

El desplazamiento de la discrecionalidad del legislador al juzgador: causas y recelos*

The displacement of the legislator's discretion to the judge: causes and misgivings

Ramón Ruiz Ruiz**

Resumen

En nuestros días, los jueces, y especialmente el Tribunal Constitucional, gozan de un amplio margen de discrecionalidad, como consecuencia, entre otros factores, del creciente recurso a los principios jurídicos, dada la vaguedad que caracteriza a este tipo de normas. Si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Entre estas medidas, pueden proponerse algunas como la mayor vinculación de los órganos jurisdiccionales al precedente o la búsqueda de fórmulas que hagan del Tribunal Constitucional un órgano más representativo de la sociedad.

Palabras clave

Principios jurídicos, tribunal constitucional, discrecionalidad, precedente, legitimidad.

* Este trabajo se inserta en el ámbito de las investigaciones llevadas a cabo en el marco del programa de investigación Consolider Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (CDS 2008-00007).

** Universidad de Jaén.

Abstract

Nowadays, judges, and especially the Constitutional Court, have wide discretion as a consequence, among other causes, of the increasing use of legal principles, given the vagueness which characterizes this type of standards. Although this discretionary is inevitable, somehow it must be audited to prevent arbitrariness and resulting in posing a threat to the principles of equality and legal certainty. A number of such measures can be proposed, such as a greater linkage of the courts to the precedent or the search for formulas that make Constitutional Court more representative of society.

Key words

Legal principles, Constitutional Court, discretionary, precedent, legitimacy.

Introducción

A nadie se le escapa que en nuestros días el juez –y, especialmente, el juez constitucional, al que prestaré especial atención en estas páginas– goza de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Ciertamente, como es de todos conocido, durante mucho tiempo se quiso ver a los jueces como meros aplicadores del Derecho, quienes, apoyándose en el denominado «silogismo bárbara» (De Asís, 1995, p.97), no eran más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley¹; una ley tan completa y racional que evitaría –como sugería Beccaria–, la creación judicial del Derecho por vía de la interpretación (Galiana, 2003, p. 15).

No obstante, pronto se vio que el acto de interpretación y aplicación de la ley no era, en realidad, ni tan mecánico ni tan aséptico como se pretendía. Sino que, como acreditara más tarde Kelsen, «si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica solo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar y, por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco». Por lo tanto –continúa nuestro autor– «la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, sino a varias, todas las cuales (...) tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo», toda vez que –concluye–, «no existe genéricamente ningún método según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el «correcto». (Kelsen, 1986, p. 351-352)

Lo cual venía motivado, en gran medida, por el hecho de que la ley no era tan racional como se pretendía, ni el Derecho tan pleno ni tan coherente y que resultaba incapaz de dar respuesta a todos los litigios y conflictos que surgían en una sociedad cada vez más compleja, por lo que el juez habría de recuperar gran parte del protagonismo que tuvo en el pasado, produciéndose así un «desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho» (Galiana, 2003, p. 23).

¹ Según celeberrima expresión de Montesquieu (2002, pág. 112).

Y este protagonismo del juez se ha afianzado, y aun acrecentado, como consecuencia del «tránsito del Estado de Derecho sin ulteriores especificaciones hacia el Estado de Derecho constitucional» (García, 1998, p. 62), a partir, sobre todo, de la segunda mitad del siglo XX, cuando hemos asistido a la llamada «rematerialización de la Constitución», expresión que alude al paso de unas constituciones predominantemente organizativas y procedimentales, que prácticamente se limitaban a disciplinar la vida interna del Estado, a unas constituciones fuertemente impregnadas de contenidos materiales con vocación de regular el conjunto de la vida social y estatal. Efectivamente, como es sabido (Lopera, 2004, p. 45), la teoría jurídica europeo-continental de finales del XIX concebía la Constitución como la regulación jurídica de la forma del poder y de los modos de creación del Derecho y, en consecuencia, básicamente conformada por normas de competencia y de procedimiento –esto es, por lo que la teoría constitucional suele llamar «parte orgánica» de la Constitución–, en tanto que el preámbulo, las declaraciones de derechos y otras disposiciones materiales se consideraban jurídicamente irrelevantes.

Este sería el modelo de Constitución propuesto por Kelsen (1988, p. 142-143), quien la identifica con un conjunto de reglas sobre la creación de las normas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y sobre el procedimiento de la legislación, excluyendo, idealmente, normas de contenido material que establezcan principios, directivas y límites al contenido de las futuras leyes. Evidentemente, Kelsen reconocía que, de hecho, las constituciones contienen también cláusulas de este tipo, pero opinaba que el alto grado de indeterminación que presentan estas normas hace que solo quepa entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios demasiado abiertos a la discrecionalidad. De ahí que resultara equivocado para Kelsen interpretar las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad o la libertad como directivas relativas al contenido de las leyes, y más aun emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, pues ello implicaría un impropio desplazamiento de poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional –por ello aconsejaba, con el fin de evitar tal desplazamiento, que se evitaran este tipo de contenidos y, en todo caso, que se formularan del modo más preciso posible–.

