación o de exoneración de la responsabilidad) va a condenar, trátese de un juicio penal o de

responsabilidad civil por daño. Y siempre que no condena (y si no se trata de que concurra una causa de justificación o de exoneración de responsabilidad) va a ser porque no hubo daño al honor, no porque sea mayor en esa oportunidad el peso de la libertad de expresión. La libertad de expresión, que es un derecho de esos que podríamos llamar por defecto⁶, justifica y hace jurídicamente permisible toda expresión que no dañe ciertos derechos, como el derecho al honor en primer lugar. Cuando los daña, cede. Cuando no los daña, no tiene por qué ceder. Y si se trata de lo uno o de lo otro no se decide ponderando cuál derecho (o su principio) pesa más en el caso, sino qué significa honor y si bajo la norma que lo ampara y veda su merma se subsume o no la expresión que se enjuicia.

Pues bien, igual que este caso, todos. A no ser que queramos que ningún derecho tengamos firmemente protegido, ninguno de esos que operan como garantías del ciudadano (por ejemplo, que no se dañe su honor, su intimidad, su derecho a la propia imagen) o como expectativas del ciudadano jurídicamente respaldadas, como la de que el Estado le deba hacer o no hacer algo. Pues, por seguir con el ejemplo del honor, si el que lo tengamos protegido no depende de que se sobrepase o no cierto límite, sino de que pese más o pese menos el principio que justifica que ese límite se traspase, aviados estamos y nuestros derechos quedan a merced de la báscula y de la pericia y sana intención del que la maneje. Ya no se trata sin más de que se haga dúctil el derecho o que se licue un poquito; es que se vuelve gaseoso, se nos evapora.

⁶ Para la clasificación de los derechos y la tipología de sus relaciones véase mi estudio “Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos y sobre ponderaciones en la resolución de sus casos”, en Hermida, C., y Santos, J. A. (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015, pp. 1355 a 1378.

Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos*

1. PLANTEAMIENTO

Tiene hoy en día mucho predicamento una doctrina (neo)constitucionalista que vendría a defender las tesis siguientes: a) Las normas constitucionales de derechos fundamentales son principios, y los principios son un tipo de norma jurídica diferente de otros: reglas, directrices, etc., b) El razonamiento de aplicación de los principios a casos no sigue un esquema o método interpretativo-subsuntivo, sino otro, llamado ponderación; c) El razonamiento o método ponderativo es, pues, particularmente apto para la resolución de los casos de derechos fundamentales, ya que tales casos son siempre, o casi siempre, casos de conflictos entre derechos fundamentales (o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales) y, en consecuencia, casos de conflicto entre normas que son principios; d) En sus mejores sentencias, los tribunales constitucionales resuelven los casos de derechos fundamentales (que son casos de conflictos de derechos fundamentales o de derechos fundamentales y otros principios constitucionales) mediante la ponderación, y así debe ser.

Lo que en este trabajo voy a mantener es que: a) No es cierto que la mayoría de los casos de derechos fundamentales sean casos de conflictos de derechos fundamentales (o de derechos fundamentales y otros principios constitucionales); b) Es falso que los tribunales constitucionales, como el español o el alemán, suelen resolver mediante ponderación la mayoría de los casos iusfundamentales, incluso los casos de conflictos de derechos fundamentales; c) Hasta cuando parece que ponderan o usan el lenguaje de la ponderación, el razonamiento decisivo de los tribunales es de corte interpretativo-subsuntivo, si bien a veces, para evitar la argumentación exigente de sus opciones interpretativas, hacen como que ponderaron; d) Prácticamente cualquier

* El siguiente texto se inserta en el Proyecto de Investigación DER2013-47662-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

caso puede convertirse, si se quiere, en un caso de derechos fundamentales y cualquier caso de derechos fundamentales puede convertirse, si se quiere, en un conflicto de derechos fundamentales que se pueda resolver mediante ponderación, pero tal enfoque tiene consecuencias peligrosas para el sistema de derechos fundamentales y para la protección de cada uno de ellos.

2. DERECHOS Y CONFLICTOS. A PROPÓSITO DE UN FAMOSO EJEMPLO DE J. FEINBERG

En la doctrina anglosajona, al hablar de conflictos de derechos fundamentales es muy usado un ejemplo puesto por Joel Feinberg en su trabajo *Voluntary euthanasia and the inalienable right to life*¹. A tiene una cabaña de su propiedad en el monte. Un día, B camina por allí y se desata una tremenda tormenta de frío y nieve y la vida de B corre serio peligro si no encuentra un buen resguardo. Así que B fuerza la puerta de la cabaña de A, entra en ella y allí permanece durante los tres días que dura la tormenta, alimentándose de las conservas que A guardaba en un armario y calentándose a base de quemar en la estufa la madera de algún mueble de A. No se discute que A tiene un derecho de propiedad sobre su cabaña y que dicho derecho incluye el que otros no puedan sin permiso hacer uso de la cabaña suya y de lo que dentro de ella se contiene.

Lo que Feinberg y la doctrina angloparlante se plantean es si la conducta de B ha infringido o no el derecho de propiedad de A. Con ejemplos así se suele ilustrar la polémica entre dos concepciones de los derechos, la llamada teoría de los derechos *prima facie* y la llamada teoría especificacionista. Para la primera, los derechos son algo que se tiene en principio, pues caben situaciones en que el derecho que se tiene resulte derrotado por el mayor peso y las superiores razones en pro de un derecho ajeno. Para la segunda, los derechos no se tienen genéricamente, sino tomada cuenta también de las excepciones tasadas. Por ejemplo, mi derecho a la vida supone que nadie puede

¹ Publicado en *Philosophy & Public Affairs*, 7 (2), 1978, p. 102. Este trabajo también puede verse en: Feinberg, J., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 1980, p. 231.

matarme, a no ser que (lista de excepciones establecidas) lo haga en legítima defensa, en aplicación de una sentencia de pena de muerte (siendo constitucional y legal la pena de muerte), etcétera.

Algún autor ha ampliado el ejemplo de Feinberg. Así, Christopher Heath Wellman² ha diferenciado cuatro casos distintos de entrada no autorizada en la cabaña de A: a) Un vecino ricachón de A, Philip, que posee una cabaña al lado, entra en la cabaña de A y le quema a A un armario de madera porque no le gustaba y para que se compre otro más elegante; b) Matthew se metió en la cabaña de A huyendo de la tormenta para salvar su vida, y se calentó con las maderas del armario. Matthew es una persona muy adinerada; c) Ruth es una mujer pobre y embarazada que se refugió de la tormenta en la cabaña de A, para salvar su vida y la del niño que lleva en las entrañas; d) Lauren es la mujer de A y copropietaria de la cabaña. Un día quedó allí atrapada por la tormenta y quemó el armario para calentarse.

Se nos insiste en que tanto el caso inicial de Feinberg como los de Matthew y Ruth podemos verlos como casos de conflicto entre derechos, entre derechos fundamentales. Por un lado estaría el derecho de propiedad de A; por otro, el derecho a la vida de éstos que para salvarse de morir entran sin autorización en la cabaña y hacen uso de cosas que hay en ella. Pero ¿en verdad lo correcto y más útil es plantear la cuestión como un conflicto entre derechos? Si así lo hacemos, necesitaremos un método o procedimiento para establecer qué derecho de éstos enfrentados vence y habremos de dar razones que fundamenten esa victoria. Si pensamos que esas razones serán razones morales, arribamos a una conclusión arriesgada y algo desconcertante, la de que la moral y sus razones dan la clave para la resolución de los conflictos jurídicos entre derechos (jurídicos).

Mas *jurídicamente* no importa si se ha vulnerado o no un derecho *moral* de A, su derecho de propiedad como derecho *moral*. *Jurídicamente* lo que importa es si el comportamiento de B (o de Philip, Matthew, etc.) fue lícito o no. Pero, otra vez, la pregunta no es si fue o no fue *moralmente* lícito, sino *jurídicamente* lícito. Ahora bien, en Derecho no es lo común que se plantee nada más que así, como pura cuestión abstracta o meramente teórica, la cuestión de la licitud o ili-

² "On Conflicts between Rights", *Law and Philosophy*, 14, 1995, p. 286.

citud jurídica de un comportamiento, sino que tal cuestión irá ligada a una pretensión determinada. En un caso como el del ejemplo, la pretensión será o bien la de que a B se le imponga una sanción, o bien la de que B compense o indemnice a A por el daño que su conducta le ha infligido. ¿Por el daño infligido a su derecho? Seguramente más propio sería decir por el daño infligido al objeto u objetos sobre los que tenía derecho, en este caso derecho de propiedad.

Fuera de esas dos situaciones, el debate sobre el posible conflicto entre el derecho de propiedad de A y el derecho a la vida de B es completamente estéril e inútil, perfectamente irrelevante, al menos jurídicamente irrelevante. Pero incluso bajo el prisma moral no parece grande la relevancia del conflicto en este caso, pues de lo que se trata es de ver si moralmente estaba justificado o no el comportamiento de B (o el de Philip, Matthew, Ruth), y ahí el derecho de A sobre su cabaña y sus cosas es un dato más junto a otros muchos que podrán ser tomados en consideración en razón de las normas morales con las que el caso vaya a juzgarse.

En Derecho, lo que se va a preguntar es si el comportamiento de B fue lícito o ilícito, lo cual importa para ver si B puede o no ser sancionado por ese comportamiento y si A tiene o no tiene derecho a ser compensado por el daño que en su propiedad B le ha provocado. Aun en el caso de que se considere que la conducta de A fue lícita, existe una tercera posibilidad, la de que el sistema jurídico en cuestión contenga alguna norma que fundamente la obligación de B de indemnizar a A por el daño aun cuando en B no haya concurrido ilicitud ninguna.

En lo referido a la sanción, seguramente concluiremos con facilidad que la acción de B está amparada por estado de necesidad³. Esto significa que la conducta de B se subsume o encaja bajo los términos de la norma que pone una excepción a la norma que tipifica cualquier delito posible contra la propiedad de A. ¿Quiere eso decir que el derecho a la vida de B derrota al derecho de propiedad de A? No, quiere decir, mucho más simplemente, que no hay ilicitud penal (ni administrativa) en la conducta de B y, por tanto, no puede ser penalmente (ni administrativamente) sancionado por ella.

³ Véase, por ejemplo, el art. 20, 5º del Código Penal español.

Entonces, preguntarán algunos, ¿en qué queda el derecho de propiedad de A? Y podemos contrapreguntar nosotros: ¿dónde se dice o en virtud de qué podemos afirmar que el derecho de propiedad de A sobre su cabaña implica con algún tipo de necesidad que deba ser castigado todo el que de la cabaña de A hace uso sin su permiso? Respuesta: en ninguna parte. Que el derecho de propiedad de A esté protegido supone que, entre otras cosas, tengan respaldo normativo en ese sistema jurídico ciertas pretensiones que A pueda elevar para que o bien se castigue a quien invade o daña su propiedad, o bien se le compense a él, a A, por los daños padecidos en su propiedad. ¿Cuáles pretensiones y en qué supuestos, concretamente? Eso lo determinará cada sistema jurídico; por ejemplo, reconociendo o no reconociendo una eximente de estado de necesidad o asociándola a condiciones más estrictas o menos.

En resumen, el conflicto entre A y B normalmente no se va a suscitarse en el sistema jurídico como un conflicto entre derechos fundamentales, sino como un conflicto jurídico ordinario del todo. Y así se hace normalmente para evitar que haya que resolverlo con un planteamiento o replanteamiento de razones morales o reponderando lo que ya ponderó el legislador. Porque si no lo vemos como un conflicto jurídico ordinario (¿es antijurídico o no el comportamiento de B, como condición para que se le pueda imponer una sanción, o se exige o no se exige algún grado de negligencia de B para que pueda tener que compensar a A por los daños?), entonces siempre, en un caso así, habría que resolver ponderando, fuese fácil o difícil la subsunción bajo los términos constitucionales y legales y fácil o difícil la interpretación de esos términos. Pues *prácticamente no hay conflicto jurídico entre dos partes que no pueda ser visto como o reconducido a un conflicto entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y principios rectores de la acción estatal.*

Si, sistema jurídico respectivo en mano, el comportamiento de B fue lícito, no hay sanción posible; si fue ilícito, sí hay sanción posible. *Esa licitud o ilicitud no resulta de que estemos ante un conflicto de derechos entre A y B, resulta de lo que digan las normas aplicables y del modo como esas normas sean interpretadas por los jueces que las aplican.* Las diversas circunstancias concurrentes en aquellos casos de Philip, Matthew, Ruth y Lauren no son elementos a considerar en una ponderación de los derechos de una parte y otra, sino datos

relevantes a fin de ver si concurren o no los requisitos y condiciones que hacen jurídicamente lícita o ilícita la acción del sujeto respectivo. Más concretamente, para ver si concurrió o no concurrió estado de necesidad como eximente o atenuante. De la misma manera, que uno de esos sujetos sea rico o pobre, que la tormenta hubiera sido anunciada por los meteorólogos o se desencadenara de modo completamente inesperado, que el individuo en cuestión saliera al monte bien o mal abrigado son detalles que cuentan a efectos de ver si hubo negligencia o cualquier otro elemento que el sistema jurídico tome en consideración a la hora de determinar la obligación o no de indemnizar por los daños al dueño de la cabaña, no como circunstancias a ponderar para resolver, balanza en mano, un conflicto de derechos.

Una última observación en este punto. En este tipo de casos o vemos problemas jurídicos ordinarios o vemos conflictos de derechos fundamentales, y o ponderamos o no ponderamos; pero lo que hagamos, hagámoslo siempre, no solo cuando nos convenga saltarnos la ley en un caso o excepcionar la jurisprudencia para una ocasión. Porque, si lo que cuenta es el conflicto de derechos y lo que de la ponderación de esos derechos en el caso resulte, hemos de admitir que puede ser que concurren perfectísimamente todos los requisitos del estado de necesidad en el hacer de B y que, sin embargo, determinemos que prevalece el derecho de A y, por tanto, B debe ser castigado. O que veamos con claridad que no se dan los requisitos legal o formalmente establecidos en el sistema jurídico-positivo para imputarle a B la responsabilidad por los daños a la propiedad de A y, con ello, la obligación de indemnizar, y, sin embargo, pensemos que sí debe B indemnizar a A, de resultas del mayor peso del derecho de A en el caso. O somos casuistas o somos de norma general y abstracta, pero no seamos una cosa en invierno y otra distinta en verano, pues entonces o nos falta rigor o nos sobra descaro.

Démosle a todo esto una última vuelta de tuerca. Imagínese que B ha sido condenado por un delito contra la propiedad de A, pues el tribunal penal ha estimado, por un lado, que su conducta encaja bajo ese tipo delictivo y, por otro, que no concurría alguno de los requisitos para la aplicación de la eximente de estado de necesidad. B puede enfocar un recurso suyo contra esa sentencia de dos maneras:

- a) Argumentando que o bien no ha sido correctamente valorada la prueba o bien no ha sido correctamente interpretada y aplicada alguna de esas normas que vienen al caso, ya sea la que tipifica el delito, ya la que sienta el estado de necesidad como causa de exoneración de responsabilidad criminal.

Al caso pueden ser traídos dos derechos fundamentales de B, por lo menos. Uno, el derecho de libertad, que va a sufrir si es condenado a pena privativa de libertad. Otro, el derecho a la vida de B, pues para salvar su vida habría B penetrado en la propiedad de A. Ahora, bien, esos derechos ya han sido considerados tanto por el legislador que tipificó el delito y las eximentes como, mediatamente, por el juez que aplicó esas normas. No hay más vueltas que darles si lo que en el recurso se discute es si esas normas fueron bien o mal aplicadas. Todo esto quiere decir que, en un sistema como el español, no hay tema para que pueda ser admitido un recurso de amparo contra la sentencia, pues estamos en una materia de interpretación de la legislación ordinaria y de ejercicio de la potestad judicial para valorar las pruebas de los hechos. En toda cuestión de legalidad ordinaria están presentes dimensiones de los derechos fundamentales, pero no por eso deja de ser cuestión de legalidad ordinaria. Y las cuestiones de legalidad ordinaria las resuelve la jurisdicción ordinaria, no el Tribunal Constitucional. A no ser que se pueda razonablemente alegar vulnerado otro derecho fundamental, de tan grosera que es la vulneración de la legalidad por los jueces: el derecho a obtener sentencia fundada “en Derecho”, el derecho fundamental del art. 24 CE.

- b) Argumentando que, esté formalmente bien o mal aplicada la ley a los hechos del caso, el resultado da una injusticia, pues no se ponderaron los derechos concurrentes en su propio y verdadero “contenido constitucional”, derechos concurrentes que eran el derecho de propiedad de A, por un lado, y el derecho a la vida de B, por el otro.

Si un argumento y un recurso así se consideran admisibles, tendremos dos consecuencias que no son moco de pavo. Una, que el Tribunal Constitucional queda automáticamente habilitado para revisar cualquier decisión de legalidad ordinaria de los tribunales ordinarios, pues apenas hay ninguna que no pueda reescribirse como de conflicto entre dos derechos fundamentales de los que son susceptibles de am-

paro. Y dos, que a cualquier norma legal (penal, administrativa, civil, fiscal, procesal) se le entiende añadida una cláusula de excepción, a tenor de la cual X está prohibido o permitido “*a no ser que el mayor peso de un derecho en el caso lleve a la conclusión contraria en ese caso*”. Casuismo a espuestas, por consiguiente.

3. CASOS IUSFUNDAMENTALES

No revelamos ningún secreto si explicamos que las constituciones contemporáneas suelen contener relaciones o catálogos de derechos fundamentales. Todos o muchos de esos derechos fundamentales o derechos constitucionalizados son presentados como merecedores de una protección especial y con frecuencia las propias constituciones prevén algún mecanismo cualificado y especial para la protección de los mismos: recursos especiales, órganos constitucionales específicos encargados de su defensa o de resolver los conflictos sobre ellos, procedimientos particularmente expeditivos, etc.

En segundo lugar, tales derechos fundamentales, en cuanto derechos constitucionalizados, son de tipo o factura diversos. Así, y pensando solamente en los derechos de titularidad y ejercicio estrictamente individual, hay:

- Derechos de libertad, cuyo cometido es evitar o restringir las limitaciones al ejercicio de ciertas libertades u opciones personales por el sujeto,
- Derechos que impiden el daño o menoscabo de cierto “patrimonio” material o moral de cualquier ciudadano. Ejemplo: derecho de propiedad, derecho al honor, derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- Derechos que comprometen al Estado a no llevar a cabo ciertas acciones contra o en perjuicio de cualquier ciudadano. Por ejemplo, a no torturarlo, a no aplicarle la pena de muerte.
- Derechos que comprometen al Estado a brindarle al ciudadano cierta prestación, a ponerlo en determinada situación o a garantizarle el mantenimiento de un determinado estado de cosas. Así, el derecho a la justicia gratuita, el derecho de defensa (al menos en algunas de sus facetas), el derecho a juez ordinario

predeterminado por la ley, el derecho al debido proceso, en muchos de sus aspectos o dimensiones.

En tercer lugar, algunos de esos derechos aparecen descritos o configurados con una enorme amplitud. Baste pensar, en el art. 17 CE, cuando dice que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

Todas esas circunstancias hacen que sea verdaderamente difícil imaginar un solo conflicto jurídico que tenga un juez que sentenciar y en el que de una manera o de otra no esté en juego algún aspecto o dimensión de algún derecho fundamental. En un pleito civil sobre una servidumbre de paso estarán concernidos, por de pronto, el derecho de propiedad y la libertad de movimientos de algún sujeto; en cualquier pleito sobre menores aparecerá una panoplia de derechos, como diversas libertades, intimidad, propiedad, etc.; por supuesto, en todo asunto penal andan en juego la libertad y la propiedad del imputado, amén de los derechos que a la víctima se le hayan dañado. Y así podríamos seguir al infinito. Si un estudiante universitario es privado de su derecho a examen porque no ha pagado las tasas académicas correspondientes, puede salir a relucir el derecho a la educación; si a una parte procesal se le inadmite un trámite porque lo presenta fuera de plazo, podrá invocar su derecho a obtener para su caso una sentencia fundada en Derecho (art. 24.1 CE); el que es impedido de fumar en un restaurante puede apelar a su derecho a la libertad o hasta a su derecho a la salud psíquica, pues el tabaco lo tranquiliza.

Ahí tenemos ya base para una primera pregunta: ¿qué convierte un caso en caso iusfundamental, en caso de derechos fundamentales? Pues si decimos que todos los son, prácticamente, equivale a sostener que no lo es ninguno. Y si mantenemos que queda a la voluntad o discreción del juez el enfocar cualquier caso como caso normal y corriente o como caso iusfundamental, relativizamos de una forma alarmante dicha noción y, además, veremos en los tan cacareados derechos fundamentales un simple expediente funcional para permitir al juez decidir en equidad cuando lo desee, soslayando la norma legal y su interpretación y dedicándose a ponderar o valorar esas entidades llamadas “derechos fundamentales” y que de tal forma cobran perfiles místicos o de material para iniciados o supremos sacerdotes.

Propongamos una noción de *caso iusfundamental*. Llamemos D a un derecho fundamental cualquiera. Muchos derechos fundamentales tienen distintas dimensiones a aspectos, todos acogidos bajo esa etiqueta común. Por ejemplo, mi derecho a la libertad religiosa abarca cosas tales como mi derecho a creer algún credo religioso, el que sea, o en ninguno, mi derecho a realizar gestos o portar objetos que den testimonio de mi fe, mi derecho a participar en los cultos y ritos propios de mi fe, etc. Podemos representar como $d^{1D} \dots d^{nD}$ esas diversas dimensiones o contenidos del derecho genérico o abarcador D.

Supóngase el siguiente ejemplo. Sea D el derecho a la libertad religiosa. Los miembros de la religión R tienen entre sus ceremonias centrales la matanza ritual anual de un gorila. El día del profeta, en cada centro de culto de esa fe se sacrifica un gorila a base de cortarle las manos y esperar hasta que se desangre. Pero resulta que en este Estado en el que nos encontramos hay una norma legal penal que tipifica como delito el maltrato de animales, sin prever excepción para gorilas ni para gorilas sacrificados por los cultivadores de ese credo, y, además, hay otra que veda todo comercio con gorilas y todo sacrificio de gorilas, por tratarse de especie en peligro de extinción. ¿Puede surgir ahí algún caso iusfundamental?

Es evidente que la prohibición de traficar con gorilas y de matarlos limita uno de los aspectos del derecho a la libertad religiosa de los que profesan esa religión R⁴, pues les impide un rito para ellos central y absolutamente significativo. Habrá caso iusfundamental cuando el órgano judicial en ese Estado competente, ante el pertinente recurso, revisa si son o no constitucionales esas normas legales impeditivas. ¿Y cómo tendrá que razonar ese órgano? Pues analizando si al impedir ese rito a los de esa fe la ley está dañando o no el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa. Pero, cuidado, no el contenido esencial de la libertad religiosa de los de R, sino el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa con carácter general recogido en la

⁴ Puestos a detector, limitaciones de derechos fundamentales las hay ahí a patadas. Al prohibir que se mate gorilas o se haga negocio con ellos se limita la libertad personal, la libertad de empresa, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión (seguramente no se podrá invitar al consumo de carne de gorila sacrificado), la libertad de asociación (cabe que no se consideren legales las asociaciones de cazadores o devoradores de gorilas), etcétera.

Constitución. No puede haber un núcleo esencial de D distinto para cada sujeto o grupo social, sino un único núcleo esencial con validez igual para todos.

Reparemos también en que por el lado de la justificación de la ley no encontramos un principio protector del derecho de otros ciudadanos o grupos, sino un principio protector... de los gorilas. Es decir, aquellas normas legales limitan un aspecto de la libertad religiosa con el fin de proteger no algún otro derecho fundamental de otros, sino de proteger a los gorilas. Claro, podemos argüir que los gorilas son parte del medio ambiente del planeta al que todos tenemos derecho, pero por esa vía resulta que cualquier cosa puede colar como homenaje a un derecho fundamental de cualquiera; por ejemplo, una prohibición de matar moscas o de exterminar bacterias mediante antibióticos se justificaría en pro de mi derecho fundamental a un medio ambiente con moscas y bacterias.

Una vez que existe la norma legal L que regula el aspecto d^{1D} del derecho D, no cabe sobre d^{1D} más caso iusfundamental que aquel en que, según el procedimiento y por el trámite debido y por el órgano competente, se plantee la constitucionalidad o inconstitucionalidad de L por relación a la norma que recoge D. En nuestro ejemplo: el único caso iusfundamental a propósito de la norma legal que impide a los de la religión R matar gorilas es, en el sistema español y tomando éste como ejemplo, aquel en el que el Tribunal Constitucional razona sobre el art. 16 CE (libertad religiosa) para dictaminar si L es constitucional o no. En todo otro pleito que se suscite por la aplicación de L a tales prácticas de los de aquel credo R, no estaríamos ante un caso iusfundamental, por mucho que digamos el derecho fundamental a la libertad religiosa resulta afectado.

Igualmente, y con un ejemplo más sencillo, pero estructuralmente idéntico: la norma que tipifica el delito de incitación al odio racial podrá verse por el órgano pertinente como constitucional o no, pero el único caso iusfundamental en relación con esa norma es aquel en el que el órgano competente venga llamado a decidir sobre su constitucionalidad. Todos los demás no son casos iusfundamentales, por mucho que siempre que se aplique dicho delito nos hallamos ante un recorte del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Pongamos ahora que en ese Estado no está vigente de ninguna manera una norma que restrinja y castigue la tenencia, tráfico y sacrificio de gorilas. ¿Podrá entonces ser impedido o sancionado aquel rito anual de los de R? En cuanto a sanciones, si en ese Estado está vigente el principio de legalidad y, en consecuencia, lo no expresamente prohibido no puede ser castigado, en buena lid no ha de caber el castigo por sacrificar gorilas en aquellas ceremonias.

Más complejo es el tema de si podrá o no ese Estado, sin castigos, impedir tales ceremonias sacrificiales de los grandes simios. A favor de la restricción del Estado en este punto está el hecho de que lo que su acción limitaría sería un derecho fundamental de tales creyentes de R. Por tanto, para justificar la acción limitadora del Estado habría de justificarse ésta por referencia o bien a algún otro derecho fundamental o bien a algún principio constitucional habilitador de funciones básicas del Estado. Pero, en el fondo, tanto lo uno como lo otro es extraordinariamente fácil. Lo que hace de este caso un caso iusfundamental no es la presencia de un conflicto de derechos fundamentales o principios constitucionales, sino otra cosa: que el caso tiene que resolverse fijando si la limitación en cuestión (la de sacrificar gorilas) toca o no el contenido esencial del derecho fundamental implicado, el de libertad religiosa.

Así que ya podemos definir caso iusfundamental: es aquel en cuya resolución el argumento normativo primario y esencial se encuentra en la norma constitucional que recoge el derecho fundamental concernido. Esto no sucede nunca cuando hay norma legal de desarrollo de ese derecho fundamental y el caso es resuelto por esa norma, salvo que se trate de enjuiciar la constitucionalidad de dicha norma legal misma.

Con este restrictivo concepto de caso iusfundamental estoy proponiendo también un enfoque austero del ejercicio de la función protectora de los derechos fundamentales por los órganos judiciales o constitucionales para ello competentes. Veámoslo con un ejemplo claro. Una norma procesal NP fija un plazo de diez días hábiles para realizar cierto trámite procesal, como pueda ser presentar demandas, proponer pruebas, etc. NP no tiene objeciones en cuanto a su constitucionalidad o ha sido declarada constitucional por quien puede hacer tal declaración. Cuando, sin que concurra excepción a NP prevista en otra

norma NP', una parte procesal deja pasar esos diez días para el trámite en cuestión y lo quiere realizar a los trece días, ya no puede haber caso, por mucho que la aplicación normal y corriente, elemental (no estricta ni brutalmente formalista ni nada por el estilo) de NP suponga limitarle a esa parte su derecho al proceso. Porque si la aplicación "normal" de la norma legal perfectamente acorde con la Constitución puede ser cuestionada siempre que tal aplicación acarree algún recorte o limitación para un derecho fundamental, prácticamente cualquier aplicación de una norma legal por un juez en un caso fácil podrá ser revisada por los órganos protectores de los derechos fundamentales. Para empezar, así podrá ser en el caso de cualquier sentencia penal: los hechos eran claros y no había discusión sobre su prueba, la conducta era típica, culpable y punible y el caso es elemental y sencillo, pero... habrá que ver si en el caso concreto parece suficientemente justificada la imposición de una pena privativa de libertad que limita el derecho de ese sujeto a la libertad, o si, vistas las circunstancias del caso y aun en lo que a la norma penal nada le importa, no tendrá más bien que ser derrotada dicha norma penal por la que recoge el derecho fundamental a la libertad o las que amparan otros derechos, como la libertad ideológica y de conciencia, la libertad educativa de los padres, etc.

Nos extrañaría ese proceder en los casos penales. Pero, entonces, ¿por qué cuando un caso de intromisión en el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen cae dentro de lo regulado por la Ley Orgánica 1/1982 de protección de esos derechos nos parece normal que se pondere en lugar de resolver viendo si los hechos del caso se subsumen o no bajo las normas, interpretadas, de dicha Ley? ¿Por qué si los hechos caben bajo la norma penal de la calumnia no ponderamos derecho al honor contra libertad de expresión, pero sí parece que se pondera cuando los hechos encajan en un precepto de aquella Ley de protección civil del honor? La cruda verdad es que ponderar, lo que se dice ponderar, no se pondera nunca, ni siquiera el TC. Lo que pasa es que se hace como si se ponderara, sea eso lo que sea, y, de tal manera se ahorra la argumentación sobre la interpretación de la norma y, además, resulta más fácil corregir la sentencia del tribunal anterior: basta decir que en el caso éste no ponderó los derechos en juego en su verdadero contenido y peso constitucional.

Si lo que cuenta es que haya relación con derechos fundamentales y que alguno resulte en sus ideales alcances recortado en el caso,

cualquier pleito podría acabar traducido a conflicto de tales derechos y abocado a la ponderación, como vía aleatoria para decidir con prescindencia de lo que diga la ley aplicable. Por ejemplo, un simple pleito a propósito de una servidumbre de vistas o de luces puede resolverse interpretando las normas del Código Civil sobre tal servidumbre o incluyendo en el caso consideraciones sobre el derecho a la intimidad y dejando de lado las palabras del Código Civil y sus interpretaciones posibles. *Por esta vía pueden los tribunales constitucionales reclamar para sí la palabra última en cualesquiera pleitos en los que se puedan ver afectados derechos fundamentales para cuya protección sean los tribunales constitucionales competentes.* Al tiempo, y correlativamente, siempre puede la parte que perdió el pleito con base en la legislación ordinaria acabar aduciendo vulneración del derecho fundamental constitucional como base para lograr una nueva sentencia que razone en otros términos jurídicos o pondere, y por eso la mínima cautela que a todo abogado hay que recomendarle, en cualquier pleito, es la de que desde la primera instancia inserte en su argumentación alguna alusión a la indebida restricción de un derecho fundamental de su cliente; y, si es en España, de un derecho fundamental de los que son susceptibles de recurso de amparo.

4. CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Propuesto un concepto de caso iusfundamental, vamos ahora con la noción de *conflicto de derechos fundamentales*. No todos los casos iusfundamentales son casos de conflictos de derechos fundamentales; ni siquiera casos de conflictos entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales no iusfundamentales. Si en esto tengo razón, nos damos de bruces con una muy fuerte objeción a la idea de que los casos iusfundamentales se han de resolver mediante ponderación⁵. Si en un caso iusfundamental no hay conflicto entre dos derechos fundamentales, ¿qué habríamos de poner en el otro platillo de la imaginaria balanza?

⁵ Esta repetidísima idea puede verse bien expuesta, por ejemplo y entre muchos, en Ruiz Manero, Juan, “Una tipologia delle norme costituzionali”, *Ragion pratica*, 32, 2009, p. 287.

Mi tesis es la siguiente: en la inmensa mayoría de los casos iusfundamentales, si no en todos, lo que se juzga es sencillamente si una determinada conducta o cierto estado de cosas es jurídicamente lícito o no. Si estamos ante un caso iusfundamental, lo peculiar es que dicho juicio se hace directamente sobre la base de una norma iusfundamental. Habrá ilicitud cuando la conducta o estado de cosas que se juzga se estima incompatible con el respeto al contenido esencial del derecho recogido o sentado por esa norma iusfundamental. El razonamiento, por tanto, será de tipo interpretativo-subsuntivo. Porque no se trata de dictaminar que será lícito el comportamiento enjuiciado si el correspondiente derecho ha vencido en la ponderación. Al revés: en verdad no se pondera, aunque muchas veces se finja tal cosa, sino que es un razonamiento interpretativo-subsuntivo el que da como resultado el de la licitud o ilicitud de la conducta o situación de marras.

Comencemos recordando aquel ejemplo de Feinberg antes glosado, el caso de B entrando sin permiso en la cabaña de A y comiendo sus alimentos y quemando sus muebles para salvar su vida en medio de una gran tormenta en la montaña. Mientras que la doctrina anglosajona suele mencionar ese caso como un buen ejemplo de conflicto de derechos fundamentales, ya hemos visto que en realidad no hay tal. Lo único en derecho relevante es si fue lícita o ilícita jurídicamente la conducta de B, y para establecer eso habrá que mirar bajo qué normas resulta subsumible, pero resultará francamente absurdo ponerse a ponderar el derecho a la vida de B contra el derecho de propiedad de A. Porque el derecho de propiedad de A sobre la cabaña y sobre lo que dentro de ella había nadie lo discute. Lo que se analiza es si en la conducta de B hubo delito o falta, de conformidad con la legislación penal y el estricto principio de legalidad que en materia penal se aplica, y si con arreglo al derecho de daños debe o no debe B indemnizar a A por daño. Nada, pues, de conflicto de derechos fundamentales, salvo que uno de éstos conflictos veamos en cada pleito normal y corriente en el que se diriman pretensiones de unos sobre algún bien o sanciones para otros por algún comportamiento ilícito. ¿O acaso cada pleito por homicidio lo vamos a ver como conflicto entre el derecho a la vida del muerto, por una parte, y el derecho a la libertad del acusado, por otra?

Supongamos que, en la zona de juegos infantiles de un parque público, una madre le dice a su hija de cuatro años que no coloque

en cierto caminito su coche de juguete, pues un niño puede pisarlo y caer y lesionarse. La petición de la madre limita la libertad de su hija para poner su cochecito donde le plazca y se justifica por el propósito de salvaguardar la salud de los otros niños, pero ¿diríamos que estamos ante un conflicto entre la libertad de la niña y la salud de sus compañeros de juegos en el parque? Solo lo enfocaremos así si somos pedantes o neoconstitucionalistas. Lo que tenemos es una limitación de una libertad que se considera legítima, razón por la que dicha limitación requiere justificación. Que el cuidado con la salud y la integridad física de los otros niños sea una razón para que la madre limite un aspecto puntual de la libertad de su hija no indica que haya un conflicto de derechos, sino que en uno está una razón para una puntual precisión del alcance de otro. Que, hallándome en estado de necesidad, yo esté facultado para invadir la propiedad de mi vecino y pisar su plantación de orquídeas, pues así salvo mi vida, no significa que haya un conflicto entre mi derecho a la vida y su derecho de propiedad ni entre mi vida y sus orquídeas. Y tampoco hay nada que ponderar: si mi situación reúne los requisitos del estado de necesidad, mi comportamiento es jurídicamente lícito.

Lo que ocurre es que hay una clase muy importante de derechos (a los que después llamaré derechos-R) que son derechos de configuración positiva y derechos por defecto. Que son derechos de configuración positiva quiere decir que son derechos a hacer o mantener algo que es “natural” y cuya existencia o entidad es independiente de la configuración normativa de ese objeto o actividad: vivir, hablar, pensar, creer, moverse de un lado a otro, enseñar. Que sean derechos por defecto significa que la solución por defecto es el permiso; es decir, que el poder hacer es la regla y la restricción es la excepción, y que no puede haber más excepciones que las excepciones tasadas. Por ejemplo, mi derecho a la libertad de expresión alude a que yo puedo hacer algo tan “natural” como expresarme y que puedo expresarme como quiera y cuanto quiera y sobre lo que quiera y nada más que podrá acortarse esa libertad mía en razón de ciertas razones en el sistema jurídico establecidas: el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho de propiedad, etcétera.

Cuando surja un problema jurídico con mi libertad de expresión, la solución propiamente dicha no va a consistir ni en ver si mi acción se subsume bajo la norma de tal derecho (generalmente la respuesta

sería afirmativa) ni en ponderar si en el caso es más pesado ese derecho mío a expresarme o el derecho del otro lado, sino en este otro: en analizar si el límite que se me pone es o no lícito, según que esté o no amparado en una norma limitadora válida. Por ejemplo, si lo que yo dije entra en el tipo penal de injuria, no es cuestión de ponerse a pesar, sino nada más que de ver si hubo tal delito o no lo hubo. Si lo hubo, se acabó la cuestión, pues habré usado indebidamente mi libertad para expresarme y, en consecuencia, no habré ejercido el contenido de mi libertad de expresión. Si la limitación de la libertad de expresión es proporcionada o desproporcionada por referencia a los fines que la justifican, será cuestión que se examinará cuando toque enjuiciar la constitucionalidad de la norma en cuestión, como, por ejemplo, la norma que tipifica el delito de injuria y prevé para él determinada pena. Pero cada vez que se juzga un delito de injuria no se entra en ponderaciones, sencillamente porque el caso deja de verse como de conflicto entre derechos, de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

Tomemos una serie de diez sentencias recientes del Tribunal Constitucional español que resuelvan recursos de amparo. Son las diez últimas en tal materia publicadas en la web del Tribunal en el momento en que se estaba escribiendo el primer borrador de este artículo. El panorama que nos ofrecen es el siguiente.

- STC 169/2013. Es un caso de palmaria incongruencia *extrapetita* de un Tribunal Superior de Justicia en un asunto de despido laboral. Decretada la improcedencia del despido, al trabajador se le había concedido la opción entre readmisión o indemnización, opción que no había sido ni solicitada ni debatida. La razón está en un error del tribunal sobre la condición de representante sindical de dicho trabajador. El TC otorga, pues, el amparo a la empresa, por vulneración del debido proceso, art. 24 CE. Un error sobre un hecho llevó a una errónea calificación legal y a aplicar consecuencias jurídicas inapropiadas. Ni hay conflicto de derechos fundamentales ni se hace ponderación ninguna. Simplemente, el error del juzgador propició una resolución judicial contraria a la ley y, con ello, la vulneración del debido proceso por incongruencia entre lo en el proceso debatido y lo en el fallo decidido.

- STC 170/2013. Un trabajador ha sido despedido con base en pruebas obtenidas al acceder la empresa a los correos electrónicos guardados en el ordenador portátil por tal trabajador manejado y que era propiedad de la empresa. Lo que así quedó probado es la deslealtad del trabajador, que ha entregado a otras empresas datos confidenciales de la suya. Por un lado están los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones; por otro, la facultad de dirección del empresario, reflejo de los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 CE. En cuanto al secreto de las comunicaciones, en el caso regía una norma del convenio colectivo que tipificaba como falta grave el uso de los medios informáticos de la empresa para fines distintos de la prestación laboral. Por tanto, el trabajador cometió esa falta. Que la empresa pueda controlar el uso de sus ordenadores es requisito ineludible para que tales faltas puedan ser descubiertas y sancionadas. En consecuencia, no hay en el caso vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 20.3 CE. En cuanto al derecho a la intimidad, el trabajador no tenía una expectativa fundada de que el empresario no accediera a esas comunicaciones suyas, ya que la normativa convencional mencionada hacía previsible un control del debido uso de los ordenadores de la empresa. No podía el empleado pensar, pues, que se estaba moviendo en una esfera reservada para su estricto conocimiento y sustraída al de los otros, empezando por el empresario. Como ésa es la definición jurisprudencial de intimidad, este razonamiento es subsuntivo. Sin embargo, en este punto la sentencia pondera y aplica los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para acreditar que la medida de control por el empresario no fue desproporcionada. Pero si ya se ha dicho antes que no hubo atentado al derecho a la intimidad, ¿por qué hace falta luego ponderar para ver que no fue desproporcionada la limitación del derecho a la intimidad?
- STC 171/2013. A un recluso se le practicaron dos veces registros personales con desnudo después de comunicaciones *vis a vis* en la cárcel. El TC en esta sentencia declara vulnerado el derecho del recluso a la intimidad. ¿Por qué? Porque la legislación penitenciaria dice que los presos conservan sus derechos fun-

damentales salvo en lo directamente afectado por la condena y que, en cuanto a registros, cacheos y medidas similares, tienen que estar específicamente fundamentada la orden de practicarlos y tiene que haber proporcionalidad en la práctica de esas medidas. En este caso concreto faltó esa fundamentación, pues la que había se limitaba a mencionar los riesgos genéricos a los que la legislación alude y nada específico decía sobre la justificación concreta de tales registros a ese preso en esos momentos. ¿Se ha ponderado algo? En modo alguno, nada más que se declara violentado el derecho a la intimidad porque no se cumple un requisito legal para su limitación mediante registro corporal con desnudo, el de la fundamentación específica caso por caso. Se podría haber intentado ponderar entre derecho a la intimidad y orden del centro o seguridad de los demás internos, pero no se ha hecho, para nada. No había conflicto de derechos ni de derecho a la intimidad y otros principios.

- STC 173/2013. Un empresario desiste y deja sin efecto el contrato de una trabajadora que estaba en periodo de prueba. Dicha trabajadora estaba embarazada, pero el empresario no lo sabía. Si no se estuviera en periodo de prueba, se trataría de un despido nulo, a tenor del art. 55. 5 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y aunque el empresario no estuviera informado del embarazo, según la jurisprudencia constitucional anterior (SSTC 92/2008 y 124/2009). De lo que en este caso se trata es de ver si el admitir este desistimiento del empresario durante el periodo de prueba y respecto a una mujer embarazada, aunque él no lo sepa, atenta contra el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. Según esta sentencia, el mecanismo de garantía reforzada de la no discriminación de la trabajadora embarazada impuesto por el art. 55 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no rige para este caso del contrato de prueba, pues dicha norma está hablando del despido de trabajadores con contrato en vigor y no del desistimiento del empresario cuando se trata de trabajadores a prueba. Al haberse aplicado correctamente la ley, no se vulnera el derecho al debido proceso del art. 24 CE. Y puesto que estamos ante una institución distinta del despido y dado que no pudo acreditarse que el empresario conociera el embarazo de la trabajadora a

prueba, no se le puede imputar ningún ánimo discriminatorio: no se extinguió la relación laboral con la trabajadora porque ésta estuviera embarazada y no hay afectación negativa del derecho a la igualdad del art. 14 CE⁶. Nada se ha ponderado aquí, pues se supone que si no concurre afectación negativa del derecho a la igualdad, nada hay sobre ese derecho que ponderar para ver si la afectación negativa es compensada o no por el beneficio para otro derecho o principio.