No obstante, lejos de atender las recomendaciones de Kelsen (Lopera, 2004, p. 51), las mayor parte de las constituciones promulgadas a lo largo del siglo pasado siguieron la senda ya iniciada por la de Weimer, entre otras, acentuando la presencia de contenidos valorativos –principios y derechos– expresados en su mayoría en un lenguaje deliberadamente impreciso y utilizados además como parámetro de validez de las normas constitucionales. Se produce así –al menos aparentemente– un reforzamiento del carácter estático del Derecho como

consecuencia de la omnipresencia de la Constitución y el consiguiente «efecto de irradiación» de los principios constitucionales (García, 1998, p. 64).

Antes de avanzar en las consecuencias de tal rematerialización de la Constitución conviene detenernos, siquiera sucintamente, en dar cuenta del tipo de normas que son los principios, toda vez que, en efecto, mientras los contenidos orgánicos y procedimentales de la Constitución generalmente se expresan mediante normas que interpretamos como reglas, la incorporación de contenidos sustanciales se hace, en cambio, por medio de la clase de normas que se suelen denominar principios.

Se trata de unas normas que presentan una gran proclividad a entrar en colisión con otros contenidos constitucionales y que requieren un tipo de interpretación, de argumentación, de aplicación y de resolución de conflictos distinto al que se emplea en relación con las reglas², debido a su alto rango de indeterminación. Señala en este sentido Barranco Avilés que esta característica da lugar a que nos encontremos ante normas especialmente imprecisas, que frecuentemente remiten a conceptos no específicamente jurídicos y que contienen exigencias que en la práctica pueden resultar contradictorias, lo cual es especialmente problemático si tenemos en cuenta que estamos, como ya se ha señalado, ante «el instrumento normativo en el que se contienen los criterios de validez de las restantes normas del sistema, por lo que el sentido del que se dote a sus términos limitará los significados posibles de los restantes documentos jurídicos» (Barranco, 2004, p. 20). No obstante, tienen la ventaja de dotar al lenguaje jurídico de una gran capacidad inclusiva, cualidad que reviste especial importancia en materia constitucional, como veremos más adelante.

1. Los principios jurídicos

Como señala García Figueroa, la frecuencia con que los estudiosos del tema se han referido a los principios solo es comparable con el grado de ambigüedad y vaguedad que afecta a esta noción en manos de los juristas, hasta el punto de que la pluralidad de significados que se atribuye al término «principio» obstaculiza la caracterización nítida de esta categoría de normas; no obstante,

² Sostiene en este sentido Prieto Sanchís que «la técnica de la subsunción no es aplicable a los principios y derechos constitucionales que presentan de forma abierta el supuesto de hecho o la condición de aplicación; mejor dicho, no es que no sea aplicable, es que sucede con frecuencia que un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva o con el derecho de propiedad y los derechos sociales. Y tampoco resultan operativos los conocidos como criterios de resolución de antinomias; no lo son claramente el jerárquico y el cronológico, pero tampoco el de especialidad» (2000, p. 161).

«quizás las diferencias entre los autores respondan más a la asignación estipulativa de la centralidad a cierta propiedad en perjuicio de otras, que a una genuina discrepancia ontológica» (García, 1998, p. 42)³.

Este hecho se explica –continúa García Figueroa (1998, p. 43)– porque los principios se han mostrado extremadamente versátiles –versatilidad que tiene mucho que ver con su éxito–, interviniendo en tareas tan dispares y relevantes como son sellar el ordenamiento jurídico, es decir, garantizar su plenitud; «informarlo», esto es, conferirle unidad y coherencia; reformular o racionalizar los contenidos del Derecho o, lo que es lo mismo, contribuir a economizar el sistema; o, en fin, justificar el rechazo del positivismo jurídico.

También Aarnio (2000, p. 595-596) sostiene que la discusión sobre los principios se ha visto impedida frecuentemente por una ambigüedad que se refiere a su noción misma. Sin embargo, a su juicio, tales dificultades conceptuales pueden reducirse si efectuamos una distinción entre varios tipos de principios. Tendríamos, por un lado, aquellos principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídi-co, por ejemplo, el principio del Estado de Derecho, la presunción del legis-lador racional o el principio de la propiedad privada. Los valores ideológicos básicos incluyen también, entre otros, principios morales que expresan concepciones generales sobre la familia, las relaciones sexuales y el cuidado de los niños –en algunos casos, estos principios se expresan también en normas legales, o constituyen explícitamente las bases de las instituciones jurídicas, pero rara vez son mencionados como razones públicas para las decisiones jurídicas–.

Y, sobre todo, tenemos los principios jurídicos positivos, que están expresamente recogidos en las normas legales o, al menos, se encuentran presupuestos en ellas como razones para la toma de decisiones jurídicas. Dentro de esta categoría hay diversas modalidades –siempre según Aarnio–, tales como:

- a) Los principios formalmente válidos que se recogen expresamente en los textos legales, como los principios que regulan derechos humanos básicos, sociales o políti-cos: la libertad de expresión y asociación, la igualdad y la

³ Y Díez Picazo ha sentenciado que sobre los principios «mucho se habla y poco se precisa» (1985, p. 14). Tampoco ayuda a la caracterización de los principios el hecho de que su concepción haya cambiado en gran medida en los últimos tiempos –según señala Mario Ruiz– como consecuencia del carácter normativo atribuido a las constituciones en nuestros días y de la inclusión en las mismas de un gran número de principios explícitos considerados como «normas expresamente formuladas, sobre todo por lo que respecta a los derechos fundamentales, (...) que constituyen al mismo tiempo un límite sustantivo a la producción de normas jurídicas inferiores» (Ruiz, 2002, p. 105).

seguridad social. Algunos se manifiestan también en el ámbito jurídico-privado, como la protección del trabajador en el Derecho laboral y el principio de buena fe en el Derecho de contratos.

b) Las generalizaciones jurídicas que, a diferencia de los anteriores, no se encuentran normalmente especificadas en los textos legales, sino que se fundan en la denominada «inducción», sea lo que esta sea desde el punto de vista teórico, mediante la que un estudioso o un juez generalizan, a partir de varias normas individuales (reglas), un principio que abarca a todas ellas.

c) Los principios relativos a la toma de decisiones, como la máxima *audiatur et altera pars*, o *nulla poena sine lege praevia* o el principio de legalidad del Derecho penal que incluye la prohibición de la analogía *in malam partem*. Muchos de estos principios han sido tácitamente aceptados en la comunidad jurídica e institucionalizados en la tradición jurídica occidental y, como tales, forman parte del Ordenamiento justificando a su modo las decisiones jurídicas. Algunos principios de este tipo han sido, no obstante, explícitamente recogidos en las leyes.

d) Están, por último, los principios extrasistemáticos; si bien solo las normas jurídicas son formalmente válidas, aun así, los principios morales pueden ser significativos en el razonamiento jurídico al modo de las denominadas fuentes posibles [*may-sources*] del Derecho. En un contexto jurídico, el argumento moral pasa a ser legal; dicho de otro modo, el principio moral «extra-jurídico» se convierte en jurídicamente relevante.

Como vemos, no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria, ni poseen unos caracteres comunes –además del hecho de que mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto–. No obstante, se puede sostener –siguiendo a Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 103)– que existen características esenciales comunes a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad.

Estos rasgos, a su vez, suelen argüirse para distinguirlos de las reglas, junto con la circunstancia de que los principios, a la hora de aplicarse, deben ser ponderados (o, al menos, son ponderables); esto es, «mientras que los principios suelen reclamar la intervención activa del operador jurídico, las reglas no la exigen o bien lo hacen solo en menor medida» (García, 1998, p. 131).

En este sentido, Alexy (1997, p. 81-98) señala que un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios radica en que las reglas serían «mandatos

definitivos» o, lo que es lo mismo, normas que solo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Sin embargo, los principios son normas que ordenan que algo sea hecho en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son «mandatos de optimización», caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–.

Puede decirse, así, que en los principios siempre existe algún elemento estructural que permanece abierto hasta que es «cerrado» por el intérprete al aplicar la norma al caso concreto, de modo que su contenido definitivo será finalmente más reducido que el aparente o *prima facie*⁴ –no obstante, como advierte Mario Ruiz (2002, p. 121), en verdad no puede decirse que los principios presenten la propiedad de ser cumplidos en diversos grados, sino que, después de determinarse su prevalencia o no en un caso concreto, se cumplen o no se cumplen–.

Ahora bien, la distinción entre reglas y principios –continúa Alexy– se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios. Así, a diferencia de cuando se produce un conflicto de reglas contradictorias, que se soluciona bien introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o bien, lo que es más habitual, declarando inválida una de las reglas por medio de la aplicación de alguno de los criterios de resolución de antinomias, cuando lo que chocan son dos principios (dos derechos fundamentales, por ejemplo) no estaríamos propiamente ante una contradicción, sino ante una *tensión* entre normas, dado que ninguna de ellas goza, a priori, de primacía frente a la otra, toda vez que la necesidad de armonizar los principios –y, especialmente, los derechos– supone que sus límites no pueden ser determinados ni previa ni exhaustivamente, sino según las circunstancias concretas.

En efecto, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien mediante una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio

⁴ Coinciden en este punto Mario Ruiz (2002, p. 116) e Isabel Garrido (2009, p. 209).

al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto y al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido.

Empero, se puede objetar contra la concepción de los derechos fundamentales como principios por optimizar y de la técnica de la ponderación, que podrían conducir a una relativización del contenido de los derechos fundamentales que en algunos casos permitiría incluso su negación definitiva. Por ello, si bien la caracterización de los principios como mandatos de optimización representa una convención interpretativa que de hecho es utilizada por los tribunales constitucionales y que ofrece una descripción coherente del modo en que los contenidos iusfundamentales son entendidos y aplicados, se enfrenta al riesgo de que tales contenidos garanticen «demasiado poco» y, con ello, de disminuir su potencial limitador del poder, en el que en definitiva, reside su valor.