- STC 177/2013. Se declara vulnerado el derecho al debido proceso, art. 24.1 y 2 CE, porque un órgano judicial inaplicó una norma legal postconstitucional por estimarla contraria a la Constitución y sin plantear la preceptiva cuestión de inconstitucionalidad, violando así “una de las garantías que integran el contenido del proceso debido” y, además, colocando “a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad ni ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes”. En suma, sentado que ahí está uno de los contenidos protegidos por el art. 24 y visto que los hechos del caso son subsumibles bajo tal norma, se declara vulnerada la norma y, con ello, el derecho que acoge. De conflictos de derechos, de principios o normas peculiares y de ponderaciones, ni rastro.
- STC 184/2013. Según la doctrina constitucional establecida anteriormente, la condena en segunda instancia de quien en primera instancia ha sido absuelto no puede realizarse sin que ese tribunal condenador valore los hechos probados en primera instancia a través de nueva actividad probatoria sometida a los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Estima el TC que no hacerlo así vulnera el derecho al debido proceso. Pero cuando, como en el caso que aquí se decide, se trata de revisar en apelación una condena en primera instancia, la no obligación de celebración de un nuevo juicio oral ante el tribunal *ad quem* no puede esgrimirse como razón para no admitir un recurso de apelación ante ese tribunal *ad quem* o para no

⁶ Contraria es la opinión de un magistrado que formula un voto particular discrepante del fallo, voto particular al que se adhieren otros dos magistrados.

entrar en el fondo del asunto al resolver el recurso. Puesto que en el caso de autos la Audiencia Provincial argumentó que no podía revisar la sentencia de primera instancia porque, al ser condenatoria, no cabía un nuevo juicio oral, vulneró el derecho al debido proceso del demandante de amparo, por haber sido privado de su derecho al recurso, “de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria”. Por tanto, otra vez estamos ante un puro caso de simple y llana subsunción, sin rastro de conflicto de derechos fundamentales o de principios y sin ponderación que valga.

- STC 185/2013. Otro caso en el que no se pondera nada de nada, sino que se hace aplicación de una interpretación de la legislación ordinaria con un criterio de favorabilidad al derecho fundamental. Se trataba de un pleito laboral en el que, según la ley, era preceptivo un acto de conciliación preprocesal del trabajador demandante con la empresa demandada. En el caso, ese acto de conciliación no se había celebrado y el tribunal laboral entendió que era una condición previa para la admisión de la demanda del trabajador, por lo que, no habiendo ocurrido dicho acto en plazo, se rechazó la demanda. Considera en esta sentencia el TC que esa es una interpretación no necesaria de aquella exigencia legal y que se ha optado así por una interpretación que, de las posibles, es más dañosa para el derecho al proceso. Estamos ante una cuestión de interpretaciones posibles de la norma ordinaria y ante la intervención del TC para decantarse a favor de una de ellas porque es más favorable al derecho fundamental a obtener sentencia de los tribunales⁷.
- STC 186/2013. La recurrente en amparo, argentina, recibió una orden de expulsión del territorio español, orden confirmada por el Tribunal Superior de Justicia competente para resolver el

⁷ Sería interesante saber si, estando en juego el alcance mayor o menor de un derecho fundamental, siempre tenemos que considerar como interpretación obligatoria y constitucionalmente exigida aquella que, de las posibles, es más favorable al derecho fundamental en cuestión. Sería revolucionario sentarlo así, pero no formular tal pauta general y aplicarla cuando particularmente dé la gana es otra magnífica vía para el casuismo y para que el TC entre a resolver cuestiones de legalidad ordinaria siempre que le apetezca.

pertinente recurso. Tiene una hija menor de edad y nacionalidad española. Se dice que se vulnera el derecho de la niña a circular por el territorio español o a permanecer en él (art. 19 CE), pues es posible que se vea obligada a acompañar a su madre de vuelta a Argentina. Pero la niña tiene padre español que vive en España, y normalmente convive con sus abuelas paterna y materna en España (así lo ha hecho mientras sus progenitores han estado en prisión). Así que la expulsión de la madre no conlleva vulneración de los derechos del art. 19 CE para la niña. No son los hechos subsumibles bajo esa norma protectora y, por tanto, no hay vulneración de la misma. Elemental subsunción.

También en este caso se ha aducido el “derecho a la vida familiar”, que la recurrente estima abarcado dentro del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, como derecho a la “intimidad familiar”. Pero, según el TC, la Constitución Española no incorpora un derecho a la vida familiar, “y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar”, “pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE”. Así que no hay caso, ya que no es viable la subsunción de los hechos presentes bajo esa norma protectora. El derecho a la vida familiar “no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex* art. 18.1 CE”, y si bien puede llevarse a otros derechos (arts. 10.1, 39.1, 39.4), no se trata de derechos protegibles mediante recurso de amparo⁸.

- STC 187/2013. El demandante de amparo había solicitado que se declarara prescrita la pena a la que había sido condenado, pero se le denegó la pretensión al apreciarse causas de interrupción de la prescripción que, a su modo de ver, no están contempladas en la ley. Según el razonamiento aquí del TC, puesto que el vigente Código Penal, en su art. 134, no enumera ninguna causa de interrupción del plazo de prescripción de la pena, no es conforme a Derecho estimar, como ha hecho la Justicia ordinaria, que la tramitación de un indulto solicitado por el condenado interrumpe la prescripción. Se declara, por

⁸ Esta sentencia tiene voto particular de dos magistrados.

consiguiente, vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Más subsunciones sin ponderaciones; y ningún conflicto de derechos o principios.

- STC 188/2013. Se trata de la inviolabilidad de domicilio, ante la entrada en el domicilio del recurrente para proceder a su desalojo y demolición, en aplicación de resolución administrativa anterior. Es el juez quien autoriza esas entradas y su decisión tiene que estar adecuadamente motivada, ya que hay derechos fundamentales en juego y se debe evitar su sacrificio desproporcionado, según recuerda la sentencia. Así pues, en la motivación judicial hay que tomar en consideración las circunstancias de cada supuesto. En el caso, la vivienda ilegal del recurrente había sido ya demolida una vez y reconstruida por él la noche siguiente, con lo que el juez acuerda una nueva orden de entrada y demolición con base en la resolución administrativa de demolición originaria y sin requerir de la Administración una nueva. De ahí que, en opinión de la Sala⁹, no estamos ante una actuación contraria al derecho a la inviolabilidad del domicilio, “pues la propia actuación del recurrente al reconstruir inmediatamente lo demolido por la primera orden administrativa provoca la inexistencia de solución de continuidad del procedimiento administrativo, no siendo legítimo impetrar el amparo constitucional por unos alegados e inexistentes defectos formales provocados por el propio recurrente, mediante una causa torpe, al reconstruir al día siguiente de la demolición lo que desde el inicio vulneraba la disciplina urbanística”. Como se ve, se está razonando sobre el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio o, de otra manera dicho, sobre en qué situaciones no hay vulneración del contenido de ese derecho. Nada se pondera y no se enfoca el caso como de conflicto de derechos o principios. Pese a cierto lenguaje equívoco de la sentencia, se nos explica en ella que no hay afectación negativa del derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que en la resolución del juez que autoriza la entrada hay una adecuada motivación y un correcto control de la legalidad de base.

⁹ Si bien con voto particular de varios magistrados.

Bástenos con esta muestra de diez sentencias para comprobar que las cosas en la práctica no son como se nos cuenta en la teoría.

5. UNA TIPOLOGÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lo primero que una teoría *jurídica* de los derechos fundamentales necesita es una adecuada y útil clasificación de los derechos fundamentales y, después, un catálogo de los casos de derechos fundamentales y de los supuestos en los que caben conflictos de derechos fundamentales. Aquí voy a diferenciar cuatro clases, que llamaré derechos-R, derechos-E, derechos-A y derechos-O. No pretendo ser absolutamente exhaustivo ni agotar las temáticas citadas, ni muchísimo menos, sino avanzar unas pocas hipótesis, y, al tiempo, mostrar la ruina a la que la teoría y la práctica de los derechos fundamentales es llevada por neoconstitucionalistas, principialistas, ponderadores y demás enamorados de la Constitución que la mataron porque era suya.

5.1. *Derechos de exclusión (derechos-E) y derechos inclusivos (derechos-R)*

Comencemos con los que llamo derechos-R y derechos-E. Hay derechos cuyo objeto es *normativamente* construido. Se comienza por delimitar normativamente cuál es el objeto de protección del derecho. Ese ámbito de protección es un ámbito resguardado frente a cualquier intromisión, pues toda intromisión en él se considerará atentatoria contra ese derecho y, como tal, ilegítima. Toda intromisión o afectación negativa de lo que en ese objeto se incluya se va a tener por atentado ilegítimo contra tal derecho, vulneración del mismo. Ejemplos claros: derecho a la intimidad, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al honor. Aquí lo normativamente delimitado es el contenido positivo mismo del derecho, el propio objeto del derecho. Sin las normas delimitadoras el objeto mismo del derecho no existe, carece de consistencia o no es utilizable jurídicamente.

En otros derechos sucede exactamente al contrario, ya que el objeto del derecho es una actividad “natural”, por así decir, un objeto “primario” o prenормativo (expresarse, moverse por el territorio, te-

ner ideas, opiniones y pensamientos). En estos supuestos lo que normativamente hay que definir son los límites al ejercicio de semejantes actividades “naturales” o espontáneas, primarias. Así, no se trata de determinar qué sea expresarse libremente o moverse libremente por un territorio¹⁰, sino de ver cuáles son las excepciones que operan frente a tales libertades, constituyendo las fronteras de su ejercicio. Por ejemplo, el respeto al honor ajeno funciona como excepción y límite a la libertad de expresión, pues de esa especie de recinto o ámbito constituido por el honor de cada cual queda excluida toda limitación.

A los derechos del primer tipo los llamaremos *derechos de exclusión* o *derechos-excepción* y en abreviatura los escribiremos como derechos-E. A los del tipo segundo los podemos denominar *derechos inclusivos* o *derecho-regla* y los escribiremos como derechos-R.

Algunas peculiaridades de las relaciones entre derechos-R y derechos-E son las siguientes:

- i. Los derechos-R son excepcionados o limitados por los derechos-E, pero eso no sucede a la inversa. Los derechos-R tienen en principio un campo amplísimo, que abarca toda la extensión de una actividad “natural”, como el expresarse, moverse, etc. Así, el contenido en principio de mi libertad de expresión viene dado por todas y cualesquiera expresiones que yo pueda profesar. Ahora bien, a ese campo, en principio o inicialmente ilimitado, se le marcan límites o de él se extraen trozos al dotar de campo propio a otros derechos, que son derechos-E. Por ejemplo, de lo que yo libremente puedo expresar se resta o excluye aquello que dañe el derecho al honor de otro. Pero no funciona igual a la inversa, del honor de alguien no se resta o excluye lo que alguien puede expresar libremente. El campo de lo que con libertad puede legítimamente expresarse queda trazado, según un esquema regla-excepción, una vez que se ha dado contenido a unos pocos derechos, como el derecho al honor; mas el ámbito de lo que del honor deba respetarse no está condicionado por lo que se pueda expresar: por definición, el honor es lo que una expresión libre no debe dañar, no lo que queda después de

¹⁰ Más allá, obviamente, de ciertos límites obvios de carácter semántico o de sentido común.

sentado qué puede expresarse libremente. Un derecho-E como el derecho al honor no tiene un campo o ámbito en principio específico que se vea restringido o recortado por el alcance de otro derecho, sino que el campo de un derecho-E es precisamente aquel que resulta inmune a o se define como protegido frente al ejercicio de otro derecho. No es que la libertad de expresión limite el derecho al honor, sino que el derecho al honor es lo que pone límite a la libertad de expresión, y solo eso, no posee más ámbito o un ámbito anterior que acabe recortado por la libertad de expresión.

- ii. Cuando un caso se presenta como de conflicto entre un derecho-R y un derecho-E (el ejemplo más típico es el de conflicto entre derecho a la libertad de expresión y derecho al honor), se resuelve examinando si los hechos del caso se subsumen bajo la norma protectora del derecho-E. Si la respuesta a tal cuestión es afirmativa, se determina siempre que se está ante un ejercicio ilegítimo de aquel otro derecho-R. En otras palabras, cuando mediante la prueba de los hechos y la interpretación de la norma que tipifica el derecho-E queda establecido que ha habido una afectación negativa de tal derecho-E, ese derecho-E vence en el conflicto, sin que haya más que ponderar o valorar. Todas las valoraciones o ponderaciones habrán acontecido al servicio de la determinación de ese encaje o subsunción de los hechos bajo la norma de dicho derecho-E. Así, nunca se va a afirmar que el honor sufrió daño, pero que ese daño queda compensado por el peso que en el caso tiene la libertad de expresión. Lo que se dirá será que no hay daño al honor porque los hechos no encajan bajo la norma protectora del honor y, en concreto, bajo las ideas de honor y de daño al honor que en esa norma se encierran. Resulta obvio que si yo escribo que Fulano es un idiota, me estoy expresando con libertad, y poco habrá que interpretar al respecto. Sin embargo, habrá que ver si al decir tal, menoscabo el honor de Fulano; y si entendemos que sí, no procederemos a sopesar o ponderar si en el caso gana mi libertad de expresión o gana su derecho al honor, sino que ya habremos predeterminado la única decisión posible: la de que mi ejercicio de mi libertad de expresión rebasó un límite que le estaba vedado por el derecho al honor ajeno. Pero ese razonamiento

no podemos invertirlo: si decimos que se trata de un ejercicio legítimo de mi derecho a la libertad de expresión, no será porque el derecho al honor de Fulano haya topado en este caso con un límite en mi libertad de expresión, sino porque ese derecho al honor no llega hasta ahí. El ámbito propio de un derecho-E no puede ser válidamente invadido por ningún derecho-R. En ese sentido, y entendiendo adecuadamente la expresión, podemos decir que los derechos-E son derechos absolutos, pues no admiten afectación negativa en el ámbito que los define y les da sentido, una vez interpretada la norma que los constituye, a fin de delimitar ese su objeto invulnerable. Basta leer la jurisprudencia constitucional sobre estos derechos para comprobar que es así como funcionan y como sobre ellos se razona.

5.2. *Derechos a un hacer positivo del Estado (derechos-A)*

No todos los casos de derecho iusfundamental son casos de conflictos entre derechos fundamentales. Para darnos cuenta cabal de esto debemos observar que además de derechos-R y derechos-E existe un tercer tipo de derechos fundamentales. Son aquellos que requieren una concreta actividad o prestación del Estado o de alguna de sus instituciones, ya que a lo que la correspondiente norma da derecho, su objeto, es precisamente a un resultado de esa actividad o prestación. A los derechos de esta clase los voy a denominar *derechos-A*. Lo peculiar de tales derechos es, repito, que sin esa actividad o prestación, y su correspondiente resultado, no son operativos, pues no tienen otra virtualidad. Mencionemos algunos ejemplos claros de esos derechos-A, que son derechos que requieren un hacer positivo del Estado y las instituciones públicas:

- Derecho a ser informado de forma inmediata y de modo comprensible de los derechos como detenido y de las razones de la detención (17.3 CE).
- Derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva. “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24.1 CE).

- Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, derecho a ser informado de la acusación formulada, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24.2 CE).
- Derecho a que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE).

Respecto de estos derechos-A, que exigen un hacer positivo para su satisfacción, los conflictos jurídicos se suscitan únicamente por referencia a los mismos y a la interpretación de sus normas, esos conflictos no aparecen normalmente como conflictos entre derechos. Los derechos de esta clase no están limitados por la concurrencia de otros derechos que se doten de contenido por relación a ellos. Mi derecho a ser informado de las razones de mi detención dependerá en su modo de concretarse de cuál se interprete que debe ser esa información que se me dé y cómo, pero no admite excepción en razón del alcance de otro derecho que de esa manera se esté delimitando.

Ahí tenemos la explicación de por qué cuando se trata de casos de estos derechos fundamentales los tribunales no recurren a las estrategias de la ponderación: el derecho en cuestión o se ha respetado o no se ha respetado y eso se establece valorando las pruebas y razonando sobre la interpretación de la correspondiente norma. Pues nunca o rarísimamente vamos a decir o leer, por ejemplo, que resultó negativamente afectado el derecho a la tutela judicial efectiva, pero que esa afectación negativa es contrapesada o compensada con un beneficio igual o mayor para otro derecho fundamental u otro principio constitucional no iusfundamental.

Sobre el papel cabría jugar también en estas ocasiones a la ponderación entre derechos y principios en conflicto. Así, podríamos pensar en un caso en que en el proceso se saltaran garantías procesales esenciales y ligadas al derecho al debido proceso (por ejemplo, el derecho a la defensa, el derecho a la prueba lícita, el principio de contradicción, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley) con el fin de condenar rápidamente al cabecilla de una peligrosísima banda terrorista, condena que desmoralizará a sus secuaces o los hará huir, evitándose de ese modo nuevos y muy sangrientos atentados y salvaguardando de esa manera el derecho a la vida y a la integridad física

de cientos y tal vez miles de personas. Pero someter estos derechos a ponderación y consiguiente derrota cuando otros pesen más supondría algunas consecuencias realmente nefastas y aborrecibles:

- Siempre que aquí se traigan a colación otros derechos o principios contra estos derechos-A, será con la intención de que el respectivo derecho-A sea derrotado y, con ello, de exonerar, en el caso, al Estado del cumplimiento de esa obligación que constituye el contenido esencial y único del correspondiente derecho fundamental. Pues a un derecho solo se le opone otro para hacer que el primero pierda; siempre se pondera para que gane el derecho que sacamos a jugar contra el que es objeto primero del proceso.
- Abrir a la ponderación estos derechos y, con ello, dejar la posibilidad de que el mayor peso de otros derechos o principios justifique la derrota de éstos en un número abierto de casos, equivale a introducirles una cláusula de excepción con devastadoras consecuencias para la posición jurídica de los ciudadanos y para sus garantías frente a la acción del Estado y los poderes públicos. ¿Por qué? Porque todo derecho-A pasaría, en el fondo, a tener esta estructura o a ser aplicado como si tuviera esta estructura: *Todos tienen derecho a X* (siendo X un resultado de un hacer positivo del Estado), *a no ser que en el caso haya razones de más peso para que a un sujeto no se le garantice X*. Ejemplo: todos tienen derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, a no ser que en el caso concurren razones de mayor peso, ligadas a derechos de otros o principios constitucionales referidos a las funciones del Estado, para que al ciudadano en cuestión lo juzgue un juez distinto del ordinario y predeterminado por la ley.

5.3. Derechos a una omisión o abstención del Estado (derechos-O)

El panorama de los derechos fundamentales y de sus normas no estará completo sin un cuarto grupo de derechos, que son los que llamaré derechos-O. Son derechos que exigen omisiones del Estado, que el Estado se abstenga de ciertas acciones. Ejemplos:

- Derecho a no ser torturado y a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).
- Derecho a no ser detenido ilegalmente (art. 17.4).
- Derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 CE).
- Derecho a que como pena no se apliquen trabajos forzados (art. 25.2 CE).
- Derecho a que como pena no se aplique la de muerte (art. 15 CE).
- Derecho a no ser obligado a declarar sobre la ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE).
- Derecho a no ser obligado a declarar (art. 17.3).

Estos derechos directamente imponen la obligación del Estado de abstenerse de determinadas cosas. No hablamos de obligaciones estatales de no hacer que son secuela o reverso de obligaciones de hacer, sino de derechos fundamentales que comprometen al Estado directamente con un deber de omitir ciertas acciones o actividades. Esos derechos fijados como obligaciones de abstención del Estado (derecho fundamental a que el Estado no haga algo) siempre tienen detrás un derecho general que de ese modo se refuerza en su protección frente a un peligro concreto por el Estado representado. Así, el derecho a no ser detenido ilegalmente es una concreta plasmación del derecho genérico a la libertad, el derecho a no sufrir pena de muerte es una plasmación del derecho a la vida, el derecho a no ser torturado es efecto o concreción del derecho a la integridad física, etcétera.

También aquí importa recalcar cuán nefastas serían las consecuencias de entender que también estos derechos-O están abiertos a la ponderación y, en consecuencia, a la posibilidad de que sean derrotados por otros derechos o principios. Eso significaría que cada uno de esos derechos tendría una estructura así: *“Prohibido al Estado hacer X a los ciudadanos, a no ser que en el caso concurran razones de más peso ligadas a otros derechos o a principios atinentes a las funciones del Estado”*. Ejemplos:

- Todo ciudadano tiene derecho a no ser torturado, a no ser que en el caso concurran razones de más peso ligadas a otros derechos o a principios atinentes a las funciones del Estado.
- Todo ciudadano tiene derecho a no ser detenido ilegalmente, a no ser que en el caso concurran razones de más peso ligadas a otros derechos o a principios atinentes a las funciones del Estado.

6. EL MITO DE LA PONDERACIÓN Y SUS PERVERSOS EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme a la concepción de los derechos fundamentales hoy más en boga, que ve sus normas como principios, que las considera todas o casi todas normas derrotables y que señala que el procedimiento para resolver los conflictos entre derechos fundamentales es el de la ponderación, cualquier norma de derecho fundamental puede entrar en conflicto con otra norma, ya sea otra norma de derecho fundamental o una norma con un principio de otro contenido (por ejemplo, uno referido a las funciones que justifican el Estado) y puede ser derrotada por ella. Esto valdría para todas las clases de derechos fundamentales, o de sus correspondientes normas, que he señalado: derechos-R, derechos-E, derechos-A y derechos-O. Además, esa posibilidad de derrota de cualquier derecho fundamental (de cualquier norma de derecho fundamental) se da igualmente aunque los hechos del caso encajen en el mismísimo núcleo de significado de esa norma o, dicho de otro modo, en la esencia palmaria de ese derecho. Con un ejemplo: aunque el hecho H sea un supuesto típico e indudable de tortura y aun cuando con cualquier interpretación que se pueda dar del término “tortura” en la norma que prohíbe la tortura, H sea un caso de tortura, puede ocurrir que se vea como constitucionalmente legítima la práctica de H, es decir, infligir dicha forma de típica y evidente de tortura. Ello será así cuando esa norma constitucional que prohíbe la tortura sea derrotada por otro derecho, principio o conjunción de derechos y principios que para ese caso y según las circunstancias de ese caso pesen más, una vez que se ha ponderado siguiendo los pasos y procedimientos del método de la ponderación.

Examinemos un caso de éstos, el caso tantas veces usado de la bomba de relojería: se ha detenido a un tremendo terrorista de quien se sabe que ha colocado una bomba que dentro de una hora va a explotar en un lugar muy concurrido de una gran ciudad. Por un lado, en un platillo de la balanza, está su derecho a no ser torturado; por otro, el derecho a la vida y a la integridad física de un alto número de personas que perecerán o resultarán heridas si la bomba estalla. La ponderación se hace en tres pasos, según la doctrina canónica sobre la materia: test de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

- a) Test de idoneidad. Exige que de la limitación del derecho fundamental negativamente afectado (el derecho a no ser torturado) se siga algún beneficio para otro derecho fundamental u otro principio. Bastará encontrar al menos uno que sí salga ganando algo, aunque sea poco. En el ejemplo es fácil: el derecho a la vida de los que con alta probabilidad van a morir en el atentado si el detenido no confiesa dónde puso la bomba.
- b) Test de necesidad. Para superar este examen se requiere que no hubiera un medio alternativo que, beneficiando igualmente el derecho o principio que se protege (la vida e integridad física de las víctimas del atentado...) dañe menos el derecho que merma, o tenga un coste menor en derechos. Esto significa que o bien hay que torturar menos si no hace falta torturar más para que el detenido “cante”, o bien se debe optar por un medio alternativo a la tortura, si lo hay que sea igual de eficaz y menos costoso en términos de derechos. Para que la tortura aplicada pase este test bastará argumentar convincentemente que ningún otro proceder salvaguardaba igual los derechos que se estaban defendiendo o que lo que se torturó fue puramente lo imprescindible para ese fin.
- c) Proporcionalidad en sentido estricto. El grado de daño o afectación negativa del derecho perjudicado debe estar compensado con un grado igual o mayor de ventaja o afectación positiva para el derecho o principio que se defiende¹¹. Lo que ahora

¹¹ Nunca he acabado de entender por qué hace falta aquel test primero de idoneidad, si en este de proporcionalidad en sentido estricto ya no ha de bastar que

hemos de ver es que tanto tiene que ser lo que pierda el derecho del detenido a no ser torturado, como lo que gane un derecho de otro u otros o un principio constitucional que para compensar traigamos al caso. Ello presupone que los derechos y principios tienen que ser conmensurables¹²; o sea, que la misma magnitud en la que se mida el menoscabo del derecho a no ser torturado sirva para medir lo que vale que una persona o cien conserven su vida o su integridad física. Sentado eso, el resultado de nuestro ejemplo parece obvio: entre el derecho de uno a que no lo torturen, incluso gravemente, y el derecho de tantos a no morir en un atentado, pesará más este derecho a la vida de varios o de muchos y, por tanto, habrá que considerar que la tortura está constitucionalmente justificada en casos así. Y quien dice la tortura dice la pena de muerte (aunque la Constitución la prohíba), la pena de trabajos forzados, la detención ilegal, etc. Solo tenemos que buscar el derecho fundamental de otro que compense esa derrota en el pesaje del derecho fundamental de uno, o un principio de otro tipo cuya protección haga proporcionada la vulneración, incluso radical, de un derecho fundamental de cualquiera. Los derechos fundamentales ya no son límites en sí, sino que el límite o su falta lo determina en su caso la balanza del ponderador, el ponderómetro.

Solamente hay dos maneras de sustraerse a las consecuencias evidentes que acabo de explicar. Una consiste en enriquecer el mundo de las normas iusfundamentales, al modo en que lo hace Alexy para salir de su propio atolladero, de su radical relativización del contenido pro-

haya algún derecho o principio beneficiado, sino que es exigido que ese beneficio sea igual o mayor que la merma del otro derecho. Pero dejemos de lado ese misterio y que lo aclaren los alexyanos cuando les parezca bien.

¹² Sobre la cuestión, Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en Zucca, L., Lariguet, G., Martínez Zorrilla, D., y Álvarez, S., *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 23-24. Una defensa de la doctrina alexyana de la ponderación frente a la objeción de la inconmensurabilidad de los derechos, es la obra de Virgilio Afonso da Silva, “Der Vergleich des Inkommensurablen. Prinzipien, Abwägung und rationale Entscheidung”, en Matthias Klatt (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr, Tübingen, 2013, pp. 236 y ss.

tector y garantizado de los derechos fundamentales. Pues, en efecto, este autor acaba por decir que entre las normas iusfundamentales no solo hay reglas y principios, sino también “reglas de validez estricta”¹³. Tanto una regla como un principio pueden ser derrotados por un principio rival, en un caso, pero una regla de validez estricta, en cambio, es aquella norma que jamás pierde, pues ni siquiera admite ponderación: protege un determinado bien sin excepción, es una norma inderrotable y que convierte el respectivo derecho en absoluto. Así, si queremos que la prohibición de la tortura o de la pena de muerte o de la detención ilegal no puedan tener excepción constitucionalmente legítima, habremos de mantener que las normas que amparan tales derechos son reglas de validez estricta. Pero topamos un problema grave: puesto que, en la doctrina de Alexy, nada hay en la estructura de la norma que la haga ser regla, principio o regla de validez estricta, será el juez mismo, o quienquiera que sobre la respectiva norma teorice, el que decida si se trata de regla ordinaria, de principio o de regla de validez estricta; si, en suma, es una norma derrotable o inderrotable. A gusto del consumidor. Y, por supuesto, que cada intérprete le asigne uno u otro de tales estatutos dependerá de la ideología del sujeto: si yo soy radical enemigo de la tortura en cualquier caso, sostendré que la norma constitucional que la proscribire es una regla de validez estricta; si creo que en alguna ocasión grave ha de poder aplicarse tortura a alguien por los agentes de seguridad del Estado, defenderé que aquella norma es una regla simple o un principio y que, por tanto, no es un derecho absoluto el que consagra. Bien dúctiles las normas constitucionales y muy modosos los derechos de los ciudadanos.

7. ¿PONDERAR O INTERPRETAR Y SUBSUMIR BAJO LA NORMA INTERPRETADA?

La otra manera de librarse de esa oprobiosa y muy arriesgada relativización o licuación de los derechos fundamentales es la que aquí estoy proponiendo y que tiene dos pasos. En primer lugar, trazar una tipología de los derechos fundamentales, de la clase de objeto o

¹³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 67 y ss.

bien por cada tipo de derechos protegido y de la manera en que esa protección se articula. En segundo lugar, tomar conciencia de que al menos tres de esas cuatro clases de derechos fundamentales que he descrito anteriormente tienen en común un esquema de protección del respectivo bien: delimitado el contenido o alcance de ese bien mediante la interpretación de la respectiva norma iusfundamental, *no admiten que pueda ser constitucionalmente legítimo ningún daño a dicho bien o contenido esencial y definitorio del derecho*. Veámoslo de nuevo con el ejemplo de la tortura: mediante interpretación se delimitará qué tratos constituyen tortura y cuáles no, a efectos de la norma constitucional en cuestión, pero una vez que se ha determinado que los supuestos de tortura, a efectos de tal norma, son los que tienen las características definitorias C^1 y C^2 , y probado que el hecho H tiene esas características C^1 y C^2 y que, por tanto, es tortura, que es un hecho subsumible bajo el supuesto “tortura” de la norma, no se podrá considerar jamás y bajo ningún concepto constitucionalmente legítimo H. ¿Y si se hizo H, se torturó, para proteger otros derechos fundamentales de otros, incluso derechos más importantes? Tampoco. Bajo esta concepción de los derechos fundamentales, ni se puede ver como constitucionalmente legítimo torturar a uno para salvar la vida de otro, ni matar a uno para salvar a otro de la tortura; ni torturar al terrorista para que confiese donde colocó la bomba ni matar al torturador para que no vuelva a torturar a nadie.

Así vistos, los derechos fundamentales sí son absolutos, sí ofrecen protección absoluta: cada uno protege absolutamente lo que constituye su núcleo o contenido esencial. Pero en cuanto afirmo esto, alguien preguntará: ¿y en caso de conflicto entre esos derechos o sus núcleos o contenidos esenciales? ¿No tendrá necesariamente que verse uno de ellos limitado por el otro? No. Pero para explicarlo tendríamos que retornar a la tipología de los derechos y a las maneras en que pueden surgir o no conflictos entre los derechos de uno u otro tipo, aun partiendo de que, como ya he señalado, los conflictos entre derechos fundamentales no son la regla, sino la excepción muy puntual, cuando nuestros tribunales deciden sobre derechos fundamentales y cuando nuestro TC resuelve recursos de amparo. Pero sobre cuándo y entre qué tipo de derechos puede haber conflicto genuino y sobre si alguna vez y por excepción la ponderación puede ser un método útil y no el perfecto subterfugio para un activismo judicial malévolamente encubierto habrá que escribir otro día.

Deontología judicial. ¿Hay una ética especial para los jueces?*

1. LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL Y EL SIGNIFICADO DE LA MORAL

Aquí vamos a tratar de deontología judicial o deontología profesional de los jueces, pero conviene presentar desde el principio algunos matices y aclaraciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que, muy a menudo, los mandatos de la deontología profesional recogen un variopinto catálogo de preceptos de muy diversa naturaleza, que incluye normas jurídicas, normas que podríamos llamar de moral grupal, reglas de cortesía y buen trato¹ y genuinas normas de moral individual.

Llamo normas de moral individual o normas genuinamente morales a aquellas que tienen su sede en la conciencia personal del individuo y que son la base para lo que podemos denominar obligaciones en conciencia del sujeto. Las normas morales engendran o basan obligaciones morales. Si yo me siento en la obligación moral de auxiliar al peatón que se ha caído en la calle a mi lado y se ha hecho una herida, es porque en mi conciencia está presente una norma que así me lo manda. En ese sentido, normas morales son las que, como tales, cumplimos porque nos parecen justas, porque por su contenido nos parecen buenas. Dicho de otro modo, los individuos “normales” o

* El siguiente texto se inserta en el Proyecto de Investigación DER2013-47662-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Un ejemplo podría ser el de tratar deferentemente a las personas, cuidar el vestuario y la propia presentación, como expresión de respeto hacia la profesión o de consideración hacia aquellos con los que en ella se trata, etc. Dice el art. 48 del Código Iberoamericano de Ética Judicial (reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santiago de Chile) lo siguiente: “Los deberes de cortesía tienen su fundamento en la moral y su cumplimiento contribuye a un mejor funcionamiento de la administración de justicia”. Y el art. 49 reza así: “La cortesía es la forma de exteriorizar el respeto y consideración que los jueces deben a sus colegas, a los otros miembros de la oficina judicial, a los abogados, a los testigos, a los justiciables y, en general, a todos cuantos se relacionan con la administración de justicia”.

con uso de razón y exentos de ciertas patologías psicológicas juzgamos constantemente y bajo diversos puntos de vista acciones (propias o ajenas) o estado de cosas. Esos juicios siempre responden a algún tipo de patrón o pauta. Una clase de tales juicios son los juicios normativos, que responden a patrones normativos, que se llevan a cabo aplicando normas de algún tipo. Así, por referencia a normas de una determinada religión podemos decir que la acción A es pecaminosa (si incumple un mandamiento o norma de esa religión) o virtuosa (si cumple un mandamiento o norma de la religión en cuestión), por referencia a normas de cortesía o trato social podemos decir que la acción A es cortés o descortés, por referencia a normas jurídicas (de un determinado sistema jurídico) podemos calificar la acción A como jurídica o antijurídica (a tenor de ese particular sistema jurídico). También podemos juzgar o calificar la acción A bajo el punto de vista de normas morales y entonces diremos que es moral o inmoral, lo que viene a equivaler a personalmente loable o reprochable.

Cuando digo “personalmente loable o reprochable” me refiero a que el juicio moral no versa meramente sobre la acción del sujeto, sino sobre lo que podríamos llamar la calidad personal última del individuo, su calidad o condición moral. La acción A del sujeto S puede, por ejemplo, ser antijurídica, ya que había una norma de derecho que la prohibía, pero no necesariamente consideraremos a S una mala persona porque haya hecho A. Cuando alguien cruza a pie una calle con el semáforo en rojo para los peatones en un momento en que no hay ningún coche cerca, dicha acción es antijurídica pero raramente pensaremos que es inmoral o que es mala gente el que tal hace. Similarmente, del que en público mastica ruidosamente y con la boca abierta diremos que es muy poco refinado, descortés o mal educado, pero no que es por eso una mala persona. Calificamos como mala persona al que actúa de modo inmoral, al que libremente, autónomamente, obra en contravención de normas morales; de las normas del sistema moral que hayamos asumido y a ese propósito usemos.

Si nos tomamos en serio la idea de un código ético para una profesión, tenemos que pensar que las reglas en él recogidas han de valer y estar fundadas en cuanto normas morales y, ante todo, en lo que la moral se relaciona con la tarea profesional en cuestión. El matiz está en que aquí no se trata primera ni principalmente de que se pueda fundar el juicio de que ese profesional es en sí o personalmente una

buen persona, una persona recta y moral, sino que, en tanto profesional y como miembro de ese grupo profesional, es alguien que cumple con los requisitos morales básicos para esa el ejercicio de esa profesión y para que esa profesión pueda mantenerse como justificada por ciertos valores que rigen su ejercicio.

Hay dos evidencias que apenas merece la pena resaltar, pero que menciono por si acaso. La primera, que entre sistemas normativos diversos puede haber coincidencias o diferencias en los contenidos de las normas. Así, tanto los sistemas jurídicos como los sistemas morales suelen prohibir el homicidio voluntario y que no esté justificado por determinadas circunstancias excepcionales (como legítima defensa), pero eso no hace que sea una misma y única norma la que contiene la prohibición, sino dos diferentes con contenido coincidente. Lo que podemos llamar la fuente de validez de cada norma es independiente de la otra. Por eso, por ejemplo, puede seguir viéndose como inmoral cierto homicidio aunque el sistema jurídico de referencia lo permita (no lo castigue); y por eso mismo cabe que una acción se pueda y deba calificar como antijurídica aunque moralmente carezca de objeción. La segunda, que esa separación conceptual tampoco impide que de hecho los contenidos de unos sistemas normativos puedan estar influidos o hasta determinados por otros. Así, durante mucho tiempo o en muchos lugares se ha pensado o se piensa que debe estar jurídicamente castigado el acto que sea pecado grave; o comprobaremos con facilidad que muchas conductas están jurídicamente tipificadas y castigadas como delitos porque se estima que son graves inmoralidades.

2. ¿QUÉ TIENEN DE PARTICULAR LAS DEONTOLOGÍAS PROFESIONALES?

¿Qué tienen de particular o interesante las llamadas deontologías profesionales o morales profesionales? Trabajemos por el momento con el ejemplo de la abogacía y de la moral profesional del abogado. Un abogado se desempeña en la vida social en el rol general de persona y en el rol profesional de abogado. Como, obviamente, un abogado es una persona, todas y cada una de sus acciones, tanto las que realiza en su desempeño de la abogacía como al margen de su profesión pueden ser calificadas con arreglo a las normas morales ge-

nerales, y de esa calificación resultará en general que esa persona, que además es abogado, es una buena o una mala persona, una persona honesta o deshonesto, decente o indecente. Asumamos la vigencia de una norma moral que mande ayudar al que se encuentra en situación de grave necesidad. Ese sujeto que es abogado tanto puede ayudar al necesitado en su oficio (por ejemplo, no cobrándole por un servicio) como al margen de su oficio.

Tenemos, pues, en primer lugar, normas de la moral general que rigen tanto en el desempeño de la moral profesional como al margen de ella, en las otras dimensiones o en los otros momentos de la vida individual. Es bastante ocioso incluir esas normas en la deontología profesional. Si consideramos que una mentira sería y que afecte a asuntos vitales importantes es inmoral, lo sigue siendo igualmente cuando es el abogado el que miente de esa manera a su cliente.

En segundo lugar, hablar de deontología profesional cobra sentido por referencia a dos circunstancias o situaciones especiales: cuando determinadas pautas morales ordinarias adquieren especial importancia dentro de una profesión, por ser constitutivas del sentido, razón de ser o adecuado funcionamiento de esa profesión para que rinda su fruto social, y cuando el desempeño del rol profesional que se considera correcto lleva a hacer excepciones a la obligación moral ordinaria.

1. Empecemos por aquellas obligaciones de moral profesional que adquieren un especial estatuto por su relación con la función que justifica ese oficio. Puede ser el caso de la obediencia en el militar. Es probable que en ningún otro ámbito de la vida personal y social tenga la obediencia un tan fuerte significado como en la milicia. Al margen de que también existan límites morales para la obediencia debida, lo cierto es que sin una muy alta dosis de obediencia conforme con la jerarquía interna de los ejércitos, estos muy difícilmente podrían cumplir con la función que los justifica moralmente. Porque la justificación moral de los ejércitos presupone una función social de los mismos y porque esa función social no cabe sin la obediencia de los militares, la obediencia es mandato o virtud moral en el ejército de una manera que en otros ámbitos o no se da o no se da con tanta intensidad. Y ello independientemente de que también pueda tener respaldo jurídico la obediencia o, según el siste-

ma jurídico correspondiente, sea también jurídicamente ilícita la desobediencia. Así pues, por ese tipo de razones la obligación de obedecer sería parte de la ética profesional del militar, aunque no lo sea de su ética personal general. Similarmente, el deber de secreto o confidencialidad que el abogado tiene para con su cliente es un deber moral o una parte muy relevante de su deontología profesional, en una medida mucho más fuerte que el deber de secreto o confidencialidad que podemos tener en otros ámbitos de nuestra vida personal.

En este punto estábamos, pues, hablando de obligaciones de la moral profesional que o bien son específicas de esa profesión, o bien son ampliaciones en esa profesión de obligaciones morales genéricas y ordinarias. Por contraste con el punto siguiente, lo que importa subrayar es que ahí no existe una tensión o contradicción entre la moral personal general y la moral profesional.

2. En otros mandatos de la deontología profesional sí se da esa contradicción entre imperativos morales generales u ordinarios e imperativos específicos de la moral del oficio². El sujeto S, en cuanto que persona o ciudadano común, está moralmente obligado a no hacer X, pero en cuanto ejerce cierta profesión, X le puede estar moralmente permitido o hasta puede estar moralmente obligado a hacer X. El ejemplo más fácil es el del soldado y el matar. El mandato moral de no matar deliberadamente a

² Esto lo vio y lo explica muy bien Liborio Hierro: “Los problemas interesantes aparecen cuando comprobamos que en muchos casos, el rol profesional requiere y justifica conductas que son contrarias a las normas morales generales y que eso es lo que ha generado ciertas costumbres, normas morales o jurídicas peculiares: cuando el profesional tiene el derecho o la obligación, en virtud de su rol, de hacer algo que en circunstancias normales está prohibido o cuando tiene prohibido hacer algo, en virtud de su rol, que en circunstancias normales está permitido o incluso es obligatorio. Nos encontramos, entonces, ante derechos y obligaciones excepcionales, en el estricto sentido de que constituyen excepciones a la aplicación de normas morales de carácter general. Su justificación solo puede encontrarse en que sean conductas cuya realización sea condición necesaria para el desempeño de una función profesional justificada y que no viole un bien de mayor importancia que la propia función profesional” (Hierro, Liborio L., “Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica”, en García Pascual, C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 284-285.

otro y sin que concurran ciertas justificaciones personales, como la legítima defensa, se convierte para el militar que entra en combate en permiso moral para matar y hasta obligación moral de matar. Otro ejemplo. En general, podemos aceptar que, a título de meras personas o ciudadanos comunes, todos tenemos un deber moral de denunciar ante la autoridad ciertas acciones de otros de las que tengamos conocimiento y que sean particularmente incorrectas o dañinas. Pero ese deber moral general tiene su excepción cuando se trata de conocimientos de ese tipo que hayan sido adquiridos, por ejemplo, por un sacerdote al confesar a alguien o por un abogado respecto de un cliente y en lo que tenga que ver con el desempeño profesional de la abogacía.

Estos dos últimos tipos de normas y problemas son los que dotan de interés teórico la deontología profesional. Y la deontología profesional solo tendrá sentido en aquellas profesiones en las que concurran esas dos clases de cuestiones morales: la radicalización de ciertas obligaciones morales y la presencia de normas de moral profesional que contradicen normas morales generales.

3. ¿CUÁL MORAL GENERAL Y CUÁLES MORALES PROFESIONALES?

Si solamente hubiera una moral, un único sistema de normas morales vigente en nuestra sociedad en un momento dado, nada más importaría hablar de la relación entre esa única moral general y las morales profesionales, en cuanto morales especiales, en cuanto morales vinculadas a ciertos ejercicios profesionales y que son aplicación particularizada y adaptada de aquella moral general. Pero no es así. Las sociedades modernas occidentales y los modernos Estados constitucionales de Derecho se caracterizan por el pluralismo, que es también pluralismo moral. Esto tiene una dimensión fáctica y una dimensión normativa. Quiere decirse, por un lado, que en un mismo espacio y tiempo, en el seno del Estado y entre su ciudadanía, conviven de hecho sistemas morales sustancialmente distintos y cuyas normas pueden divergir grandemente. El pluralismo moral de nuestras sociedades es un hecho indubitado. Por otro lado, el lado normativo,

esas plurales creencias morales y su expresión verbal y vital están constitucionalmente protegidas bajo la forma de derechos fundamentales, y hasta se considera un supremo bien moral en sí, una especie de “metabien” moral, que dicho pluralismo exista y se manifieste. Nuestras sociedades están y pretenden estar en las antípodas de la homogeneidad o el monolitismo moral y se toma como una virtud adicional de las mismas el que los ciudadanos puedan elegir con libertad entre sistemas morales diferentes, aunque todos ellos deban respetar esos mínimos principios de convivencia libre y plural que el propio Estado de Derecho asegura.

Y no solo se manejan en nuestra sociedad códigos morales heterogéneos, sino que también son grandes las divergencias en materia de teoría moral, en asuntos de metaética. En efecto, conviven y pugnan en la filosofía moral el realismo moral y el antirrealismo, el objetivismo y el no objetivismo, el cognitivismo y el no cognitivismo. Así que las preguntas encadenadas que vienen al caso para nuestro tema son estas dos: una, cuál sería el sistema o código moral general apropiado para el juez; y, dos, de qué manera se habrá de configurar, en consecuencia, la moral profesional del juez.

En lo que sigue llamaré sistemas morales a aquellos conjuntos de normas morales que guardan internamente algún tipo de coherencia o trabazón, de manera que pueden ser aproximadamente individualizados, y que, en consecuencia, se diferencian entre sí sustancialmente, aunque también puedan coincidir en los contenidos de muchas de sus normas. Así, simplificando mucho y puesto que aquí no es menester afinar más en el detalle, podemos y solemos hablar, por ejemplo, de una moral católica o de una moral secular, de morales individualistas o comunitaristas, de morales tradicionalistas o progresistas, etc. Bástenos pensar en las sustanciales discrepancias morales que entre los ciudadanos de ahora mismo existen sobre cuestiones tales como el aborto voluntario o la eutanasia, la propiedad privada y sus límites, el paternalismo estatal, las razones que justifican el trato desigual entre personas, el significado de la pobreza y de la riqueza, el valor del mercado, el papel y las debidas funciones del Estado, los modelos de relaciones sexuales, los tipos de matrimonio y de familia, la relación entre derechos morales individuales y grupales, los derechos morales de los animales, el valor moral y político de ciertas tradiciones o determinados usos sociales, etc. Repárese en la profundísima pugna

entre éticas universalistas y éticas afines al relativismo cultural, o en la nunca acabada disputa entre éticas utilitaristas y éticas deontológicas.

Si admitimos que puede o debe haber una correspondencia o correlación entre sistemas morales (en el sentido hace un momento definido) y deontologías profesionales, nos encontramos con un dilema teórico de suma importancia. En aras de simplificar la explicación y de hacerla analíticamente más transparente, supongamos que los diversos sistemas morales aquí y ahora concurrentes pueden reducirse o reconducirse a tres, a los que podemos llamar SM^1 , SM^2 y SM^3 . Son sistemas morales diferenciados porque entre ellos hay normas discordantes en lo referido a un buen puñado de cuestiones básicas, como muchas de las referidas: límites de la disposición de cada persona sobre su propia vida y su propio cuerpo, grado en que el contenido de algunas instituciones sociales fundamentales (matrimonio, familia, filiación) puede depender de la voluntad de los individuos o de estructuras rígidas preestablecidas en la tradición, en la “naturaleza de las cosas” o en algún “reino del ser”, escala de preferencias entre libertad e igualdad cuando los dos valores colisionan, valores que han de regir la relación de los seres humanos con los animales o con el medio ambiente, etcétera.

Si SM^1 , SM^2 y SM^3 son sistemas morales internamente densos y entre sí diferenciados en partes sustanciales, propondrán a los sujetos normas incompatibles por las que regir y calificar las acciones morales. Así, la acción A puede resultar inmoral a tenor de una norma moral prohibitiva peculiar de SM^1 , perfectamente moral de conformidad con una norma permisiva de SM^2 o moralmente indiferente desde el prisma de las normas de SM^3 .

En principio, es de esperar que sistemas morales distintos compitan también para determinar la ética profesional de aquellos oficios que tengan peculiares problemas deontológicos. Si volvemos al ejemplo de la ética profesional del soldado, un sistema moral radicalmente pacifista y uno que admita en algún supuesto la legitimidad moral de la guerra calificarán de modo diverso la acción de matar en combate o el hecho mismo de avenirse a formar parte de un ejército y de participar en una guerra. O pensemos en un juez que esté llamado a decidir si cometió delito o no la mujer que se sometió a un aborto voluntario. Tal vez ese juez comulga con un sistema moral que califica como su-

premo crimen todo aborto voluntario o tal vez participa de un sistema moral que no ve objeción moral al aborto voluntario en ciertos casos o antes de determinado tiempo de embarazo; y quizá resulta que la ley tipifica como delito el aborto voluntario en cualquier caso o puede que lo exima de sanción bajo ciertas condiciones. ¿Habrá tantas normas deontológicas posibles para el juez (o el abogado, o el soldado) como sistemas morales contradictoriamente concurrentes o será posible elaborar una deontología profesional que, precisamente, sustraiga el oficio judicial de esa dependencia inmediata de los sistemas morales generales?

Los enfoques teóricos que ahí caben son cuatro: a) descartar cualquier intento de elaboración de una ética profesional para el juez, bien por inútil o bien por inviable; b) proponer una ética profesional por superposición, solamente con aquellas normas en las que puedan estar de acuerdo o puedan concurrir los sistemas morales diversos en vigor; c) optar por una ética profesional que se corresponda o sea aplicación nada más que de uno de esos sistemas morales concurrentes; d) presentar una ética profesional que permita un ejercicio profesional adecuado, en cuanto que garantiza que se cumpla la función de la institución y porque evita que la institución dependa de un código ético en particular.

La primera opción deja sin resolver la gran cuestión que da sentido a la búsqueda de una deontología profesional, la de ver qué debe hacer un juez, por ejemplo, cuando un código moral o su código moral le pide una conducta y su ejercicio profesional e institucional le exige un hacer diferente. La segunda opción haría que la ética profesional no ofertara soluciones para buena parte de los casos más importantes y difíciles, que son aquellos en que las acciones profesionales posibles reciben calificación contrapuesta a tenor de los códigos morales concurrentes. La tercera opción nada resuelve, ya que si hay tantas éticas profesionales como códigos morales en competencia, es tanto como admitir que nada dirime la ética profesional de lo que más importa, de los conflictos morales a propósito de la acción judicial. Equivaldría a admitir que el único mandato de la ética profesional del juez viene a ser el de guiarse por su personal código moral y aplicarlo también en lo que venga al caso en la profesión.

A mi modo de ver, la vía más interesante y fructífera la ofrece la última alternativa, la d), la que no hace de la ética judicial una especie de ética general aplicada al oficio, sino una ética especial y que halla su justificación en sustraer la práctica judicial a la determinación inmediata por el código moral del juez o de cualquier persona o grupo moral en particular³, sin caer en la parálisis por falta de referencias sustantivas sobre lo que se debe hacer.

4. MORAL JUDICIAL Y CONCEPCIONES DEL DERECHO

Hasta aquí nos habíamos preguntado cómo puede afectar a la deontología judicial el que en la sociedad convivan distintos sistemas morales y el que, además, haya también variadas concepciones teóricas sobre el significado y alcance de la moral. Falta agregar un tercer elemento a tanta complicación, cuál es el de los modos tan disímiles de concebir el derecho y, con ello, el papel de los jueces.

Siguen compitiendo dos visiones básicas de lo jurídico, la iuspositivista y la iusmoralista. El iuspositivismo parte de la llamada tesis de la separación conceptual entre derecho y moral. Quiere eso decir, en primer lugar, que, en cuanto órdenes normativos diversos y con sus correspondientes contenidos, el derecho y la moral son identificables e identificados de manera independiente; con lo que los ciudadanos en ciertas normas vemos “derecho”, al margen de que esas normas sean o nos parezcan justas o injustas, morales o inmorales; igual que ciertas normas las vemos, reconocemos o identificamos como normas morales con independencia de que sus contenidos sean acordes o discordantes con los del derecho, de que sean, pues, jurídicos o antijurídicos.

Emplearé una comparación que me parece bastante ilustrativa y a la que ya he recurrido más de una vez en otros escritos. Los curas de mi colegio decían que el sexo sin amor no es verdadero sexo, sino genitalidad. Podemos, así, afirmar que ellos negaban la separación

³ Como señala Aarnio, en nuestras sociedades ya no hay un código moral único y compartido y ha sido necesario asegurar, por ello, la neutralidad del juez. Cfr. Aarnio, Aulis, “Lawyer’s Professional Ethics-Do They Exist?”, *Ratio Iuris*, 14, 2001, p. 1.

conceptual entre sexo y amor, ya que verdadera práctica sexual nada más era la que iba acompañada de auténtico sentimiento amoroso. Sin embargo, me parece que todos nosotros tenemos perfectamente clara la diferenciación conceptual, y por eso distinguimos a la perfección las tres situaciones posibles: cabe sexo sin amor, amor sin sexo y que sexo y amor coincidan en una misma acción o práctica. Es probable que todos o la mayoría de nosotros estemos de acuerdo en que el ideal es la coincidencia de sexo y amor y amor y sexo, pero ese ideal no quita para que sigamos llamando sexo al que se practica sin amor y amor al que existe como tal aunque no haya sexo.

Pongamos ahora la acción A. Si tomamos en cuenta nada más que un sistema moral y un sistema jurídico, y aceptamos que A sea objeto de regulación por uno y por otro, las posibilidades son, en principio dos:

- i. Que la regulación sea materialmente coincidente. Por ejemplo, el sistema moral prohíbe A y el sistema jurídico prohíbe A. Así las cosas, la acción A será tanto inmoral (a tenor de la norma pertinente de ese sistema moral) como antijurídica (a tenor de la norma pertinente de ese sistema jurídico).
- ii. Que la regulación sea materialmente opuesta, porque el sistema moral prohíbe A y el sistema jurídico manda A o permite hacer o no hacer A, o porque el sistema jurídico prohíbe A y el sistema moral manda A o permite hacer o no hacer A. En cualquiera de esos casos A recibirá calificación positiva de un sistema y calificación negativa del otro; será, por ejemplo, moral y antijurídica o inmoral y jurídica. Así, muchos sistemas morales coincidirán en la injusticia o inmoralidad de la pena de muerte, pero aplicarla será jurídicamente lícito donde la pena de muerte esté jurídicamente estipulada y conforme a las condiciones al respecto establecidas en ese sistema. O el aborto voluntario y dentro de un plazo marcado es conducta no antijurídica en nuestro derecho, pero resulta gravísimamente inmoral según algunos sistemas morales aquí vigentes.

Los iuspositivistas, en virtud de la mentada tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, recalcan que cada cosa es lo que es y recibe su calificación desde el respectivo sistema normativo. Igual que una misma conducta puede ser jurídica según el derecho alemán

y antijurídica a tenor del derecho español, una misma conducta puede ser conforme con (una norma de) un sistema moral y contraria a (una norma de) un sistema jurídico; o conforme con una norma de un sistema jurídico y contraria a una norma de un sistema moral. Eso no tendría nada de particular. Cuando tal suceda, resultará que un mismo sujeto es destinatario de dos normas contradictorias⁴ que para él concurren con el propósito de regular o calificar su acción: si ese sujeto hace A, la moral dirá que obra inmoralmente y el derecho que actúa jurídicamente; o al revés, será su conducta calificable como antijurídica y conforme a la moral.

El iusmoralismo, ya sea iusnaturalista o no iusnaturalista⁵, cuestiona esa separación y, además, lo hace poniendo la moral por encima del derecho. Esto es así porque, para los iusmoralistas, la acción A no

⁴ Esa es una contradicción ante la que se encuentra el sujeto al haber dos sistemas normativos que reclaman guiar su conducta mediante normas entre sí incompatibles, de manera que no cabe cumplir las dos simultáneamente, con la misma acción. Dentro de cada uno de esos dos sistemas normativos, sin embargo, no se da esa contradicción. La incompatibilidad es, pues, entre dos normas de dos sistemas normativos distintos. Salvando las distancias, viene a ser como si dos personas diferentes y entre sí independientes me dan a mí órdenes contrapuestas.

⁵ Entre los iusfilósofos contemporáneos más importantes, iusnaturalista sigue siendo John Finnis, por ejemplo. Iusmoralistas no iusnaturalistas serían, entre otros muchos, Ronald Dworkin o Robert Alexy; en España, Manuel Atienza es de los más destacados. La diferencia está en que los iusnaturalistas siguen sosteniendo que existe un derecho natural que es un conjunto de normas grabadas en nuestra misma naturaleza humana y cognoscibles mediante la razón, normas que, en tanto que “naturales”, tienen contenidos universales e inmutables, igual que universal e inmutable es el hecho “natural” de que respiremos, comamos o nos reproduzcamos de determinada manera. Los iusmoralistas no iusnaturalistas sostienen que hay una moral racional verdadera y cognoscible en cada momento, pero que no es derecho natural y que puede quizá mutar en sus contenidos a lo largo del tiempo. En esos iusmoralistas no iusnaturalistas la división principal serían entre quienes se acogen a un objetivismo material y piensan que los contenidos morales verdaderos son previos a nuestro razonar, están predeterminados a él y habitan en algún reino ontológico o mundo ideal, y los que se afilian a un objetivismo procedimental o constructivista. Estos, entre los que destaca R. Alexy, entienden que lo justo o bueno (y lo jurídico por encima del derecho positivo) es aquello que acordarían cualesquiera sujetos racionales que, con pleno conocimiento de las cosas y completa información, dialogaran libremente sobre el problema en cuestión y decidieran bajo condiciones de perfecta imparcialidad, con arreglo a un razonamiento plenamente racional y no estratégico o instrumental.

deja de ser moralmente buena o justa, si lo es, por resultar contraria a una norma jurídico-positiva, pero *A* sí deja de ser una acción jurídica, conforme a derecho (o plenamente jurídica o plenamente conforme a derecho), si se opone a una norma moral relevante o bien importante. En otras palabras, según el iusmoralismo, algo, trátese del contenido de una norma, del contenido de una decisión o de una acción, no puede ser a la vez inmoral (o fuertemente inmoral) y jurídico, acorde con el derecho. O dicho todavía de una manera más, ningún verdadero derecho puede ser (gravemente) inmoral. En consecuencia, según los iusmoralismos:

- Si el contenido de una norma jurídica es en sí y con carácter general (gravemente) inmoral, esa norma no es auténticamente jurídica y no obliga como tal en ningún caso. Es una norma carente de validez jurídica, carente de juridicidad.
- Si una norma jurídica válida por no inicua, cuyo contenido en sí y con carácter general no es inmoral, es aplicable a un caso particular y da pie a una decisión injusta de ese caso, tal norma no obliga para el mismo y, por tanto, no debe aplicarse a esos hechos, tiene que ceder ante la norma moral que para tales hechos aporta la solución justa.

Para el iuspositivismo, tanto el ciudadano destinatario inmediato de una norma jurídica como el juez llamado a juzgar un caso de acuerdo con una norma jurídica pueden hallarse en una situación de contradicción normativa. Quiero decir que el ciudadano puede estar llamado por el derecho a realizar una acción que según la moral (o su moral, la de ese ciudadano) es injusta, o puede estar ese ciudadano por su moral emplazado a una conducta que según el sistema jurídico vigente es antijurídica, jurídicamente ilícita. Y el juez puede encontrarse por el derecho compelido a aplicar a un caso una norma que de acuerdo con la moral (o con su moral, la que ese juez estime como moral mejor o verdadera) sea injusta, o puede verse por la moral incitado a decidir de una manera justa pero que según el derecho es antijurídica. El positivismo jurídico no traza jerarquía entre derecho y moral sino que, en razón de su tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, mantiene la doble y contrapuesta calificación de las acciones y remite la decisión a la conciencia de la persona, sea el ciudadano o sea el juez. Uno y otro tendrán que decidir en cada oportu-

tunidad si dan prioridad al mandato legal o al mandato moral de su conciencia, y habrán de arrostrar las correspondientes consecuencias.

En cambio, los iusmoralismos suprimen de antemano esos dilemas, al menos en lo conceptual o en la teoría. Si el derecho (gravemente) injusto por definición no es derecho, ningún ciudadano y ningún juez estarán abocados por el derecho a aplicar una norma jurídica injusta, sino que el mandato moral de hacer lo justo será, a la vez, mandato jurídico de hacer eso mismo y aunque haya norma formalmente válida que se oponga. La norma jurídica inmoral no obliga en derecho y la norma moral contraria a la ley sí obliga como derecho. En el fondo, el derecho propiamente dicho no provoca ni al ciudadano ni al juez dilemas morales. Solo el falso derecho o derecho meramente aparente por formalmente correcto da pie a esos dilemas, dilemas que se disuelven en cuanto se toma conciencia de que cumpliendo la ley injusta no se obra según derecho y que incumpléndola si se actúa jurídicamente. Y todo ello porque, para el iusmoralismo, hay una parte de la moral (o de la moral verdadera) que está por encima de cualquier derecho y por eso es ella misma derecho, además de moral. Esas normas ético-jurídicas condicionan tanto la validez como la aplicabilidad de todas las normas formal-jurídicas o jurídico-positivas.

El iusmoralismo, aplicado a los jueces, da lugar a más de cuatro perplejidades y paradojas, al menos si lo tomamos en serio o bastante al pie de la letra. Pensemos en una norma legal L que prohíba a los sujetos realizar la acción A, bajo amenaza de la correspondiente sanción. Esa norma legal no ha sido anulada formalmente en ese sistema por quien podría hacerlo, no ha sido declarada inconstitucional o, incluso, ha sido expresamente declarada constitucional por el tribunal constitucional correspondiente. Nuestros iusmoralistas considerarán, sin embargo, que es marcadamente injusta, pues se opone a la norma moral M. Para el iusmoralismo esa grave injusticia significa que decae la validez u obligatoriedad jurídica de L. Un ciudadano, el señor C, realiza aquella acción A por L prohibida y es llevado ante el juez para la imposición de la correspondiente sanción. La pregunta versa sobre en qué caso ese juez prevaricaría: si aplica L e impone la sanción al señor C, si inaplica L (por estimarla inválida por injusta) y no impone, pues, la pertinente sanción al señor C, si en ninguno de los dos casos y haga lo que haga o si en cualquiera de los dos casos y haga lo que haga.

Si los iusmoralistas fueran bien coherentes, creo que tendrían que admitir que el juez prevaricaría ante todo si aplicara L, es decir, si decide con arreglo a la legalidad o el derecho positivo que venga al caso y esa legalidad o ese derecho positivo son muy injustos, en su contenido o en su resultado para el caso. O sea, que cuando la ley sea bastante injusta solo la decisión *contra legem* sería no prevaricadora. Es evidente que los iusmoralistas casi nunca son tan coherentes como para mantener esto, que es lo que habrían de defender si en verdad quisieran construir una teoría congruente del derecho y su aplicación.

Pero resultará también fácilmente que dos jueces distintos pueden comulgar con dos doctrinas bien diferentes sobre lo justo y lo injusto, ambas con fuerte pretensión de verdad u objetividad. Y entonces tendremos que para cada uno de esos jueces el prevaricador sería el otro, y que no habría propiamente un parámetro suprasubjetivo y suficientemente seguro o cognoscible para saber si prevarica el uno, el otro o los dos. Porque ese parámetro solo lo puede ofrecer el tenor de la norma positiva formalmente válida en el marco del respectivo sistema jurídico. Pero cuando esa validez se relativiza, cae con el valor de la ley el valor de toda garantía de seguridad y objetividad en su aplicación. Un juez que se acoja a un sistema moral que tilde de crimen horrendo el aborto voluntario incluso en las primeras semanas de embarazo y un juez que participe de un sistema moral que no vea objeción moral a tal aborto, sino que precisamente considere inmoral su prohibición, nada más que podrán tener en común una cosa durante su simultáneo desempeño como jueces: lo que la ley diga, ya sea prohibiendo el aborto, ya sea permitiéndolo. Si a ambos se les convence de que por encima de lo que diga la ley (con sus márgenes de indeterminación, en su caso, pero también con su núcleo de significado y sus casos claros) está la moral que se pretenda objetivamente verdadera y de que la norma moral correspondiente tiene fuerza para enmendar o reemplazar a la norma jurídico-positiva, ya no habrá en esa sociedad una norma común reguladora del aborto ni jueces que la apliquen tal como es y como ha sido sentada por el ejercicio de la democracia y la soberanía popular y hasta, quizá, jurídicamente bendecida por el tribunal constitucional. Dígasenos entonces qué ética judicial o deontología profesional del juez manejamos y si algo adelantamos con sus preceptos. Porque si la deontología del juez empieza por decirle que debe servir a la justi-

cia⁶ o la moral antes que a la ley misma y al legislador democrático, apaga y vámonos. Hasta ahí hemos llegado. Hasta ahí ha llegado el Estado de Derecho, por mucho que lo que lo sustituya se llame Estado constitucional principialista o régimen constitucional de valores.

5. ¿CABE RESCATAR Y DAR SENTIDO A LA ÉTICA JUDICIAL?

Recapitulemos. Tenemos que:

- i. Cada juez, en tanto que individuo, puede comulgar con unas u otras normas morales y unos u otros sistemas morales de cuantos en nuestras sociedades pluralistas conviven con igual derecho e idéntico amparo constitucional.
- ii. Más allá de sus personales convicciones y en lo que a los fundamentos metaéticos se refiere, cualquier juez puede ser o tenerse por realista o antirrealista moral, por objetivista o no objetivista, por creyente de una moral que se pretende universalista o de una que se acepta como relativa a una determinada cultura, etcétera.
- iii. Un juez puede ser iuspositivista o iusmoralista, y en este último caso puede profesar o no el iusnaturalismo. Por cierto, y aunque sea incidentalmente, es interesante resaltar que un juez o experto cualquiera en derecho puede ser iuspositivista aunque sea objetivista moral, pero raramente cabrá concebir que quepa ser iusmoralista sin ser objetivista⁷. Dicho de otro modo, los objetivistas pueden no ser iusmoralistas (aunque suelen serlo), pero malamente pueden los iusmoralistas no ser objetivistas⁸.

⁶ Espeluzna un poco, por eso, el artículo 35 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, que proclama que “El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho”.

⁷ Pues eso supondría proclamar que por encima del derecho positivo y condicionando su validez y aplicabilidad está la moral personal de cada juez, no una única moral objetiva y verdadera. Solamente un anarquista bastante radical podría pretender someter la validez y aplicabilidad de las normas del derecho a una moral relativa a cada sujeto, a una moral del todo subjetiva.

⁸ O, visto desde el otro lado, podemos mantener que un iuspositivista no tienen por qué ser no objetivista, relativista o cosa por el estilo en tema de metaética, aunque los principales iuspositivistas del siglo XX lo han sido.

Dicho de otro modo: jueces diversos pueden tener una idea distinta de qué sea lo moralmente bueno o justo, de cuál sea el fundamento de los juicios de justicia o el valor de verdad de los enunciados morales y de cuál es el contenido válido del derecho. En medio de esa inevitable heterogeneidad de convicciones judiciales sobre lo moral y lo jurídico, ¿podemos rescatar algún sentido útil y algún contenido manejable de la ética judicial, de una deontología del juez que pueda quererse común para cualesquiera jueces del Estado de Derecho de nuestra época?

Mi tesis es que sí, pero que los contenidos de esa deontología o ética judicial solo tienen sentido (y tienen pleno sentido) en cuanto orientados a respaldar el cumplimiento por el juez de la función que en el Estado de Derecho le es propia y con las condiciones y garantías que del juez del Estado de Derecho son propias. Expresado de otra manera, diría que la ética judicial, en nuestros estados, sólo tiene cabida y solo beneficia en cuanto ética institucional, como ética cuyas reglas van orientadas no a que el juez decida lo justo por encima de todo u opere como supremo sacerdote de la moralidad social verdadera, sino a que se refuercen las condiciones para que la institución judicial funcione como debe a tenor de las garantías que el propio orden constitucional le quiere asegurar y de conformidad con los presupuestos que hacen al ciudadano creer con fundamento que los que de sus pleitos deciden aplican derecho y no su personal capricho o interés, y sirven a valores institucionales como la independencia y la imparcialidad y no a otros señores o fines.

Permítaseme ilustrar lo que quiero decir con una contraposición bastante elemental. Imaginemos dos jueces K y W. K, además de juez de profesión, es un auténtico filósofo moral, muy versado en lecturas sobre la materia. K forma parte de un grupo de filósofos morales que cada semana se reúne para discutir sobre los más importantes problemas morales de este tiempo. K y los de su grupo tratan de aplicar los más excelentes métodos de razonamiento moral, siempre a la búsqueda de la objetividad del conocimiento moral y de fundar muy racionalmente sus juicios en la materia. Como K participa de la idea alexyana de que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y de que, en consecuencia, las soluciones “legales” deben ceder ante las soluciones morales cuando haya discrepancia fuerte entre lo moral y lo formalmente jurídico y sea posible,

pues, respaldar la opción justa con razones de peso, K, buscando que sus sentencias sean lo más acertadas posible y siempre justas en la mayor medida que humanamente quepa, cada semana somete a la consideración de tan eximio grupo los casos más difíciles que le toca decidir. Analizan, debaten y ponderan conjuntamente, hasta que se convencen de que han llegado lo más cerca posible de la solución en verdad y objetivamente justa de cada caso, solución que unas veces coincidirá con la que el derecho positivo aplicable prescribe y otras veces será opuesta a él. K siempre falla en consonancia con tan depurados juicios morales de ese grupo, ya sea, por tanto, *secundum legem* o ya sea *contra legem*.

Por su parte, W es un juez que sobre cada caso lee, se documenta cuanto puede, analiza y reflexiona. No es incapaz de juzgar sobre la justicia o injusticia de la ley aplicable y tiene sólidas convicciones morales. Sabe, además, que muchas veces las soluciones legales para un caso pueden ser diversas, en función de cómo se valoren las pruebas o de cómo se interpreten las normas, ya que si el caso cae en la zona de penumbra de los enunciados normativos, las interpretaciones posibles siempre serán varias y habrá espacio importante para la discrecionalidad judicial. Pero también tiene claro W que determinadas soluciones para los pleitos son incompatibles con cualquier interpretación razonablemente posible de las normas jurídicas que vengan al caso, aun cuando alguna de esas soluciones *contra legem* puede ser la requerida por la justicia, por normas morales bien importantes. W decide personalmente, sin someterse a ningún tipo de criterio ajeno, y menos al criterio de expertos en ética; hace uso de su discrecionalidad en lo que quepa y procura justificar ese uso con argumentos intersubjetivamente admisibles y no irrazonables para un espectador imparcial, y W hace prevalecer la solución legal sobre la que honestamente considera justa cuando la ley no le deja resquicio para, por vía de interpretación propiamente dicha, hacer la solución justa compatible con una de las posibles soluciones legales. Es decir, W no falla *contra legem*⁹.

⁹ O contra la Constitución, si se quiere. Aquí no me estoy refiriendo a la “lex” meramente como norma con rango de ley, sino como enunciado contenido en una norma positiva vigente de cualquier rango. Estoy muy de acuerdo con Liborio Hierro, cuando escribe que “por más que se critique la mitología que subyace a la idea del imperio de la ley, de la vinculación del juez a la ley y de la decisión

Ahora la cuestión que nos importa. Tanto K como W se atienen a un determinado enfoque de ética judicial. La ética profesional del juez K le permite o incluso le impele a sacrificar a la (pretendida) justicia material de sus fallos tanto el principio de legalidad como algunos aspectos de la independencia judicial, al menos entendida en su dimensión de independencia del juez a la hora de formarse su criterio. La ética profesional del juez W, en cambio, lo lleva a velar con celo por su independencia (de juicio) y a hacer que sus decisiones institucionales sean acordes con el derecho positivo vigente y legítimo, antes que conformes con sus convicciones morales, por muy fundadas y verdaderas que las considere. Si tuviéramos que elegir entre K y W para proponer a uno como modelo práctico de la ética judicial que nos parece mejor, ¿por cuál nos inclinaríamos? A mí me parece que deberíamos hacerlo por W. O, por manifestarlo de otra forma o bajo otro punto de vista, yo quiero ser ciudadano de pleno derecho en un Estado de Derecho que tenga jueces como W y no como K.

Creo que el argumento más importante que se puede dar en favor de mi modelo es el siguiente, desglosado en dos partes:

- a) En un Estado de Derecho constitucional, democrático y de libertades, lo que se puede tomar como moral en común y presupuesta como verdadera no sirve para solucionar los casos difíciles, que son casos en los que no solo caben interpretaciones diversas de las normas jurídico-positivas, sino que, además y sobre todo, chocan sin armonía, síntesis o ponderación objetiva posible las normas morales o los principios morales que respaldan unas y otras normas positivas.
- b) Y los contenidos morales que, en ese marco, pueden ser suficientemente precisos o internamente armónicos o sistemáticos como para traer solución para tales casos que son al tiempo jurídica y moralmente difíciles, son contenidos morales dependientes de un código moral determinado, de uno de tantos de los que legítimamente concurren y conviven en un Estado de

judicial como operación lógico-deductiva, estos son los ideales regulativos de la función judicial en un Estado de derecho” y que “Este modelo del juez profesional se apoya, de un lado, en la vinculación a la ley y, del otro, en la imparcialidad en el proceso”. Hierro, Liborio L., “Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica”... *cit.*, p. 299.

Derecho que ampara el pluralismo y toda una serie de libertades (religiosa o de conciencia, de información, de expresión, artística, de cátedra) que, precisamente, hacen posible que ningún sistema moral pueda pretenderse el verdadero en este Estado y, como verdadero imperar contra todos los demás o contra las convicciones de la mayoría, expresadas en las normas jurídico-positivas resultantes del gobierno de la mayoría democráticamente legitimado y, a la vez, respetuoso con las minorías y sus expectativas de convertirse mañana en legisladora. Donde manda la verdad no queda sitio ni para la soberanía popular ni para la legislación democrática. Por eso no se legisla, por ejemplo, sobre las leyes de la aritmética o de la geometría. Allí donde en las cuestiones morales o políticas se hace pasar por verdad objetiva la convicción de alguno que así se pretende, verdadera, y donde esa verdad se pone por encima de la ley, no hay democracia posible y las decisiones no se justificarán por ser aplicación de normas legítimas, sino aplicación de verdades que alguna minoría atesora, frente al yerro moral de la mayoría. El elitismo moral, en suma, es radicalmente incompatible con la democracia, la soberanía popular, los derechos políticos de los ciudadanos y las libertades fundamentales de los individuos.

La única “verdad” moral que yo acepto por encima de mis convicciones morales es la decisión democrática de la mayoría de mis ciudadanos, pero con la paradoja de que esa decisión no se legitima por ser la de contenidos objetivamente verdaderos, sino por ser la de la mayoría, la misma mayoría de la que tal vez yo pueda formar parte otro día y cuando las tornas cambien un poco. Yo me someto gustoso a la decisión mayoritaria de contenido opuesto a mis convicciones morales, a mis personales “verdades”, siempre dentro del campo de juego constitucionalmente acotado. Yo no me someto a la verdad moral de ningún juez, ni el más alto, cuando desde ella se enmienda la decisión mía o de mis conciudadanos. Porque, aunque el juez tenga la potestad y la dignidad propia de su oficio, en tanto que persona y sujeto moral ningún juez vale ni sabe más que yo ni tiene acceso mejor ni a la voluntad de los dioses ni a los dictados de la razón. Yo puedo admitir que la ley que nace del juego político de todos en libertad y de acuerdo con los derechos políticos constitucionalmente consagrados,

diga qué acciones mías están jurídicamente permitidas y cuáles no o que sean tales o cuales las consecuencias de estas o aquellas conductas propias. No permito, en cambio, que eso lo determine desde su moral un juez. Tampoco que ese juez diga que mi acción plenamente legal es antijurídica porque, además y para más *inri*, es inmoral. Porque los jueces, aquí, no están para eso. Porque los jueces, aquí, en el Estado constitucional y democrático de Derecho, ni ejercen un poder suyo absoluto ni sentencian en nombre de ningún monarca absoluto. Tampoco disponen de ningún acceso privilegiado a la Razón, la Verdad o la Justicia, todas con mayúscula; ningún acceso mejor que el mío o el de la mayoría social que a través de sus representantes legisla. Los jueces son gentes de carne y hueso como yo y que ejercen una función y una potestad superior a la mía, sí, pero que no es la potestad ni de legislar para someterme a mí, ni la de gobernar por encima de los gobiernos legítimos que de la soberanía popular resultan, ni la de dictaminar en qué son errados y en qué acertados mis juicios morales. Si los jueces tratan de ponerse por encima de su función constitucional, de las condiciones constitucionales de su desempeño y de los límites constitucionales de su poder, los ciudadanos podemos y debemos, en nombre de la Constitución, alzarnos contra los jueces; o contra quienes en los jueces mandan porque a los jueces eligen y nombran¹⁰.

¹⁰ Un constructivista moral, en la onda aproximada de Dworkin, Nino o Alexy, dirá tal vez que no se trata de que vayan él o el juez de su cuerda a imponer su moral personal frente a la mía o la del legislador democráticamente legitimado, sino que lo que hacen es aplicar la decisión que es racional y en sus contenidos verdadera, porque sería la que habrían tomado el perelmaniano auditorio universal o la habermasiana comunidad ideal de habla si hubieran tenido ocasión y tiempo para reunirse y deliberar con calma, o lo que consentiría cualquier conjunto de personas que razonaran en común bajo circunstancias aseguradoras de la perfecta imparcialidad del juicio de cada cual. Naturalmente, ese constructivista acabará de ofenderme con semejante pretensión y habré de responderle que quién es o se cree él (o su juez) para ser en mayor medida que yo merecedor de las confidencias de todas esas angélicas comunidades de razonadores imparciales sin tacha y puros sin prejuicio. Porque, sépase, también yo mismo suelo aplicar a mis razonamientos morales el método constructivista y someterme al veredicto de los hipotéticos dictaminadores sabios como el juez Hércules de Dworkin e imparciales como miembros del santoral de Alexy, y una y otra vez resulta que me dan la razón y me dejan reconfortado y firmemente convencido de que mis opiniones morales ni son simples opiniones ni son mías nada más, sino expresión de la razón más depurada y del pensamiento más objetivo. Así que como para que me las anulen otros que lo vean distinto.

6. ¿QUÉ CONTENIDOS PARA LA ÉTICA JUDICIAL?

Sobre la base de lo que acabo de exponer, me parece que los contenidos de la ética judicial deben estructurarse en torno a reglas sobre estas dos cuestiones principales: las condiciones de ejercicio de la función judicial y las condiciones de justificación del uso de la discrecionalidad, allí donde quepa y sea, además, inevitable el uso de discrecionalidad por el juez¹¹.

1. Las condiciones de ejercicio de la función judicial aluden antes que nada a la independencia del juez, a la imparcialidad del juez y a los requisitos adicionales para el adecuado desempeño de su función y para la confianza social en la función¹², en consonancia con el modelo constitucional de juez.

¹¹ En palabras de Manuel Atienza, el contenido de un código de ética judicial “debería girar en torno a los principios de independencia, de imparcialidad y de motivación de las decisiones”. Atienza, Manuel, “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para los jueces?”, *Jueces para la Democracia*, 46, 2003, p. 45. En lo que seguramente discreparemos Atienza y yo mismo es en la admisión de la discrecionalidad judicial y en la idea de que la motivación de la sentencia ha de ser justificación razonable del uso de esa discrecionalidad y no acreditación de que se ha querido encontrar y se piensa que se ha encontrado la preexistente única respuesta correcta para el caso.

¹² “La base de los distintos principios éticos sirve de apoyo a la legitimidad del juez, entendida como la confianza de la sociedad en sus jueces. Esta confianza en los jueces resulta esencial para los mismos sistemas democráticos, pues como señala J. Raz, no es tanto el consentimiento como la confianza lo que constituye el fundamento de la legitimidad del gobierno, de la justificación de cualquier autoridad política y que, por extensión, podríamos aplicar esta nota de confianza como el fundamento de la legitimidad ‘democrática’ del poder del juez”. Ordóñez Solís, David, “¿Convendría introducir una mención a la ética en la futura Ley Orgánica del Poder Judicial?”, *Diario La Ley*, núm. 8328, 9 de junio de 2014, p. 5. En palabras de Elisabeth Kreth, “La confianza de la opinión pública en la Justicia es presupuesto para la aceptación de las decisiones judiciales y para que exista y se mantenga la paz jurídica [...] El ejercicio del poder judicial recibe su legitimación de la confianza que las ciudadanas y los ciudadanos ponen en la Justicia, en el poder judicial. Los tribunales están bajo la presión de una fuerte expectativa, a menudo constituyen la última barrera que a las ciudadanas y ciudadanos protege frente a la arbitrariedad estatal y el abuso de poder privado. Si surgen dudas sobre la independencia, imparcialidad e integridad de la actividad judicial, habrá amenaza de daño para el Estado de Derecho”. Kreth, E., “Zur Ethik richterlichen Verhalten”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 4, 2008, p. 476. Muy similarmente, Titz, Andrea, “Ri-

Un juez que palmariamente ejerza su oficio de modo dependiente o parcial no solo incurriría en flagrante inmoralidad, sino en ilícitos jurídicos, sean disciplinarios¹³ o penales¹⁴. Las normas que prevén las correspondientes sanciones para esos ilícitos tienen un evidente fundamento moral, pero sería un tanto ocioso que al elaborar listas de reglas de deontología profesional del juez nos preocupáramos de resaltar especialmente esas obligaciones jurídicas de cumplir con la independencia y la imparcialidad. Subrayar lo obvio o repetir lo bien sabido no es empresa intelectual de gran valor. Creo que, al hablar de deontología, es bastante más relevante que pongamos el énfasis en aquellas actitudes y comportamientos del juez que o bien suponen riesgos para tales requisitos de independencia e imparcialidad¹⁵, o bien pueden acarrear sospechas sociales de parcialidad o dependencia o una imagen social negativa sobre el poder judicial. Diríamos coloquialmente que la ética judicial ha de velar por el alejamiento de algunas tentaciones y tiene que preocuparse igualmente por la imagen de la mujer de César. El César aquí es el Estado de Derecho y su mujer serían los jueces.

Cuando se habla de profesiones que tienen una esencial dimensión institucional y jurídico-pública y en las que el prestigio social de la institución misma¹⁶ y del conjunto de sus profesionales es elemento

chtereid und richterliche Ethik”, *Deutsche Richterzeitung*, 32, 2009, p. 33. En general, sobre el papel esencial que la confianza de los ciudadanos tiene para el mantenimiento de determinadas profesiones, véase Aarnio, A. “Lawyer’s Professional Ethics —Do They Exist?”... *cit.*, p. 2.

¹³ Véase la relación de faltas disciplinarias muy graves, graves y leves en los artículos 417 a 419 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁴ Véanse ante todo los artículos 446 a 449 del Código Penal.

¹⁵ Muy apropiadamente, la doctrina alemana distingue entre la independencia exterior e interior del juez. La primera tiene que ver con la regulación de su relación con los otros poderes del Estado. La segunda no tiene fácil regulación jurídica, pues se refiere a las actitudes personales de los jueces y a su modo de concebir su propia labor. (Cfr. Kreth, Elisabeth, “Zur Ethik richterlichen Verhalten”... *cit.*, p. 475 y ss.).

¹⁶ Sostiene Rafael Jiménez Asensio que “los jueces y magistrados deberían estar sometidos a un código deontológico o de conducta profesional que disciplinara su actuación como profesionales al servicio del Poder Judicial, pero en cierta medida regule asimismo cuál ha de ser su conducta ‘externa’ en la medida en que ésta pueda influir en la credibilidad del propio Poder Judicial. Y los ejemplos pueden ser numerosos: ¿es indiferente al Poder Judicial la conducta de un juez

básico para el cumplimiento de la función social misma de la institución, la ética profesional correspondiente debe colocar en lugar muy destacado las conductas y actitudes que pueden afectar a tal prestigio¹⁷. Así, un juez que reiteradamente fuera visto borracho o drogándose, en lugares de mala reputación, en compañía de personas muy poco recomendables o dejándose agasajar por individuos o grupos a los que probablemente tendría él mismo que juzgar algún día, es un juez que no solo daña su consideración personal, sino que perjudica de manera notable el respeto social a la institución judicial misma. Y, repito, hay oficios e instituciones cuya recta función difícilmente sobrevive a la pérdida del respeto social.

Muy elementalmente, podríamos hacer una síntesis de orientaciones primeras de la ética judicial en estos aspectos:

que alcanza publicidad mediática al invocar la condición de tal cuando debía ser sometido a una prueba de alcoholemia?; ¿carece de efectos en la legitimación del Poder Judicial cuando un miembro del mismo es condenado por un delito de violencia de género o por cualquier otro delito?”. (Jiménez Asensio, R., “Imparcialidad judicial: su proyección sobre los deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez”, en Saiz Arnaiz, A. (dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 37).

¹⁷ “Respecto de jueces y magistrados, advertir algunos aspectos de sus vidas privadas adquiere un valor especial en la medida en que tales funcionarios deben aplicar el derecho de una forma independiente e imparcial y hay que asegurar que sus acciones institucionales no se vean torcidas por aspectos idiosincrásicos o por sus relaciones personales o sociales”. Malem Seña, Jorge F., “La vida privada de los jueces”, en Malem, J., Orozco, J., y Vázquez, R. (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 165. En palabras de Dana A. Ramus, y refiriéndose a los Estados Unidos; “históricamente la disciplina judicial trataba de disuadir y castigar la conducta indebida, pero en el siglo XX las reformas aspiraron tanto a guiar apropiadamente las conductas, como a sancionar los comportamientos indebidos. El sistema de regulación resultante fue muy influyente al ordenar las interacciones y la identidad de los jueces federales y del poder judicial en su conjunto. La independencia judicial se entiende como un equilibrio ideal entre la autonomía y la responsabilidad de los jueces, tanto en la dimensión individual como institucional. En el nivel individual, la autonomía aísla a los jueces frente a presiones inadecuadas provenientes de las instancias políticas, mientras que la responsabilidad asegura que los jueces están vinculados a su estructura de gobierno y al Estado de Derecho”. “The Institutional Politics of Federal Judicial Conduct Regulation”, *Yale Law & Policy Review*, 31, 2002, p. 37.