Por otra parte, como señala el propio Alexy (1988, p.140), el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Esta sería la conocida como «tesis débil de la separación», que defiende que entre las reglas y los principios existe solo una distinción de grado y no una distinción estructural o lógica. Entre los partidarios de esta tesis destaca Prieto Sanchís, quien escribe que «quienes sostienen que dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas». En definitiva, para Prieto Sanchís, la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe Gianformaggio –citado por aquel– «la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación» (Prieto, p. 47-63).

2. El desplazamiento de la discrecionalidad: del legislador al juzgador

En cualquier caso, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el ya señalado fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad (Prieto, p. 173). En efecto, dada la vaguedad de su formulación, su carácter potencialmente conflictivo y la ausencia de una jerarquía

preestablecida para resolver sus conflictos, los principios comportan una delegación de poder decisorio que recae, finalmente, en el juez, puesto que es a la luz del caso donde por lo general emergen las colisiones de principios y, por tanto, solo en el momento de la adjudicación es posible determinar su contenido definitivo, esto es, lo que tiene que decir en cada caso. Y no olvidemos que su decisión va a tener una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, «en este contexto, «ponderar» no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución «intermedia», que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que, de algún modo, aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro» (1999, p. 44).

En este sentido, señala Cabra Apalategui (2000, p. 170), este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero esta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación –pues, en efecto, hay espacio para la subjetividad «en la graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión» (Garrido, 2009, p. 211)–. En definitiva, se puede sostener, con Rafael de Asís, que la ponderación es algo enormemente valorativo, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, por lo que «hay que ser conscientes de que su uso expresa la opción de una determinada posición de índole ético y político» (De Asís, 2005, p. 112).

Asimismo, no debemos olvidar que la labor de los órganos judiciales y, muy en concreto del Tribunal Constitucional en relación con los principios jurídicos, va mucho más allá de la resolución de las tensiones que se producen entre los mismos. Ciertamente, este va a ser el órgano competente para la atribución concluyente de significado a los principios, por lo que está facultado para decidir, incluso, si el significado atribuido por el legislador está jurídicamente justificado (Barranco, 2004, p. 98). Podemos, así, llegar tan lejos como afirmar que tal situación «tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación desde el momento en que el legislador ya no es soberano: está sometido a la Constitución y a un órgano específico que controla, desde el punto de vista de su constitucionalidad, sus decisiones normativas» (Ansuátegui, 2007, p. 100). En definitiva, es posible sostener que lo que parecen hacer los principios constitucionales es «cercenar la discrecionalidad del legislador, mostrándose, en cambio, como dúctiles

instrumentos en manos del juez» (Prieto, 2000, p. 173). Ciertamente –en palabras de García Figueroa–, el «efecto de irradiación» de los principios constitucionales al que antes me he referido da como resultado una verdadera «omnipotencia de los tribunales» (García, 1998, p. 55)⁵.

Se hacen así realidad los temores de Kelsen: los tribunales constitucionales de nuestro tiempo han acabado por desplazar, al menos en cierto sentido, a los parlamentos como órganos últimos de decisión. En efecto, como es sabido, los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes actualmente existentes se han elaborado a partir de tres modelos que, en líneas generales, pueden caracterizarse como el modelo francés del *Conseil Constitutionnel*, el *judicial review* norteamericano y el modelo adoptado en la mayor parte de Europa tras la Segunda Guerra Mundial inspirado en el esquema diseñado por Kelsen, que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austríaca de 1920. Consiste este último en una jurisdicción concentrada en un único Tribunal, separado del resto de los tribunales y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total abstracción de los conflictos e intereses que subyacen tanto a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de las mismas.

En buena medida, el rango definidor del sistema kelseniano residía –como señala Marina Gascón (1994, p. 63)–, en la estricta exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referentia fáctica: la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional venía a representar, así –continúa Marina Gascón (1994, p. 64)–, un intento de recuperación de unas dosis de racionalidad: de un lado porque pretendía garantizar la supremacía de la Constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento; de otro, porque asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, quiso recuperar uno de los ideales de la filosofía iluminista y de la codificaciones, cual es el de la aplicación «lógica» y controlable del Derecho.

Un Tribunal Constitucional separado de la justicia ordinaria se justificaba, precisamente, por las exigencias de alcanzar ese objetivo; dichas exigencias se concretaban, fundamentalmente, en dos: en primer lugar, verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e

⁵ Se matiza, así, el carácter estático del Derecho en un Estado Constitucional, toda vez que la última palabra sobre la validez de las normas jurídicas la va a tener un órgano competente para tal fin, que va a gozar de un amplio margen de maniobra, reforzándose, por tanto, en cierto modo, el carácter dinámico del Ordenamiento.

intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología; y en segundo término, adoptar como exclusivo parámetro de enjuiciamiento una Constitución concebida como regla procedimental y de organización y no como generadora de problemas morales y sustantivos.

No obstante, los sistemas de control abstracto y concentrado de inspiración kelseniana, como el alemán, el italiano o el español, se han emancipado de su patrón original en diversos sentidos: en primer lugar, porque los tribunales constitucionales en la actualidad se erigen en verdaderos legisladores positivos que no limitan su tarea a la anulación de leyes inconstitucionales, sino que además fijan autoritativamente las interpretaciones constitucionales admisibles en un precepto legal mediante sentencias interpretativas, cuando no sustituyen o adicionan la voluntad del legislador mediante las llamadas sentencias manipulativas. En segundo lugar, por la apertura de los altos tribunales a los discursos de aplicación, lo que los sitúa más allá de la esfera de control abstracto, convirtiéndose, además, en un juez que inevitablemente conoce de hechos debido a su función de garante de derechos fundamentales en supuestos concretos de vulneración. En tercer lugar, porque la consideración de cuestiones fácticas no tiene lugar solo cuando la Corte revisa sentencias de tutela, sino también en el control de constitucionalidad de las leyes, pues, en contra de la pretensión de Kelsen, este no puede limitarse a ser un juicio de compatibilidad lógica entre normas en el que solo intervienen premisas normativas; ello no es posible – como nos recuerda Lopera Mesa (2004, p. 43)– en los llamados casos difíciles, en los que la aplicación de criterios como el principio de proporcionalidad promueven el debate en torno a cuestiones empíricas, relacionadas con la idoneidad de la norma enjuiciada para contribuir al logro de su finalidad (lo que supone un examen de su eficacia) o el grado de afectación que la intervención legislativa produce en derechos fundamentales, todas las cuales requieren dar entrada a la consideración de premisas empíricas y a elementos probatorios en el juicio de constitucionalidad de la ley.

Finalmente, figuras como el amparo o la cuestión de inconstitucionalidad favorecen la expansión del control y el desvanecimiento de las fronteras entre justicia ordinaria y constitucional, debilitando el monopolio del Tribunal Constitucional para aplicar directamente contenidos constitucionales (específicamente, derechos fundamentales) y enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Por tal razón, se afirma con frecuencia que en la actualidad el modelo europeo de justicia constitucional, pese a su carácter predominantemente concentrado, no presenta grandes diferencias con el sistema norteamericano y, antes bien, se encuentra más próximo a este último que a la lógica propia del modelo kelseniano.

De modo que, como ya se dijo al principio de este trabajo, «la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional» (Prieto, 2000, p. 173).

A pesar de ello, son varios los recelos que suscita este desplazamiento de la discrecionalidad al juez y, especialmente, al juez constitucional. Así, en primer lugar, habría que asegurarse de que, en efecto, sus decisiones estén presididas por la racionalidad. En este sentido, Prieto Sanchís, si bien concede que «seguramente en el proceso que conduce a la decisión judicial intervienen factores psicológicos y culturales de difícil control», no obstante, «aquella se caracteriza también por aparecer en forma racionalizada, es decir, por contener una serie de enunciados destinados a explicar y justificar la conexión entre una previa información fáctica y normativa y el fallo que expresa la norma individual» (Prieto, 1993, p. 12).

Por otra parte, nos encontramos ante un riesgo evidente de quiebra de un principio tan básico como es el de seguridad jurídica, que, no lo olvidemos, «garantiza a los individuos la capacidad de predicción de las actuaciones del poder y la calculabilidad de sus propias acciones favoreciendo la libre elección de planes y proyectos de vida» (Cuenca, 2008, p. 143). Empero, por lo que respecta a esta segunda preocupación, el profesor Ansuátegui sugiere que, desde una determinada perspectiva, se puede afirmar todo lo contrario, esto es, que, precisamente, la Constitución, a pesar del carácter abierto de muchas de sus disposiciones, «al representar un marco de estabilidad y previsibilidad que en la actualidad ya no puede garantizar la ley, que hoy es rápida, inestable, cambiante, contribuye a la seguridad jurídica» (2007, p. 104).

Pero, sobre todo, parece preocupante que tamaño poder esté en manos de un órgano que carece de legitimidad democrática directa (si bien, nadie pone en duda su legitimidad de ejercicio). Podemos, así, hacernos las recurrentes preguntas de las que da cuenta Prieto Sanchís, «¿qué legitimidad ostenta un cuerpo judicial para limitar o sostener a las mayorías parlamentarias? ¿Cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?» (Prieto, 2000, p. 161).

Dos son las respuestas que pueden darse a estas preguntas. La primera de ellas data de hace más de dos siglos y la proporcionaba *Publius* –Alexander Hamilton,

James Madison y John Jay⁶– a aquellos que criticaban que en la nueva Constitución federal para el conjunto de los recientemente independizados Estados Unidos de América, cuya ratificación se estaba debatiendo, se incluyera la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, en virtud de la cual –aducían estos– el poder judicial se colocaría por encima del legislativo. La justificación que se expone en *El federalista* de esta potestad del Poder Judicial partía de la idea de que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo con la finalidad fundamental de hacer que este se mantenga dentro de los límites asignados a su autoridad sin vulnerar la de aquél que, al fin y al cabo, es el soberano. Ahora bien, la autoridad y la voluntad suprema del pueblo se expresan en la Constitución, por lo que si el Congreso legisla contra el texto fundamental, en realidad lo está haciendo contra la voluntad popular, por lo que sus decisiones deben ser anuladas. Pero «esto no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad del Congreso, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última en preferencia a las primeras» (Madison, Hamilton & Gray, 1998, p. 332).