- i. Sobre comportamientos referidos a la independencia¹⁸: evítense las conductas y actitudes que sean expresivas de una deferencia excesiva con los poderes del Estado, las personas o los grupos que puedan tener influencia en la carrera del propio juez. Misimamente en nuestro país todos conocemos el ejemplo de algún magistrado que ha llegado a altas cumbres y del que a nadie le cabe duda de que no ha sido por su mérito profesional o su excelsa capacidad, sino por su patente servilismo con algún partido o algún gobierno.
- ii. Sobre conductas relativas a la imparcialidad¹⁹: la vida social del juez debe estar en la mayor medida posible alejada de relaciones “peligrosas” o actitudes de simpatía manifiesta o tangible afinidad con personas o grupos que puedan estar interesados en torcer precisamente la imparcialidad de la Administración de Justicia. Me permitiré un ejemplo real y bien triste. Hace un puñado de años, en una comida, un juez del lugar me dijo que a él un grupo de constructores de la ciudad le ofrecía casas y pisos sobre plano, antes de que salieran a la venta para el público en general y a precios especialmente ventajosos, y me ofreció recomendarme a dichos promotores para que me hicieran a mí mismo un favor semejante.

¹⁸ Explica Perfecto Andrés Ibáñez que el valor de la independencia judicial, “asumido como imperativo constitucional en todos los textos fundamentales, se ha orientado idealmente a poner al juez a salvo de dependencias, presiones o simplemente influencias de quienes ejercen el poder político. Y tal es el modo como aparece normativamente concebido. Hoy, sin embargo, ha de ser leído en una clave de mayor amplitud, porque los poderes formales no son los únicos y, con frecuencia, ni siquiera los que pudieran tener mayor capacidad de incidencia en la voluntad y la disposición del juez, que debe cuidarse con idéntico celo de quienes se encuentran en posiciones de poder privado”. Ibáñez, P. Andrés, “Ética de la independencia judicial”, en García Pascual, C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 41.

¹⁹ Según P. Andrés Ibáñez, “La imparcialidad tiene a la independencia como antecedente o presupuesto necesario” y “la imparcialidad es, antes incluso que un dispositivo procesal, un presupuesto epistémico, una garantía de la calidad del juicio, que tiene por fin dotar a este de tendencial objetividad. Por eso, en la escena del proceso, impone al juez como actor asumir la perspectiva del observador racional externo”. *Ibid.*, p. 45.

- iii. Sobre las actitudes en los procesos y durante los diversos trámites procedimentales en los que el juez toma parte. Apenas será necesario resaltar que el juez que muestra maneras despóticas, que no pone atención o cuidado, que adopta actitudes de desprecio o perora absurdamente dando rienda suelta a sus obsesiones o cualesquiera enfados, etc., es un juez que está mancillando el buen nombre y la razón de ser de la judicatura toda.
 - iv. Sobre el estudio, la formación y la capacitación profesional en general. Es bien obvio que, por razón de su oficio, el buen juez debe estar en permanente formación y actualización y deben los ciudadanos percibir que así es, si han de confiar los ciudadanos en la Justicia y si han de ser ciertas las expectativas dependientes del derecho fundamental al debido proceso.
2. Las reglas alusivas al ejercicio de la discrecionalidad²⁰ y su justificación tienen que ver con cosas tales como el esmero y la calidad de la motivación de la sentencia (exhaustividad, saturación, admisibilidad de los argumentos), la evitación de falacias, la renuncia a retóricas huecas, etc. Lo que hace que la tarea judicial no consista en un puro acto de autoridad, a veces brutal por sus consecuencias, sino una función del Estado de Derecho y acorde con el respeto que los ciudadanos y sus derechos merecen es que el juez no solamente falla los casos, sino que ha de motivar sus fallos mediante razones. En el modo de dar esas razones, en la manera de argumentar en la motivación se muestra el grado de respeto que tanto las partes como la ciudadanía merecen a los tribunales. Creo, pues, que son requerimientos ineludibles de la ética judicial cosas tales como que el juez asuma su responsabilidad personal (y no solo institucional) por la parte de sus decisiones que implica ejercicio de discrecionalidad.

²⁰ A esto se refiere Aarnio cuando insiste en que “el proceso discrecional debe cumplir con ciertos requisitos básicos del razonamiento racional”. Aarnio, A., “Lawyer’s Professional Ethics – Do They Exist?”... *cit.*, p. 6. Acertadamente pone de manifiesto Perfecto Andrés Ibáñez que la preocupación por limitar o encauzar adecuadamente el poder del juez va unida a la conciencia de la discrecionalidad que los jueces tienen al decidir, aun cuando actúen de acuerdo con las normas. Véase Ibáñez, Perfecto Andrés, “Para una ética positiva del juez”, en *En torno a la jurisdicción*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 39.

dad, que no se oculte tras fantasmagóricos métodos presuntamente objetivos, como es hoy en día la tan manida y misteriosa ponderación de principios, que ponga sobre la mesa las opciones decisorias que en el caso maneja y justifique con seriedad su elección entre ellas, que use argumentos colectivamente admisibles, que los desarrolle hasta el límite de lo razonablemente exigible, renunciando, por ejemplo, a presentar como verdades evidentes lo que no son más que dogmáticas afirmaciones suyas insuficientemente justificadas, que emplee argumentos pertinentes y que vengan al caso, en lugar de refugiarse en otros que nada tienen que ver con lo que en el pleito se debate pero que pueden tener eco social muy favorable, etcétera.

Importa bastante aclarar una discrepancia o un malentendido frecuente. El positivismo jurídico del siglo XX ha destacado una y otra vez que el juez opera con márgenes de discrecionalidad. Hay discrecionalidad cuando la norma o normas que regulan la decisión y que vinculan al que la toma dejan espacios para la elección entre alternativas compatibles con dichas normas²¹. Pongamos unos ejemplos bien sencillos. Había en nuestro Código Penal una norma que regulaba un tipo agravado de robo con violencia y que se refería a que lo cometía el que para perpetrar el robo hiciera uso de armas u otros medios o instrumentos peligrosos “que llevaré”. Había que elegir entre entender que llevar, ahí, equivalía a transportar de un lado a otro o simplemente a portar en el momento en que el delito se consumaba. Si se trataba de transportar, el delito solo podía cometerlo, en esa versión agravada, el que había llevado el objeto peligroso hasta el lugar de ejecución del robo; si se trataba de portar, bastaba que lo usara allí y para el robo, aunque lo hubiera encontrado en el mismo lugar y no lo hubiera transportado hasta él. Y así podríamos traer a colación cualquier problema interpretativo. Cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo decidió el famoso caso del Toro de Osborne (sentencia de 30 de diciembre de 1997), se trataba de aplicar el art. 24.1 de la Ley de Carreteras (Ley 21/1999, de 29 de julio) que

²¹ “Hablamos genéricamente de discrecionalidad cuando en un marco normativo dado, un órgano dotado de autoridad para decidir tiene libertad para elegir entre varias alternativas dadas”. Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 207.

prohibía la publicidad visible desde las carreteras nacionales, fuera de los tramos urbanos, y el Toro, sin inscripción ninguna, era publicidad o no según cómo se interpretara “publicidad” en la norma en cuestión. Cuando el Tribunal Constitucional decidió si la inviolabilidad del domicilio en la Constitución consagrada hacía inconstitucional o no la norma de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal que permitía que la policía sin mandamiento judicial practicara registros en las habitaciones de pensiones, fondas, hostales y similares, todo pasaba por elegir una de las interpretaciones posibles de “domicilio”, y según cuál se escogiera, tales habitaciones contarían o no como parte del domicilio de las personas.

Una decisión es discrecional cuando no rebasa las alternativas compatibles con la norma y cuando, además, va acompañada de una motivación admisible. Que la motivación sea admisible significa que los argumentos o razones son suficientes y no son falaces o irracionales, pero no que basten para demostrar que la opción elegida es la única correcta o la indudablemente correcta de entre las que cabían.

Pero los iusmoralistas no suelen ver las cosas de ese modo y se empeñan en que ha de haber una única respuesta correcta para cada caso judicialmente resuelto y que el juez debe dar con ella y aplicarla²². Lo conseguirá o no según que sea o no más sabio y honesto,

²² Pero, curiosamente, suelen insistir los iusmoralistas en atribuir al positivismo jurídico la tesis de que no hay discrecionalidad judicial y de que solamente le cabe al juez para cada caso una única respuesta correcta, que es la determinada de modo automático y elemental por el texto mismo de la ley. Dice por ejemplo Rodolfo Vigo que la que llama “teoría jurídica interpretativa”, propia del iuspositivismo, “postulaba jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley que debían aplicar dogmática y silogísticamente en cada caso”. Vigo, Rodolfo Luis, “Ética judicial e interpretación jurídica”, *Doxa*, 29, 2006, p. 276. Ningún positivista relevante del siglo XX (pensemos en Kelsen, Hart, Bobbio, Bulygin, Raz, Ferrajoli y tantos más) ha mantenido tal cosa. Han sido exactamente los positivistas, en todas las variantes del iuspositivismo, los que han insistido una y mil veces en lo inevitable de la discrecionalidad judicial, por causa de la textura abierta del lenguaje jurídico, de la abundancia de lagunas, de la existencia de antinomias de segundo grado, etcétera. Puesto que históricamente es difícilmente discutible ese dato, tampoco es muy acertado afirmar que el paradigma mecanicista y negador de la discrecionalidad, tal como se entendía en el siglo XIX, fue puesto “en crisis a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, particularmente, al hilo del movimiento rehabilitador de la razón práctica” (*ibid.*,

pero haberla, la hay, y la obligación del juez es hacer todo lo posible para dar con ella. Así, en cualquiera de los casos que he puesto como ejemplo no se trataría de escoger una interpretación y de justificarla lo más razonable o convincentemente que se pueda, sino de descubrir cuál es la solución correcta única y de argumentar para hacer ver que se ha encontrado. Es ese presupuesto hondamente metafísico del ius-moralismo el que explica un párrafo como el siguiente, de un autor de la calidad de Josep Aguiló: “la ética judicial es tendencialmente incompatible con la tesis de la discrecionalidad judicial entendida como libertad de elección entre las diferentes alternativas permitidas. Eso puede valer para un juez cualquiera, pero no para un juez excelente”. Téngase en cuenta que ese autor ha dicho unas líneas antes que “El tema propio y autónomo de la ética judicial es el de la excelencia en la práctica de la jurisdicción”, y que añade enseguida que la “vocación” de un juez excelente “es la de hallar la mejor respuesta dentro de las respuestas convencionalmente permitidas, lo que acaba comprometiéndolo con la ‘única respuesta correcta para cada caso’”²³.

Me parece complicada y oscura esa tesis de Aguiló. En primer lugar, porque con ella podríamos tachar de poco menos que inmoral

p. 274). No, ya estaba ese vetusto paradigma plenamente cuestionado por muy variadas escuelas, como la del normativismo kelseniano, el sociologismo jurídico, el realismo jurídico escandinavo y norteamericano, la Escuela del Derecho Libre, etc. Lo que traen a la teoría jurídica muchos de los autores que Vigo cita como iusmoralistas que se acogen a la llamada rehabilitación de la razón práctica, como Dworkin o Alexy, es precisamente la negación de la discrecionalidad judicial. Esos autores reverdecen la teoría de la única respuesta correcta y, con ello, recuperan, con otro ropaje y otros fundamentos, el ideal decimonónico de la ausencia de discrecionalidad en el trabajo del juez. La novedad está en que ahora no piensan que sea el derecho positivo el que por sí aporte una respuesta única verdadera para cada caso, sin márgenes de elección judicial, sino que piensan que es la moral verdadera la que, incorporada conceptualmente al sistema jurídico mismo, proporciona dicha solución correcta única, con ayuda, si acaso, de un método de la ponderación que, en su función y su pretensión de objetividad, es perfectamente equivalente a aquel método silogístico y meramente subsuntivo de la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos. Dice el mismo Vigo, en párrafo bien aclaratorio de lo que estoy sosteniendo: “Precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad [resultante del derecho positivo] uno de los remedios lo constituye la ética judicial” (*ibid.*, p. 277).

²³ Aguiló Regla, Josep, “Ética judicial y Estado de derecho”, en García Pascual, C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho...*, cit., p. 62.

u opuesto a la ética judicial, o al menos no “excelente”, a aquel juez que asuma su propia discrecionalidad como inevitable y no tenga la soberbia de pensar que sus fallos son “excelentes” y los únicos que como correctos caben, nada más que porque él trata de que su decisión sea la mejor de las posibles. De entre varias decisiones en principio posibles, la que una persona tome no es la mejor objetivamente o la única correcta por el mero hecho de que esa persona se incline por la que honestamente le parece mejor o nada más que porque sea su pretensión esa, la de dar con la mejor. Dos jueces igual de honestos, preparados, bienintencionados y deseosos de que su respectiva decisión sea la más correcta pueden, ante casos absolutamente idénticos o ante un mismo caso, fallar diferentemente. Si la única respuesta correcta lo es por razón de que los jueces la buscan o de que la razonan con esmero y sin trampa, cada una de esas esas dos decisiones contrapuestas sería la única correcta, lo que es profundísimamente incongruente, absurdo²⁴. Si solo una de ellas es en verdad la única correcta, resultará que esa cualidad de la misma no depende de que la respuesta correcta se presuponga al buscarla o de que el juez crea de buena fe que la halló, sino de que se demuestre así taxativamente. Pero esa demostración sabemos que no es viable y tampoco nos dicen los iusmoralistas cómo tendría lugar o de qué método se seguiría.

²⁴ Posiblemente más de un autor daría aquí un poquito de marcha atrás e indicaría que lo de la única respuesta correcta debemos verlo nada más que como “idea regulativa”. Cfr., por ejemplo, Aguiló Regla, J., “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, 6, 1997, p. 75. Pero lo de la idea regulativa es aquí tan misterioso como trivial. Una persona muy creyente puede tomar una lista de santos y ponerse a buscar entre ellos al más santo. Elegirá a quien le parezca y por razones que pueden no ser desdeñables, pero su elección habrá sido suya y por sus razones y, sobre todo, por el hecho de que haya buscado y escogido el más santo de los santos no deberemos decir que existe la única respuesta objetivamente correcta y verdadera para su pregunta. Que esa idea de la más alta santidad entre los santos sea una idea regulativa cabe decirlo, pero de ahí no se desprende que porque la idea sea regulativa haya que presuponer que existe “ahí afuera” solamente una única respuesta correcta y objetivamente verdadera. Cuando una persona busca pareja lleva su idea regulativa sobre la pareja ideal o la media naranja perfecta, pero no por eso vamos a creer que cada uno de nosotros tiene predestinada la “única respuesta correcta” como resultado de esa búsqueda. Las ideas regulativas son ideas regulativas, sí, no planos del tesoro.

II. CINCO EJERCICIOS DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Dos ejemplos de Alexy sobre buenas ponderaciones. Análisis crítico

Me parece que una de las bazas más hábiles de Robert Alexy al presentar su teoría de la ponderación como método o proceder adecuado para la decisión judicial en la que se aplican principios, y en particular normas de derechos fundamentales, consiste en reconducir dichos casos a conflictos entre principios y en aportar ejemplos en los que el Tribunal Constitucional Alemán aplicó rectamente dicho método o proceder. Suele utilizar ocho o diez ejemplos repetidos de tales sentencias.

Mi tesis es que, bien leídas y analizadas tales sentencias, no contienen en verdad ponderación ninguna, si por tal entendemos el método por Alexy descrito, con sus pasos o etapas, y que se trata de resoluciones judiciales que operan o son perfectamente reconstruibles según el habitual esquema interpretativo-subsuntivo, más allá de las apariencias o de la presencia retórica de nociones como la de proporcionalidad.

Lo ilustro seguidamente con dos de tales sentencias empleadas por Alexy.

1. PRIMER EJEMPLO DE ALEXY: LA SENTENCIA DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* SOBRE INCAPACIDAD PROCESAL

Vamos a trabajar seriamente con un ejemplo jurisprudencial que usa el mismo Alexy para ilustrar cómo funciona y lo bien que funciona, en su opinión, la “ley de colisión”. Se trata del que Alexy denomina caso de la “Sentencia sobre incapacidad procesal”, por referencia a una Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de junio de 1979 (BVerfGE 51, 324).

Conviene que demos aquí una extensión no escasa a la descripción y análisis de la referida sentencia BVerfGE 51, 324, a fin de que podamos “ponderar” si en ella las cosas ocurren como Alexy las cuenta.

Pero antes debemos oír a Alexy por extenso sobre este particular: “Las numerosas ponderaciones de bienes llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional Federal son un ejemplo de cómo se solucionan las colisiones de principios. Aquí, a manera de ejemplo, puede aludirse a dos decisiones: la Sentencia sobre la incapacidad procesal y la Sentencia del caso Lebach”¹. “En la Sentencia sobre la incapacidad procesal, se trata de si es admisible llevar a cabo una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre el peligro de sufrir un infarto. El Tribunal constata que en tales casos existe una:

relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionales garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental.

Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería ‘prioridad *sin más*’. Más bien, el ‘conflicto’ debería solucionarse ‘mediante una ponderación de los intereses contrapuestos’. En esta ponderación, de lo que se trata es de establecer cuál de los intereses, *que tienen el mismo rango en abstracto*, posee *mayor peso en el caso concreto*:

Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF”. Esta situación de decisión responde exactamente a la colisión de principios [...] Es perfectamente posible presentar la situación de decisión como una colisión de principios. Ella se da cuando se habla, por una parte, de la obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal y, por otra, de la obligación de afectar lo menos posible a la vida y la integridad física del acusado. Estos mandatos tienen una validez relativa en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas que existen para el cumplimiento. Si tan sólo existiera el principio de la aplicación efectiva del derecho penal, estaría ordenado, o por lo menos permitido, llevar a cabo la audiencia oral. Si existiera tan

¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 71.

sólo el principio de la protección de la vida y de la integridad física, estaría prohibido llevar a cabo la audiencia oral. Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. No obstante, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no se soluciona declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* en las cuales un principio precede al otro. En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente”².

Es de justicia la larga cita, porque comprobaremos que o bien no es así como el Tribunal operó en el caso, o bien —como mínimo— hay maneras más realistas y fiables de reconstruir el modo de razonar del Tribunal en el caso de referencia.

Ahora vamos por nuestra cuenta con la lectura y comentario de la sentencia. Comencemos con los hechos del caso. Llamemos K al ciudadano que recurre al Tribunal Constitucional en demanda de amparo de sus derechos fundamentales. K tenía 71 años en 1979, cuando recae esta sentencia. Durante el nazismo había ocupado importantes cargos en la Gestapo y en las SS. En 1943 había llegado a SS *Obersturmbannführer* y luego ocupó un alto puesto en el Ministerio de Armamento, concretamente como encargado de la vigilancia de la fabricación de armas. Terminada la Segunda Guerra Mundial, K fue detenido en Marburgo por el servicio secreto soviético, juzgado por un tribunal militar soviético y condenado como criminal de guerra a veinticinco años de trabajos forzados. En 1953, mientras cumplía condena en Siberia, sufrió su primer infarto. En 1955 fue liberado y retornó a la República Federal Alemana, donde en 1957 padeció un segundo infarto.

En 1961 la fiscalía de Berlín formula acusación contra K por haber ordenado en Polonia, durante su desempeño de cargos de responsa-

² *Ibid.*, pp. 71-73.

bilidad en el régimen nazi, el fusilamiento de varios polacos y judíos. La acusación, en concreto, es de asesinato. En el marco de esas investigaciones procesales, K permanece en prisión preventiva de mayo de 1965 hasta noviembre de 1967. Al final, en 1971, un tribunal de Berlín pone fin a la investigación porque no se han conseguido pruebas suficientemente contundentes. Pero en 1961 comenzó otra investigación criminal contra K, a impulso de las fiscalías de Essen y Colonia. Esta vez la acusación era de asesinato de presos de un campo de concentración que eran utilizados en las instalaciones de fabricación de armas que K supervisaba. En este procedimiento se plantean por primera vez dudas sobre la aptitud de K para ser sometido a un proceso penal, por causa de su delicado estado de salud. Varios médicos dictaminan que debido a su pasada experiencia en las prisiones rusas sufre crisis nerviosas, se siente perseguido, reacciona a los estímulos negativos con subidas de la tensión sanguínea y pérdidas de conciencia y, en lo que a su situación coronaria se refiere, es alta la probabilidad de que sufra un nuevo infarto grave si se ve sometido, en esas condiciones físicas y psíquicas, al estrés de un proceso penal.

Así fue como dio comienzo toda una larga serie de intentos de procesar a K por sus, al parecer, numerosos crímenes como nazi³, procesos que siempre estuvieron condicionados por ese debate sobre si, dada su quebradiza salud, resultaba conforme a derecho o no someterlo al juicio oral. Se suceden los dictámenes médicos, siempre coincidentes en que la salud de K está en peligro, aunque discrepantes a veces en el grado de probabilidad con que cabría esperar un infarto si se le pone ante el juez en el juicio. Finalmente, en uno de esos procedimientos un tribunal de Hamburgo ordena la apertura de juicio oral contra K basándose en algunos dictámenes médicos que afirman que la probabilidad del infarto no es superior al cincuenta por ciento y que, de producirse, no resultaría necesariamente mortal. Justifica tal tribunal la medida alegando que el principio de proporcionalidad impone que el juicio oral no se abra solamente en el caso de que estuviera acreditado que por causa de la mala salud del señor K resultara

³ Un ejemplo más: en 1972 un tribunal de Hamburgo le abre sumario porque, como Director de la policía de la ciudad de Posen, K había ordenado, con alevosía y movido por el odio racial, la ejecución antijurídica de al menos veintiséis presos judíos.

“muy probable” la reacción con alto riesgo para su vida. En opinión del tribunal, ese riesgo en torno al cincuenta por ciento no equivalía a hacer “muy probable” el desenlace contra la vida o la salud de K.

Comunicada la apertura de juicio a K éste padece un deterioro de su estado y es ingresado en un hospital y los médicos certifican un inminente riesgo de infarto. K interpone *Verfassungsbeschwerde* ante el Tribunal Constitucional, a fin de que el juicio contra él no continúe debido al grave peligro en que pone su vida y su salud, derechos protegidos por el artículo 2 párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental de Bonn, entre otros. Dicho precepto tiene el siguiente tenor: “Toda persona tienen derecho a la vida y a la integridad física” (*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*).

El Tribunal dará la razón al recurrente. Ahora nos toca examinar el fundamento de su resolución paso a paso, preguntándonos si en verdad trató las normas concurrentes como principios y los ponderó..., o si hizo lo de siempre: interpretar normas, valorar pruebas y calificar hechos, todo ello en ejercicio de su discrecionalidad y mejor o peor argumentado. Veamos.

Esta parte de la sentencia comienza resumiendo las alegaciones del recurrente, señor K, y del tribunal de Hamburgo que justificaba la apertura del juicio oral contra K. K aducía que aquel tribunal había vulnerado “el ámbito de protección” del art. 2 apartado 2 párrafo 1 LF, sin tener en cuenta que “el principio de proporcionalidad prohíbe abrir juicio oral contra el acusado cuando conlleva peligro para la vida y la salud de éste y son escasas las posibilidades de condena”. Según el recurrente, los dictámenes médicos muestran que en esa situación es alto el peligro de infarto. Por su parte, el tribunal de Hamburgo entendía que, en efecto, había de tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad en el caso en relación con el posible daño para el derecho a la salud de K. Se plantea el conflicto entre la obligación estatal de persecución penal y el derecho a la salud de K., pero, según el tribunal hamburgués, el límite para aquella obligación del Estado se alcanza solo cuando hay certeza de que K sufrirá un infarto si hay juicio, y esa certeza plena no existe en el caso. Vemos, pues, a las dos partes manejando el principio de proporcionalidad y proponiendo distintas escalas o umbrales de peso para su aplicación.

Seguidamente se pasa a motivar el fallo favorable al recurso de K. Acompañemos paso a paso al Tribunal Constitucional en su motivación.

“La decisión recurrida vulnera el derecho fundamental del recurrente en amparo a la vida y la integridad corporal”. Es la primera afirmación en esta parte. A continuación se explica que “el aseguramiento de la paz jurídica por medio de la administración de justicia penal es de siempre una importante tarea de los poderes públicos”. Existe un interés general en la garantía y adecuado funcionamiento de la administración de justicia penal, “sin la que la justicia no puede hacerse valer”. “El Estado de Derecho sólo puede realizarse si está asegurado que el autor de un delito es juzgado en el marco de la legalidad establecida y sometido a una pena justa”. Todo ello justifica que el procesamiento de un acusado no pueda depender de la voluntad de éste o de su disposición a someterse y colaborar con la justicia. Es más, ha de velarse porque el acusado no condicione el desarrollo del proceso mediante, por ejemplo, el fingimiento o agravamiento deliberado de enfermedades. La propia normativa procesal (parágrafos 230 y 231 de la Ley Procesal penal —StPO—) permite que en ciertos casos el juicio oral se celebre en ausencia del acusado, incluso en supuestos en los que al acusado no se le ha podido aún notificar su procesamiento.

Pero “la obligación constitucional de una adecuada administración de la justicia penal no justifica la práctica del proceso penal en cualquier caso de sospecha de crimen”. Tal ocurre cuando están en riesgo derechos fundamentales que también forman parte de la base del Estado de Derecho. En particular, así sucede cuando por el estado de salud de un acusado:

es de temer que en caso de prosecución del proceso penal pierda la vida o padezca graves daños de su salud. En tales casos surge una tensión (*Spannungsverhältnis*) entre la obligación del Estado de velar por el adecuado funcionamiento de la administración de justicia penal y el interés del acusado por mantener incólumes los derechos fundamentales que la Constitución le atribuye y a cuya protección está también el Estado obligado. Ninguno de esos dos bienes disfruta *sin más* de la prioridad sobre el otro. Ni puede la pretensión penal del Estado imponerse sin tomar en consideración los derechos fundamentales del acusado, ni justifica cualquier riesgo para dichos derechos la subordinación de aquella pretensión.

Lo que aquí existe, según la sentencia, es un “conflicto” que, conforme al “principio de proporcionalidad”, debe ser resuelto mediante la “ponderación (*Abwägung*) de los intereses contrapuestos”. Si de esa ponderación resulta que pesan “esencialmente más” en el caso los intereses del acusado, prevalecerá su derecho a la vida y a integridad física. “Para el enjuiciamiento de esta cuestión debe atenderse ante todo al modo, alcance y duración previsible del proceso penal, al modo e intensidad del daño que se teme y a las posibilidades de evitar dicho daño”. “Si existe un peligro cierto y concreto de que la realización del juicio oral acabe con la vida del acusado o le cause graves daños a su salud, resultará que la prosecución del proceso vulnera su derecho fundamental del artículo 2 apartado 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental”. No se trata de que un mero peligro para el derecho fundamental impida la culminación del proceso, sino de atender a si existe efectivamente vulneración del mismo. “Tal vulneración en sentido amplio existe siempre que quepa seriamente temer que la continuación del proceso acabe con la vida del acusado o provoque graves daños a su salud”. En tal circunstancia predomina el derecho del acusado a la protección de su derecho a la vida y la salud.

Sentados así los supuestos normativos, pasa el Tribunal a valorar los hechos. ¿Se da tal grado requerido de peligro para la vida del acusado? Depende de la probabilidad del daño que se constate. La resolución judicial recurrida fijó dejar sin efecto el proceso si hay una probabilidad “fuera de toda duda” de tales daños para el acusado y, como no es tal el grado de certeza en el caso, determinó que se abriera el juicio oral. Tal planteamiento ha rebasado el límite admisible y supone vulneración del derecho a la vida del acusado. No se ha aplicado, por tanto, el criterio adecuado para la protección del ese derecho fundamental.

La sentencia acaba con un párrafo que merece traducción y cita por entero:

Quando el juez penal, como aquí, ha de juzgar la aptitud del acusado para ser sometido al juicio oral, para que su decisión se atenga a los parámetros constitucionales no basta que tome en cuenta de modo inobjetable el patrón resultante de las normas y principios de la Ley Fundamental. Más bien debe el juez en tales casos, al aplicar tal patrón, ponderar unos contra otros los puntos de vista determinantes para su decisión, con lo que el diferente peso de los elementos ponderables adquiere para el resul-

tado final importancia decisiva (...). Ahí entra en juego la consideración de *todas* las circunstancias personales y fácticas del caso, especialmente la valoración *conjunta* de los dictámenes sobre los hechos de los que el tribunal disponga y que puedan ser relevantes para la decisión. Pero no es necesario decidir aquí si la resolución recurrida es constitucionalmente admisible bajo tal punto de vista, pues el mero empleo de un criterio decisorio contrario a la Constitución es razón bastante para dejarla sin efecto.

¿Qué nos está diciendo este párrafo final? Que no es necesaria en realidad la ponderación, pues lo que invalida la resolución cuestionada es el hecho de que el tribunal ha aplicado un canon normativo inadecuado. ¿Cuál sería dicho canon o patrón decisorio? Sin duda, en mi opinión, un mal entendimiento, una mala interpretación de la norma contenida en el artículo 2 de la Ley Fundamental.

Lo que se está manteniendo en la sentencia es que el derecho a la vida y a la integridad física del ciudadano abarca una serie de supuestos que conforman lo que se puede llamar el ámbito de protección de tal derecho. Uno de esos supuestos es el consistente en el sometimiento a un proceso judicial que ponga en serio peligro la vida del acusado. Se está, pues, delimitando con carácter general el alcance del artículo 2 apartado dos párrafo 1, aunque ciertamente a partir del caso concreto que en la sentencia se analiza. En la terminología tradicional, se está optando por una interpretación extensiva de tal precepto. A partir de ahí, lo que el Tribunal hace es razonar sobre los hechos, para ver si son subsumibles bajo esa norma así interpretada, en cuyo caso no se puede procesar al acusado, porque lo protege tal derecho del art. 2, o si, por el contrario, no son los hechos subsumibles bajo tal precepto, de manera que no opera éste como impedimento para el proceso.

Así pues, no se ponderan las circunstancias del caso para ver si pesa más un derecho u otro, sino que se analizan a fin de establecer si aquella subsunción cabe o no. No se pesan ni los derechos ni los concretos hechos, sino que el razonamiento del Tribunal sigue los pasos siguientes:

- a) Existe una norma constitucional, el art. 2 apartado dos, párrafo 1 de la Ley Fundamental, que ampara, como derecho fundamental, el derecho a la vida y a la integridad física de los ciudadanos.

- b) La ley procesal establece los mecanismos y garantías para que un ciudadano pueda ser acusado y procesado por delitos. Tal actuar del Estado está justificado por la función que a las instituciones públicas les compete para la protección de los ciudadanos y la salvaguarda de su seguridad.
- c) El conflicto normativo se plantea cuando, debido al estado de salud de un acusado, el desarrollo del correspondiente proceso penal contra él hace peligrar su vida con un elevado grado de probabilidad.
- d) Según el alcance que se confiera a la esfera de protección de dicha norma que garantiza el derecho a la vida y a la integridad física, se podrá entender la misma vulnerada o no por la celebración del proceso judicial que hace peligrar la vida del acusado con un alto grado de probabilidad.
- e) El tribunal anterior razonó que la mera probabilidad, que no certeza, de que la salud del acusado sufriera grave quebranto, con posible muerte, por la celebración del juicio contra él no suponía vulneración del referido artículo protector del derecho a la vida. Por tanto, viene ese tribunal a decir que la puesta seria en peligro de la vida del acusado por causa del proceso no encaja bajo el ámbito protector del derecho a la vida y, por consiguiente, no es vulneración de aquel precepto.
- f) El Tribunal Constitucional realiza del artículo 2 una interpretación distinta, extensiva y no restrictiva, de manera que dicha puesta en grave riesgo de la vida del acusado se considera vulneración del derecho a la vida.
- g) Afirmada la interpretación anterior del “derecho a la vida y a la integridad física” del artículo 2, toca ver si en el caso existe el nivel de riesgo para la vida que suponga una tal vulneración del “derecho a la vida”, así entendido.
- h) Para esa *valoración de los hechos* a la luz de la norma así interpretada, el Tribunal Constitucional afirma que han de tomarse en consideración las siguientes circunstancias: tipo, alcance y duración previsible del proceso penal, tipo e intensidad del daño temible y posibilidades de evitación o aminoración de dicho daño (por ejemplo, mediante aplicación de medicación).

- i) Vistos los hechos del caso, y en particular los correspondientes dictámenes médicos, el Tribunal Constitucional concluye que la probabilidad del daño es alta y difícilmente evitable si el juicio sigue su curso.
- j) En consecuencia, y puesto que (i) la grave puesta en peligro de la vida de un acusado en un proceso penal se considera atentado contra el derecho a la vida reconocido en el artículo 2, apartado 1 párrafo 1, y que (ii) en el caso de autos se da una grave puesta en peligro de la vida de este acusado si el juicio oral se realiza, se llega a la conclusión: (iii) el someter a este acusado al proceso atenta contra su derecho a la vida y, por consiguiente, está constitucionalmente vedado, vedado por el citado artículo de la Constitución.

Ilustremos el razonamiento mediante un esquema aún más claro.

1. (Norma de referencia: art. 2...LF) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física.
2. (Enunciado interpretativo): Del derecho a la vida forma parte el derecho a que la vida de un sujeto no sea gravemente puesta en peligro con alta probabilidad al someterlo a un juicio penal.
3. (Enunciado fáctico) En virtud de las circunstancias a, b, c..., atinentes al estado de salud del sujeto K, someterlo a un juicio penal pone en grave peligro su vida.
4. (Conclusión) El sometimiento de K al juicio penal supone vulneración de su derecho a la vida.

¿Hemos asistido a la resolución mediante ponderación de un conflicto entre principios perfectamente distinto de un conflicto entre reglas que haya que solventar excluyendo la validez o aplicabilidad al caso de una de ellas? En modo alguno.

Repito, en el caso del *Bundesverfassungsgericht* que acabamos de resumir el Tribunal no pondera principios basándose en las circunstancias fácticas, sino que, movido por la necesidad de subsumir los hechos del caso bajo una norma u otra, realiza una interpretación del enunciado general del art. 2 apartado 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental y, en función de la misma, subsume tales hechos para extraer de esa norma la solución. Que para elegir de entre las interpretaciones posibles tenga el Tribunal que realizar valoraciones, que establecer

preferencias valorativas y fundamentarlas, y que lo haga así teniendo como referencia los hechos del caso, no cambia absolutamente nada del proceder usual en cualquier caso ordinario y de aplicación de cualesquiera tipos de normas; no cambia nada respecto a o por comparación con lo que haría un tribunal en el litigio entre propiedad y servidumbre de paso, por ejemplo.

2. SEGUNDO EJEMPLO DE ALEXY. SOBRE EL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA *BVERFGE* 86, *1-TITANIC/”GEB. MÖRDER*

Aquí defenderé de nuevo que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto tiene su contenido determinado por las decisiones interpretativas previas, por lo que la relevancia práctica o real de dicha ponderación última es muy escasa y claramente subordinada.

Alexy presenta esta Sentencia como caso prototípico de utilización adecuada del método de ponderación, concretamente de aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto, según la cual “Cuan-to mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴.

Nosotros sostenemos dos tesis. Una de carácter general: las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son solo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras. Y otra referida a esta Sentencia que se analiza: es más comprensible y aparenta mayor racionalidad (por ser más tangibles y más abiertamente analizables y

⁴ Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, España, p. 31. Traducción del alemán a cargo de Carlos Bernal. Del mismo trabajo y con idéntica traducción, y con presentación de Francisco Rubio Llorente, hay edición independiente en Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004. Aquí citaremos por la primera publicación mencionada.

argumentables los parámetros utilizados) si se reconstruye según un procedimiento interpretativo/subsuntivo que si se presenta, tal como hace Alexy, como ejemplo de aplicación del método de ponderación. Repasemos el caso⁵.

La revista satírica *Titanic* tenía una sección permanente titulada “Las siete personalidades más lamentables”. En dicha sección era común que a los nombres de los aludidos les acompañara algún tipo de apelativo, a veces explicado en el propio texto. Varias veces el nombre del aludido iba acompañado de la expresión “geb...”, traducible por “nacido...”⁶. Hasta al presidente de la República se lo presentó así, “Richard von Weizsäcker (*geb. Bürger* —ciudadano—)”, en tono satírico.

Un oficial del ejército en la reserva y que está parapléjico por causa de un accidente de tráfico, consiguió, después de varias solicitudes e intentos, ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares. Argumentaba que su cabeza funcionaba perfectamente y que podía ser útil en tales ejercicios por sus conocimientos del idioma checo. El caso apareció en el periódico *Bild am Sonntag* como información curiosa. *Titanic* incluye a este hombre en la sección de los siete personajes más lamentables y se refiere a él con su nombre y el añadido “geb. Mörder”, es decir, “nacido asesino”.

No hay que perder de vista que había recaído poco antes la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en la que absolvía a quien había dicho públicamente que todo soldado es un asesino potencial (*potentieller Mörder*), y hasta el Presidente de la República había participado en la consiguiente polémica, defendiendo a los militares.

Dicho militar interpone demanda contra *Titanic* por daño a su honor. *Titanic* publica entonces, en la sección de “cartas al lector” una

⁵ Una presentación muy simplificada puede verse en Alexy, Robert, *ibid.*, p. 34. Creo que es necesaria aquí una presentación más detallada de los hechos, a fin de poder entender los distintos argumentos que se manejan y su sentido.

⁶ Es común esta expresión en Alemania al referirse a las mujeres casadas, que toman el apellido del marido. Por ej., en la misma revista se hablaba de Desiree Becker, “geb. Nosbusch”, y con ello se expresaba humorísticamente que el apellido de soltera de dicha señora era Nosbusch.

nota de la propia Redacción en la que, entre otras críticas, se llama al militar “tullido”⁷ (*Krüppel*).

El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por las dos ofensas al honor. El *Bundesverfassungsgericht* considera que no hay tal ofensa al honor al apostrofarlo como “geb. Mörder”, pero sí al llamarlo tullido.

Observemos ahora la lectura que hace Alexy.

Alexy, tomando pie en una expresión utilizada por el propio BVerfGE en la Sentencia dice que dicho Tribunal “llevó a cabo una ‘ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto’, entre la libertad de expresión de la revista implicada (art. 5.1, apartado 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (art. 2.1 LF en conexión con el art. 1.1. LF). Para tal fin —continúa Alexy— el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación”⁸. Según Alexy, en el primer caso (*geb. Mörder*) se considera que la condena de la revista a indemnizar es una limitación grave de la libertad de expresión, mientras que la afectación del derecho al honor tendría como máximo una afectación de grado medio, por tratarse de una sátira y ser una fórmula empleada también en otras ocasiones y con otros personajes. Así que, comparadas ambas magnitudes, el BVerfGE habría comprobado que la condena de *Titanic* resultaba “desproporcionada”.

Y, siguiendo con Alexy, en lo referido a la segunda expresión cuestionada (“tullido”) el Tribunal habría comprobado que se trata de una vulneración “muy grave o extraordinariamente grave” del derecho al honor, pues es expresión humillante y que manifiesta falta de

⁷ El texto dice lo siguiente, en traducción apresurada: “El hecho de que un tullido, en concreto usted, esté en disposición de prestar servicio en una organización, el ejército, cuya finalidad es convertir a hombres en tullidos o matarlos, es algo que nos pareció obsceno y que nos hizo nombrarle una de las siete personalidades más lamentables del mes de marzo. Encontramos odioso el hecho siguiente, que nos trae a la mente nuestras anteriores dudas sobre si usted estaría bien de la cabeza, y que consistió en que por medio de abogado nos reclama como indemnización más de cincuenta mil marcos porque ‘el peso jurídico y objetivo de la ofensa pública de nuestro mandante’ ‘es mucho mayor’ que si nos hubiésemos burlado de una persona sana. ¿O cómo llamaría usted la degradación jurídica de los sanos a personas de segunda clase? [...] Así que nos veremos ante el juez”.

⁸ Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*” ..., cit., p. 34.

respeto. Así que, en este caso, la grave intervención en la libertad de expresión que supone la condena a indemnizar está compensada por la gravedad por lo menos idéntica del atentado contra el derecho al honor.

Procedamos ahora a la reconstrucción de la Sentencia bajo esquema interpretativo/subsuntivo, prescindiendo de ponderaciones de principios.

De lenguaje y esquema ponderativo no hay en esta Sentencia más que el párrafo que menciona Alexy⁹. En todo lo demás podemos leerla y reconstruirla como un caso perfectamente normal y habitual de interpretación/subsunción, uno de tantos. Hagamos primero una representación puramente esquemática y meramente aproximativa.

La situación normativa es la siguiente. Hay una norma constitucional (Art. 5 aptdo. 1, párrafo 1 LF) que consagra la libertad de expresión. Hay otra norma constitucional (Art. 5 aptdo. 2 LF) que establece como límites a tal libertad de expresión los que disponga con carácter general la ley, y la protección de la juventud y el honor de las personas¹⁰. Podemos, pues, traducir simplifícadamente esto del siguiente modo, en lo que aquí interesa:

Está permitida toda expresión que no atente¹¹ contra el honor de las personas.

⁹ Dice así (subrayo la parte que cita Alexy): “La libertad de expresión no está ilimitadamente garantizada por la Constitución, sino que halla sus límites con arreglo al art. 5, apartado 2 de la Constitución, en los preceptos de la ley general, en las determinaciones legales sobre protección de la juventud y del honor personal. Estos preceptos deben, a su vez, ser interpretados a la luz del derecho fundamental que limitan, a fin de que su significado valorativo se muestre también a la hora de su aplicación. *Esto lleva generalmente a una ponderación casuística entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el bien protegido por la ley que limita el derecho fundamental*”. Si se tratara de discutir con total minucia, podríamos decir que en la frase anterior a esta última en que habla de ponderación, habla también de interpretación. Y que, o se trata de interpretar, o de ponderar, con lo que una de las dos expresiones la utiliza el Tribunal en un cierto tono metafórico o meramente aproximativo.

¹⁰ Como se ve, la situación es muy similar a la recogida en la Constitución Española en el art. 20.

¹¹ Entre otras cosas.

En representación formal (x = cualquier expresión; h = honor; $\neg$ = negación):

$$(1) Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$$

La discusión versa sobre si “geb. Mörder” y “Krüppel” (que representamos indistintamente como “e”) constituyen o no casos de atentados contra el honor. Ahora bien, “nacido asesino” y “tullido” no son o dejan de ser, sin más, atentados al honor; es decir no se subsumen automáticamente o de manera perfectamente evidente bajo la categoría de “expresiones atentatorias contra el honor”. Son casos dudosos, caen en lo que habitualmente llamamos la zona de penumbra del enunciado normativo. De manera que habrá que concretar su adscripción o no a dicha categoría, mediante un razonamiento que es un razonamiento interpretativo y que sigue los esquemas habituales de éstos.

Se comienza por acotar categorías de grado de abstracción intermedio entre esos dos polos (los concretos calificativos —“nacido asesino”, “tullido”— y el derecho al honor). Se usan aquí los dos siguientes: sátira e insulto¹². Una sátira no es un atentado contra el honor; un insulto, sí.

Una sátira (s) no supone un atentado contra el honor:

$$(2) s \rightarrow \neg (\neg h)$$

Lo que vale tanto como decir que es compatible con el respeto debido al honor:

$$(2') s \rightarrow h$$

En cambio, un insulto (i) sí daña el derecho al honor:

$$(3) i \rightarrow \neg h$$

Cabe, y es conveniente siempre que sea posible, definir mediante sus características esas categorías. Así veremos más abajo qué hace el Tribunal con la noción de sátira. Así que si lo que define la sátira es la posesión de las notas (n) 1, 2 y 3, tenemos que:

$$(4) (n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$$

¹² Veremos que en el caso estos argumentos se hacen aún más complejos, pero en esta misma línea de razonamiento interpretativo.

Con lo que, por lo que ya sabemos:

$$(5) [(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$$

Pero tampoco es automática la calificación o subsunción de cualquiera de esas dos expresiones como sátira o insulto. De modo que hacen falta nuevos pasos en ese proceso de interpretación concretizadora. Con ese fin habrá que invocar diferentes circunstancias que operan en favor de una u otra opción. Tales circunstancias pueden ser de muy distinto tipo: semánticas, intencionales, históricas, sociológicas, etc. Su fuerza es proporcional a su grado de evidencia y a la capacidad de convicción de su uso argumentativo¹³.

En un nuevo paso de este razonamiento interpretativo/subsuntivo, habrá que echar mano en la argumentación de esas circunstancias en favor o en contra de entender que las expresiones que se discuten (“nacido asesino”, “tullido”) sean sátiras o insultos. Si llamamos “c” a esas circunstancias, podemos representar así ese paso:

$$(6) [(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)$$

Con lo que, en función de cómo despejemos s/i resultará que la expresión “e” está o no está permitida:

$$(7) [(c1...cn \rightarrow n1...nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)] \rightarrow Pe/\neg Pe$$

Queda, pues, esquematizado así todo el proceso:

$$(1) Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$$

$$(2') s \rightarrow h$$

$$(3) i \rightarrow \neg h$$

$$(4) (n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$$

$$(5) [(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3 \rightarrow s] \rightarrow h$$

$$(6) (c1...cn \rightarrow n1...nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)$$

$$(7) [(c1...cn \rightarrow n1...nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)] \rightarrow Pe/\neg Pe$$

Y vemos que a lo largo de este razonamiento en ningún momento se han ponderado o sopesado derechos, ni en abstracto ni a la luz de las circunstancias del caso. *Lo único que se sopesa son las razones que*

¹³ Y estas dos magnitudes pueden contrapesarse: a mayor evidencia, menor importancia de la fuerza argumentativa expresa; y a la inversa.

avalan cada paso en ese proceso de concreción interpretativa. Se sopesan razones interpretativas, es decir, razones para adscribir significados o, dicho de otra forma, razones para admitir que una determinada categoría encaja (se subsume) o no bajo la referencia de una categoría más general. Así (2) es resultado de valorar (ponderar) las razones por las que una sátira no se considera incompatible con el respeto al honor; (3) es el resultado de valorar (ponderar) las razones por las que se considera que un insulto atenta contra el honor; (4) es el resultado de valorar (ponderar) cuál es la mejor definición de sátira, cuáles son sus notas definitorias; (6) es el resultado de valorar (ponderar) la relevancia de las circunstancias concurrentes, a efectos de ver si estamos o no bajo una conducta que encaja o no bajo las categorías de sátira o insulto, definidas con arreglo al paso anterior, en su caso.

Bien claro queda, por tanto, que si hablamos de un procedimiento de carácter interpretativo/subsuntivo no es para referirnos a ningún proceder automático o puramente formal, sino a uno presidido, en lo material, por procesos valorativos, dentro de un marco de posibilidades semánticamente acotado. Pero tampoco se trata de que este proceder o el de la ponderación entre principios, al modo que propone Alexy, sean dos maneras de presentar lo mismo o no tengan más relevancia que la de divertimento intelectual. Mi tesis es que el rigor y los controles posibles son claramente distintos en un caso y otro. Pero eso lo fundamentaré en otro lugar. Baste aquí meramente mencionar algunas consecuencias: 1) No hay (o no tiene por qué haber) diferencia cualitativa entre decisiones en materia de conflictos entre derechos fundamentales o en cualquier otro caso de conflicto jurídico. 2) No hay diferencia cualitativa entre el tipo de normas que Alexy llama reglas y las que llama principios. 3) A los Tribunales Constitucionales no los especifica la aplicación de ningún método peculiar o propio. 4) Su diferencia, si la hay, con los tribunales de la jurisdicción ordinaria habrá que buscarla en otros lados, y posiblemente sea meramente competencial. 5) En consecuencia, no podrá ser la invocación de su método o perspectiva propios lo que sirva de pretexto a los Tribunales Constitucionales para ampliar sus competencias más allá de lo que es la dicción de las normas constitucionales o legales que se la atribuyen.

Vamos ahora a seguir, ya en concreto, los pasos de la Sentencia que comentamos. La tesis es, ya lo he dicho, que esta Sentencia responde al esquema interpretativo/subsuntivo que acabamos de dibujar, no a

un modelo supuestamente alternativo de decisión ponderativa entre derechos.

Comencemos por las alegaciones de las partes.

El militar ofendido argumenta lo siguiente:

- La expresión “geb. Mörder” trata de despertar en los lectores la impresión de que él es un asesino nato, que posee una innata propensión a matar.
- La humillación está presente también en la insinuación de que tiene dañada su salud mental, insinuación que se repite, bajo diversas formas, en los dos números de *Titanic*.
- La expresión “tullido” es claramente peyorativa y está hecha con propósito de humillar y degradar al aludido.
- No cabe justificar dichas expresiones como sátira permitida. Es dudoso, en primer lugar, que se pueda hablar propiamente aquí de una sátira. La sátira se define como una forma expresiva en la que un aspecto de realidad se presenta como broma o burla, pero no de modo directo, sino indirecto, como imitación o remedo¹⁴. Esa artificiosa deformación de la realidad falta en la publicación que se discute, en la que se refleja la realidad pero con propósito crítico y ridiculizador. En segundo lugar, no todo lo que se publica en una revista que se define como satírica y que se dirige a un lector que entiende el tono satírico es sátira por ese solo hecho.
- Aunque verdaderamente lo publicado mereciera el calificativo de sátira, y, con ello, se analice como obra literaria, no por ello deja de contener un grave atentado antijurídico contra los derechos de la personalidad. Ni siquiera a un escritor o un artista le está permitido degradar y humillar a otro en su obra.
- Lo determinante es la intención de burla y humillación con que los textos están escritos, lo cual se muestra a las claras con la elección de los términos usados.

Por su parte, la revista *Titanic* argumenta lo siguiente:

¹⁴ “Eine Kunstform, in der sich der ‘an einer Norm orientierte Spott über Erscheinungen der Wirklichkeit’ nicht direkt, sondern indirekt, durch die ästhetische Nachahmung eben dieser Wirklichkeit ausdrücke”.

- En los textos prevalece claramente el carácter satírico-literario, por lo que están protegidos por la libertad artística.
- La comprensión de la sátira presupone un lector avezado al lenguaje satírico. Ese es el tipo de lector de *Titanic* y a él se dirige lo que la revista pública. Por tanto, el lector experto de sátiras entenderá que lo dicho del militar es pura sátira y no humillación o insulto. El lector de sátira sabe que en cualquier escrito satírico lo dicho no se toma al pie de la letra, sino que hay que entenderlo siempre cargado de exageración y adorno.
- No es cierto que la expresión “geb. Mörder” indique que el militar aludido tenga una propensión innata a asesinar, que sea un asesino nato. Se está aludiendo al oficio de los soldados, entrenados para matar, y todo ello en el contexto de la polémica anterior sobre si los soldados son asesinos potenciales.
- Las alusiones irónicas al estado mental del militar no pretenden calificarlo como demente, sino resaltar lo inusual e incomprendible de su pretensión de participar en unos ejercicios militares, pese a hallarse físicamente impedido. Esa opinión está amparada por la libertad de expresión, pues, bien entendida, no encierra una crítica injuriosa.
- En lo publicado como “carta al lector” la expresión “tullido”, que en sí misma es rechazable, debe ser entendida en el contexto de la polémica sobre la Sentencia referida a los soldados (*Frankfurter Soldatenurteil*), a propósito de la que se discute si el oficio de soldado consiste en matar a otros o dejarlos tullidos.

Vemos que los argumentos de las partes se resumen así: el militar alega que no es sátira, sino expresión directamente ofensiva y atentatoria contra el honor, y que aunque fuera sátira tampoco dejaría de existir y ser relevante el atentado al honor, especialmente por ser injuriosa la intención de la revista; por su parte, *Titanic* argumenta que sí es sátira y no hay ninguna intención injuriosa, por lo que lo publicado queda plenamente amparado por la libertad de expresión.

Ahora veamos los argumentos del *Bundesverfassungsgericht*, con los que va a sostener que la expresión “geb. Mörder” es admisible, pues no atenta contra el derecho al honor, y que el calificativo “tullido”, en cambio, si es ilícito, pues vulnera tal derecho. Estos son los argumentos:

- La publicación primera tiene los caracteres de la sátira. Ahora bien, por el hecho de ser satírica ya no está, sin más, amparada una publicación por el la libertad de expresión. “*Satire kann Kunst sein; nicht jede Satire ist jedoch Kunst*” (la sátira puede ser arte; pero no toda sátira es arte). La libertad artística (*Kunstfreiheit*) solo protege la sátira que sea arte, no a la que es un simple medio expresivo de opiniones o críticas.
- A las expresiones que se acogen bajo la libertad de expresión no se les puede atribuir ningún contenido o significado que manifiestamente el autor no les atribuiría.
- El establecer sanciones, tanto penales como civiles, para las expresiones tiene un efecto preventivo y disuasorio, y disminuyen la disposición a hacer uso en el futuro del derecho a expresarse libremente. Ése es el peligro que aquí existe: una revista satírica como *Titanic* puede ser obligada a dejar su actividad si los jueces desconocen el alcance de la libertad de expresión y la limitan demasiado, sancionando por cada uso de la sátira propiamente dicha.
- Los caracteres de la sátira son “exageración” (*Übertreibung*), “caricatura” (*Verzerrung*) y “distanciamiento” (*Verfremdung*).
- El *Oberlandesgericht* (tribunal de segunda instancia) ha considerado que las dos expresiones que aquí se discuten atentan contra el honor y ha obligado a *Titanic* a indemnizar por las dos. En este recurso, interpuesto por *Titanic*, el BVerfGE se plantea así su propia tarea, y después de lo que ha dicho y hemos recogido: se ha de examinar si el *Oberlandesgericht* en su decisión ha tenido suficientemente en cuenta el sentido y el carácter del texto, y también se ha de investigar si el Tribunal ha calificado inadecuadamente las publicaciones como injuria formal o crítica insultante, con la consecuencia de que no gozarían del mismo grado de protección del derecho fundamental que si fueran expresiones que pudieran ser vistas como juicio de valor sin carácter injurioso o insultante.

Es de suma importancia reparar en este párrafo. En él se aprecia que el Tribunal está aplicando una “lógica” puramente binaria, que su planteamiento es de tipo “o... o...”, no una “lógica” ponderativa. Lo que nos dice el Tribunal es: i) Que o se trata de atentados contra

el honor, en cuyo caso son ilícitos por definición y es adecuada la sanción, o no se trata de atentados contra el honor, en cuyo caso son lícito ejercicio de la libertad de expresión. ii) Que siempre y por definición hay atentado contra el honor cuando se está ante injurias (*Formalbeleidigung*) o ante críticas insultantes (*Schmähkritik*). iii) Que, en cambio, no atentan contra el honor los meros juicios de valor, aunque sean críticos, cuando no tienen ese carácter injurioso o insultante. iv) Que una expresión o *cae bajo uno o bajo uno o bajo otro de tales conjuntos* (injuria y/o insulto vs. juicio de valor no injurioso ni insultante), pero que no caben combinaciones intermedias; que son conjuntos sin elementos comunes, conjuntos disjuntos. v) Que lo que el Tribunal Constitucional tiene que hacer al resolver recursos como éste es ver si el Tribunal de instancia ha realizado correctamente la adscripción de las expresiones en cuestión a uno u otro de esos dos conjuntos. Por tanto, si una expresión “e” daña el derecho al honor, no es en modo alguno ejercicio del derecho de libertad de expresión; y si esa expresión “e” es ejercicio del derecho de libertad de expresión no es en modo alguno atentatoria contra el derecho al honor. *Tertium non datur*¹⁵.

¹⁵ Así es siempre que la relación entre los derechos fundamentales se plantea en los siguientes términos: d¹ está limitado por d². Así es como ocurre con la relación entre la libertad de expresión (e información) y el derecho al honor (y otros, como la protección de la infancia) tanto en Alemania como en España. Por eso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre este asunto no hay tampoco ni rastro de lo que propiamente merezca el nombre de ponderación (véase mi trabajo “Tres sentencias del Tribunal Constitucional. Ponderando el honor y la libertad de información”, *Diario La Ley*, núm. 6212, 17 de marzo de 2005). El esquema de razonamiento en estos casos es siempre interpretativo/subsuntivo, a partir de una norma cuya estructura, como ya se ha dicho es: $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$. “x” vale por expresión/información e “y” vale por “honor” o “protección de la infancia”, por ejemplo. De esta manera vemos que el derecho al honor o el derecho de la infancia a la protección están configurados como derechos absolutos (Oy). Por tanto, no pueden ser limitados en modo alguno. Cuando una expresión “e” se considera constitucionalmente permitida es porque se entiende que de ninguna manera daña el derecho al honor de un sujeto o el derecho de la infancia a su protección. Ésa es la razón por la que, como en esta misma Sentencia dice el *Bundesverfassungsgericht*, una interpretación maximalista o extensiva del derecho al honor, por ejemplo, llevaría a que nada negativo o crítico se pudiera decir de cualquiera y, con ello, a la práctica inhabilitación de la libertad de expresión.

Así pues, nada más lejos de los planteamientos ponderativos. Con un enfoque ponderativo el razonamiento sería así: i) la expresión “e” supone ejercicio de la libertad de expresión y, *al mismo tiempo*, supone daño para el derecho al honor; ii) dicha expresión “e” es lícita siempre y cuando que el beneficio para la libertad de expresión sea mayor que el daño para el derecho al honor; iii) la operación mediante la que se establece esa proporción daño/beneficio entre los dos derechos se llama ponderación; iv) la ponderación se hace caso por caso y su metro son las circunstancias del caso concreto.

Sigamos con los pasos del razonamiento de la Sentencia:

- La libertad de expresión tiene sus límites, según el art. 5.2 LF en lo que disponga la ley, en la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Pero a su vez estos límites deben ser “interpretados” a la luz del derecho que limitan, cuyo valor orientativo se hace valer en el plano de la decisión. “Esto conduce por regla general a una ponderación casuística entre el derecho a la libertad de expresión y el bien jurídico protegido por la ley limitadora de tal derecho fundamental”. A este párrafo ya me he referido anteriormente.

Que esto es así se ve aún mejor si trabajamos con el derecho de la infancia a la protección. Con un enfoque ponderativo sería admisible el contenido del siguiente enunciado: “cuando el derecho de un niño a la protección sufra un daño de grado medio y, en el caso, la libertad de expresión se beneficie en un grado alto, debe prevalecer la libertad de expresión”. Todos diríamos, en cambio, que el enunciado es jurídicamente inaceptable, pues ningún atentado contra el derecho de un niño a la protección puede justificarse con el beneficio para la libertad de expresión. Pues bien, lo mismo ocurre con el derecho al honor. Otra cosa es que los contenidos precisos del derecho al honor o del derecho de los niños a la protección deba establecerse por vía de *interpretación* de los correspondientes enunciados constitucionales; interpretación con propósito generalizador y no meramente de justicia del caso concreto; y que dicha interpretación debe tener un carácter sistemático, tomando en cuenta simultáneamente el sentido posible de todos los derechos en juego (aquí, libertad de expresión, de información, etc.) y buscando la coherencia del resultado final, de manera que la interpretación maximalista o totalmente extensiva de uno de los derechos no lleve a la práctica eliminación de algún otro.

Cuestión interesante es averiguar si el mismo esquema se aplica a la relación entre todos los derechos fundamentales, y a sus posibles conflictos, o si es peculiar de la relación entre la libertad de expresión/información y los derechos que la limitan. Mi hipótesis es la primera, pero no puedo desarrollarla aquí.

- En lo que se refiere a la expresión “geb. Mörder”, la decisión del *Oberlandesgericht* debe ser corregida, pues no ha hecho justicia al carácter satírico de tal expresión. En favor de ese carácter de sátira operan los siguientes argumentos:
 - a) Tiene las notas definitorias de la sátira.
 - b) La expresión aparece dentro de una rúbrica permanente y en la que siempre se procede así.
 - c) El lenguaje es el habitual, de tono chistoso y que pretende hacer reír, fin este que es el típico de la sátira.
 - d) El uso en otros momentos en la misma sección de la expresión “nacido...” demuestra que su propósito no es ofensivo, sino cómico.
 - e) En el contexto del momento estaba la discusión jurídica sobre si se podía llamar o no a los soldados “asesinos potenciales” (*potentielle Mörder*).
 - f) Para ver si una sátira encierra un propósito insultante o injurioso no se pueden tomar sus expresiones al pie de la letra, sino que tienen que ser desvestidas (*Entkleidung*) de su definitorio componente de exageración o caricatura. Ahí es donde el *Oberlandesgericht* yerra, pues toma la expresión “geb. Mörder” al pie de la letra, como si necesariamente significase asesino nato.

Así pues, la *conclusión* es que dicha expresión *no produce daño al honor, no que el daño sea pequeño, leve, poco relevante, etc.* Dicha *conclusión depende de la citada cadena de interpretaciones previas, no de una ponderación de grados de afectación positiva o negativa de los derechos.*

- En lo que se refiere a la expresión “tullido” (Krüppel), la solución es diferente: sí hay daño al honor y *por tanto*, no puede tratarse de ejercicio lícito de la libertad de expresión, por lo que acertó aquí el *Oberlandesgericht*. Los argumentos son los siguientes:
 - a) “Krüppel” es una expresión que no meramente se usa para describir la condición de inválido o impedido, o para designar al físicamente deforme, como se hacía en siglos pasados. Hoy en día calificar a alguien como tullido se entiende como

“humillación” (*Demütigung*), como degradante, equivale a minusvalorarlo. Ese cambio de significado se aprecia si se tiene en cuenta que también se usa la expresión para insultar o degradar a quienes no tienen ningún tipo de defecto físico.

- b) La lectura de la “carta al lector” muestra que la intención era calificar con ese término degradante al demandante, no a los soldados en general ni a ningún grupo.
- c) No puede servir como disculpa el que se tratara de una reacción frente a la demanda de indemnización por el reportaje anterior, pues nada había en tal demanda de agresivo o insultante.

En resumen conjunto, la expresión “geb. Mörder” no atenta contra el honor del demandante y es, por lo tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) objetivamente no es insultante o injurioso; y ii) porque no existía (o no está acreditada) una intención ofensiva o degradante. En cambio, la expresión “Krüppel” sí atenta contra el honor del demandante y no es, por tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) sí es objetivamente insultante, a tenor del significado que ha alcanzado y con el que suele usarse en nuestros días; y ii) ha sido proferida con intención vejatoria.

No es ponderar. Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2014, de 27 de enero

Esta sentencia del Tribunal Constitucional español, Sala Primera, con ponencia del magistrado Andrés Ollero, es una de tantísimas en las que se resuelve un conflicto entre derecho a la intimidad personal y libertad de información. Tiene la ventaja de que está argumentada con claridad, se esté de acuerdo o no con su contenido.

Esa claridad argumental y estilística me viene muy bien para, al hilo del análisis de la sentencia, defender nuevamente una vieja tesis mía: que no es cierto que este tipo de conflictos de derechos se resuelvan mediante una operación llamada ponderación, sino con un razonamiento interpretativo-subsuntivo común del todo. Lo de la ponderación sería o bien un nombre diferente para las valoraciones siempre presentes en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, o bien una excusa teórica amañada con el propósito de librarse de la argumentación sobre las valoraciones dirimientes del fallo, mientras se aparenta que se están pesando derechos a la luz de las circunstancias del caso.

Los hechos que dan pie a esta sentencia se resumen con facilidad. Una actriz llamada Mónica sale dos veces retratada en una revista de chismes; las dos veces en compañía de su novio, Luis, en la calle o en espacios públicos y en actitud cariñosa en algunas de tales instantáneas. Esa información gráfica va acompañada de pies de foto o titulares en los que se hacen juegos de palabras más o menos ocurrentes o de doble sentido. En alguna foto Mónica y Luis aparecen abrazándose o besándose. En cuanto a los comentarios, en uno de ellos se ve a los dos junto a la moto y se dice “Mónica como una moto”. Las fotografías fueron tomadas con teleobjetivo y a gran distancia, y se publicaron sin autorización de los retratados.

En las dos ocasiones presentaron Mónica y Luis demanda en ejercicio de acción de protección civil del derecho a la intimidad personal. En las dos la revista fue condenada en primera instancia por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los demandantes y se

estableció una indemnización de doce mil euros para cada uno. Las dos veces fue el caso a parar al Tribunal Supremo por vía de recurso de casación y en ambas el Tribunal Supremo habló de ponderación y absolvió a la revista.

Recurren en amparo ante el TC Mónica y Luis y en la sentencia que comentamos el TC admite el amparo y anula las sentencias absolutorias de la publicación.

Lo que me interesa analizar son los argumentos que el Tribunal Supremo utilizó y que el Tribunal Constitucional le va rebatiendo ordenadamente. En mi opinión, esta sentencia es solo una más entre su legión que nos enseñan que no hay en estos conflictos entre derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, por un lado, y derecho a la libertad de información o de expresión, por otra, ponderación ninguna, si por ponderación entendemos, o un método particular o una operación intelectual especial mediante la que se resuelven casos que son peculiares por consistir en conflictos de derechos, o en conflictos de derechos fundamentales. Simplemente se razona sobre si hay o no intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (en otras ocasiones, el derecho al honor o a la propia imagen), tal como las normas que recogen y desarrollan ese derecho, en la Constitución y la ley, lo enuncian y tal como esas normas vienen siendo interpretadas, en particular por el Tribunal Constitucional mismo. Es decir, no se arranca de que hay afectación positiva de un derecho, la libertad de información, aquí, y afectación negativa de otro, el derecho a la intimidad, y de pesar los dos derechos con la vista puesta en los hechos, para comprobar si es más lo que uno pierde o lo que otro gana. Nada de eso, en modo alguno.

Lo que en casos como este que vemos se razona y argumenta es únicamente si acontece intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, lo que es tanto como decir vulneración del derecho a la intimidad (pues no parece que tenga mucho sentido o sea especialmente útil hablar de intromisión legítima en el derecho a la intimidad y similares). Si se estima que sí, se mandará reponer al dañado en su derecho; si se estima que no, nada se mandará arreglar, pues ninguna norma se ha violado ni, por tanto, se ha vulnerado o afectado negativamente derecho de nadie. Exactamente igual que en cualquier caso normal y corriente, constitucional o infraconstitucional, en que una parte en el

proceso alegue que le respalda una norma y que esa norma le da un derecho, mientras que la otra parte aduce que le respalda otra norma, que esa otra norma le da también un derecho y que si él tiene ese derecho no puede tener el demandante, frente a él, aquél que invoca. O todos los casos en que las partes en cualquier proceso echan mano de normas de respaldo de sus pretensiones o de su defensa se resuelven ponderando o no se resuelve ninguno. Estructuralmente los conflictos de derechos fundamentales son exactamente iguales que los conflictos entre cualesquiera otros derechos infraconstitucionales, si bien la mayor parte de los derechos fundamentales (no todos) pueden considerarse más importantes que muchos derechos legales, y si bien los derechos fundamentales suelen estar en la Constitución recogidos con menos extensión y precisión que muchos derechos de base solo legal lo están en la ley y normas infralegales de desarrollo. Aunque también es cierto que dicho problema se atenúa en buena parte cuando nos hallamos ante derechos fundamentales desarrollados mediante la correspondiente ley orgánica, como sucede, en lo que a la intimidad, el honor y la propia imagen se refiere, con la Ley Orgánica 1/1982.

Vamos a verlo con esta sentencia del TC.

Los demandantes en ningún momento objetan la veracidad de las informaciones. No es ésa la cuestión debatida. Dice el TC que lo que su sentencia debe hacer es “analizar la ponderación que sobre los derechos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y la libertad de información (art. 20.1 CE) ha realizado el Tribunal Supremo en las Sentencias impugnadas”. Ahora bien, inmediatamente, en el mismo párrafo, añade esto otro:

En consecuencia, nos corresponde examinar si la publicación en dos números de la revista [...] de los controvertidos reportajes que contienen fotografías que reflejan ciertas muestras de afecto entre los demandantes, fotografías captadas y difundidas sin el consentimiento de estos, invadió ilegítimamente la esfera de la intimidad personal de los demandantes.

No es lo mismo y, por tanto, resulta forzado el “en consecuencia”.

Imaginemos un sistema jurídico en el que existieran estas dos normas:

N¹: El cónyuge que sufra una agresión física del otro tendrá derecho a solicitar y obtener el divorcio por esa mera causa.

N²: Cada cónyuge debe colaborar en las tareas domésticas y cada uno tendrá derecho a exigir del otro las actividades pertinentes a estos efectos.

A y B son marido y mujer. A está harto de pedirle a B que colabore en esas labores hogareñas, tales como cocinar, limpiar el polvo, hacer las camas, fregar los suelos, etc., pero B siempre le responde con absoluta indiferencia, si no desdén, y se sienta en el sofá a leer el periódico mientras A cumple con tales cargas. Un día, medio desesperado y en una tesitura así, A la emprende a golpes de escoba contra B, que resulta con lesiones leves en la espalda. B pide el divorcio con base en N¹, pero A aduce que lo respaldaba N² y que la suya fue una forma de exigir a B el cumplimiento de su obligación y a la vista de que las maneras más educadas no habían funcionado. En consecuencia, solicita A que se pondere si prevalece el derecho de B a divorciarse, a tenor de N¹, el derecho del mismo A a reclamar el derecho aludido en N² y a que tal reclamación se atienda. ¿Nos parecería adecuado que ahí se ponderara, caso por caso y tomando en consideración cosas tales como cuántos golpes de escoba le atizó A a B, en qué partes de su cuerpo, con qué intención de lesionar más o menos, con qué efectos, con aviso previo o sin él, estando la casa limpia o sucia, llevando más años casados o menos?

Me parece que casi todos estamos de acuerdo en que no hay nada que ponderar en ese caso del ejemplo. ¿Por qué? Pues porque o hubo agresión física o no la hubo. Si la hubo, se cumple, sin más, el supuesto de N¹ y, consiguientemente, se debe desplegar su consecuencia jurídica, la concesión a B del divorcio, si lo solicita. Pues el derecho de B consiste en poder pedir y obtener el divorcio si sufre de su consorte una agresión física, no en poder solicitarlo y tenerlo si padece una agresión física que pese más de lo que pesa el derecho del otro cónyuge a exigirle el cumplimiento de su obligación de participar en las labores caseras, debiendo comprobarse en cada ocasión si tiene más peso lo uno o lo otro. No, no es así, para nada. Cuando B solicita el divorcio alegando la agresión física de A, el pleito versará sobre si hubo o no hubo tal agresión física, no sobre si pesa más un derecho u otro. Por supuesto, la decisión no recaerá con ningún tipo de automatismo, como silogismo sencillo o simple subsunción ni nada por el estilo, sino que el juez tendrá que valorar cosas tales como qué hechos están probados o no, qué significa “agresión física” y, en el caso con-

creto, si los hechos probados encajan o no bajo la referencia concreta de agresión física que se establece mediante interpretación y en ese “ir y venir de la mirada” entre los hechos del caso y los significados posibles del enunciado normativo.

Y claro que puede haber supuestos muy dudosos, como cuando lo que se declara probado es que A le lanzó a B un estropajo a la cara o que le pellizcó las posaderas con fuerza o que le dio un pequeño pisotón que no le produjo lesión. ¿Son éstos casos de “agresión física” a tenor de N¹? También se decidirá mediante una elección valorativa entre interpretaciones posibles de “agresión física” en N¹, y se justificará esa elección con argumentos interpretativos, no ponderando ninguna cosa. Salvo, repito, que consideremos sinónimas las expresiones “ponderar” y “valorar”, en cuyo caso la teoría de la ponderación nada agregaría a la teoría clásica o estándar de la decisión judicial, o al menos a la teoría positivista de la decisión judicial, que la ve cargada de elementos de discrecionalidad y mediada por valoraciones del juez.

Exactamente lo mismo ocurre en un caso como el de la sentencia. Se trata de averiguar o establecer si hubo o no hubo vulneración del derecho a la intimidad o intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los demandantes, llamémoslo como queramos. Que la haya o no depende de cuáles sean los hechos del caso y de cómo se interprete lo que signifique intimidad y, correlativamente, lo que signifique vulneración de la intimidad o intromisión ilegítima en ese derecho. No depende de cuánto pese ahí el derecho de la revista a la libertad de información. Igual que en nuestro ejemplo ficticio de hace un momento el derecho de B a divorciarse, de conformidad con N¹, no dependía de cuánto pese en su caso el derecho de A a exigirle que eche una mano en casa o de cuál sea el peso de la obligación del mismo B de echar esa mano.

Lo que la Constitución y la legislación que desarrolla este derecho dice no es que yo tenga derecho a la intimidad a no ser que otro esté ejerciendo legítimamente su derecho a informar libremente, sino que yo tengo derecho a la intimidad. Implica esto que si se atenta contra mi intimidad, se vulnera mi derecho, y no hay más tutía. Por tanto, siempre que haya vulneración de mi derecho a la intimidad no habrá ejercicio del derecho a informar, y punto. Lo que no cabe es afectación negativa sin vulneración del derecho. Cuando no hay vulneración del

derecho es porque no hay afectación negativa de él. ¿Y todo eso cómo se establece? Mediante un razonamiento interpretativo-subsuntivo de la norma o normas que disponen el derecho a la intimidad, no pesando o ponderando nada más.

En la propia normativa pueden estar tasadas las excepciones a mi derecho a la intimidad, pero el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la libertad de información no son excepciones tasadas a mi derecho a la intimidad. Repito, todos tenemos derecho a la intimidad, no derecho a la intimidad a no ser que quien nos la vulnera esté ejerciendo la libertad de expresión o la libertad de información. En realidad, es al revés como funciona el esquema: si X, al expresarse o informar, violenta el derecho a la intimidad de Y, por definición no hay ni puede haber ejercicio legítimo del derecho a informar ni se convierte en intromisión legítima la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. ¿Cómo se determina si hay o no intromisión ilegítima o vulneración del derecho a la intimidad? Interpretando éste, es decir, las normas que lo recogen o desarrollan, no pesándolo contra el otro derecho. Y así es como se aprecia en todas y cada una de las sentencias que resuelven este tipo de pleitos, al margen de que cedan o no los jueces a la retórica de la ponderación o de que se dejen llevar por tal ficticio método para aparentar que ellos no interpretan ni valoran, sino que comprueban pesos.

Da un poco de pudor andar a vueltas con algo tan evidente y común. Usted tiene un derecho D porque una norma del sistema jurídico se lo asigna. Puede haber normas de ese mismo sistema que sienten excepciones a ese derecho D de usted. Pero en este punto habría que pararse a diferenciar y precisar qué significa sentar excepciones a un derecho. Toquemos muy brevemente el asunto y ya lo desarrollaremos otro día.

Podemos diferenciar dos situaciones:

- i. La norma o normas de ese sistema jurídico dicen que usted tiene un derecho D a algo a no ser que se dé la circunstancia C, en cuyo caso su derecho decae o no existe. Por ejemplo, una norma que dijera “Todos los ciudadanos españoles de más de cincuenta años tienen derecho a viajar gratuitamente en los ferrocarriles del Estado a no ser que se llamen Felipe”.

- ii. Normas de ese sistema jurídico le atribuyen a usted un derecho D a algo y, correlativamente, imponen a otras personas una obligación O de no dañarle a usted en el disfrute o ejercicio de ese derecho (del objeto de ese derecho). La forma más normal o habitual de establecer esa obligación es mediante la previsión de una sanción o consecuencia negativa para el infractor. Pero esa obligación de respetar D puede tener excepciones recogidas por ese mismo sistema, de manera que usted ha padecido en el disfrute o ejercicio de ese derecho, pero el causante de ese padecimiento suyo no debe ser sancionado. ¿Podemos decir ahí que se trata de excepciones a D? Un ejemplo claro lo vemos en el derecho a la integridad física, con su correlato en los delitos de lesiones y con la excepción en las circunstancias eximentes contempladas por el Código Penal. Esto es, yo tengo derecho a la integridad física constitucionalmente reconocido y para proteger este derecho el Código Penal sienta los delitos de lesiones, pero alguien puede lesionarme a mí sin merecer ni recibir sanción penal, ya que lo ampara una eximente, como legítima defensa o estado de necesidad, por ejemplo. ¿Estamos ante excepciones al derecho a la integridad física o éste se mantiene incólume aun cuando el sistema jurídico considere jurídicamente legítima la acción del que me lesionó?

Sea como sea, el contemplar los derechos fundamentales y, por extensión, cualesquiera derechos (y obligaciones) como sometidos a las excepciones provenientes de otros derechos fundamentales y resultantes caso por caso de la ponderación, tal como en el fondo sostienen los partidarios del principalismo y la doctrina de la ponderación, tiene consecuencias absolutamente revolucionarias que, por supuesto, ni esos mismos profesores o jueces habitualmente respetan. En otras palabras, el pensar que todo derecho u obligación no solo tiene las excepciones tasadas como tales en las normas del mismo sistema, sino también todas aquellas resultantes del mayor peso de un derecho fundamental en el caso, lleva a dejar en suspenso todos y cada uno de nuestros derechos y obligaciones hasta que en el caso concreto se pondere. Mencionemos con rapidez algunos ejemplos, al azar:

- a) Conforme a la dicción clara de la norma correspondiente, el progenitor X tiene el derecho a la custodia del hijo, pero se prueba que esto produciría una muy grave depresión al otro

progenitor, Y, lo que lleva a ponderar el derecho de X contra el derecho a la salud de Y y ver qué pasa. Habría que atender a circunstancias tales como cuánto de enfermo se pondría Y, a qué consecuencias puede llevar su depresión (¿Perderá el trabajo? ¿Habrá riesgo de suicidio? ¿Se abandonará a la droga o el alcohol? ¿Perjudicará al hijo ver tan decaído a su progenitor Y? ¿Tiene X buena salud o hay peligro de que también enferme, sea de dolencia psíquica o física?).

- b) Según el claro tenor de la norma, X debe pagar el impuesto sobre la renta. Pero X es un convencido anarquista que, además, ve cómo el Estado invierte grandes sumas en armamento, ejército, construcción de cárceles y similares asuntos. Ninguna norma contempla una objeción de conciencia al impuesto sobre la renta, pero sí son derechos fundamentales los de libertad de pensamiento, libertad ideológica y libertad religiosa, entre otros. ¿No habría, pues, en casos como el de X, que ponderar caso por caso y mirando cuál es en concreto su ideología o convicción, cuánto de sinceramente la asume, en qué medida es congruente con ella en los órdenes generales de su vida, qué supone para el erario público que él sea dispensado del impuesto, cuántos pensarán como él y a cuánto ascenderá lo que en impuestos pagan, etcétera?

Buscando o inventando ejemplos podríamos seguir hasta el infinito. O ponderamos siempre o nos olvidamos del espejismo de la ponderación. Y asumamos lo que para la configuración del Derecho y de nuestras relaciones sociales lo uno y lo otro implica. Permítaseme que lo ilustre con un caso más, que ya he usado otras veces.

La Constitución prohíbe la tortura. Puedo entender que tengo, en consecuencia, un derecho a no ser torturado. Como la norma constitucional dice “torturas”, habrá casos en los que sea determinante despejar dudas interpretativas. (¿También se refiere esa norma a la tortura psicológica? ¿Entran en esa noción de tortura cosas tales como el dar muy poca comida o el tener a alguien en una celda con mucho ruido? ¿Cuánto ruido?). Pero supongamos un caso que sea tortura “de libro”, la picana, por ejemplo, o el clavar alfileres bajo las uñas. ¿Ese derecho mío podrá en alguna ocasión ser sopesado y derrotado ante un derecho que pese más? Si es que sí, aviado voy con

mi derecho fundamental a no padecer tortura. Y lo que digo de ése, lo digo de cualquier otro. Mismamente la pena de muerte. Pues si está prohibida, tengo derecho, supongo, a que no se me aplique, pero si resulta que a lo mejor un día un derecho fundamental o principio muy importante se mide contra ese derecho mío.

Sucede, además, algo muy curioso. En su parte propiamente de fundamentos de Derecho aquellas dos sentencias del Tribunal Supremo son absolutamente idénticas. No digo que sean idénticas en su sentido, sino que literalmente son idénticas, con puntos y comas. Los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la sentencia de 2012 tienen el mismo texto exacto que los fundamentos cuarto y quinto de la de 2010. El fundamento cuarto de ambas lleva el encabezamiento “La ponderación entre la libertad de información y el derecho a la intimidad”, y el fundamento quinto de las dos se titula “Aplicación de la doctrina anterior” y en él, supuestamente, se hace el pesaje concreto de los hechos del caso a la luz de la doctrina general sobre la ponderación de esos dos derechos, libertad de información y derecho a la intimidad, doctrina general expuesta en el fundamento anterior, el cuarto. El resultado de la ponderación de los hechos de cada sentencia es el mismo, la prevalencia de la libertad de información, que pesaría más en ambas ocasiones. El resultado es el mismo, repito, la fundamentación, absolutamente igual y sin cambiar una coma, pero... ¿son los mismos los hechos?

Algo importante chirría aquí. La ponderación tendrá una doctrina general, de acuerdo, y habrá igualmente doctrina general para la ponderación de estos dos derechos en liza. Pero un elemento capital de la teoría de la ponderación es el que nos dice que en concreto se pondera a la luz de las precisas circunstancias de cada caso. Si esas circunstancias son en algo diferentes, el resultado puede ser el mismo, el mayor peso de uno de los dos derechos, pero lo que cuesta asimilar es que la fundamentación pueda ser idéntica del todo, palabra a palabra. Pues si determinantes son las circunstancias de cada caso para el peso relativo de los derechos, ¿cómo puede la fundamentación desconocer las concretas circunstancias, no mencionarlas y quedarse en consideraciones generales y muy abstractas? ¿Será que no ponderan, que ponderan, pero mal o que ponderan bien y fundamentan mal, como si su razonamiento fuera interpretativo-subsuntivo o, incluso, silogístico y burdamente formalista a la decimonónica manera?

Observemos con brevedad los hechos de cada caso, ciertamente similares, pero no los mismos, no totalmente iguales.

La demanda sobre la que versa la sentencia de 2010 trae su causa de lo publicado en el número 506 de la revista *¡Qué me dices!* Se trata de un reportaje gráfico con cinco fotografías en las que se ve a los demandantes paseando abrazados o besándose. En una imagen ella está junto a su coche averiado y en el pie de foto la revista escribe “coche escacharreado”, jugando con el apellido de ella, Estarreado. En una foto en la que se les ve abrazados y con la mano de él debajo de la cintura de la mujer, el pie de foto dice “A culo-rada”. En la sentencia de 2012 los hechos que provocan la demanda tienen que ver con lo publicado en el número 500 de la misma revista. Ahí, una foto de los demandantes aparece en la portada (¿no será éste, por ejemplo, un elemento diferencial relevante al ponderar y fundamentar lo ponderado?) y en el interior hay tres páginas de reportaje con comentarios burlones o irónicos y con juegos de palabras. Aparece una instantánea en la que se les ve al lado de la moto de él y besándose, luciendo el hombre una cazadora de cuero, con el siguiente titular al lado de la imagen: “la chupa del motero”. También se escribe “Mónica como una moto”. Se ven asimismo fotografías de los dos en una gasolinera repostando combustible, con comentarios de este estilo: “Mientras repostaban, el motero no podía apartar la vista de la chica. ¿Se la imaginaría en bikini? ¿Quién pagó? El chico paró para repostar en esta gasolinera, pero ¿quién abonó el combustible?”. Además, se incluye el texto de una entrevista con la demandante, entrevista totalmente falsa y que ella jamás concedió.

Vuelvo a la pregunta y dejamos este asunto: ¿se puede ponderar sin reparar en las diferencias en los hechos del caso, aunque sean de matiz, y se puede copiar la fundamentación de la ponderación de un caso a otro y, por tanto, sin que en la fundamentación se haga hincapié ninguno en las más concretas circunstancias de cada caso? ¿Ponderar era eso?

Regresemos, al fin, a la sentencia del TC. Va replicando, uno a uno, a los argumentos con los que el Tribunal Supremo sostuvo que no existía intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de Mónica y Luis. Pero antes centra el tema de manera no inadecuada y, por lo demás, como se suele hacer siempre. Pues señala que “el derecho

fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares”. Pues de eso se trata, de determinar cuál es ese ámbito y qué cosas caen en él y cuáles no. En lo que sea de tal ámbito nunca habrá intromisión legítima, por mucho que se escude el otro en cualesquiera libertades (información, expresión, etc.). Jamás ponderarán los tribunales en casos de éstos, aunque digan que sí. Interpretan cuál es ese ámbito que constituye la intimidad y, correspondientemente, subsumen dentro o fuera de él y sentencian que hay vulneración del derecho o que no la hay. Lo que, en consecuencia, determina el resultado no es una ponderación de este derecho contra el otro, sino esa interpretación que delimita qué cae fuera y qué dentro del ámbito o espacio, del alcance o referencia del derecho a la intimidad.

Son estos cuatro los argumentos:

i. *Sobre la proyección o relevancia pública de los demandantes*

El Tribunal Supremo dijo, en las dos sentencias de referencia, que “La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática *cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales*, lo cual es sustancialmente distinto de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, aunque se trate de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones” (el subrayado es nuestro).