La segunda respuesta anunciada tiene que ver, a su vez, con esta otra pregunta, también muy habitual: si la ley es la expresión de la voluntad general y esta no puede enajenarse, ¿en nombre de qué, las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras? Ciertamente, puede sostenerse que la legitimidad democrática de las constituciones rígidas se atenúa con el paso del tiempo, pues cuanto más amplia es la brecha entre las decisiones del constituyente y las de la generación presente, tanto más se intensifica la «tiranía del pasado», a la que se refieren los críticos del precompromiso constitucional. Sin embargo, este déficit de legitimidad puede atenuarse en la medida en que las constituciones permitan un suficiente margen de indeterminación en sus contenidos, en especial los referidos a derechos, pues de este modo se deja en manos de generaciones futuras la posibilidad de establecer el contenido específico de aquellas expresiones indeterminadas y de resolver las colisiones entre principios conforme a las concepciones valorativas vigentes en un momento dado, lo que no sucedería si el texto constitucional expresara sus contenidos de manera categórica y detallada.

⁶ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay quienes, conjuntamente, bajo el seudónimo de «Publius», publicaron una serie de artículos en diversos periódicos neoyorquinos entre 1787 y 1788 en apoyo al proyecto de Constitución Federal para los EE.UU. que, con algunas adiciones, aparecieron en forma de libro en 1788, con el título de *El federalista*.

De este modo, la capacidad inclusiva de los principios contribuye a compensar la potencial ilegitimidad democrática de las constituciones rígidas, permitiendo una especie de división intergeneracional de la labor constituyente mediante la cual cada generación dota de contenido a los principios y resuelve las colisiones entre los mismos según las concepciones valorativas propias de su tiempo, lo que no sería posible si la Constitución respondiera en su conjunto a un modelo de reglas. Y aquí es donde el juez constitucional puede jugar un papel decisivo no entorpeciendo una legítima y natural evolución en la atribución de significados por parte del legislador a los principios constitucionales, e incluso, adoptando él mismo estos nuevos significados, introduciendo, así, por vía interpretativa en el Ordenamiento, la moral prevalente de la sociedad de su tiempo.

3. ¿Cómo limitar la discrecionalidad? Esbozo de propuestas

En cualquier caso, y a pesar de estos argumentos, parece oportuno que se establezcan algunos mecanismos de control de la discrecionalidad de las decisiones de un órgano que, como ya se ha mencionado, carece de legitimidad democrática directa y cuyas competencias son tan trascendentales, con el fin de evitar, por un lado la posibilidad de que se vulnere el principio de igualdad y, por otro, que sus opciones ideológicas, políticas o morales prevalezcan sobre las de la sociedad. De lo que se trata, en definitiva, es de acercarnos lo máximo posible al ideal del «gobierno de las leyes, no de los hombres»⁷

Dos son las medidas que se podrían aventurar y esbozar sucintamente en estas páginas: la primera, el reforzamiento de la vinculación al precedente de los tribunales en general y del Tribunal Constitucional en particular; la segunda, buscar fórmulas para dotar de una mayor legitimidad democrática y representatividad al alto tribunal.

Así, en primer lugar, como señala Isabel Garrido (2009, p. 273), la Ciencia del Derecho muestra un interés cada vez mayor por el valor de los precedentes, como consecuencia, seguramente, del acercamiento de los sistemas jurídicos continentales y del *common law* y de la evolución del modelo de razonamiento jurídico. Y es que, sin duda, la práctica del precedente posee una relevancia mayor de la que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Ordenamiento.

⁷ Señala en este sentido Endicott que ya Aristóteles era consciente de que el imperio de la ley podía ser imposible debido a la indeterminación jurídica, y que, en efecto, con frecuencia parece que no hay ninguna escapatoria al gobierno de los hombres. Indica también que «para dar sentido al ideal del imperio de la ley, tenemos que dar sentido necesariamente a la función creativa de los jueces (...) esto significa que «el gobierno de las leyes, no de los hombres» es una figura retórica del gobierno de las leyes, *libres del abuso* de los hombres» (Endicott, 2006, p. 289).

En efecto, entre otras virtudes, el precedente materializa el principio de igualdad porque hace necesario que se dé un tratamiento normativo igual a los supuestos que reúnen condiciones fácticas semejantes. Ciertamente, el principio de igualdad en la aplicación judicial de las leyes precisa que no sea posible modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos y, cuando los jueces estimen que debe haber un apartamiento de sus precedentes, la fundamentación habrá de ser suficiente y razonable. De este modo, «los precedentes aportan una mayor fuerza fundamentadora, puesto que conllevan unos criterios de interpretación que han de estimarse por el juzgador para asegurar la reflexividad de sus nuevos criterios discrepantes» (Garrido, 2009, p. 271).