Ésa es la doctrina general, en el fundamento cuarto, doctrina general sobre la ponderación entre derecho a la intimidad y libertad de expresión. Repase ese párrafo el lector; si es tan amable, y luego repare también en que la demandante era actriz de una conocida serie televisiva, mientras que su novio, también demandante, no era ni actor siquiera y resultaba desconocido para el público general. Además, ninguno de los dos tenía cargos públicos de tipo político o similar ni ejercía “funciones oficiales”.

Prescindamos ahora de si esto se llama ponderar o interpretar y subsumir y preguntémonos que concluiría cualquiera a partir de combinar los hechos del caso con esa doctrina sobre la relevancia públi-

ca. Cualquiera concluiría que dicha relevancia pública no existe, al menos tal como es definida en el párrafo que acabamos de leer. Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo ve así y dice que la demandante:

puede ser considerada como una persona con proyección pública, en el sentido de que goza de cierta celebridad y conocimiento público *aunque esta celebridad no deriva del ejercicio de funciones públicas o de la realización de actividades de especial trascendencia política o económica*, sino de la actividad profesional que desarrolla como modelo y actriz, siendo frecuentes sus apariciones en los medios de comunicación por este motivo y del interés suscitado en general por el conocimiento de sus actuaciones, dada su situación social, aprovechado por los medios de comunicación en programas que básicamente son de entretenimiento, como el que nos ocupa (el subrayado es nuestro).

Así pues, estamos violentando palmariamente la condición general previamente sentada. La relevancia pública se dijo que la tenían, a efectos del mayor peso del derecho a informar, las “personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales”. Pues bien, aquí se afirma que ese derecho prevalece, aunque no cumplan los demandantes funciones públicas ni de trascendencia política o económica, sino porque la mujer es conocida del público por ser actriz. Es como si, pongamos, se afirmara primero que una fruta está prohibida si es roja y luego se manifestara que tal prohibición, por consiguiente, rige para los plátanos porque saben dulces. Pura inconsecuencia.

¿Qué dice sobre eso el TC en esta sentencia que anula las del Supremo? Que si la proyección pública es consecuencia de la mera actividad profesional, no puede servir de límite para el derecho a la intimidad.

¿Y qué pasa con la proyección o relevancia pública de Luis, code mandante y ya marido de Mónica cuando la demanda se presentó? Él no es públicamente conocido por razón de su oficio ni de nada, es un simple particular. Pues el Tribunal Supremo asume una tesis que no es precisamente protectora del derecho fundamental a la intimidad, si bien de la misma había antecedentes en la doctrina del TC. Mantiene el Supremo que, por ser Mónica el objeto del reportaje, la presencia de Luis en las fotos y comentarios de la revista es *accesoria* y que, por tanto..., no queda su derecho a la intimidad protegido tampoco. La monda. Esa presencia de Luis en las fotos y demás “resultaba ne-

cesaria para transmitir la información que se pretendía acerca de la vida real de la protagonista de la serie televisiva”. Bien se ve que no se está ponderando según las pautas sentadas por Alexy y los padres del invento, pues un elemental test de necesidad habría indicado que la misma información habría podido darse con menos daño para el derecho de Luis. ¿Cómo? Por ejemplo, velando su cara en las fotos.

Así que el TC lo tuvo fácil: “sin duda, el Sr. Arribas no puede ser incluido en el grupo de aquellos sujetos que asumen un mayor riesgo frente a informaciones que conciernen estrictamente al desarrollo de su actividad profesional, dada su manifiesta carencia de notoriedad pública”, pero “su derecho a la intimidad en modo alguno puede ser considerado “accesorio” al de la Sra. Estarreado”.

ii. *Sobre el lugar y modo de captación de las imágenes publicadas*

En clave general, el Tribunal Supremo mantiene que al ponderar hay que mirar “si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico”. Sobre este particular y para los dos casos dictamina que “Las imágenes que se publicaron en el reportaje fueron captadas en un lugar público aunque se hiciesen a distancia, de tal suerte que no pueden considerarse fotografías obtenidas clandestinamente o de manera furtiva aun cuando hubieran sido captadas sin el conocimiento ni el consentimiento de los actores pues no consta que los fotografiados hubieran puesto los medios necesarios para sustraerse a la curiosidad ajena, pretendiendo reservar su intimidad frente a cualquier injerencia y marcando un claro ámbito de privacidad, por tratarse de un espacio cuyo uso resulta normal para una generalidad de personas que acceden a él. No hay duda de que el parque donde la pareja paseaba y prodigaba recíprocas muestras de afecto, según se observa en las fotografías publicadas era un lugar público, accesible a terceros, situado en plena calle, rodeado de edificios colindantes, al margen de que estuviese poco concurrido, de que algunos de los momentos que se captan puedan considerarse íntimos y reservados o de que profesaran tales gestos en la creencia de que no eran observados, pues la posibilidad de ser sorprendidos en

dicho lugar no debía pasarles inadvertida asumiendo el riesgo de ser fotografiados al exponerse públicamente en tal situación”.

Se podría gastar largo tiempo en el análisis de párrafo tan sabroso. Hay que entender que si el señor magistrado, por ejemplo, está sentado en un parque público y se besa allí con una novia o amiga y un fotógrafo escondido les hace una foto con teleobjetivo y esa foto se publica en una revista de cotilleos acompañada de comentarios del tipo “magistral el magistrado”, o “besos de ley” o “fallos con lengua”, no hay atentado ninguno contra el derecho a la intimidad de él ni de la acompañante. Pues resulta que si para darse un beso con la pareja o hacerse unas carantoñas uno no se esconde a ciencia y conciencia, sino que se halla en lugar público, está asumiendo de un tirón lo siguiente: a) que alguien puede verlo, incluso con prismáticos; b) que quien lo ve puede hacerle una foto, incluso con teleobjetivo y a escondidas; c) que esa foto puede ser publicada sin su consentimiento; d) que la publicación de la foto puede ir acompañada de comentarios socarrones, juegos de palabras y bromas con el apellido, el nombre o el oficio de los sujetos.

Son razonamientos del tipo “si lleva minifalda incitante ya sabe que puede ser deseada; si es deseada, pueden pedirle relaciones sexuales; si le piden relaciones sexuales y no consiente, pueden forzarla; si la fuerzan, no será violación, pues ella ya se tenía que imaginar que le podía pasar eso por ir con semejante minifalda y provocando el deseo.

Así que nueva faena sencilla para el TC a la hora de desmontar el peregrino razonamiento con el que le daba la razón a la revista infame:

No puede admitirse que los demandantes, quienes en ningún momento han prestado consentimiento expreso, válido y eficaz a la captación y publicación de las imágenes, hayan disminuido por el hecho de mostrarse afecto en la calle las barreras de reserva impuestas por ellos al acceso por terceros a su intimidad. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de la vida privada.

En efecto, una cosa es exponerse a que un viandante les vea besándose o caminando de la mano, y otra bien distinta entender que al exponerse a que los mire un peatón están tácitamente asumiendo el

riesgo de que se publique sin su visto bueno una foto suya así en una revista de baja estofa, o tácitamente consintiéndolo, incluso.

iii. *Sobre el interés público de los reportajes en discusión*

Para el Tribunal Supremo ese interés público es consecuencia de que la demandante goza de “celebridad social”. Ahí se queda toda su justificación. Pero ese planteamiento tiene en el fondo un carácter perfectamente circular, ya que: a) celebridad social tendrá toda persona por la que el público se interese (porque es actriz, porque es futbolista, porque le tocó el premio más grande en las quinielas, porque dio la vuelta al mundo en un velero, porque ganó el Premio Nobel de Literatura); b) puesto que el público se interesa, va de suyo el interés público que justifica la información en perjuicio de la intimidad. En otras palabras: hay interés público cuando el público tiene interés, el público tiene interés cuando le da la gana y, por tanto, se puede limitar el derecho a la intimidad cuando al público le dé la gana tener interés. Y cuando, por ello, el medio de comunicación haga negocio con ese público y a costa de la “celebridad”, por supuesto.

Así que el TC aclara que las informaciones sobre los demandantes en modo alguno se encuentran amparadas “en un interés público constitucionalmente relevante”, ya que tal relación sentimental y sus detalles “no guarda relación con la actividad profesional de la demandante de amparo Sra. Estarreado”, y “menos aún con la actividad profesional del Sr. Arribas”. Y le basta remitirse a su propia doctrina consolidada, en la que se dice que un interés público constitucionalmente prevalente concurre “cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad”. Habría incluso que insistir más en que este tipo de informaciones de cierta prensa o determinadas revistas no solo carece de un interés para la opinión pública propia de un Estado de Derecho democrático, sino que es perjudicial para dicha opinión pública y, por extensión, para el Estado y para el funcionamiento de una democracia sana en manos de ciudadanos mínimamente ilustrados y maduros. Una frase de esta sentencia lo resume bastante bien: “No cabe identificar indiscriminadamente interés público con interés del público, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad”.

iv. *Sobre la predisposición para rebajar el celo en el cuidado de la vida privada y la intimidad*

Según el Tribunal Supremo, ha de considerarse, al ponderar, si el propio demandante mantuvo conductas con las que despojó total o parcialmente su ámbito íntimo “del carácter privado o doméstico”. Y tal habría sucedido con la demandante, quien anteriormente “adoptó pautas de comportamiento favorables a dar a conocer aspectos de su vida privada al conceder entrevistas a la prensa”.

Así que ya sabemos, el que conceda una entrevista a la prensa y, si acaso, hable en la misma de alguna cosa personal suya, está aceptando la rebaja en el nivel de protección de su derecho a la intimidad. Vuelvo respetuosamente a la misma comparación de antes: si imaginamos que el señor magistrado da alguna entrevista a la prensa, con ocasión de su nombramiento para alto tribunal, y ahí cuenta alguna cosa de su familia o de su casa o de su juventud y su vida de estudiante, etc., podemos entender cabalmente que está adoptando pautas de comportamiento favorables a que un día se publiquen en una revista del corazón o en la prensa más amarilla unas fotos suyas tomadas mientras paseaba el día anterior por un parque con una amiga y se besaba con ella, aderezadas con comentarios como “por ella el juez perdió el juicio”, y así. Sépanlo los editores y tomen nota.

El TC también le lleva la contraria en este punto, aunque la argumentación aquí no sea muy esmerada:

aun en el caso de que la Sra. Estarreado hubiese divulgado anteriormente datos de su vida privada en la misma u otras publicaciones, los reportajes aquí controvertidos no pueden encontrar amparo en el derecho fundamental a comunicar libremente información sino que constituyen, por el contrario, una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad de los demandantes de amparo constitucionalmente garantizada.

Ello es así porque “a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno” y “los datos íntimos desvelados en aquellos reportajes no habían sido publicados con anterioridad”.

Pasemos, por último, a la cuestión más teórica. *¿El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han ponderado o han hecho otra cosa?* Sostengo, ya se sabe, que han hecho lo de siempre y lo que se hace hasta en el más normal y común de los casos, incluidos los casos

de legalidad ordinaria: interpretar el enunciado normativo pertinente y subsumir bajo la norma interpretada. Veámoslo.

Supongamos una norma jurídica N que diga que en los exámenes universitarios que se hagan de forma escrita los estudiantes no podrán tener libros abiertos al alcance de su mano, a fin de que no puedan leer de ellos y copiar las respuestas. Habrá pleitos sobre el asunto que no puedan resolverse sin aclarar uno o los dos siguientes problemas interpretativos, junto a otros que también podríamos pensar:

- a) ¿Qué entendemos por libro? ¿Cuántas páginas ha de tener como mínimo un libro? ¿Se consideran también libros, a efectos de esta prohibición, los folletos, las libretas con apuntes, las hojas sueltas arrancadas de libros, etcétera?
- b) ¿Qué significa “poder leer” del libro en cuestión? ¿Y si el alumno es ciego? ¿Y si es muy miope y con las gafas que llevaba no podía leer a la distancia a la que el libro estaba, aunque lo tuviera al alcance de la mano? ¿Y si lo que podía leer en el libro en cuestión no tenía nada que ver con el objeto del examen, pues el examen era de Derecho Romano y el libro era el *Ulises* de Joyce?

La jurisprudencia, imaginemos, va dando respuesta a estas dudas y establece que, a efectos de dicha prohibición (y de la correspondiente sanción para el que la vulnere), por libro nada más que se podrá entender aquel objeto que tenga las características A, B y C y que en relación con que el libro pueda ser leído, la norma solo será aplicable al caso en que concurran las circunstancias X e Y y no se dé la circunstancia Z.

En un juicio en el que se dirime si procede o no la sanción contra un estudiante en aplicación de esa norma N, el juez o tribunal toma en cuenta o sienta esas condiciones interpretativas de N y luego analiza si están presentes tales circunstancias, en cuyo caso la acción es subsumible bajo N y la consecuencia jurídica, la sanción, resulta procedente; o si no concurren, y entonces no cabe aplicar al sujeto tal consecuencia jurídica de N. A la vista de los hechos, dirá ese juez, por ejemplo, que se dan A, B y C, así como X, y que no se da Z, pero que falta la circunstancia Y, por lo que no es procedente la sanción. O que la acción reúne todas las condiciones requeridas y entonces sí resulta procedente.

En el asunto que hemos estado viendo la norma constitucional dice que se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar. Ya está perfectamente establecido en la ley desarrolladora de ese precepto y en la jurisprudencia constitucional que por intimidad se debe entender un ámbito de la vida que el individuo puede mantener reservado y protegido frente al conocimiento ajeno no consentido, pudiendo por tanto imponer a los terceros un deber de abstención y no intromisión. Será antijurídica por inconstitucional toda intromisión en dicho ámbito que no esté consentida por el titular del derecho o que no tenga cobertura legal. Por tanto, el quid de la cuestión estará en determinar: a) cuáles son, con carácter general, los límites de dicho ámbito o qué elementos de la vida de uno se insertan en él; b) qué circunstancias del sujeto pueden hacer que el alcance de tal ámbito o espacio del derecho se acorte o se agrande; c) cuáles son y cómo se interpretan las causas normativamente tasadas de intromisión no antijurídica en dicho espacio. Como vemos, nada estructuralmente muy diferente de lo que en el ejemplo antes usado como comparación e ilustración se dirimía: qué se entiende por libro y por poder leer y si alguna circunstancia personal del sujeto (ser ciego, miope) puede influir en el alcance aplicativo de la norma.

Cuando hay una demanda de alguien que trata de hacer valer su derecho a la intimidad que considera vulnerado por una información, lo que según la interpretación y el desarrollo jurisprudencialmente asentados hay que comprobar son cosas tales como: a) si eso atinente a la vida privada de alguien y de lo que se informó tiene o no tiene alguna relevancia para la opinión pública; b) si el sujeto demandante y titular del derecho a la intimidad ocupa ciertos puestos, cargos o empleos que justifiquen un mayor conocimiento o escrutinio público de su vida y conductas; c) si la información es veraz; d) si el demandante realmente ha manifestado en general un deseo congruente de mantener a salvo del conocimiento ajeno esos aspectos de su vida mostrados en la información contra la que ahora reclama; d) si hubo o no hubo algún tipo de consentimiento por parte del titular del derecho; e) cómo se han obtenido los datos de los que se informa y en qué tono o con qué términos se ha dado la información controvertida. Etc.

Reducido a un esquema formal, todo esto podría representarse así:

Si se dan las circunstancias positivas $C^1, C^2 \dots C^n$ y si no se dan las circunstancias $K^1, K^2 \dots K^n$, entonces hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante.

¿Ese razonamiento es subsuntivo o es ponderativo? Llamémoslo como más nos guste, pero reparemos en que no es nada distinto de este otro:

Si se dan las circunstancias de que alguien ha matado a otro, de que lo ha matado intencionalmente y de quien lo mató es penalmente imputable, y no se dan las circunstancias de que concurra legítima defensa, o estado de necesidad o..., entonces hay homicidio doloso y se debe imponer la pena correspondiente.

Si en el primer caso se pondera, en este segundo también. Si este segundo razonamiento es interpretativo-subsuntivo, entonces es igualmente interpretativo-subsuntivo el primero. Replicará alguno que lo específico del primero es que frente a la norma que protege la intimidad surge en el caso la norma que ampara la libertad de información. Pero, si queremos, podemos igualmente defender que frente a la norma que castiga el homicidio, surge la que “permite” matar si se dan las condiciones de cualquiera de las eximentes (legítima defensa, estado de necesidad, etc.). Y que tanto en un caso como en otro se razona a la luz de las particulares circunstancias concurrentes. No hay diferencia en las normas respectivas, de modo que unas sean reglas y otras, principios. Tan “regla” es la del Código Penal que castiga el homicidio y protege la vida, como la de la Constitución que protege la intimidad y permite declarar antijurídica y establecer indemnización para el que viole la intimidad. Y no hay diferencia en el modo de razonar para aplicar una u otra de esas normas, pues con las dos se comienza por la interpretación para concretarlas y precisar su supuesto viendo a qué casos en particular se aplica y bajo qué condiciones, y se termina por subsumir los hechos del caso que enjuiciamos bajo la norma así interpretada. Y en todo ello es determinante la valoración del juez. Podrá parecernos más o menos razonable esa valoración en cada oportunidad o mejor o peor justificada argumentalmente, pero es determinante. Y lo es porque ni en un caso ni en otro hay una operación objetiva o puramente cognoscitiva de pesaje o de ponderación, y en especial tratándose de casos difíciles por razón de lo que de indeterminado tenga el correspondiente enunciado normativo o por

las dudas sobre el acaecimiento de los hechos en discusión. Si ponderación significa lo mismo que valoración judicial con un componente importante de discrecionalidad, el concepto de ponderación es prescindible, porque nada relevante añade a las nociones de antiguo establecidas al explicar el razonamiento judicial. Si pretendemos que signifique algo distinto, la ponderación es una noción engañosa, falsa, ya que, a la postre, los jueces que dicen que ponderan hacen lo mismo de siempre (como acabamos de ver en estas sentencias hoy analizadas, especialmente las del Tribunal Supremo), pero argumentando peor o eludiendo los argumentos principales, los referidos a por qué se interpreta la norma como se interpreta.

Digan lo que digan y usen el lenguaje doctrinal que usen, en las sentencias a las que en este comentario me he referido ni el Tribunal Supremo pondera ni pondera el Tribunal Constitucional. No discrepan en ningún pesaje de derechos o de hechos. Están de acuerdo en la teoría básica sobre cómo hay que interpretar el derecho a la intimidad y en desacuerdo a la hora de *valorar* si concurren o no concurren ciertos datos que conforme a esa interpretación son decisivos, como la relevancia pública de lo informado o la proyección pública de los afectados por esas informaciones. No están pesando cuánto hay de uno o de otro para compararlo con lo que pesa el derecho a informar y lo que pesa esta información en particular. En modo alguno. Están diciendo si concurre o no concurre tal o cual circunstancia y operando, pues, con un razonamiento de carácter perfectamente binario. De balanzas y pesos, ni rastro, ni el más mínimo. Como metáforas de las valoraciones y de las normas o pautas que las rigen pueden ser buenos hallazgos expresivos. Pero creerse las metáforas resulta un poquillo pueril, y puede haber hasta mala fe en intentar convencer a los demás de que realmente los dientes de ella son perlas o de que en el cielo, a la puesta de sol, hay un incendio.

Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña

1. Los *hechos del caso* son los siguientes, muy resumidamente expuestos. Para los días 14 y 15 de junio de 2011 se convocó una concentración ante el Parlamento de Cataluña con ocasión de la sesión que en el mismo se había convocado para aprobar los presupuestos de la Comunidad. El lema de la manifestación era “*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades*” (“Paremos el Parlamento, no permitiremos que aprueben recortes”). La concentración se comunicó a la autoridad gubernativa, tal como la ley prescribe, y no fue prohibida ni alteró dicha autoridad ningún detalle de la misma. Tampoco adoptó la autoridad gubernativa medida alguna para regular la manifestación. Tras diversos incidentes en distintas partes de la ciudad, los manifestantes se congregaron en la única calle que se había dejado franca para el acceso de los diputados al Parlamento. La policía ni acotó un perímetro ni levantó un cordón policial para garantizar el paso de los parlamentarios por esa calle hacia el Parlamento. Algunos de los diputados lograron llegar a su destino, pero otros tuvieron serias dificultades y hasta hubo alguno que volvió sobre sus pasos y arribó al Parlamento en helicóptero. Otros lograron acceder por esa calle, pero al lado de la policía y entre las increpaciones de los manifestantes.

Los concretos hechos por los que cada acusado acabará siendo condenado por el Tribunal Supremo se expondrán al final de este trabajo.

2. Me concentraré en el asunto central de la sentencia, que es el referido a si los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional son o no constitutivos del delito contra altas instituciones del Estado previsto en el artículo 498 del Código Penal, que reza así:

Los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o

de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años.

El eje del debate, en este caso, se halla (o debería hallarse) en si concurre o no la causa de exención de la responsabilidad criminal mencionada en el apartado séptimo del artículo 20 del Código Penal, concretamente la eximente de ejercicio legítimo de un derecho: “*Están exentos de responsabilidad criminal... 7º El que obre en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”.

Bajo un punto de vista de teoría del derecho y de metodología de la decisión judicial, los dos temas capitales que en un caso como este se han de dirimir son los siguientes: a) si, conforme a los hechos probados, la conducta de los acusados encaja o no bajo el tipo penal descrito en el artículo 498 del Código Penal; b) si en favor de los acusados concurre o no la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. Comenzaré con unas consideraciones metodológicas, referidas al método o tipo de razonamiento que en casos como este resulta más apropiado.

3. Las eximentes recogidas en el artículo 20 del Código Penal, que excluyen la antijuridicidad de la acción, operan como excepciones expresas al carácter antijurídico y, con ello, penalmente sancionable, de las conductas delictivas típicas recogidas en el propio Código. El esquema genérico puede exponerse así:

Son antijurídicas las conductas C¹. ... Cⁿ, a no ser que concurra alguna de las causas de exención de responsabilidad criminal E¹...Eⁿ.

Aplicado tal esquema al caso que comentamos, quedaría de este modo:

Es antijurídica la conducta descrita en el artículo 498 del Código Penal a no ser que concurra la causa de exención de responsabilidad del apartado 7º del artículo 20 del Código Penal, concretamente la de ejercicio legítimo de un derecho.

Sentado que las acciones de los acusados realicen la conducta típica del delito en cuestión, el del artículo 498, se ha de dilucidar si mediante tales acciones dichos acusados estaban o no ejerciendo un

derecho legítimo. Denominemos D a ese derecho legítimo, sea el que sea y antes de entrar en el análisis de nuestro caso en concreto.

Respecto de D, las cuestiones a resolver serán siempre dos, analíticamente diferenciables, aunque siempre relacionadas en la práctica, en cada concreto supuesto práctico:

- (i) Cuál es, en abstracto o genéricamente, el contenido esencial o típico de D.
- (ii) Si en los hechos del respectivo caso que se enjuicie la conducta que se declare probada constituye o no una instancia particular de D, un caso subsumible bajo aquel contenido definitorio de D.

Entre esos dos pasos o fases del razonamiento existe una indudable relación, un “ir y venir de la mirada”. La caracterización en abstracto del contenido definitorio de D condiciona el que resulte o no viable plantearse el encaje de la acción en cuestión bajo dicha causa eximente de ejercicio legítimo de tal derecho, pero, al mismo tiempo, los perfiles de tal derecho son en cada ocasión reexaminados, y, en su caso, matizados o modificados, lo que puede conducir a una reformulación del alcance genérico de D, sea ampliándolo, sea restringiéndolo.

Tratemos de esquematizar lo anterior de manera simplificada. La caracterización en abstracto de D puede representarse así:

El ejercicio legítimo de D consiste en la acción genérica X.

Puede suceder que concurren los elementos de X y que, en las circunstancias del caso, la duda verse sobre si tal realización de X es o no ejercicio *legítimo* de D. Aquí no debatimos sobre si el comportamiento de marras pasa o no aquel primer filtro (ser *ejercicio* de un derecho), sino sobre si tal ejercicio, que en principio sí se compadece con X, es ejercicio *legítimo* de D. En este paso segundo el razonamiento es fuertemente circunstancial, tiene una de sus bases en las precisas circunstancias del caso, tanto las circunstancias atinentes a la acción misma como las circunstancias referidas al contexto de la acción. El esquema, pues, sería:

En las circunstancias (personales, sociales, ambientales...) $K^1 \dots K^n$, la acción A vale como un caso de X y, por extensión, como ejercicio legítimo de D.

Los problemas de justificación de la decisión pueden, entonces, surgir por una doble vía:

- i. Si al hacer de esa manera de A un supuesto de X incurrimos en incongruencia con el significado de X.
- ii. Si, aun cuando concurren los elementos definitorios de la acción en que el ejercicio del derecho consiste, se está ante una extralimitación o inadecuada extensión del ejercicio del derecho en cuestión.

En el actual debate doctrinal y metodológico se ha introducido con gran fuerza y enorme eco la cuestión de la ponderación. Un caso en el que hay una conducta encajable en un tipo delictivo y en el que se trata de ver si concurre o no la eximente de ejercicio legítimo de un derecho puede plantearse de dos maneras:

- i. Mediante un enfoque interpretativo-subsuntivo. Se razona sobre cuál es el contenido definitorio de ese derecho, D, y sobre si, en las circunstancias del caso, está o no justificada la extensión o no de ese derecho al caso en cuestión.
- ii. Mediante un planteamiento ponderativo. Una vez que se ha establecido que, en principio, los hechos del caso pueden ser incardinados bajo los términos o alcance genérico del derecho D, no se pone el acento en la interpretación de D (de la norma que contiene D), sea la interpretación en abstracto, sea la interpretación atenta a las circunstancias del caso para resolver ese supuesto fronterizo o de “zona de penumbra”, sino que se trae a colación otro derecho, D', y, mediante una operación de ponderación o de sopesar D y D' en las circunstancias de la ocasión, se decide a favor del que en dichas circunstancias tenga mayor peso. Si D es el derecho sobre el que se debate si ha sido o no legítimamente ejercido por el acusado, se concluirá que hay tal ejercicio legítimo y, por tanto, exención de responsabilidad criminal, cuando D pese más que D' en esas circunstancias; y si es D' el que tiene peso mayor en el caso, se concluirá que no concurre dicha causa de exención de responsabilidad penal. Así pues, la ponderación presupone que el asunto se presenta o reconstruye como de conflicto entre derechos, o entre el derecho de referencia (aquel sobre cuyo ejercicio legítimo se debate) y

un principio constitucional que para el caso brinda una solución opuesta.

Volveré sobre esos dos métodos o modos de razonar y sobre su utilidad y sus respectivas ventajas e inconvenientes. Ahora pasemos al análisis de la sentencia que comentamos y, antes, de la sentencia de instancia que parcialmente anula.

4. El Tribunal *a quo*, la *Audiencia Nacional (Sección Primera de la Sala de lo Penal)*, en su *sentencia de 7 de julio de 2014*, lleva a cabo un peculiar razonamiento interpretativo-subsuntivo a tenor del que justifica una interpretación extensiva de los derechos de reunión y manifestación, interpretación extensiva mediante la que justifica que las conductas de los acusados constituyen ejercicio legítimo de dichos derechos y que, por tanto, procede aplicar la eximente de ejercicio legítimo de un derecho.

Los argumentos con los que respalda la Audiencia Nacional tal interpretación y el consiguiente fallo absolutorio deben ser presentados de modo pormenorizado, riguroso y enteramente fiel a la propia sentencia de instancia, no solo para comprobar en qué medida la sentencia del Tribunal Supremo aquí analizada reconstruye correctamente los fundamentos de fallo que, en lo referido al delito del artículo 498 del Código Penal, anula, sino también para valorar, por contraste, las razones del Tribunal Supremo. Podemos ordenar de la siguiente manera la fundamentación por la Audiencia Nacional de su absolución de los acusados por el delito contra la inmunidad de los parlamentarios del artículo 498:

- (i) Los tipos penales por los que la fiscalía y las acusaciones particulares acusan a los encausados “operan como límites externos del derecho fundamental del artículo 21 de la Constitución”, que es el derecho de reunión y manifestación.
- (ii) “[L]a cláusula del estado de derecho obliga a determinar el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos”, pues si la conducta que se juzga se encuadra en el ámbito propio de un derecho fundamental, no podrá ser objeto de sanción penal.
- (iii) Conforme a la ley reguladora de este derecho, “la reunión es la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con una finalidad determinada” y “debe entenderse como

una manifestación colectiva de la libertad de expresión, que se ejercita mediante la asociación transitoria de personas, para la exposición e intercambio de ideas y opiniones, la defensa de intereses o la difusión de problemas y reivindicaciones”.

- (iv) “La vinculación del derecho de reunión con la libertad de expresión significa reforzar su consideración como cauce del principio democrático participativo, inscrito en lo que se ha denominado el núcleo duro del sistema democrático, en términos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos cuando aborda el libre juego del debate político, el corazón de la noción de sociedad democrática”.
- (v) “La doctrina constitucional ha puesto de relieve que para muchos grupos sociales el derecho de manifestación es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones”.
- (vi) Las “voces críticas de minorías o de sectores sociales débiles” están sistemáticamente marginadas y se vuelven invisibles “ciertas realidades dramáticas” “por la dificultad, cuando no, en muchos casos, de la más absoluta imposibilidad de quienes las sufren de acceder a la opinión pública para difundir y hacer llegar sus proclamas y opiniones”. Esa dificultad o imposibilidad para acceder al espacio público obedece a que dicho espacio está “delimitado y controlado por los medios de comunicación, en manos privadas, o, pocos, de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas”.
- (vii) En tal situación, “[p]ara muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones”.
- (viii) En cuanto valor superior de nuestro ordenamiento, el pluralismo “obliga al Estado a garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas —más cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos— frente a las voces habitualmente sobrerrepresentadas”, y las libertades de reunión y manifestación “ponen a prueba la existencia de una auténtica autonomía de la sociedad civil que el aislamiento en la vida privada y la pasividad social, cuando menos, debilita”.

- (ix) “En conclusión, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación, íntimamente vinculados como cauces de la democracia participativa, gozan de una posición preferente en el orden constitucional, por lo que han de ser objeto de una especial protección” y cuando “los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos”.
- (x) Los elementos configuradores del derecho de reunión pacífica y sin armas son cuatro: uno subjetivo (una agrupación de personas), uno temporal (duración transitoria del encuentro y actuación coral), uno finalístico, que debe ser lícito (la comunicación o difusión pública de mensajes y de conflictos) y otro objetivo (lugar o espacio de celebración).
- (xi) El ámbito del derecho protegido está, según la jurisprudencia constitucional, configurado por varios criterios que se interrelacionan: a) libertad de los contenidos del mensaje de protesta; b) libertad de elección del espacio de la intervención; y c) “la libre selección de los medios adecuados para ejercer la crítica y alcanzar la máxima publicidad, lo que se denomina el catálogo de las formas de protesta”.
- (xii) En el caso de autos se dan plenamente todos esos elementos mencionados. “la convocatoria estaba destinada a hacer coincidir voluntades individuales para expresar una subjetividad colectiva, coincidiendo con la sesión del órgano legislativo de la Comunidad Autónoma en la que se habían de decidir el contenido y el destino de la cuentas públicas, la finalidad era divulgar mensajes de protesta en relación a las decisiones legislativas, y para ello se trataba de ocupar los alrededores del edificio parlamentario para dirigir a los diputados, a los medios

de comunicación y a la sociedad el rechazo de tales medidas de recorte del gasto social en detrimento de los servicios públicos y de la efectividad de los derechos sociales”. Además, El lema de la convocatoria de la manifestación contenía dos mensajes precisos. Quienes protestaban no querían las restricciones económicas de las prestaciones y de los servicios públicos; y quienes adoptaban tales decisiones ya no les representaban. Mensajes directamente relacionados con la Constitución social, que protege los derechos fundamentales sociales, económicos y culturales [...], y con la Constitución democrática, en la medida que requerían a los representantes políticos, a los diputados, para que respondieran a los intereses generales, a los de la mayoría de la sociedad, y cuestionaban la legitimidad de ejercicio de su propia representación. Desde esa perspectiva conviene hacer notar que la protesta suponía la defensa de la Constitución y de sus contenidos básicos”.

Así pues, “[p]or sus elementos y contenidos, la acción colectiva de protesta se hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación. Estaba dirigida a configurar un espacio público que tuviera en cuenta la voz de los desfavorecidos por las políticas denominadas de austeridad, en defensa de la Constitución formal”.

- (xiii) Frente a partidos que en las recientes elecciones no habían planteado ni propuesto en sus programas los recortes de gasto social que ahora aplicaban, la protesta que se ejercía “moldeaba algo parecido a lo que, bien es cierto que en pocos momentos de la historia de las sociedades, se ha conocido como acción revocatoria de mandatos, una forma de intervención democrática directa para el control de la representación”.
- (xiv) La protesta, que estaba autorizada, iba a abarcar dos formas de acción. Una, “la manifestación frente a la institución donde se iban a tomar determinadas decisiones, mediante la presencia de ciudadanos que querían hacer visible su indignación y oposición a las políticas de recorte del gasto social”. Otra, “la confrontación con los diputados personalmente, para hacerles llegar el malestar ciudadano y su propia responsabilidad por el voto que iban a emitir”.

- (xv) En ese segundo componente se “actualizaba el derecho de reunión en la modalidad de concentración o reunión estática” mediante lo que se conoce como “piquete”. “La figura del piquete, en el contexto de las modalidades de protesta social, significa el establecimiento de un espacio de confrontación física y simbólica entre quienes disienten y las personas a las que se quiere hacer llegar el mensaje (...). Esa forma de acción colectiva supone un enfrentamiento político y moral entre los sujetos. Quienes participan en el piquete plantean una estrategia de oposición frente a ciertas políticas o decisiones, públicas o privadas, y asumen un sacrificio o incomodidad que conlleva la pérdida de salario, en el caso de la huelga, el empleo del tiempo exigido para la protesta, el desplazamiento hasta el lugar, la exposición pública, incluso, el riesgo de ser objeto de persecución policial o de sanción de algún tipo. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de los foros públicos, la especificidad de la conducta del piquete es su concreta ubicación (a la puerta de la fábrica, del Parlamento o del domicilio de quienes toman las decisiones, en el caso del llamado escrache)”.
- (xvi) Dadas las características y formas de actuación del piquete, “el Estado está obligado a intervenir para regular esa modalidad de conflicto. No puede admitirse la supresión de la protesta, pero hay que evitar la intimidación o el hostigamiento, confiriendo una oportunidad razonable al enfrentamiento”. “El poder público ha de intervenir para establecer los límites, incluso físicos, de la confrontación, con la finalidad de proteger el ejercicio del derecho fundamental de reunión y, al tiempo, preservar los legítimos intereses de las partes concernidas”.
- (xvii) En este caso de la protesta frente al Parlament, la autoridad pública incumplió ese cometido suyo, pues, por ejemplo, no estableció “un perímetro para hacer compatible, de un lado, la acción de los piquetes” y, “de otro lado, la libertad de los diputados de acceder a la asamblea para ejercer sus funciones”. “De esta manera, se hubiera delimitado la acción colectiva, sus contenidos y, sobre todo, el espacio, físico y simbólico, de la confrontación. La importancia de la ordenación

del espacio, aquí, no puede olvidarse, porque permitía a los propios manifestantes, a quienes secundaban la convocatoria, autodeterminar su conducta, estableciendo pautas claras”. Así pues, en el presente caso y por la deficiente actuación de la autoridad pública, “[e]l diseño de la intervención hizo inevitable el encuentro de los diputados con los manifestantes, que ocupaban todo el espacio disponible para el tránsito. La obligada confrontación, en los términos en que se produjo, fue debida al cierre, por razones de seguridad, de todos los accesos al Parlament salvo uno, dejando franca la entrada del Parc de la Ciutadella, donde confluyeron los piquetes, provocando no solo la contaminación física entre unos y otros, sino la necesidad de los parlamentarios de abrirse camino entre las gentes allí congregadas”.

- (xviii) “En medio de la tensión ambiental que habían generado varias cargas policiales, ante la muchedumbre aparecieron los diputados, visibles por sus trajes y carteras, algo que la gente no se esperaba; fueron los propios manifestantes quienes protegieron a los parlamentarios frente a los más exaltados”.
- (xix) Las conductas examinadas pueden verse o bien como actos de ejercicio legítimo de un derecho fundamental o como delito, pero no ambas cosas a la vez. Pero entre esos dos polos hay un *territorio intermedio*, compuesto por “aquellas conductas que expresan un exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurarlos, porque se encuentran íntimamente relacionadas con el ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho”. Ahí “la intervención penal debe superar los filtros que establece el principio de proporcionalidad y, en especial, la doctrina del efecto desaliento. Pues no es suficiente constatar que la acción sobrepasa el ámbito de la protección constitucional del derecho, porque entre lo protegido y lo punible hay zonas intermedias que pueden ser reguladas por el derecho público o privado sin necesidad de intervención penal, la última razón, según señala la jurisprudencia constitucional [...]. Hay que observar que analizamos conductas que suponen el ejercicio de los derechos, por lo tanto, nos movemos en la praxis de la libertad de expresión

y del derecho de manifestación, de derechos en acción se trata, que siempre se presentan en la esfera pública en conflicto con otros bienes e intereses, en una tensión donde la medida de lo admisible y el significado de la transgresión es siempre discutible, la delimitación de lo normal frente a lo abusivo se hace muchas veces mediante una delgada línea, inevitablemente con criterios oportunistas. Ciertamente, es consustancial al ejercicio del derecho de manifestación en una sociedad abierta y compleja”.

- (xx) “Por lo tanto, resulta necesario diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal y, para ello, atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho”.
- (xxi) “La mayoría de las conductas probadas que se atribuyen en la sentencia a alguno de los acusados consistieron en participar en la manifestación, permaneciendo en el lugar —acotado por la autoridad gubernativa, mediante el cierre de las puertas de acceso al parque que rodea la sede del Parlament, y delimitado en concreto por la acción de los agentes que intervenían secuencialmente, desplazando a los grupos de manifestantes— y encontrándose con alguno de los parlamentarios [...] Respecto a todos ellos solo podemos afirmar su presencia en el lugar por donde los diputados se vieron obligados a transitar para acceder al Parlament y en algún caso la confrontación con ellos. Todos ejercieron el derecho fundamental de manifestación, sin que pueda imputárseles acto alguno que pudiera significar un exceso o abuso”.
- (xxii) En cuanto a las acusaciones por delito contra la inmunidad de los parlamentarios (artículo 498 del Código Penal), “la misma exigencia del principio de proporcionalidad demanda que toda conducta fuere idónea para impedir asistir a la reunión o coartar la libre voluntad del parlamentario. En este punto cabe reseñar que dicha idoneidad lleva implícita la gravedad de la acción, en consideración a la circunstancia y condición del sujeto pasivo, un político, persona pública que ejerce uno de los poderes del Estado, habituado a adoptar decisiones bajo

la ética de la responsabilidad, hecho a la crítica, al conflicto y la presión de los medios y de la opinión pública”.

“Las acciones que hemos identificado —con criterios estrictos de una normalidad planteada como modelo fuera del conflicto— con un cierto significado de exceso o abuso del derecho de manifestación consistían, según hemos dicho, en ponerse delante de los diputados con los brazos abiertos o caminar detrás de ellos con los brazos en alto, al tiempo que se coreaban las consignas sobre el recorte presupuestario o la falta de legitimidad de la representación que ostentaban. Desde luego, son conductas íntima e inequívocamente conectadas con el derecho a la protesta que allí se ejercitaba. Entendemos que formalmente esas conductas pudieran parecer como coactivas; pero materialmente carecían de la idoneidad necesaria y de la entidad suficiente como para ser consideradas típicas”.

- (xxiii) La doctrina del efecto desaliento juega como “pauta del juicio de proporcionalidad cuando se afectan derechos fundamentales” y despliega sus efectos en este caso, porque “la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política”. Así pues, “[l]a prohibición de exceso aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad, que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico, ya que no tenían idoneidad para impedir a los diputados la asistencia a la reunión del Parlamento o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto”.

5. Ciertamente, esa argumentación de la Audiencia Nacional en la sentencia de instancia es peculiar, si bien no desentona del tipo de enigmáticas metafísicas que impregnan la actual jurisprudencia de tantos tribunales, incluidos los penales. Veamos esto brevemente:

- a) Hay una confusión notable entre el contenido esencial de un derecho fundamental y la proporcionalidad de su ejercicio. Pero, por definición, el ejercicio de un derecho fundamental que cae dentro de lo que es su contenido esencial no puede ser desproporcionado. No verlo así implica que caben casos en que el ejercicio de lo que indubitadamente es el contenido esencial de un derecho fundamental pueda ser restringido en virtud del mismo principio de proporcionalidad.
- b) El lenguaje de la proporcionalidad deja en segundo plano la cuestión que verdaderamente importa en este tipo de casos: la de si, dándose la acción típica, falta la antijuridicidad por concurrir la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Lo que haría, así, legítimo el ejercicio de un derecho no es que la acción cumpla con los elementos definitorios de tal derecho y su ejercicio, sino que resulte “proporcionado” o no “proporcionado” castigarla penalmente. De tal manera, los límites de la antijuridicidad de la acción se tornan fluctuantes y su determinación será puramente casuística. En otras palabras, no se cuenta con la eximente cuando se ejerce legítimamente un derecho, sino cuando concurren en las circunstancias del caso razones suficientes para rechazar el castigo por esa acción. Entre la regla (que las acciones subsumibles en el tipo penal T son delito y como tal deben castigarse) y la excepción (que la responsabilidad penal se exonera si se da la causa de justificación E) se inserta un elemento imprevisto y sorprendente: aun no concurriendo la causa de justificación E (ni ninguna otra causa de justificación prevista) la regla puede ser excepcionada. ¿Cuándo? Cuando, pese a concurrir todos los requisitos para la imposición de la pena por el correspondiente delito y no darse causa de justificación, la imposición de la correspondiente pena resulte *desproporcionada* en cuanto carga o traba para el derecho fundamental en cuestión; por ejemplo, porque tendrá un efecto de desaliento para otros sujetos que en el futuro se planteen el ejercicio de ese derecho.

Con esto último hallamos otro aspecto curioso, una nueva inversión del razonamiento. En lugar de pensar en el “desaliento” que la pena está llamada a producir en quienes puedan verse tentados para ejercer ilegítimamente el derecho de marras, se

toma en cuenta ese efecto de “desaliento” que puede la pena tener sobre quienes quieren ejercer el derecho legítima o ilegítimamente, y todo ello por la importancia abstracta o genérica de ese derecho de referencia. Se acaba, así, en una especie de ponderación entre la ilegitimidad de la vulneración del bien jurídico que el correspondiente delito protege y la legitimidad de un derecho fundamental en sí y que, sin embargo, en el caso no se ha ejercido legítimamente.