Más en concreto, el respeto al principio de igualdad debería implicar el respeto a estos otros tres principios: el primero expresa la necesidad de no otorgar la posibilidad (no motivada expresamente) a los tribunales de modificar decisiones ya consolidadas sin que se produzcan cambios en las normas; el segundo se mueve en torno a la exigencia de previsibilidad que acompaña al Derecho y que debe afectar también a los órganos judiciales; el tercero se proyecta en la credibilidad de los tribunales, la cual aumenta sin duda cuando las diferentes decisiones pueden estructurarse de una manera coherente sin que se aprecien grandes oscilaciones (De Asís, 2005, p. 195).

Y, sin embargo, sí existen reticencias desde distintos ámbitos jurídicos a conceder un excesivo valor vinculante al precedente, so pretexto de que, por un lado, podría suponer un atentado a la independencia judicial y, por otro, podría llevar a un anquilosamiento del Derecho, al impedir su necesaria evolución interpretativa⁸.

No obstante, ambos argumentos pueden ser rebatidos. En el caso del primero, Rafael de Asís (1995, p. 297) puntualiza que con la consideración de que la independencia judicial se vería vulnerada en caso de exigir la vinculación al precedente (o, más correctamente, en caso de exigir la motivación expresa de los cambios en los criterios decisorios), se está defendiendo la posibilidad de que exista un poder público no vinculado a todos los principios constitucionales

⁸ El mismo Tribunal Constitucional español se ha mostrado, con carácter general, reticente a la hora de aceptar explícitamente la fuerza del precedente. Las razones que explican esa reticencia parecen radicar en la posible petrificación que, según el Tribunal Constitucional, llevaría la aceptación sin reservas del mismo: «el artículo 14 de la Constitución no impone al órgano judicial que, en su función de aplicar el Derecho, haya de atenerse siempre al precedente para resolver cuestiones sustancialmente iguales, sin poder alterar sus criterios interpretativos, lo que conduciría a una petrificación de la experiencia jurídica y a cerrar toda posible evolución en la interpretación del Ordenamiento» (STC100/1988, F.J.3º).

y que además pueda actuar sin una sujeción clara e incluso de forma arbitraria. Este tipo de argumentos no tienen en cuenta que la independencia judicial no se produce frente al Derecho. Un juez, como todo poder público, debe resolver casos iguales de idéntica forma, salvo que existan razones para no hacerlo, que deberá explicar.

Señala, en este sentido, Marina Gascón (1993, p. 28, 29) que aunque el Derecho no ofrezca siempre una única respuesta correcta descubrible de igual forma *por cualquier intérprete*, hemos de suponer que dicha respuesta sí existe *para cada intérprete* individualmente considerado. En consecuencia, manteniéndose constantes las circunstancias de hecho y el marco normativo, cabe decir que es una exigencia de la argumentación racional que el intérprete formule siempre una *única* respuesta en presencia de los mismos supuestos; y es una exigencia de la argumentación racional porque lo que está aquí en juego no es algún resultado obtenido tras un debate intersubjetivo, sino una de las reglas fundamentales que ha de observar todo participante en un discurso práctico general, a saber: «todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes».

Respecto a la segunda objeción señalada, puede sostenerse que la vinculación al precedente no promueve el inmovilismo, sino la garantía de igualdad y seguridad. Las decisiones pueden variar y, de hecho, hay varios mecanismos para ello, pero parece obligado justificar el porqué del cambio, sobre todo cuando no han variado las normas y las circunstancias son parecidas. Es evidente que el intérprete debe adaptar las distintas situaciones al momento social y a sus circunstancias pero, en este sentido, la defensa del valor del precedente solo va en la línea de exigir que el abandono de criterios anteriores se justifique expresamente⁹.

Por otra parte, no cabe duda de que el precedente debería vincular también al propio Tribunal Constitucional, sobre todo porque si, como hemos visto, «el desarrollo de una argumentación racional no puede asegurar en todo caso el consenso ni la unidad de solución justa, en especial cuando ha de operar sobre el más o menos inestable mundo de valores y principios, parece que el respeto al propio precedente, como exigencia del principio formal de universalidad, se convierte en una última garantía de seguridad y certeza» (Gascón, 1994, p. 83).

⁹ Así lo manifestaba, por ejemplo, Larenz: «el juez no debe aceptar, en cierto modo «ciegamente», el precedente. No solo está facultado, sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado, o si la cuestión, en el rectamente resuelta para su tiempo, tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio de la situación normativa o de todo el orden jurídico» (1994, p. 430).

Respecto al reforzamiento de la legitimidad democrática y de la representatividad de los tribunales constitucionales, señala Barranco Avilés (2004, p. 134) que, precisamente, un problema fundamental, pendiente en el contexto del Estado constitucional, es la construcción de una teoría desde la que se legitime la posibilidad de que las interpretaciones del Tribunal Constitucional prevalezcan sobre las del Parlamento. Este debate se enmarca en la sempiterna pugna entre derechos y democracia; como escribe, de nuevo Barranco Avilés, «en un modelo ideal, los derechos humanos y la democracia no se contraponen: la democracia se fundamenta desde los derechos como una exigencia de la autonomía y los derechos suponen un requisito de corrección de la decisión democrática; en el modelo real, sin embargo, la tensión es inevitable» (Barranco, 2004, p. 132).