- c) Entre los propios derechos fundamentales se señala una relación que podríamos por analogía denominar como de dinámica de fluidos. Por un lado, cuanto mayor sea la dificultad para su legítimo ejercicio, menores son los requisitos para la legitimidad de tal ejercicio. Por otro lado, cuantos más obstáculos encuentre el ejercicio legítimo de un derecho, mayor deberá ser la tolerancia con la vulneración de otros derechos, al menos en lo que tiene que ver con la protección penal de tales derechos en cuanto bienes jurídico-penales de los correspondientes delitos. No hay vía más expedita para la plena y radical politización de la jurisprudencia penal.

En mi opinión, o es típica la conducta o no lo es; y si lo es, o es antijurídica porque no concurre causa de justificación tasada o concurre tal causa y no es antijurídica, procediendo entonces la absolución. Cuando la causa de justificación es esa de ejercicio legítimo de un derecho, o damos caracterizaciones generales y universalizables del ejercicio del derecho de que se trate o nos abocamos, en lo penal también, a un radical casuismo y una sorprendente y revolucionaria justicia penal del caso concreto. Lo penal y su precisión y taxatividad se difumina en un mar de ponderaciones y proporcionalidades que conducirán a que pueda haber condenas allí donde las causas de justificación claramente concurren, y absoluciones allá donde no hay tales causas de justificación pero no parece conveniente ni proporcionado el castigo legalmente previsto, a la luz de los valores que se quieran considerar.

- d) En el razonamiento de la Audiencia Nacional se insinúa una confusión entre fines y medios y terminan los fines por justificar los medios. Primero se recalca la importancia del derecho fun-

damental de reunión y manifestación. Como si en verdad fuera tan relevante destacar que cualquier derecho fundamental es, precisamente, “fundamental”. Después se explica que hay un derecho fundamental, el de libertad de expresión, en cuanto medio de las personas y grupos para exponer sus ideas y defender sus intereses en la esfera pública, que está resultando restringido para determinados grupos vulnerables por causa de la propiedad privada de la mayoría de los medios de comunicación y del partidismo de los medios de titularidad pública. Y a partir de ese diagnóstico se concluye que semejante restricción de la libertad de expresión debe ser compensada o contrapesada con la admisibilidad del exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación. La deficiente protección de la libertad de expresión se compensa con la justificación del exceso en el ejercicio de la libertad de manifestación y por los efectos “expresivos” de tal exceso.

- e) ¿Estaría la Audiencia Nacional haciendo un ejercicio de uso alternativo del derecho? Podría pensarse así. Su veredicto sobre la realidad social y política española del presente apenas podría ser más rotundo. Derechos como el de libertad de expresión son reducidos a su mínima plasmación por la acción combinada de la propiedad privada de la mayoría de los medios de comunicación y el partidismo desaforado de los públicos; los partidos políticos traicionan al electorado porque cuando acceden al gobierno hacen recortes en recursos y derechos sociales, recortes que no habían anunciado en sus programas; el Derecho penal amenaza con convertir en delictivas las acciones que constituyen explicable reacción ante tanta opresión de los derechos y semejante pauperización de muchos ciudadanos. Los jueces penales, entonces, deben obrar como contrapeso frente a tanta perversión o degeneración de lo político y lo gubernamental, justamente a base de darle un abierto cariz político a sus decisiones y de forzar los conceptos y las interpretaciones cuanto sea necesario para dicho fin político y “alternativo”.

Ante ese diagnóstico que de la situación política hace la Audiencia Nacional, habría que preguntarse varias cosas. Una, si en verdad en los medios de comunicación opera esa exclusión de la voz de las personas y grupos socialmente más desfavore-

recidos y perjudicados por los recortes en derechos sociales y servicios públicos; dos, si la transmisión de las protestas legítimas y, al parecer, sistemáticamente ocultadas en los medios tiene su cauce adecuado en los “excesos” en el ejercicio de derechos como el de manifestación y si no ocurrirá exactamente lo contrario, es decir, que resulte socialmente deslegitimado el mensaje de protesta como consecuencia de esas maneras en que se expresa.

- f) Llamativa es también la sutil manera de cargar responsabilidad sobre el Estado. A juicio de la Audiencia, es plenamente legítimo que los manifestantes formen piquetes, buscando “un espacio de confrontación física y simbólica” con los parlamentarios, piquetes cuyo cometido puede ser el de ubicarse en la puerta del Parlamento para evitar la entrada de los parlamentarios. Esos piquetes, al parecer, serían aquí legítimos, aun cuando su finalidad patentemente se oponga al artículo 498 del Código Penal, que tipifica como delito el impedir mediante fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave a parlamentarios la asistencia a reuniones de la cámara legislativa. Pero, con ser legítimos los piquetes así conformados, el Estado estaría llamado a poner los medios para que no consumen sus propósitos, en este caso los de impedir el acceso de los diputados al Parlamento de Cataluña. Puesto que la ley permite al Estado tomar las correspondientes medidas, si no lo hace abocará a los propios piquetes a alcanzar el contacto físico que buscaban y, de tal modo, quedará desprotegido el mismísimo derecho de reunión. Curiosísimo razonamiento. Al final resulta que el pretendido encuentro de los manifestantes o sus piquetes con los diputados se consumó, pero no cabe reproche ni puede haber delito porque el Estado no puso los medios para frustrar tal encuentro físico. Es legítimo que los manifestantes quieran impedir el paso de los parlamentarios, pero si lo consiguen será por culpa de la imprevisión del Estado y no podrán esos hechos constituir delito, aunque encajen en la dicción del artículo 498 y el ejercicio del derecho de reunión y manifestación acabe resultando “excesivo”.
- g) Para la teoría del derecho y de los derechos son todo un hallazgo las “zonas intermedias” entre el ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio no legítimo pero que penalmente excusa

de la responsabilidad penal como si fuera legítimo. Se vuelve trimembre la clasificación que parecía dual. A las alternativas que pensábamos, las de ejercicio legítimo (causa de justificación penal) *versus* ejercicio no legítimo de un derecho (no causa de justificación penal), se agrega una tercera, la del ejercicio abusivo o excesivo del derecho, pero que sí excusa de responsabilidad penal. Al mismo tiempo, mientras que para la aplicación o la inaplicación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho jugaría un razonamiento de tipo subsuntivo, en este sorprendente territorio intermedio o tierra de nadie se aplicará el principio de proporcionalidad. Que se aplique el principio de proporcionalidad supone que la solución sobre si el comportamiento es penalmente sancionable o no en el caso concreto ya no depende de una descripción típica del delito y de la causa de justificación y del contenido del derecho al que esa causa de justificación respectivamente remita, sino de un análisis de las circunstancias y el contexto del caso. Por ejemplo, y como en este mismo supuesto comprobamos, el que las acciones de impedir que los diputados accedan al Parlamento sean o no antijurídicas no depende del contenido estable o definido del derecho de reunión y manifestación, sino de las circunstancias políticas del momento. También el Derecho penal se vuelve dúctil y muy casuístico por ese camino, más etéreo que sólido, más indeterminado que previsible.

Téngase en cuenta también que no estamos hablando de una sentencia del Tribunal Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad del tipo penal en cuestión, sino de una sentencia de la jurisdicción penal que absuelve porque considera desproporcionado castigar el comportamiento que pueda corresponderse con la descripción del tipo penal, y que no se afirma como ejercicio legítimo del derecho de reunión y manifestación, sino abusivo o “excesivo” (¿desproporcionado?). Se ha dado, así, con el camino para excepcionar tranquilamente la imposición de pena para la conducta encuadrable bajo el tipo penal y para la que no concurre causa de justificación; es cuestión de tiempo el que algún tribunal penal se anime a dar el paso siguiente, el de castigar la conducta para la que sí concorra con toda claridad eximente, con el mismo argumento de

que resulte desproporcionada la impunidad de esa conducta en las peculiares circunstancias del caso concreto y de su contexto social y político. Lo difícil no es abrir ese tipo de puertas, sino cerrarlas.

- b) Y todo para qué. Acaba la Audiencia Nacional afirmando que aunque “formalmente esas conductas pudieran parecer como coactivas”, “materialmente carecían de la idoneidad necesaria y de la entidad suficiente como para ser consideradas típicas”. Acabáramos. Si no hay acción típica, no hay delito. Sobra, pues, toda divagación sobre la concurrencia o no de causa de justificación. Ahora las piezas encajan al fin, pero de otra forma: las anteriores apreciaciones sobre la importancia del derecho y de su ejercicio en la actual coyuntura iban dirigidas a justificar una interpretación restrictiva del tipo penal. Pero si lo dirimente es la interpretación del tipo penal del artículo 498, ¿a qué viene y para qué vale tanta alusión al principio de proporcionalidad? Posiblemente, para lo habitual: para no tener que abordar una justificación seria, rigurosa y general de esa interpretación aplicada a dicho artículo. En estos tiempos, siempre que un tribunal no quiere argumentar la interpretación rectora de su fallo se pone a hablar de hechos y circunstancias del caso y dice que aplica el principio de proporcionalidad y que pondera.

6. En su sentencia, el Tribunal Supremo embrolla todavía más la situación y añade oscuridad metodológica a la ya muy notable oscuridad metodológica de la Audiencia Nacional. Pronto se aprecia de nuevo la actual obsesión de nuestros magistrados con la dichosa ponderación. Interpreta el Tribunal Supremo del siguiente modo la posición de la Audiencia Nacional: “La línea argumental que anima la sentencia recurrida, concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como se establece en el artículo 20.7 del Código Penal. La absolución resulta obligada con el fin —se razona— de evitar lo que los Jueces de instancia denominan ‘*el efecto desaliento*’”.

¿Fue ese el juicio de ponderación? No estamos seguros. Pero, sea como sea, para qué ponderar si se afirma que concurre la causa de

justificación del artículo 20.7°. ¿O acaso cabría que concurriera y que a base de ponderar concluyéramos que habría que castigar de todos modos?

El Tribunal Supremo condena por delito del artículo 498 y fundamenta también a base de ponderación. Si en el caso de la referida sentencia de la Audiencia Nacional nos quedábamos sin saber qué era exactamente lo que se ponderaba, lo que el Tribunal Supremo nos dice ahora es que la Audiencia Nacional no ponderó lo que debía ni cómo debía. Y, en efecto, una de las claves de la famosa ponderación es que cada uno elige lo que quiere poner en cada platillo de la balanza, en función de cuál desea que sea el derecho o principio ganador y cuál el perdedor.

Según el Tribunal Supremo, la ponderación, en el caso de autos, tiene que darse entre el derecho de reunión (y el de libertad de expresión a él anejo) y el derecho de participación política de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo. Dado que el caso se plantea ahora como de conflicto entre esos dos derechos, y puesto que no lo había presentado así la sentencia de instancia, quedan descontextualizadas y faltas de aplicación al caso las sentencias del Tribunal Constitucional que la Audiencia Nacional había citado como precedentes y como base de su doctrina, y así lo hace ver el Tribunal Supremo. Se insiste en que en la resolución de instancia no se encuentra ni rastro de la “argumentación ponderativa singular” entre libertades de expresión y reunión, por un lado, y derecho de participación, por otro. Y, en efecto, no hay tal ponderación en la decisión del Tribunal *a quo*, por la sencilla razón de que no se planteó el caso como de conflicto entre esos derechos.

Aparece en escena el artículo 23 de la Constitución, que abarca tanto “el derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad”, como “la necesidad de que los representantes designados puedan permanecer y ejercer libremente sus cargos”. Al obstaculizar el ejercicio de las funciones de los parlamentarios se obstaculiza el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes.

Podríamos entender cabalmente que lo que el Tribunal Supremo está haciendo es justificar una cierta interpretación extensiva o, al menos, no restrictiva del artículo 498 del Código Penal, en virtud de

la gran importancia del bien protegido por ese tipo penal, que viene a ser, a fin de cuentas, nada menos que uno de los componentes básicos del derecho de los ciudadanos a su participación política en democracia. Pero, entonces, ¿para qué hablar de ponderación? Bastaría decir que no puede ser ejercicio ilegítimo del derecho de reunión y manifestación el que viniera a dañar gravemente la sustancia misma del derecho de participación política.

Restablezcamos nosotros la auténtica índole del caso y de lo que para el caso viene a cuento. Hay una acusación por delito contra la inmunidad de los parlamentarios. Las defensas alegan la concurrencia de la causa de justificación del artículo 20.7º, en su variante de ejercicio legítimo de un derecho. Tal derecho en cuestión sería el de reunión y manifestación (artículo 21 CE). La sentencia de instancia divaga grandemente, pues no se anima a mantener con todas las palabras que lo acontecido y juzgado suponga un ejercicio legítimo de tal derecho. Así que explica que no es legítimo del todo el ejercicio de ese derecho, sino más bien excesivo o un tanto abusivo, pero que no se debe punir porque entonces se fomentará un “efecto desaliento” en el ejercicio de dicho derecho. No llegamos a saber si se ponderó o no se ponderó, pero parece que aquella es la solución que respalda el principio de proporcionalidad bien aplicado, ponderando, intuyendo o como sea que se haya averiguado qué es lo proporcional en el caso.

En la sentencia suya, el Tribunal Supremo sí que pondera, pero no sabemos muy bien por qué. El argumento esencial de esta resolución se halla en la afirmación de que la lectura de los hechos probados “evidencia, sin duda, que algunos de los partícipes en los incidentes desarrollados durante los días 14 y 15 de junio, a raíz de la concentración convocada ante el Parlament de Catalunya, incurrieron en el delito previsto en el artículo 498”, que es un delito de tendencia. Que, como delito de tendencia, el delito se consuma, parece obvio, según la sentencia, vistos los hechos y el fin con el que se realizaron, fin que ya quedaba bien patente en el tenor mismo de la convocatoria (“Paremos el Parlamento. No permitiremos que aprueben recortes”). Afirma el Tribunal que es claro el “juicio de subsunción”. Además, y en contra de lo insinuado en la sentencia de instancia, “el juicio de tipicidad no se ve alterado por el mayor o menor acierto de los agentes de la autoridad en el momento de fijar los perímetros de seguridad que podría haber aconsejado la aglomeración de ciudadanos en las

inmediaciones del Parlament”. En opinión del Tribunal, según los hechos probados “la lesión del bien jurídico —el normal funcionamiento del órgano parlamentario— se dibuja con absoluta nitidez”. Uno por uno repasa la sentencia el comportamiento de los acusados y su encaje nítido bajo el delito del artículo 498.

¿Dónde estuvo la ponderación del Tribunal Supremo y en qué consistió? Sienta, paso a paso, que las conductas examinadas son plenamente subsumibles en el tipo del artículo 498. Quedaría por ver si, con todo, es aplicable la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Lo niega el Tribunal. ¿Con qué argumento? ¿Acaso con el de la ponderación? Eso parece, pero de una ponderación metódicamente llevada, paso a paso, no encontramos huella en la sentencia. Solamente se dijo aquello que ya se ha reseñado, que no puede ser ejercicio legítimo del derecho de reunión y manifestación el que implique tan grave atentado al derecho de participación política, derecho que constituye el bien jurídico que el artículo 498 del Código Penal ampara. Pero eso no es ponderar y más si consideramos que, como el mismo Tribunal *a quo* admitía, el ejercicio de la libertad de reunión, antes que legítimo, resultaba en el caso “excesivo” o con un componente de “abuso” de ese derecho.

¿Ponderan? No, dicen que ponderan. ¿Por qué? Una vez más para no tener que explayarse sobre lo más difícil, sobre la naturaleza jurídica del delito en cuestión, sobre las modalidades posibles de su comisión y sobre la interpretación del tipo penal del artículo 498.

Sinteticemos las acciones de cada concreto condenado, tal como la sentencia misma las describe, de conformidad con la declaración de hechos probados en primera instancia:

- Marco Antonio le pintó por la espalda la chaqueta a una diputada, valiéndose de un spray. Pero, según la sentencia que vemos, “Marco Antonio es (...) uno de los manifestantes que quiere paralizar el Parlamento impidiendo la aprobación de lo que considera recortes presupuestarios”. Así que, por eso, su acción sería típica a tenor del referido artículo 498. En palabras del Tribunal “entendemos que el acusado no hizo sino ejecutar una acción que es la concreción exacta del fin colectivo perseguido por los manifestantes”. Basta ver el lema de la convo-

catoria para conocer la intención de los participantes, Marco Antonio entre ellos.

- Edemiro, según los hechos probados “se interpuso con los brazos en cruz ante los parlamentarios (...) y siguió al diputado autonómico Sr. Luis Pablo con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión”. Ya estamos al corriente de que el delito sobre el que se debate es descrito en el artículo 498 del Código Penal como empleo de la fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un parlamentario la asistencia a una reunión de la cámara legislativa. ¿Se cumple con esa descripción cuando el acusado no se interpone ante el diputado, sino que lo sigue con las manos en alto y gritando? Según el Tribunal, sí, pero por razón del “entorno tumultuario” en el que ocurrían cosas tales como que a un diputado alguien (no Edelmiro, ciertamente) le arrebató un bolso, a otros les impidieron el paso (pero no se lo impidió Edelmiro, eso no) o sobre las ropas de otros algún manifestante (no Edelmiro) derramó “algún líquido”.
- Estela persiguió a un diputado “con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación”. Esa conducta supondría acoso al representante de los ciudadanos y, en suma, Estela “ejecuta su particular aportación al acto colectivo de obstaculización de las tareas parlamentarias”, contribuyendo, el igual que Edelmiro, “a reforzar la violencia e intimidación sufrida por los Diputados autonómicos Iván y Luis Pablo, impidiéndoles el normal desarrollo de sus respectivas funciones representativas”.
- Leopoldo “sabe que está acosando a dos Diputados, en unión de otras personas que no han sido identificadas”, “pide expresamente que se les impida el paso” y “para rubricar la motivación de sus actos”, exhibe una pancarta. Se añade que “los dos Diputados, después de un altercado *con otras personas* no identificadas, piden amparo a los agentes de policía. Solo el traslado en helicóptero hizo posible que ambos representantes pudieran llegar al Parlament”. El subrayado es nuestro y vale para resaltar que no consta ni que fuera Leopoldo el que impidiera el paso a los parlamentarios, ni el que tuviera el altercado con

ellos. Leopoldo sabía, sí, en qué acción colectiva participaba y cuáles eran los objetivos de esa acción. Pero de su conducta en concreto, consta nada más que exhibió una pancarta, ni siquiera que con ella cerrara el paso a los diputados ni cosa por el estilo. Para el Tribunal “[e]l juicio de subsunción se manifiesta con absoluta nitidez”. El juicio de subsunción bajo el delito del artículo 498 del Código. Por esto: porque el acusado “se vale de la atmósfera de coacción ejercida por otras cien personas, cuya identidad no ha quedado acreditada, y pide a otros manifestantes que obstaculicen el paso de los Diputados Raimundo y Baltasar para que, por su obligada ausencia, no puedan votar. El desenlace no es otro que la necesidad de sobrevolar en un helicóptero los obstáculos creados por los manifestantes”.

- Eugenio, con la misma finalidad que los anteriores, “empeñó sus esfuerzos en que el Diputado Romualdo no accediera al Parlament”, concretamente por estar entre los que rodeaban al representante popular con las manos abiertas y los brazos en alto, pero “siempre a su espalda”. Era uno de los que lo rodeaban por detrás para que no avanzara hacia adelante, como se ve.
- También Rosario, Tomás y José Luis entorpecieron el libre tránsito de un diputado que se dirigía al Parlament. Están en el grupo de personas que se interponen en su camino, lo interpelan y lo obligan a escuchar sus razones hasta que “agentes de policía acompañaron al diputado para que superara a los manifestantes. No consta que fuera agredido, ni empujado”.

Esos son, en lo esencial y sin hurtar detalles relevantes, los motivos que el Tribunal alega para justificar la condena de todos los mencionados como autores del delito en cuestión, el del artículo 498 del Código Penal en su primera variante (empleo de “*fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro... de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones*”). El razonamiento subyacente no es difícil de captar y se podría resumir según el siguiente esquema: a) por tratarse de un delito de tendencia, lo comenten todos los integrantes del grupo de manifestantes o reunidos que comparten esa “tendencia”, es decir, la finalidad ilícita de la convocatoria, por lo que podría decirse que, pese a estar

autorizada la concentración por la autoridad gubernativa, se trata de una concentración delictiva; b) cualquiera que, de la forma que sea (por ejemplo, impidiendo a un diputado el avance a base de situarse detrás de él, no delante), haya formado parte de esa concentración es reo del delito, haya hecho lo que haya hecho y por la simple razón de que si estaba allí es porque comparte el ilícito objetivo común; c) los acusados y condenados son solamente esos porque únicamente de esos consta en los hechos probados que estuvieran presentes en la reunión y se comportaran en consonancia con el objetivo aglutinador, pero potencialmente todos son culpables por estar y por estar para lo que estaban, e idealmente a todos se les podría haber condenado si de todos constara la identidad y la presencia¹.

No se antoja fácil una justificación doctrinal de esa autoría delictiva ni de las peculiaridades de un delito que de esa manera se comete, aunque se opte por considerarlo delito de tendencia. Tampoco sería sencillo correlacionar los hechos probados con una bien argumentada interpretación de la norma. Por eso, según mi tesis, se tira por el camino de en medio, el de la ponderación. Se dice que se pesaron aquellos dos derechos (libertad de reunión y manifestación —artículo 21 CE— y participación política —artículo 23 CE) y que salió mayor el peso del de participación, por lo que no pueden quedar impunes los comportamientos de los acusados, al margen de que su subsun-

¹ En su voto particular, escribe el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez que el del artículo 498 “[s]e configura como un tipo delictivo generalmente caracterizado como de peligro abstracto. Por tanto, aplicable ya solo con que se dé el *empleo* —de alguna de aquellas [fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave]— *para* el fin contemplado, con independencia del resultado, en el primer supuesto; o cuando las formas de comportamiento previstas fueran aptas para ocasionar *una perturbación del estado de ánimo del sujeto*, que pudiese incidir en el sentido del voto”. Así que “lo requerido es que *exista* ‘fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave’, aplicada, además, directa y materialmente sobre un sujeto o sujetos concretos investidos de aquella calidad”. Concluye el magistrado discrepante que “[s]ituados en este plano, no cabe afirmar que las acciones descritas (seguir, interpelar, corear consignas, etc., o manchar la ropa) [...] y que la sala de instancia consideró impunes a la luz del art. 498 del Código Penal, respondan a las exigencias típicas de ese precepto. Ni siquiera por el hecho de haber tenido lugar en el marco y ambiente de referencia: un dato de contexto que no pudo *transformarlas* al margen de la voluntad de sus autores, hasta el punto de alterar de manera esencial su naturaleza, inscribiendo en ellas rasgos y un marchamo de violentas o intimidantes que *en sí mismas no tenían*”.

ción bajo la norma sea más o menos problemática o de cómo deba el precepto interpretarse para que esa subsunción quepa, y al margen de que otro día y en otro caso algo diferente el pesaje de esos mismos derechos en competencia pueda dar un resultado distinto. Como casi siempre en este tipo de resoluciones ponderadoras, cada derecho tiene el peso que tiene porque el tribunal de turno dice que lo tiene. De ahí que ponderar sea tan práctico y tan cómodo. La balanza no se enseña, se indica nada más que el peso, pero no se ve por ningún lado el “ponderómetro”.

A mi modo de ver, que otras jurisdicciones se pierdan por esos esotéricos caminos de la ponderación es altamente preocupante, pero que sean los altos tribunales de lo Penal los que por ahí se embarquen puede acabar resultando trágico para nuestros derechos (precisamente) y garantías ante el sistema penal y ante el Leviatán que lo respalda. Y, entretanto, esa manera de razonar echa por tierra sin piedad siglos de sutil y aguda dogmática penal y de exigencia a la hora de motivar con esmero y sin trampa las decisiones judiciales, en particular las penales condenatorias.

Por cierto, la pena para los ocho acusados condenados será de tres años de prisión.

Análisis de la sentencia 29/2008 del Tribunal constitucional español, en el famoso caso de “Los Albertos”

Dos “hombres de negocios”, Alberto Cortina y Alberto Alcocer, habían sido condenados por la Sala Penal del Tribunal Supremo a diversas penas, en tanto que autores responsables de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa. Recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración en dicha sentencia de distintos derechos fundamentales (derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley —art. 14 CE—, a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE—, a la presunción de inocencia en conexión con sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes —art. 24.2 CE y a la legalidad penal —art. 25-1 CE).

El TC irá rechazando la mayoría de esos motivos, pero acaba concediendo el amparo después de “examinar la interpretación dada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al art. 114 del Código Penal de 1973 (art. 132.2 del Código Penal vigente)” (F.J. 1). Así anticipa en el Fundamento Jurídico primero el Tribunal lo que hará, “examinar la interpretación”. Y aquí está el eje de la polémica que esta sentencia del TC ha levantado y la causa de la protesta del Tribunal Supremo.

Curiosamente, al hilo de su respuesta a otras alegaciones de los recurrentes el TC ha ido repitiendo que la competencia para valorar los hechos y las pruebas y para interpretar la legislación ordinaria corresponde a la jurisdicción ordinaria y no al propio TC. Así, dice que la interpretación de la legalidad realizada por el Tribunal Supremo (y la correspondiente subsunción de los hechos bajo las normas así interpretadas) no puede ser revisada en amparo si “tal interpretación no extravasa el tenor literal de la norma ni utiliza métodos no aceptados en los medios jurídicos”, y añade lo siguiente, en referencia a la interpretación de los términos legales del delito de estafa, concretamente de las expresiones “engaño bastante” y “perjuicio patrimonial”:

Como por lo demás dicha interpretación judicial no se sustenta en una base axiológica inconstitucional, ni nuestra tarea de amparo del derecho

a la legalidad penal consiste ni presupone una valoración de la interpretación de la norma penal en términos de calidad o de oportunidad, ni tampoco compete a este Tribunal el análisis de la mayor o menor razonabilidad de la interpretación alternativa que puedan proponer los recurrentes —ya que, como se ha expresado anteriormente, nuestra labor se constriñe a advenir que la interpretación y aplicación cuestionadas eran interpretaciones posibles, en cuanto razonables y por ello previsibles—, la conclusión no puede ser otra que la de desestimar la denuncia de la vulneración del derecho a la legalidad penal que imputan los recurrentes en amparo a las resoluciones judiciales impugnadas (F.J. 6).

Se aprecia a las claras en este párrafo que, al tiempo que señala los límites bien conocidos de su competencia revisora en amparo, el TC se está reservando una baza. Se dice que no le compete corregir interpretaciones de la ley que no sean irrazonables o arbitrarias por rebasar los significados posibles de la correspondiente norma, pero se deja caer que tal revisión sí cabe cuando la “base axiológica” de aquella interpretación sea inconstitucional. De qué se entienda por “base axiológica” y cómo se juegue con tal noción va a depender, en este caso y en tantos otros, el alcance concreto de la competencia que el TC se atribuya para revisar interpretaciones judiciales no arbitrarias o claramente irrazonables. En el mismo Fundamento Jurídico 6 de esta sentencia el TC ya se había abierto esta puerta, con cita de numerosas sentencias anteriores:

Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley”. Dichos criterios estarán conformados por “las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993)” y por los “modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”. Así, “no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998,

de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4).

Tenemos, por tanto, que, según el TC, son dos las razones por las que este Tribunal puede invalidar las interpretaciones de la jurisdicción ordinaria: la arbitrariedad resultante de una interpretación que propiamente no sea tal, pues no respeta los significados posibles de las palabras de la ley, y la que muestre una base axiológica, valorativa, discordante con la del texto constitucional. De esta forma vemos que el juicio de inconstitucionalidad de las interpretaciones judiciales no se basa meramente en el cotejo con las palabras de la Constitución, sino, y fundamentalmente, en la compatibilidad de aquellas interpretaciones con los valores constitucionales. Naturalmente, aquí va a surgir la pregunta de siempre: ¿qué concreto contenido tienen dichos valores que por su propia naturaleza son prelingüísticos o extralingüísticos? La respuesta parece obvia: el que les asigne el TC. Y esto, extremando un tanto el razonamiento, puede llevarnos a la siguiente conclusión: el TC puede declarar inválida cualquier interpretación de los jueces ordinarios que no le parezca materialmente correcta, a tenor de su lectura del contenido de los valores constitucionales y, en particular, de los valores subyacentes a los preceptos de derechos fundamentales susceptibles de amparo. Es decir, bastará que el TC opine que aquella interpretación no se ajusta suficientemente a lo exigido por “valores” como libertad o seguridad. Los márgenes de indeterminación lingüística de la formulación constitucional de tales derechos se tornan en certezas bien determinadas sobre los verdaderos contenidos de los mismos, que son contenidos materiales, axiológicos. Estamos, pues, dentro del ámbito de la llamada teoría de la única respuesta correcta. De las interpretaciones semánticamente posibles solo vale aquella que realice del mejor modo la mencionada axiología constitucional o, al menos, valen únicamente aquellas que no choquen con esa lectura axiológica de la Constitución.

Sentado lo anterior, llegamos a la razón por la que el TC en esta sentencia considerará inadecuada la interpretación que el Tribunal Supremo había hecho del art. 114 del Código Penal de 1973, artículo aplicable al caso por razones temporales. Dicho artículo rezaba: “El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se

hubiere cometido el delito. Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento”.

La problemática del caso a la luz de dicha norma se plantea así, en las propias palabras del TC:

Entrando ya en el análisis de las circunstancias del caso aquí enjuiciado debe destacarse, en primer lugar, que, como afirma la sentencia condenatoria recurrida, no existía controversia entre las partes en que el término prescriptivo concluía el 7 de enero de 1993; que el día anterior se presentó en el Juzgado de guardia un escrito que se autocalificaba de querella, sin poder especial para formularla a favor del Procurador firmante y sin firma de quienes figuraban como querellantes, escrito éste que se remitió al día siguiente al Juzgado Decano para su reparto, que recayó en el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid; que este Juzgado dictó el día 20 de enero un Auto de incoación de diligencias previas que, en su único razonamiento jurídico y en su parte dispositiva, estableció que la incoación de referencia se hacía “a los únicos fines registrales y de control procesal” y que al propio tiempo, esta vez sólo en la parte dispositiva, dispuso la ratificación del querellante y que “por su resultado” se acordaría; que la ratificación, que afectaba a las tres personas nominadas como querellantes en el tan repetido escrito, se produjo los días 9 de marzo, 20 de abril y 26 de julio siguientes y que el día 22 de noviembre de 1993, diez meses y quince días después del día en que finalizó el plazo de prescripción, el Juzgado dictó Auto de admisión de la querella.

Y en segundo término que, en contra de lo decidido por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima que antes de que finalizara el plazo de prescripción “se había dirigido el procedimiento contra el culpable”. Argumenta para ello que aun cuando la querella se hallaba “huérfana de poder especial”, y aunque por ello tampoco podía calificarse de denuncia, y aunque la ratificación posterior “no puede afectar, ni siquiera de modo indirecto, al transcurso del tiempo para completar la prescripción, que actúa de modo objetivo e implacable, ... sí es posible otorgarle a la querella la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio (*notitia criminis*) ... La querella tuvo la virtualidad de integrar una denuncia que, aun carente de poder especial, a efectos de traslado de responsabilidades al denunciador (v.gr. denuncia falsa), bastó con la firma o suscripción del mandatario, con poder general, para trasladar al Tribunal la *notitia criminis* que debió obligarle a actuar, al tratarse de delito perseguible de oficio, sin perjuicio de que la ulterior ratificación de la querella permitiera la atribución de la condición de parte procesal en la causa al querellante”. Y continúa la sentencia recurrida

observando que “existió, a su vez, procedimiento judicial, que se colma, según jurisprudencia de esta Sala, con la anotación en el registro general del Juzgado (S. núm. 162 de 4-2-2003), circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos (art. 9.3 CE). El Juzgado de guardia, que actúa a prevención de los demás, en casos de inactividad de los otros de su mismo partido judicial (el día de la presentación de la querella era festivo), es tanto como si se hubiera presentado en el Juzgado al que por turno correspondió instruir el asunto. Prueba de la competencia eventual o excepcional, es que de haber sido precisa la práctica de alguna diligencia urgente, que no admitiera demora, la debió practicar el Juzgado de guardia; pero ése no fue el caso” (FD primero) F.J. 9).

En resumen, el día anterior a la prescripción se presentó ante el Juzgado de guardia escrito que se autodenominaba querella, escrito con defectos formales que dio origen a una serie de trámites judiciales, entre los que cuenta la apertura de diligencias previas por el Juzgado de Instrucción. Meses después se produjo la ratificación de los querellantes y a los diez meses y medio de haberse presentado aquel primer escrito el Juzgado dictó Auto de admisión de la querella. El problema interpretativo, a la luz del citado art. 114 del Código Penal de 1973 consiste en saber si con aquel escrito denunciador se había iniciado el “procedimiento” contra el culpable, que interrumpe la prescripción, o si, por contra, los defectos de aquel escrito lo hacen inadecuado a tales efectos, por lo que todas las actuaciones posteriores habrían acaecido ya con el delito prescrito, imposibilitando por esa razón la condena de los acusados. El Tribunal Supremo interpreta en el primer sentido. El TC interpreta en el segundo. Estamos, así, ante lo que podemos denominar una lucha de interpretaciones y ya sabemos en qué casos estima el TC que su interpretación puede sobreponerse a la de los tribunales que integran la jurisdicción ordinaria. No afirmará el TC que la interpretación del Tribunal Supremo resulte irrazonable, ilógica o contraria al sentido evidente de las palabras del art. 114 del Código Penal. En consecuencia, argumentará su concesión del amparo echando mano de la no compatibilidad de aquella interpretación judicial con la axiología constitucional. Veamos tales argumentos y examinemos su consistencia.

Los derechos y correspondientes valores que aquí entran en juego, según el TC, son no solo los relativos a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, sino también y muy destacadamente los referidos a la libertad (art. 17 CE) y a la legalidad penal (art. 25 CE), y ello por-

que “no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3)” (F.J. 7).

Así pues, está en juego la libertad de los acusados, que con la interpretación a ellos desfavorable que el Tribunal Supremo ha realizado padecerían una condena privativa de libertad. Esa presencia del derecho a la libertad lleva al TC a exigir que en un supuesto así se aplique lo que denomina una tutela judicial “reforzada”. Ese refuerzo de la tutela procede siempre que “uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado [...] conectado [...] resulte puesto en juego [...] o quede afectado por tal decisión. Lo que en estos supuestos exige el art. 24 CE para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de la resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que se encuentra en juego”. La resolución judicial ha de estar jurídicamente bien argumentada y presentar una “aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso”, pero, “sobre todo esto es necesario también que la resolución judicial sea conforme con el derecho fundamental [...], compatible con él [...]: que exprese o trasluzca una argumentación axiológica que sea respetuosa con su contenido” (F.J. 7). Cada uno de estos conceptos y expresiones los refuerza la sentencia con citas de sentencias anteriores del propio TC. Y reparemos en el tipo de coherencia que en estos casos se exige a las resoluciones judiciales: coherencia axiológica.

¿A qué equivale tal doctrina del TC? Ni más ni menos que a mantener lo que, en otras palabras, podemos definir así: siempre que se trate de la interpretación de una norma penal que establezca penas privativas de libertad y siempre que de una de las interpretaciones razonables y lingüísticamente admisibles se siga la imposición de la pena y de otra la absolución del reo, esta última es constitucionalmente preferible, en aras del respeto al derecho fundamental de libertad del art. 17 CE. Y nos preguntamos, como no puede ser menos: ¿está

dispuesto el TC a mantener en todo caso y hasta sus últimas consecuencias semejante principio decisorio?

Adorna el Tribunal su tesis con enfáticas proclamaciones de la importancia de ese derecho a la libertad:

En relación con el derecho a la libertad hemos dicho que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan (F.J. 7).

Tal pareciera que una de las opciones que autónomamente pueden elegir los ciudadanos, en aras de su libertad, es la de estafar a sus semejantes o delinquir de cualquier otra forma. No ponemos en duda el instituto de la prescripción de los delitos, debido a evidentes razones de seguridad, no de libertad. Pero no se debería perder de vista que lo que se discute no es si los delitos deben prescribir, sino la interpretación para el caso de la norma reguladora de la prescripción.

El anterior razonamiento del TC sobre la importancia de la libertad sigue así:

De acuerdo con este significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE: ‘nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley’. En palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), ‘el derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo ‘en los casos y en la forma previstos por la Ley’: En una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita’. De modo que la ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional, y donde —aunque no solo— se determina el tiempo razonable en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación (STC 241/1994, de 20 de julio, FJ 4). Pero a pesar de este carácter decisivo de la ley respecto a la posibilidad de prever restricciones a la libertad, no cabe duda de que tal ley ha de estar sometida a la Constitución, por lo que hemos afirmado que el derecho a

la libertad no es un derecho de pura configuración legal [SSTC 2/1992, de 13 de enero, FJ 5; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4 a)]. (STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3)” (F.J. 7).

Tal vez se aprecia aquí un desplazamiento retórico de la cuestión debatida, pues no se está discutiendo el tipo legal de los delitos que vienen al caso ni la constitucionalidad de la norma que estipula los plazos y condiciones de la prescripción, sino la interpretación de esta última. Nadie duda, y el TC tampoco, que tales normas legales están sometidas a la Constitución, sino que se debate si ha de prevalecer la interpretación del Tribunal Supremo o la del propio TC. Y este, dando por plenamente sentado en su jurisprudencia anterior aquel canon de tutela judicial reforzada, dice que va a examinar si la sentencia del Supremo se atiene a él, si bien insiste en que lo hará ciñéndose “estrictamente” a su “papel de Jurisdicción Constitucional” (F.J. 8).

Seguidamente se pasa a valorar la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de los mencionados hechos procesales como iniciadores del “procedimiento” dirigido contra el culpable, a tenor del art. 114 del Código Penal. Pero veamos con qué artificios diferencia el TC entre el asunto propiamente interpretativo de dicho artículo, que no sería de su competencia, y el respeto debido en esa interpretación al derecho a la libertad del art. 17, derecho que, por cierto, no estaba entre los invocados por los recurrentes como base de su petición de amparo.

Primero se alude a los hechos de caso y a la interpretación de aquella norma penal que permite el tipo de subsunción bajo ella que realizó el Tribunal Supremo:

debe destacarse el elemento clave de singularidad del caso, consistente en el hecho de que el escrito al que la propia sentencia impugnada niega valor jurídico de querella, ha sido, ello no obstante, considerado con virtualidad para interrumpir la prescripción del delito, justificando así el ejercicio respecto de los recurrentes del *ius puniendi* del Estado, con la consecuencia final de privarlos de su libertad. En otros términos, puesto que el supuesto legal de interrupción de la prescripción, que tiene lugar en un momento determinado, es el de que “el procedimiento se dirija contra el culpable”, el sentido de la sentencia recurrida es el de apreciar que el escrito referido tiene el valor en sí mismo de procedimiento dirigido contra quienes en dicho escrito aparecían expresamente nominados como culpables (F.J. 8).

No perdamos de vista que eso que se dice que la sentencia del Tribunal Supremo ha “considerado” es ni más ni menos que la interpretación del artículo 114 por dicho Tribunal. En efecto, las palabras de cuya interpretación depende el fallo son las que aluden al que “el procedimiento se dirija contra el culpable”. El Supremo ha entendido que dicho procedimiento comenzó con la presentación en plazo de aquel escrito que, sin embargo, no recibe la consideración técnica de querella. Por tanto, hace tal Tribunal una interpretación extensiva o amplia de tal noción de “procedimiento”. Será más o menos discutible en sede de buena técnica jurídica, pero es su interpretación y el TC ha dicho que no es irrazonable ni está deficientemente argumentada. Sin embargo, el TC va a imponer su propia interpretación, más restrictiva y a tenor de la cual aquel escrito que propiamente no era querella no supone iniciación del “procedimiento” y, no habiéndose realizado en plazo otras actuaciones que interrumpieran la prescripción, los delitos habrán de tenerse por prescritos. Delitos de cuya existencia y prueba no duda el TC, quede eso resaltado.

¿Puede el TC reconocer que combate la interpretación anterior con la suya? No. De ahí que el párrafo siguiente al que acabamos de citar contenga con un intento de reubicación del problema para hacerlo de su competencia:

En las condiciones referidas la cuestión a decidir desde nuestra posición constitucional de garantes últimos del respeto de los derechos fundamentales, es la de si, dado lo dispuesto en el art. 17 CE (“en los casos y en la forma previstos en la ley”), el caso actual puede incluirse entre los que, según dicho precepto constitucional, justifican la privación de la libertad, si, en su caso, se ha respetado la forma establecida al respecto por la Ley y si consecuentemente se ha otorgado la tutela jurídica “reforzada” a que los recurrentes tenían derecho. Como se ve, una cuestión que indiscutiblemente se inserta en el ámbito de nuestra jurisdicción y, más en concreto, en el del recurso de amparo tal y como aquella y éste vienen diseñados en los artículos 161.1 b) y 165 CE y artículos 1, 2.1 b) y 44.1 LOTC (F.J. 8).

¿Por qué va a dejar sin efecto el TC dicha interpretación del Supremo e imponer la suya? Ya lo hemos dicho, por incompatibilidad de aquella con las exigencias axiológicas de la Constitución, y en particular del derecho a la libertad del art. 17 CE. ¿Y sobre qué va a argumentar, sobre la interpretación propiamente dicha que le parezca mejor, en cuanto tal interpretación del art. 114 del Código Penal, o

sobre el alcance concreto de la libertad del art. 17 CE para un caso tan peculiar y técnicamente complejo como este? Veámoslo.

Lo primero que el TC hace es, precisamente, cuestionar la interpretación del Supremo:

Fácilmente puede comprenderse después de lo dicho que las características de este caso hacen que no sea fácil afirmar la razonabilidad de su subsunción como supuesto de “dirección del procedimiento contra el culpable”. Desde parámetros semánticos la mera recepción de lo que el comunicante califica como noticia criminis no tiende a entenderse como la iniciación de un procedimiento —es decir, como la existencia ya de un procedimiento en su etapa inicial—, sino simplemente como un acontecimiento que puede generar un procedimiento (F.J. 10).

Se está afirmando que la interpretación y consiguiente subsunción del Tribunal Supremo no son razonables. Sabemos que, según doctrina del propio TC, esa falta de razonabilidad “semántica” de una interpretación judicial es razón bastante para anularla por arbitraria y por opuesta al art. 24 CE. Pero, si se va por ese camino, habrá que fundamentar las razones de tal irrazonabilidad, el absurdo de dicha interpretación. Más no es ése el camino que el TC sigue aquí, pues es un camino más que espinoso en este caso. Por contra, decide someter esa interpretación al examen de su compatibilidad con el sustrato axiológico del art. 17 CE, con lo que se opta por la interpretación opuesta, pero por razones ya no “semánticas” o de calidad de la interpretación en sí, sino por razones de axiología constitucional, cuestión esta que, al parecer, es la esencia de la facultad revisora del TC en este tipo de casos de amparo.