En este contexto, Habermas (1998, p. 314-332) puede ser citado como un defensor de la primacía de la democracia sobre los derechos y, en la cuestión que nos ocupa, de la «primacía» del Parlamento sobre el Tribunal Constitucional, respecto a cuya actividad expresa sus recelos.

Así, a su juicio, la competencia del Tribunal Constitucional solo se legitima en tanto en cuanto se utilice para asegurar los derechos entendidos como condiciones de la autonomía pública y privada de los ciudadanos y, por lo mismo, de la democracia. Los derechos, pues, no deben interpretarse como valores, sino como condiciones procedimentales de la democracia que hacen posible la formación en libertad de la opinión y de la voluntad política. Y en cuanto al control abstracto de constitucionalidad, en el esquema de división de poderes exigido por la teoría del discurso, Habermas propone un modelo de control constitucional alternativo en el que las funciones del Tribunal Constitucional aparezcan reducidas a favor del Parlamento, que goza de legitimidad democrática por excelencia, esto es, el propio Parlamento sería el que lleve a cabo la revisión de su decisión mediante alguna fórmula de autocontrol. Al respecto, afirma este autor, que «es digna de tenerse en cuenta la consideración de si la revisión de tal decisión parlamentaria no podría efectuarse a su vez en forma de un autocontrol del legislador mismo, organizando tal autocontrol a modo de tribunal e, institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del Derecho».

Quizás no sería preciso llegar tan lejos, pero lo que sí parece necesario es reforzar la exigencias de racionalidad y de argumentación de los altos tribunales y, sobre todo, dotarlos de una mayor legitimidad democrática de origen –ya se ha señalado que nadie pone en duda su legitimidad de ejercicio– por medio de la instauración de unos procedimientos de elección de sus miembros más abiertos al conjunto de la ciudadanía, de modo que algunos de ellos fueran designados

por organismos, instituciones, asociaciones y corporaciones de todo tipo representativas de la sociedad civil.

No debemos perder nunca de vista, en definitiva, que, como puntualiza David Lyons, la interpretación jurídica (en cuanto a descubrir el significado específico o las implicaciones de la ley vigente) no es un fin en sí misma sino que es un instrumento para la sentencia, que afecta a importantes intereses humanos; esto es, las decisiones judiciales no deben considerarse únicamente como proposiciones jurídicas, sino como aquello que se hace a las personas en nombre de la ley, y las consecuencias de estas decisiones judiciales van a repercutir profundamente en bienes tan valiosos como nuestra fama, nuestro capital, nuestra libertad y, en algunos lugares, incluso nuestra vida (Lyons, 1998, p. 265).

Lista de Referencias

- Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (4).
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. E. Garzón Valdés (trad.). Madrid: CEC.
- Alexy, R. (1988) Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, (5).
- Ansuátegui, F. (2007). *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, (10).
- Barranco, M. C. (2004). *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons.
- abra, J. M. (2000). Racionalidad y argumentación jurídica. *Derechos y libertades*, (9).
- Cuenca, P. (2008). *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dykinson.
- De Asís, R. (2005). *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson.
- De Asís, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons.
- Díez, L. (1985). Presentación. En K. Larenz. *Derecho justo. Fundamentos de*

- ética jurídica*. L. Díez Picazo (trad.). Madrid: Civitas.
- Endicott, T. A.O. (2006). *La vaguedad en el Derecho*. J. A. Alcalá & J. Vega (trad.). Madrid: Dykinson.
- Galiana, A. (2003). *La legislación en el Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson.
- García, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC.
- Garrido, M. I. (2009). *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson.
- Gascón, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos.
- Gascón, M. (1994, mayo-agosto). La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (41).
- Guastini, R. (1999). Principios de Derecho y discrecionalidad judicial. P. Andrés Ibáñez (Trad.). *Jueces para la democracia*, (34).
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*. M. Jiménez (Trad.). Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1988). La garantía jurisdiccional de la Constitución. En *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. J. Ruiz Manero (Trad.). Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. M. Rodríguez (Trad.). Barcelona: Ariel.
- Lopera, G. P. (2004). *Cuadernos de Investigación de la Universidad EAFIT*, (16).
- Lyons, D. (1998). *Aspectos morales de la Teoría jurídica*. Barcelona: Gedisa.
- Madison, J., Hamilton, A. & Gray, J. (1998). *El federalista*. G. R. Velasco (Trad.). México: FCE.
- Montesquieu (2002). *Del espíritu de las leyes*. M. Blázquez & P. de Vega (Trad.). Madrid: Tecnos.
- Prieto, L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, (23).
- Prieto, L. (1993). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Prieto, L. (1998). *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 7. Madrid: Dykinson.
- Ruiz, M. (2002). *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Madrid: Dykinson.