Leamos un nuevo párrafo de esta sentencia. Después de repetir la conexión del caso con el derecho de libertad del art. 17 CE y la consiguiente exigencia “del carácter reforzado del canon de enjuiciamiento constitucional aplicable al caso de autos —el del art. 24 CE—”, se añade:

Al ser así, y al resultar toda la materia relativa a los casos en que está en juego el derecho a la libertad sometida al principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1), resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción —un instituto regulado por normas penales, perteneciente al Derecho penal material “y, concretamente, a la noción del delito”, como ha tenido ocasión de declarar la Sala Segunda del Tribunal Supremo (v.gr. SSTS 137/1997, de 8 de febrero, y

1211/1997, de 7 de octubre, entre otras)— venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto perjudiquen al reo. Por ello la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma penal —en el de este proceso, la reguladora del instituto de la prescripción—, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. Y es por ello también que la expresión “[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable —cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado—, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez (F.J. 10) (Los subrayados son nuestros).

En ese párrafo está la clave de esta sentencia y ahí también se observa el terreno resbaladizo, y hasta contradictorio, en que se mueve el TC. La contradicción parece que asoma cuando se afirma al mismo tiempo que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo excede del más directo significado gramatical del art. 114 CP, pero que, sin embargo, tal interpretación no es irrazonable o arbitraria. ¿Cómo trata el TC de salir de ese estrecho callejón? Mediante la tesis de que cuando esté en disputa la libertad del reo debe optarse por la interpretación restrictiva de la norma penal que sea más favorable a la libertad del reo; es decir, a la absolucón. Y volvemos a hacernos la pregunta anterior: ¿podemos considerar que queda así planteada una doctrina constitucional aplicable a todo caso y sea cual sea la norma penal que se interprete? Si así es, nos hallamos ante una doctrina ciertamente revolucionaria y de sorprendentes efectos.

Más aun, en este párrafo vemos que el TC asimila interpretación extensiva y aplicación analógica de la ley penal, resolviendo de un plumazo el arduo problema teórico de sentar los límites entre la una y la otra. Toda interpretación extensiva en perjuicio del reo, viene a decirse, equivale a una analogía *in malam partem* y, en consecuencia, está constitucionalmente vetada, y lo estaría, en su fundamento último, por razón del derecho de libertad del art. 17 CE y no meramente del art. 25.1 CE. Ahora bien, ¿cómo puede asimilarse a aplicación

analógica de la ley penal una interpretación, ciertamente extensiva del art. 114 del Código Penal, de la que al mismo tiempo se dice que “no puede ser tildada de irrazonable o arbitraria”?

El TC recalca “los fines del instituto de la prescripción penal”, instituto que sirve al valor de “la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito”. Ese principio de seguridad jurídica, recuerda el TC, figura “consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE” (F.J. 11). Pero, ¿estamos ante un caso en que se vulnere el instituto de la prescripción? Más bien parece que no, que se está discutiendo sobre la interpretación de la norma que regula la prescripción, interpretación de la que dependerá que un determinado acto se considere o no interrupción del plazo de prescripción en el caso.

Sea como fuere, a continuación el TC enumera las razones por las que la interpretación del Supremo muestra “su inidoneidad para satisfacer dicha tutela reforzada por estar implicado el derecho a la libertad”, y lo hace “con esta perspectiva de consistencia axiológica con los fines de la prescripción” (F.J. 12). Inevitablemente, nos preguntamos si tales fines consisten en servir a la seguridad jurídica (¿de quién?) o servir a la libertad.

Contemplemos esas razones y tratemos de obtener algo más de luz.

- a) A efectos de razonar sobre la congruencia de la solución adoptada por la sentencia aquí impugnada con los fines del instituto de la prescripción de las infracciones penales, que es elemento integrante del canon de enjuiciamiento constitucional que hemos definido en el fundamento jurídico 7 de la presente de acuerdo con una consolidada doctrina de este Tribunal, ha de destacarse, en primer lugar, que dicha solución no aparece suficientemente ajustada al valor de la seguridad jurídica, que constituye finalidad primordial de la prescripción y que exigía, ante la implicación del derecho a la libertad, una ponderación especial que evitara una interpretación contra el reo que en el caso aquí enjuiciado se ha producido.

En efecto, al fijar como momento interruptivo de la prescripción, no ya el público y formal relativo a la decisión judicial de iniciación de un procedimiento jurisdiccional, sino el de mera recepción por parte del órgano judicial de la *notitia criminis*, ha atendido a una circuns-

tancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y por ello inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica en relación con la libertad”. (F.J. 12).

Así pues, hay una interpretación del Tribunal Supremo que es indebida por no suponer la opción más favorable al reo y, con ello, a su absolución y consiguiente libertad. Se ha establecido la ligazón entre seguridad jurídica y libertad, de modo que cuando la seguridad jurídica esté en juego ha de vencer la interpretación que más favorezca la libertad.

Repasemos otro fragmento de este mismo Fundamento Jurídico 12:

Y es que admitir la interrupción de que aquí se trata por la mera presentación y registro de una querella o denuncia significa tanto como dar pie a la posibilidad de que, mediante querellas o denuncias carentes de fundamentación, y por tanto rechazables liminarmente, pueda impedirse la prescripción de una infracción penal o se dilaten indefinidamente los plazos legales establecidos. Y ello a voluntad no del órgano que tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado, sino del particular interesado en que así ocurra y con una clara incidencia, potencialmente lesiva, sobre derechos fundamentales del querellado o del denunciado, singularmente el de defensa.

Puede igualmente suponer que el mero registro en un Juzgado de cualquier escrito que contenga una notitia criminis, incluso del que puede transmitir un medio de comunicación, despliegue inmediatamente ese efecto y, en tales supuestos, que podrían multiplicarse ad infinitum, tener nada menos que la consideración de procedimiento penal o, si se quiere, de apertura o de inicio de procedimiento penal.

Me parece que cabe observar algunos saltos lógicos en el anterior razonamiento. Por un lado, da por supuesto que, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia, cualquier tipo de denuncia puede servir para interrumpir la prescripción. Pero no tiene por qué ser así, y dependerá de las actuaciones procesales subsiguientes de los órganos judiciales. Por ejemplo, una denuncia periodística (por seguir con la forzada comparación del TC) que no dé pie a ninguna actuación judicial no tiene por qué considerarse interrupción del plazo prescriptivo. Por otro lado, parece que todo el rato se está dando por sentado que la iniciación de un procedimiento penal atenta contra el derecho de libertad del acusado, cuando tal vez todo lo más que cabe decir es que la pone en riesgo, puesto que puede

terminar en condena privativa de libertad. ¿El derecho a la libertad requiere que no se arriesgue la libertad del acusado o meramente que no sea condenado en el caso de que no haya pruebas válidas de su culpabilidad o de que el delito efectivamente haya prescrito? No perdamos de vista que lo que aquí se discute es la interpretación a tenor de la cual se interrumpió la prescripción, no si se puede condenar al autor de un delito prescrito.

- b) A continuación la sentencia se extiende sobre la filosofía de la prescripción penal, que supone “una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo” (F.J. 12). Mas no es dicha filosofía lo que aquí está en cuestión, sino algo más concreto: la interpretación de la norma en el caso, interpretación de la que depende que se entienda o no transcurrido el tiempo de la prescripción. Y, puesto que ahí reside el núcleo del problema en el caso, no puede el TC sino reiterar la regla antes mencionada, la de que solo es compatible con la filosofía de la prescripción la interpretación de la ley que sea más favorable para la libertad del reo, entendida como derecho a no ser procesado en caso de duda interpretativa sobre la prescripción en el caso de que se trate:

(L)a prescripción en el ámbito punitivo está conectada al derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) y por ende sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* (art. 25.1 CE); que está al servicio de la seguridad jurídica de los imputados y que implica, no una limitación del derecho de los ciudadanos al ejercicio de la acción penal mediante la presentación de una denuncia o querrela, sino una limitación al ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de su renuncia al mismo, renuncia que se entiende producida —impidiendo entonces la persecución del delito— cuando el Estado no realiza las actuaciones dirigidas a su averiguación y castigo durante el periodo de tiempo establecido por la ley; inactividad o falta de ejercicio del *ius puniendi* que, como advertíamos tempranamente en la citada STC 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2, para que determine la prescripción, debe ser imputable al Juez (F. J. 12) (El subrayado es nuestro).

Caben dos interpretaciones del art. 114 del Código Penal, pero por imperativo constitucional debe imponerse la más favorable al acusado. El reproche que se hace a la sentencia del Supremo es su “debilidad axiológica”, como se dice más adelante, no su inviabilidad en cuanto interpretación “razonable” de la ley. Es la axiología cons-

titucional la que, según el TC, respalda su propia interpretación, que es la siguiente:

Pues bien; si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que solo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el *ius puniendi* en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el Juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito (F.J. 12).

No es que no quepa la otra interpretación como interpretación razonable, es que, por razones de axiología constitucional, esta del TC sería la única constitucionalmente aceptable por ser la favorable al reo y, con ello, la que más favorece su libertad, entendida como derecho a no ser condenado si por vía interpretativa se puede librar de tal condena. Y no queda más remedio que reiterar por tercera vez la misma pregunta: ¿vale esta doctrina para todo caso y para la interpretación de toda norma penal que pueda acarrear condena, de manera que rige con alcance general el principio de interpretación más favorable a la libertad del reo, o sirve solamente para estos supuestos en que se discute la prescripción del delito? Y, por cierto, como lo que en verdad está en cuestión no es el principio de legalidad penal, sino la interpretación de las normas penales y los patrones metodológicos que han de guiarla, ¿queda algún espacio para la toma en consideración o ponderación de los derechos de las víctimas del delito? Al fin y al cabo, también a las víctimas habrá que reconocerles su derecho a “obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (art. 24.1 CE). Puestos a hacer depender la interpretación preferible de la ley de la ponderación de derechos fundamentales de los sujetos, ¿por qué no ponderar aquí el derecho de los culpables —la culpabilidad de los acusados no se pone en absoluto en cuestión en la sentencia— a su libertad con el derecho de las víctimas a obtener reparación? Parece que estamos ante el típico juego de suma cero, en el que lo que a favor del derecho de los unos se considera cuenta en la misma medida en detrimento del derecho de los otros.

Hay que insistir en que no gira la controversia sobre el respeto a los derechos derivados de la prescripción, cuando esta haya ocurrido,

sino sobre la interpretación de la norma de la que depende tener por transcurrido o no el plazo de prescripción. Que la prescripción penal suponga la renuncia del Estado al *ius puniendi* no parece en sí razón para que deba ser, sin más, preferible la interpretación de la norma prescriptiva que sea más favorable al acusado, pues cuando lo que se halla en cuestión es precisamente si se dan o no los requisitos legales para tal renuncia y la respuesta depende de una cuestión de interpretación legal, caben argumentos constitucionales para reforzar tanto una interpretación como su contraria en el caso. Pero ya conocemos la artimaña: el TC suele seleccionar para su consideración solamente aquellos derechos, principios o valores, aquella base axiológica, que mejor sirve al resultado que prefiere en cada caso. Se pondera nada más que lo que se quiere y, de tal modo, la ponderación brinda siempre el resultado que se pretende.

- c) Volvemos a los dilemas vitales del TC. Ha impuesto su interpretación, pero no ha excedido su competencia, que no se extiende a la imposición de sus interpretaciones de la legalidad ordinaria:

(C)on la exigencia de un acto de interposición judicial para entender iniciado un procedimiento (en el sentido de que ello solo puede ser mediante un acto realizado por quien tenga atribuido el *ius puniendi* del Estado, porque “el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal”, como se ha dicho antes con palabras de la STS, Sala Segunda, 753/2005, de 22 de junio) este Tribunal no extravasa su competencia arrogándose interpretaciones que, por ser de mera legalidad, corresponde hacer a la jurisdicción ordinaria (F.J. 12).

Es el TC el que dice que esa es la interpretación necesaria del artículo 114 del Código Penal de 1973 o del 132.2 del vigente.

La doctrina que de este modo queda por enésima vez reafirmada es la siguiente: siempre que el TC usa argumentos constitucionales al fundamentar su interpretación de la legislación ordinaria, y especialmente argumentos derivados de los derechos fundamentales, no rebasa, en su opinión, sus competencias. Así pues, la jurisdicción ordinaria vendría a tener preferencia con sus interpretaciones de la ley solamente cuando el TC no le oponga argumentos constitucionales y no fundamente con ellos su interpretación alternativa. Y aunque los tribunales ordinarios respalden sus interpretaciones de la legalidad

con fundamentos constitucionales, siempre tendrán preferencia los de este género que emplee el TC, por ser supremo intérprete y guardián máximo de la Constitución. Añádase a esto que la fuente última de esos argumentos constitucionales es la axiología constitucional, y tendremos el cuadro completo, pues el TC es el conocedor por excelencia de las exigencias exactas que prescribe esa axiología constitucional, la cual, obviamente, va mucho más allá del puro texto constitucional. Puestas así las cosas, no quedará más remedio, y no le quedará más remedio al propio Tribunal Supremo, que rendirse a esa supremacía revisora del TC, pues no habrá caso para en el que, de modo natural o más o menos traído por los pelos, no quepa invocar la relación con algún derecho fundamental. Desde luego, en materia penal, y especialmente cuando se trate del juicio por delitos que lleven aparejadas penas privativas de libertad, queda inequívocamente sentada la facultad revisora del TC, su condición de última instancia siempre que así quiera proceder.

El Tribunal Constitucional sigue siendo el rey y su palabra es la ley. Sobre la Sentencia 26/2011 del Tribunal Constitucional español

La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, resuelve un recurso de amparo nacido de los siguientes hechos. El recurrente trabaja como ayudante técnico educativo en una residencia de educación especial dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León. Está casado y tiene dos hijos de pocos años. Su mujer también trabaja fuera del hogar.

Leamos parte de la narración de las circunstancias fácticas que se contiene en la propia sentencia del TC (Tribunal Constitucional):

El recurrente en amparo presta sus servicios laborales para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con la categoría de Ayudante técnico educativo, en una residencia de educación especial de Palencia. Al negociar el calendario laboral del curso escolar 2007-2008 entre dicho centro público y el personal ayudante técnico educativo se establecieron para este personal ocho puestos con el denominado horario ordinario o escolar (siete de lunes a viernes de 9:30 a 17:00 horas, y uno a tiempo parcial, de lunes a viernes de 11:00 a 16:00 horas) y otros ocho puestos en régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche (tres puestos de lunes a viernes de 07:30 a 15 horas; tres puestos de lunes a viernes de 14:30 a 22:00 horas; y dos puestos de lunes a jueves de 22:00 a 07:30 horas), pudiendo optar los trabajadores por uno u otro régimen en función de sus intereses, con preferencia según un criterio de mayor antigüedad, habiendo elegido el recurrente prestar sus servicios en régimen de turnos rotativos. Posteriormente, el recurrente solicitó a la Consejería poder realizar todas las jornadas del curso 2007-2008 en horario de noche con el fin de conciliar la vida laboral y familiar, sin que conste que su solicitud le fuese contestada.

El recurrente estaba casado y tenía dos hijos de corta edad. Sigue:

Tras presentar reclamación previa, que le fue desestimada por no existir en el centro para el curso escolar 2007-2008 según el calendario pactado ningún puesto específico de ayudante técnico educativo con horario nocturno independientemente de los restantes puestos sujetos a turnicidad, el recurrente formuló demanda sobre reconocimiento de derecho a realizar su jornada en horario nocturno durante el curso 2007-2008,

demanda que dio lugar a los autos núm. 529-2007 seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia, de los que trae causa este recurso de amparo. Entre otros extremos, alegaba el recurrente que su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 no es caprichosa sino que obedece a la necesidad de atender a sus dos hijos de corta edad.

Resumamos: el recurrente pudo elegir el horario ordinario o escolar, que se llama así porque permite una mayor compatibilidad con las responsabilidades familiares, pero prefirió el sistema de turnos rotatorios. Posteriormente solicita que su sistema de turnos no sea rotatorio, sino hacer todas sus horas en turno de noche, alegando que de esa forma puede conciliar mejor su vida laboral con su vida familiar y, además, no se verá perjudicada su esposa ni discriminada por tener que asumir el papel familiar tradicionalmente asignado a las madres. No perdamos de vista que los derechos de las madres no son objeto de este recurso de amparo y que, por tanto, la decisión no puede basarse en ellos, sino en los del recurrente, el marido y padre.

En el organigrama laboral de la empresa no está previsto un sistema horario como el solicitado por el demandante. En términos de la sentencia de primera instancia, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia, “el turno fijo de noche, cuya adscripción solicita el demandante durante el curso 2007-2008, no existe dentro del centro y de la categoría a la que aquél pertenece (ayudante técnico educativo), sino que todos los trabajadores de dicha categoría que voluntariamente han elegido el régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche se van turnando durante los correspondientes horarios”. Debe tenerse también presente que entre los trabajadores que turnan con el recurrente no hay acuerdo para que éste haga todos los turnos nocturnos, pues todos manifestaron interés en los horarios de noche.

Las normas legales que pueden ser aplicables disponen lo siguiente:

Ley del Estatuto de los Trabajadores, Art. 34, Apartado 8 (apartado introducido por la disposición adicional décimo primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres): “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan

en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”.

Art. 36.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas.

En las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

Recapitulemos la situación legal:

Las medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar que no estén impuestas en la ley podrán pactarse en convenio colectivo o mediante acuerdo entre trabajador y empresario que no vulnere el convenio colectivo.

En el presente caso, el horario que el trabajador solicita, motivado en un propósito de conciliación de la vida laboral y familiar, no tiene base ni en un acuerdo con el empresario ni en los términos del convenio colectivo aplicable. Tampoco hay norma legal que sustente dicha petición. Así que, si las bases posibles para que el trabajador pueda hacer valer su derecho al horario que pretende son la ley, el convenio o el acuerdo entre las partes individuales, y si no resulta aplicable ninguna de ellas como respaldo de dicha pretensión, parece que habría que concluir que no tiene el trabajador el derecho en cuestión. Insistamos: aunque la legislación sobre conciliación de la vida familiar y laboral prevé distintos derechos de los trabajadores con hijos (permisos, reducciones de jornada, excedencias, etc.), no hay ninguna norma legal o convencional en la que se reconozca un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, como ya lo había dejado bien aclarado la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008.

El Tribunal Supremo también lo dejó claro en la sentencia de unificación de doctrina que cierra la vía judicial y da pie al recurso de amparo, tal como se explica en la propia sentencia del TC que comentamos:

Señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con cita de jurisprudencia propia a la que se remite (Sentencias de 13 y 18 de junio de 2008), que la petición de cambio de turno carece de amparo legal, ya que el derecho que reconoce al trabajador el art. 37.6 LET de fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, por lo que no es admisible la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno. A mayor abundamiento se señala que “análoga conclusión se alcanza si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, que si bien ha modificado el art. 34 LET, en el sentido de introducir el apartado ocho, lo condiciona no obstante a los términos que se fijen en la negociación colectiva o acuerdo que se llegue con el empleador, que no existe en el caso de autos.

La base del recurso de amparo va a ponerla el demandante en la supuesta vulneración del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, pues o bien habría discriminación por razón de sexo o bien por razón de “circunstancias familiares”.

Pero antes de entrar en los argumentos de la sentencia del TC, permítase que abundemos en el intrínquis principal del caso:

- a) Hay una legislación aplicable que no ha merecido ni le merece ahora al TC ninguna tacha de inconstitucionalidad.
- b) Con arreglo a esa legislación y a las posibles normas derivadas o que la desarrollen, el demandante no tiene derecho al horario laboral que solicita por razón de sus circunstancias familiares.
- c) ¿Con qué base puede el TC otorgarle el amparo, como efectivamente hace? No con base en aquella normativa legal, que para este caso es inequívoca y no sustenta el derecho reclamado. Aquí es extraordinariamente significativa la siguiente declaración que en la sentencia se contiene: “debemos partir de la consideración de que no corresponde a este Tribunal determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 se encuentra o no amparada por lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET o en el convenio colectivo aplicable, por ser esta una

cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE)” (F. 6).

Han comenzado otra vez los truquillos habituales. Si este párrafo pudiera tomarse en serio, concluiríamos que al TC no le es dado meterse en las dudas interpretativas de legalidad ordinaria que para el caso se puedan plantear ni en la manera como el Tribunal Supremo las resuelve. Magnífico, eso dice el reparto de competencias entre TC y TS (Tribunal Supremo) en nuestro sistema constitucional. Pero da la casualidad de que en el párrafo inmediatamente anterior se afirma esto a propósito de las posibles dudas interpretativas; obviamente, dudas interpretativas referidas a la legislación ordinaria:

En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares.

Sorprendente del todo. Si el TC da una pauta interpretativa a los tribunales ordinarios y, además, se atribuye la facultad de controlar su aplicación, acaba de ser desactivada aquella división de competencias y queda en nada lo de que el TC no puede analizar las dudas interpretativas en materia de legalidad ordinaria. Se reconoce a los jueces la facultad de interpretar la ley libremente y como mejor opinen, pero de inmediato se agrega que si esa interpretación que alcanzan los jueces no es la que al TC mejor le parece, utilizando la Constitución

como vara para medirla, el TC podrá anular la decisión judicial por no haber dado con la debida interpretación en una cuestión en la que podían interpretar libremente. Pura contradicción.

Veámoslo con una comparación bien elemental. El presidente de mi comunidad de vecinos me dice que él no es quien para meterse en cómo educo yo a mis hijos, y así debe ser a tenor de lo que fijan las normas aplicables para las competencias de cada uno, las suyas y las mías. Pero un día yo decido que mis hijos se matriculen en cierto colegio y el presidente de la comunidad dice que no, que lo siente mucho y que, aunque yo soy libre para mandarlos al colegio que quiera, él no puede permitirme esta concreta elección de colegio, pues por encima de mis facultades como padre está el interés general de la comunidad que él preside, interés del que la norma correspondiente lo nombra guardián, y que dicha comunidad no puede admitir que en ella vivan niños que reciban la pésima educación que en ese colegio se imparte. Y que, en consecuencia, debo, sí o sí, inscribir a mi hijo en un colegio de jesuitas. ¿Qué diríamos? Pues los razonamientos del TC para aumentarse las competencias son sumamente parecidos a los de ese imaginario presidente de comunidad de vecinos.

La cuestión de la organización del horario de trabajo y de la elección de turnos la regulan ciertas normas legales que hemos recogido antes. Pero aquí simplifiquemos y pongamos que se tratara de la norma legal L. L admite, a la luz de las circunstancias del caso, dos interpretaciones distintas, que darían pie a soluciones antitéticas del caso: I1 e I2. El TC dice al tribunal judicial de última instancia, en esta ocasión el Tribunal Supremo, que escoja la interpretación que mejor le parezca, pues esa es su competencia exclusiva a tenor del art. 117 de la Constitución. El TS se inclina por la interpretación I1, en ejercicio de esa competencia que es suya. Pero entonces el mismo TC matizará que en caso de duda interpretativa tiene que prevalecer cierta pauta o que ha de optarse por la interpretación más favorable a los derechos fundamentales. Si, en opinión el TC, el TS no ha seguido aquella pauta o no ha dado la interpretación que el TC entiende más beneficiosa para el derecho fundamental en juego, el TC anulará la decisión del TS por causa de la mala interpretación que hizo cuando podía interpretar como quisiera. O sea, tú interpreta como desees, que ya te cambiaré yo la interpretación si me da la gana.

Alguno se preguntará por qué el TC recuerda en esta sentencia aquella competencia exclusiva de los tribunales ordinarios, si luego va a negarla en los hechos. La respuesta es que se alude a tal competencia interpretativa de los jueces en caso de dudas interpretativas porque, en realidad, en este caso no había dudas interpretativas, de tan clara que resultaba la legislación para mostrar que el demandante no tenía apoyo legal para su reclamación. Así que aquí no será propiamente una interpretación de la ley la que se invalide para sustituirla por otra más supuestamente acorde con la Constitución, sino que el enfrentamiento se dará directamente entre solución legal y solución constitucional del caso. Frente a la indubitada solución que para el asunto ofrece una norma legal perfectamente constitucional y que los jueces aplican, el TC opone la que extrae directamente de la Constitución, de la norma constitucional que da pie al recurso de amparo admitido (aquí el art. 14 CE), en combinación a veces con otra de otro apartado (aquí el art. 39 CE, relativo a la protección de la familia).

En cambio, cuando sí hay dudas de interpretación de la ley, el TS (o tribunal de última instancia del caso) opta por una y al TC le agrada más la otra, no recordará la competencia exclusiva que en tema de interpretación legal poseen los jueces ordinarios y simplemente cambiará una interpretación posible por otra de las posibles aduciendo que es la más favorable al derecho fundamental o la que más se corresponde, de las interpretaciones en duda, con los contenidos objetivos del derecho fundamental.

Alguien puede replicarnos que si no lo hace así, el TC dejará desatendido o vaciado de sentido el recurso de amparo. No es cierto con esa rotundidad. Si acaso, se restringiría notablemente la concesión de amparos contra sentencias judiciales. Pero no se vaciaría ni siquiera en esto, pues seguiría cabiendo en casos de error patente o arbitrariedad judicial manifiesta que menoscabe un derecho fundamental susceptible de amparo. Fuera de esos casos, cuando la competencia revisora en amparo se expande como sabemos y estamos viendo, el TC se convierte no solo en un tribunal más de revisión, de superapelación, sino en uno que, además, se considera a sí mismo especialmente habilitado para decidir con perfecta prescindencia de lo que diga la ley, sin más atadura que la de los preceptos de la Constitución, generalmente indeterminados en grado sumo. Así que las alternativas reales son estas dos: o se acorta la competencia que para otorgar amparos contra

sentencias el TC se autoasigna, o, como ahora sucede, el recurso de amparo se desnaturaliza completamente y se torna en el equivalente a una apelación más o a la solicitud de lo que casi viene a ser un arbitraje en equidad, no en Derecho. Salvo que llamemos Derecho al sentido de la equidad de los magistrados constitucionales o pensemos que en verdad extraen de la Constitución las soluciones para casos como el que nos ocupa y tantísimos más.

Pero nuestro TC tiene clarísimos sus propósitos. Oigámoslo en esta sentencia. Inmediatamente después de afirmar, en el párrafo antes recogido, que no es él quien ha de resolver las dudas interpretativas planteadas por la legislación ordinaria ni examinar “si la concreta pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008, se encuentra o no amparada por lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET o en el convenio colectivo aplicable, por ser esta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los jueces y tribunales”, añade esto:

Sin embargo, debemos igualmente afirmar, como hemos hecho en anteriores ocasiones, que sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental concernido, la razón o argumento en virtud del cual las resoluciones judiciales impugnadas validan la decisión de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León por la que se niega al demandante de amparo la asignación del horario nocturno que solicitaba. Hemos sostenido reiteradamente que, estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas, sino que será preciso analizar si las mismas resultan o no lesivas del ejercicio del derecho fundamental sustantivo alegado (entre otras muchas, SSTC 30/2000, de 31 de enero, FJ 4; 173/2001, de 26 de julio, FJ 4; 14/2002, de 28 de enero, FJ 4; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 4).

O sea, lo del presidente de la comunidad de vecinos de nuestra comparación de antes. Aquí, en esta tesis que en este párrafo queda nuevamente expuesta, está la base para la hipertrofia de la competencia del TC al resolver amparos contra sentencias. La decisión del TC va a ser siempre así, en esquema: prescindiendo por completo de lo que las leyes digan y la solución que para el caso indiquen, el TC tomará los hechos del caso y los “subsumirá” directamente y sin

mediaciones bajo la norma constitucional correspondiente, la del derecho fundamental en juego, y hará como que de ahí saca la solución, como si realmente la solución saliera por sí de ahí. Es la vieja teoría decimonónica de la mera subsunción, pues, entre otras cosas, no gasta tinta el TC en justificar la interpretación de la norma constitucional supuestamente dirimente. Las únicas diferencias están en dos cosas. Una, que esa “subsunción”, o equivalente funcional de tal, no se hace, como antaño, bajo la supuesta claridad del enunciado de la norma, sino bajo un misterioso sustrato material o valorativo. Y dos, que el TC se considera (o finge tal) en posesión de un método bien seguro para dar con lo que de ese sustrato material o axiológico resulte para el caso: el método de la ponderación de derechos. Ese método regala la misma seguridad para el constitucionalismo activista de hoy que la que se pensaba que el de subsunción daba al legalismo antijudicialista del siglo XIX. Es una imagen y su exacto reflejo en el espejo: la misma imagen, aunque invertida.

¿Qué han hecho, según la sentencia comentada, todos los órganos judiciales por los que este asunto ha pasado, Tribunal Supremo incluido? Lo siguiente:

En el asunto sometido a nuestra consideración los órganos judiciales han denegado la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante, confirmando la previa decisión denegatoria de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúan de lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET y en diversos preceptos del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de Castilla y León.

Más claro, ni el agua. Los jueces se han limitado a aplicar lo que patentemente dicta la ley; ley por completo exenta de toda duda de constitucionalidad. Así que el amparo no podrá otorgarse porque los jueces obren con arbitrariedad o capricho o de modo irrazonable o ilógico; en modo alguno. Entonces, ¿por qué? Porque un juez que respeta la ley constitucional decide mal si no aplica la Constitución contra la ley cuando la ley no maximice, para el caso concreto, todo lo posible la realización del modelo de justicia material de la Constitución. ¿En opinión de quién? Del TC, por supuesto.

¿Y si el TS, por ejemplo, inaplica la ley en lo que claramente dicta para el caso y, en su lugar, busca la justicia del caso, amparándose en algún precepto constitucional? Pues muchos podrían pensar que el TS en tal ocasión prevaricaría; y, desde luego, el TC podría anularle la sentencia igual, si el sentido de la justicia que el TS imputa a la Constitución no es el mismo que el que le imputa el TC. Y no sería descartable que, tal como van las cosas, el TC pudiera dar por buena aquella acusación de prevaricación. Entonces, ¿el TC es el único que sin duda no prevarica cuando a sabiendas desatiende el claro mandato legal? Sí, el único, porque él se interpreta como obligado a aplicar nada más que la Constitución, sin que la ley lo ate. ¿Aunque sea una ley legítima y plenamente constitucional? Sí. ¿Y puede el TC interpretar la Constitución como se le antoje sin que en ningún momento pueda elevarse sospecha clara de prevaricación? Sí, pues no olvidemos que es “intérprete supremo” y así le gusta verse, como en el título de Roa Bastos. Y porque, además, faltaría el dolo de la prevaricación, ya que los magistrados se lo creen: se creen que aplican la Constitución cuando para los casos de amparo se la inventan; se inventan las soluciones que a la Constitución imputan.

Pasemos a echar un vistazo a la argumentación de la sentencia que da la razón a aquel demandante de horario nocturno.

El amparo se solicita con invocación de discriminación indebida a tenor del art. 14 CE, sea discriminación por razón de sexo, sea por razón de circunstancias familiares. ¿Cómo podría haber, en un asunto así, discriminación contra el varón por razón de sexo? Si lo que a él la ley o la empresa no le permiten se lo concediera la ley a las mujeres. Es decir, si hubiera discriminación positiva o acción afirmativa a favor de las mujeres para que pudieran escoger el horario nocturno para conciliar su trabajo con la vida familiar. Así que, como sin duda el TC consideraría que esa discriminación positiva es compatible con el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, no tendríamos por ahí, tampoco, discriminación inconstitucional con base en el sexo.

Pero no es el caso, nada se da en este tema a las mujeres que a este hombre se le niegue. De manera que es absolutamente extemporáneo el argumento del reclamante. Esto lo ve bien el Tribunal:

El examen de las resoluciones impugnadas en amparo evidencia que el recurrente no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo,

pues la denegación de su pretensión de ser adscrito al horario nocturno con carácter fijo durante el curso 2007-2008 no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE (F. 4).

Queda únicamente la otra alternativa: que haya discriminación por razón de circunstancias familiares, entendidas como un supuesto de las “circunstancias personales y sociales” que menciona el art. 14 CE como base indebida de la desigualdad de trato en la ley o en la aplicación de la ley. Ese es el camino que va a transitar el Tribunal en esta sentencia:

lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral.

Volvamos a las andadas, pues tiene la mayor importancia que caigamos en la cuenta de lo que está en juego en términos generales. Usted desempeña un trabajo y la legislación vigente le concede una serie de derechos orientados a facilitarle la conciliación de su vida laboral y familiar. Esos derechos son D1, D2 y D3. Pero usted, en su personalísima situación, considera que debería ser titular de un derecho más, que la ley de ninguna manera le reconoce, D4. Supongamos que lo que usted pretende es no trabajar los miércoles y los jueves. Su empleador, sea empresario privado o la Administración Pública, le dice que con ello le trastorna su organización de plantillas y horarios y que sin apoyatura legal usted no puede exigir eso. Los jueces, tan preocupados con la legítima legalidad, dan la razón al empleador, pero el TC se la concede a usted, vía amparo. Y la pregunta inevitable es: ¿puede y debe excepcionarse la normativa laboral siempre que esté en juego la conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador y que dicha normativa no brinde a éste el trato que solicita y que a él le parece, en sus circunstancias, la más beneficiosa para aquel objetivo conciliador? Si la respuesta es afirmativa, se acabó la vigencia de la ley (laboral) como pauta general. Solo habrá casuismo, al menos en cuanto una familia se meta de por medio. Los empresarios deben saber que no les conviene nada dar empleo a gentes con hijos pequeños o que puedan

tenerlos pronto. No sé si será esta jurisprudencia constitucional la mejor vía para facilitar protección y apoyo a la familia.

Comprobemos en qué momento se produce el salto; el salto de competencias y el salto de método: la ponderación del TC vence a la interpretación del TS; o, de otra manera dicho: si el TC no puede juzgar de las interpretaciones del TS, se pone a hablar de otra cosa y desde tal cosa anula los resultados de la interpretación del TS:

El hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6) (F. 6).

Si el TS está constitucionalmente facultado para interpretar la ley aplicable al caso como mejor estime, ¿por qué ha de interpretarla del modo más favorable para el derecho fundamental afectado? Si un resultado interpretativo es obligatorio, ya no tiene el TS competencia para elegir entre interpretaciones de la ley. La bolita estaba bajo el otro cubilete.

Y se consuman los resultados del salto:

Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para

ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones (F. 6).

Ya está. La valoración de las concretas circunstancias reemplaza a la consideración de la solución legal y sus interpretaciones posibles. Porque, además y sobre todo, no se ha tratado de una interpretación, sino de la imposición o insinuación de una solución nueva que no estaba anteriormente, de la creación de una nueva regla para regir el caso. No hay interpretación cuando al caso se aplica la regla que hace justicia a sus circunstancias dicha regla choca frontalmente con la solución que da la ley, con cualquiera de las interpretaciones posibles de la ley. Ley que, en esta ocasión, no permitía más que una solución posible y no planteaba verdaderos problemas interpretativos. No estamos ante una duda interpretativa. Si la hubiera, debería prevalecer la decisión de quien tiene competencia para interpretar, el TS, tal como el propio TC declara, según vimos. No es más que justicia del caso concreto; o sea, decisión en equidad. Pero en lugar de declarar esa naturaleza real de su fallo, el TC tiene que aparentar que es la propia Constitución la que por sí proporciona ese fallo para estas precisas circunstancias. Como si las constituciones entendieran de circunstancias tan específicas. Toda la vida diciendo que por mucho que el legislador quiera prever, nunca podrá legislar con suficiente precisión para cada situación posible y, de pronto, resulta que sí pudo el constituyente erigir una Constitución que consigue ese prodigio. Pues, si no es la Constitución la que para el caso dice lo que el TC dice que dice, ¿quién lo dice? El TC. *Tertium non datur*. Supremo intérprete = libre creador.

Queda otro detalle muy digno de consideración. Cuando el TC enumera las circunstancias del caso, no las enumera todas: únicamente las que convienen para que su “ponderación” dé o tenga que dar el resultado apetecido. Veamos cuáles menciona, según el párrafo anterior: 1) el número de hijos del recurrente; 2) su edad; 3) su situación escolar; 4) la situación laboral del cónyuge; 5) la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos; 5) si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.

Asumamos que solo esas fueran las circunstancias que podían considerarse. Aun así, faltaría fundamentar lo decisivo, sobre lo que la sentencia calla: ¿en virtud de qué pesos y medidas de esas circunstancias se desprende el resultado de que deba concederse el amparo al demandante? ¿Hablan las circunstancias por sí mismas o las hace hablar el ventrilocuo? ¿No se afirma otras veces que, puestos a ponderar, se deben aplicar los tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto? ¿Damos esos tests por tácitamente aplicados, con el resultado sabido? ¿Por qué no se argumenta lo más determinante del fallo?

La respuesta se desprende de otro non sequitur de la sentencia: se anula el fallo del TS porque no ponderó esas circunstancias, no porque su ponderación, por errónea, deba ser sustituida por otra, correcta, que se explicita:

En definitiva, la decisión de los órganos judiciales de validar la negativa de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León a reconocer al trabajador recurrente la concreta asignación de horario nocturno solicitada sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad

parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE) (F. 6).

El derecho del recurrente no ha sido debidamente tutelado porque no se ponderaron esas circunstancias, no porque se ponderaran mal. De acuerdo, pero ¿qué implica el otorgamiento del amparo? Que se retrotraigan las actuaciones “al momento procesal oportuno” para que el juez de primera instancia dicte, “con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido”.

En suma, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia tiene que dictar nueva sentencia ponderando lo que se ha de ponderar, las circunstancias mencionadas. ¿Y si les pondera y le sale que no tiene razón el demandante? ¿Y si pondera esas y alguna otra que quizá al TC se le escapó y que no es desdeñable? ¿Se ha anulado su sentencia originaria —y las de las instancias posteriores— por un defecto de método, por ceñirse a lo que en la ley estaba claro, en lugar de ponderar *contra legem*? ¿Plenitud de jurisdicción significa que debe volver a sentenciar con la legítima discrecionalidad que al poder judicial se le supone?

Cuando se pondera con tanta fruición el resultado se predetermina mediante la selección de las circunstancias que han de ser consideradas, que deben ser ponderadas. El TC ha hecho la suya. ¿No debería tenerse en cuenta, como una circunstancia bien relevante, lo que con claridad dispone la ley para el caso? ¿O solo valen las circunstancias fácticas?

En su selección de circunstancias al TC se le escapó una que es perspicazmente destacada en el voto particular del magistrado Pérez Tremps: “que el recurrente había optado por el horario rotatorio, en turnos de mañana, tarde y noche, a pesar de haber podido optar por el denominado horario “escolar”, coincidente prácticamente en cuanto a su duración con el horario en que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos”. Esa circunstancia, que no parece baladí, había sido expresamente destacada por el Juez de lo Laboral de Palencia en su sentencia. ¿Por qué el TC no la atiende? Y tampoco estas otras, que resalta el voto particular mencionado:

Tal como aparece acreditado en las actuaciones y ha sido recogido en los antecedentes fácticos, la Junta de Castilla y León realizó una primera ponderación, explicando que no existía para el curso escolar 2007/2008,

y según el calendario pactado con el personal, ningún turno de ayudante técnico educativo con horario nocturno, de lo que derivaba la imposibilidad de su adjudicación. Igualmente también se realizó una ponderación por parte del Juzgado de lo Social, que volvía a insistir en que el turno fijo de noche no existía dentro del centro y de la categoría a la que pertenecía el recurrente por no haber conformidad entre los trabajadores, por ser una mayoría los que tenían interés en realizar el turno en horario nocturno.

Si la justicia constitucional es esto, lo que vemos en esta sentencia, que venga el poder constituyente y lo vea.

Nota curricular del autor

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Nacido en Ruedes (Gijón) en 1958. Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo, con premio extraordinario. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León desde 1994. Director del Departamento de Derecho Público Básico de esta misma Universidad de 1996 a 2006. Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Múnich, Maguncia, Libre de Berlín, Aix-en-Provence y Florencia. Ponente, conferenciante y profesor invitado en universidades e instituciones públicas de Colombia, Argentina, Panamá, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Brasil, México, República Dominicana y Chile. Ha impartido conferencias, ponencias y cursos en casi todas las universidades españolas y en diversos tipos de instituciones públicas y organizaciones privadas. Profesor de doctorado y máster en un gran número de universidades españolas y latinoamericanas. Investigador principal en siete proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Educación, la Junta de Castilla y León, la Junta General del Principado de Asturias y la *Generalitat* de Cataluña. Miembro del comité editorial y del comité científico de revistas como *Rechtstheorie*; *Doxa*; *Droit et Société*; *Derechos y libertades*; y numerosas publicaciones jurídicas y filosóficas de América Latina. Ha publicado diversos libros en editoriales españolas y latinoamericanas, entre los que destacan: *Teorías de la tópica jurídica* (Madrid, 1988); *Hans Kelsen y la norma fundamental* (Madrid, 1996); *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann* (Bogotá, 1997); *Escritos de Filosofía del Derecho* (Bogotá, 1999); *La lista de Schindler. Abismos que el Derecho difícilmente alcanza* (Valencia, 2003); *Ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, 2003); *Delito político. Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 11 de julio de 2007* (Bogotá, 2007); *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, 2010); *Un debate sobre ponderación* (con Manuel Atienza, Lima/Bogotá, 2012); y *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación* (Bogotá, 2017). Editor y coautor de los libros: *El Derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (Madrid, 2001); *Torturas en el cine* (editor junto con Manuel Paredes Castañón, Valencia, 2005); *Filosofía del Derecho penal* (editor junto con Miguel Díaz y García Conlledo, Bogotá, 2006); *Responsabilidad y Derecho. Quince estudios* (Editorial Eolas, 2013); *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Un debate sobre abducción* (con Pablo Bonorino, Editorial Comares, 2014); y *Razonar sobre derechos* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016). Autor de aproximadamente dos centenares de artí-

culos en libros colectivos y revistas españolas y extranjeras sobre temas de filosofía del derecho, teoría general del derecho, filosofía política, derecho constitucional, derecho civil, derecho laboral, derecho administrativo, sociología jurídica, derecho y cine, y derecho y literatura. Artículos traducidos al portugués, el francés y el alemán y publicados en revistas y libros de Brasil, Francia, Italia y Alemania. Premio de investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales con ocasión del XXV aniversario de la Universidad de León. Posee la Orden del Congreso de Colombia en el Grado de Cruz de Caballero (Resolución de la Rama Legislativa del Poder Público Colombiano n° 58 de 2003). Medalla doctoral de la Universidad UEES de Guayaquil (Ecuador). Nombramiento de profesor distinguido de la Universidad Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombia).

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx