

DERECHOS Y PRETEXTOS. ELEMENTOS DE CRÍTICA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León.

Luis Prieto Sanchís, colega y amigo, acaba de publicar un importante artículo sobre “el constitucionalismo de los derechos”¹. Pocas veces podremos ver mejor resumida y presentada esa orientación del pensamiento constitucional, crecientemente importante, que se conoce como neoconstitucionalismo. De ahí que me permito tomar dicho trabajo para contrastarlo con el constitucionalismo positivista² que defiende.

Procederé mediante la enumeración de las tesis principales de Prieto Sanchís, a las que iré, en su caso exponiendo mis críticas y las alternativas concebibles desde una postura positivista.

1. El constitucionalismo de los derechos, según Prieto, trabaja con la idea de “Constituciones materiales y garantizadas. Que una Constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices), pero de idéntico sentido, que es *decirle* al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a Constitución formal o meramente procedimental. Que una Constitución se halla garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces” (48; el subrayado es nuestro).

Que la Constitución, como cualquier otra norma positiva, diga cosas y que los jueces sean garantes de la obligatoriedad de lo dicho es poca novedad. En cambio, lo determinante son tres cuestiones más concretas: cómo lo dice, qué dice y quién interpreta o concreta lo que dice.

El decir de la Constitución, como de cualquier otra norma, es un decir con palabras³. Mas esto, que parece evidente, se torna oscuro cuando vemos tantas doctrinas actuales que aceptan que la Constitución expresa más de lo que dicen sus palabras, de modo que se confunde lo que la Constitución dice (y no dice) con lo que dicen sus intérpretes que dice. No es una mera perogrullada si afirmamos que la Constitución dice lo que dice y sólo dice lo que dice. Y, por tanto, tiene sentido la siguiente tripartición de lo decible por la Constitución: a) cosas que la Constitución claramente dice, para mandarlas, prohibirlas o permitir las (ej.: que está prohibida la pena de muerte en tiempos de paz, art. 15 CE); b) cosas de las que no dice

¹ Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 71, mayo-agosto 2004, págs. 47-72. En adelante, las páginas entre paréntesis remitirán a esta obra.

² El propio Prieto dice que el neoconstitucionalismo “ha propiciado el alumbramiento de una teoría del Derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico” (47-48). Un asunto que merecería ser tratado con calma y para el que aquí no tenemos espacio es el de cómo el positivismo jurídico del siglo XX se fue desmarcando de los presupuestos ontológicos y epistemológicos del positivismo jurídico ingenuo y simplista del siglo XIX. Por lo que de éste está lejos también el positivismo constitucional actual.

³ Agrupadas en enunciados que han de ser leídos conjuntamente, por supuesto.

absolutamente nada⁴ (ej: cuántos animales domésticos puedo tener en mi apartamento; y c) cosas de las que no sabemos si dice algo o no, y en su caso qué, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados (ej.: si la pareja estable no casada, o la homosexual, es “familia” o no a efectos de ser acreedora de la protección que demanda de los poderes públicos el art. 39 CE).

El gran hallazgo del neoconstitucionalismo es su insistencia en el valor dirimente de lo que “dicen” aquellos enunciados constitucionales que contienen la formulación de “valores, principios, derechos y directrices” (48). Pero lo primero que conviene aclarar es esta yuxtaposición. Un precepto constitucional no dice más o menos (o más o menos dirimentemente) en razón de su catalogación como valor, principio, derecho, directriz, etc., sino en razón de su grado de indeterminación semántica. Así, hay normas constitucionales consideradas principios y que tienen un carácter bastante determinado, como puedan ser los de legalidad o irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, del art. 9.3.

En lo que insiste el neoconstitucionalismo es en la capacidad de “dicción” de las normas constitucionales más indeterminadas. Y aquí viene la gran pregunta y la que, en mi opinión, es la mayor dificultad teórica de esta doctrina: ¿de qué manera dicen concretamente esas normas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersubjetivamente, con algún grado mínimo de objetividad, eso que dicen? En otros términos, finalmente, ¿de qué modo está presente un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado?

Aquí podemos ya mostrar, creo, una diferencia importante entre neoconstitucionalismo y constitucionalismo positivista. Este último asumiría las siguientes tesis: a) Las Constituciones (como cualesquiera otras normas jurídicas) mandan por sí lo que claramente se corresponda con la referencia de sus términos y enunciados. En esto la Constitución es cerrada. b) En los márgenes de vaguedad o zonas de penumbra la Constitución es abierta y podrá ser concretada de diferentes modos, tantos como no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional. c) La elección de una de entre esas varias posibles concreciones compatibles con la indeterminación del precepto constitucional corresponde a los intérpretes autorizados de la Constitución. Intérpretes autorizados de la Constitución son, en primer lugar (aunque no sólo), el legislador, los jueces y el Tribunal Constitucional. d) Los jueces y, muy en particular, el Tribunal Constitucional, cumplen prioritariamente funciones de control constitucional, y ese control es control negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional, en su caso, las normas legales que patentemente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales. e) Por el contra, al poder legislativo le corresponde una función de realización constitucional, consistente en elegir de entre las alternativas que los enunciados constitucionales permiten por no ser contradictorias de sus significados posibles. f) Todo este entramado doctrinal positivista tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular.

Me parece que el neoconstitucionalismo podría sintetizarse, en lo que aquí ahora importa, en las siguientes tesis: a) El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de

⁴ Me refiero a un decir directo. Si admitimos, como hace Prieto y estoy de acuerdo, una cláusula general de libertad, la Constitución dice al menos de toda acción si está permitida o no, y está permitida toda acción no expresamente prohibida por el ordenamiento. Vid. L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 249ss.

las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que sus términos significan. b) Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística. c) Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados. d) Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización. e) Consiguientemente, tanto el legislador como, principalmente, los jueces tienen acceso al conocimiento de esos contenidos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica⁵, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos. f) Este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura.

Hasta aquí lo relativo al carácter “material” que para el constitucionalismo de los derechos o neoconstitucionalismo revisten las Constituciones actuales, según hemos visto. La segunda característica es, según Prieto, el carácter garantizado de dichas Constituciones, garantía encomendada a los jueces, lo cual significa igualmente “que en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos” (48). Como antes indicamos, en el constitucionalismo del siglo XX no está la novedad en la garantía judicial de la efectividad de las normas constitucionales. No es eso lo que se debate, pues tal control ningún positivista de hoy lo negaría. El objeto de la discusión es el alcance preciso del control judicial, y la respuesta a esto está determinada por lo que acabamos de decir sobre la visión lingüística o material, axiológica, de la Constitución. Para los positivistas ese control será control de mínimos; para los neoconstitucionalistas control de máximos. Control de mínimos significa garantía de que no se hagan eficaces en el sistema jurídico normas que manifiestamente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales⁶. Control de máximos quiere decir garantía de que no se tornen

⁵ La idea de control constitucional pierde todo sustento si no se presume que el legislador y los jueces que controlan la constitucionalidad de sus normas pueden acceder por igual al conocimiento de la misma realidad constitucional determinante. Así, para el constitucionalismo positivista la base de ese control está en que el legislador puede entender los significados de las normas constitucionales, de modo que cuando se desvía de ellos para contradecirlos opera o con torpeza o con arbitrariedad. Por su parte, para el neoconstitucionalismo también el legislador ha de poder acceder al conocimiento de eso que la Constitución manda y precisa aunque en sus palabras no lo exprese, pues de no ser así el legislador se tornaría en una institución constitucionalmente prescindible, lo cual sería la suprema paradoja constitucional. Pero algo de esa paradoja queda siempre en esta doctrina mientras no aclare la gran pregunta de cómo pueden unos y otros, legisladores y jueces, acceder a esos mandatos transsemánticos, es decir, que están más allá de toda semántica.

⁶ De ahí que estime esta doctrina que hay enunciados constitucionales que carecen de aptitud para fundamentar un auténtico control de constitucionalidad. Serían aquellos enunciados constitucionales radicalmente indeterminados y/o que poseen una variedad de significados tal, que la elección de uno de ellos está constitutiva e ineludiblemente condicionada por toda una serie de presupuestos ideológicos del intérprete. Serían aquellos enunciados que no poseen un núcleo de significado intersubjetivamente admitido en la sociedad, o que lo tienen con tal grado de formalidad o abstracción que no basta para fundar ningún juicio mínimamente objetivo de contraste con ninguna norma legal. Creo que este es el sentido último del los párrafo de Rubio Llorente que cita Prieto (67, nota 8). En efecto, Rubio Llorente

eficaces en el sistema jurídico normas que no proporcionen en cada caso la solución que para él demanda la axiología constitucional. Volveremos sobre esto.

2. Según explica Prieto, la consecuencia más básica del constitucionalismo de los derechos “consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación y aplicación del Derecho” (50). Tiene razón nuestro autor en que hoy ya nadie entre nosotros discutirá tal aserto ni cuestionará, por tanto, que los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados poseen eficacia directa y no son, pues, meras cláusulas programáticas. Del mismo modo que cierto es, y para bien, que se tienen por “operativos en todo tipo de relaciones jurídicas”, una vez que se ha asentado la vía para su eficacia horizontal o *Drittwirkung*. Pero si eso no lo discutiría, me parece, ningún positivista aquí y ahora, no será esa la nota que separe a neoconstitucionalistas y positivistas. ¿Dónde estaría, entonces, el debate? Nuevamente en el contenido del que se entiendan dotados los derechos.

Para el positivista los derechos vinculan, irradian, inundan, impregnan y todo lo que queramos decir, sin duda, pero sólo en lo que determinado hay en los enunciados que los recogen. Así, el derecho a la inviolabilidad del domicilio que consagra el art. 18.2 CE. tiene un núcleo de significado bien patente en lo que todos, aquí y ahora, consideramos domicilio de una persona. Igualmente hay lugares que sin duda ninguna caen fuera de cualquier referencia posible del término “domicilio” aquí y ahora, como pueda ser la parada donde cada día se espera el autobús o la calle por la que se pasea los domingos por la mañana. Y existe, cómo no, la consabida zona de penumbra, a la que se adscriben lugares tales como las habitaciones de hotel. Pues bien, lo que hace domicilio de la casa en la que habitualmente se habita y se desarrolla la vida privada es la semántica de uso del término “domicilio”, y lo que hace de las habitaciones de hotel domicilio a esos efectos son decisiones jurisprudenciales que han recaído así, como podrían haber recaído con sentido opuesto. Yo estoy plenamente de acuerdo con esas decisiones ampliatorias del alcance de tal derecho, lo que es tanto como decir que apruebo la interpretación extensiva ahí llevada a cabo por la jurisprudencia. Donde la divergencia teórica puede aparecer es en lo siguiente: para el neoconstitucionalista lo que la jurisprudencia así hace es reconocer primero el alcance del derecho y aplicarlo luego al caso; es decir, aunque semánticamente el enunciado del art. 18.2 no determine dicho resultado (que la habitación de hotel también sea domicilio), materialmente sí estaría prefijado en la Constitución el contenido preciso de tal derecho y, con ello, predeterminada la decisión del tribunal, decisión que sería, por consiguiente, puramente aplicativa. En cambio, para el positivista la jurisprudencia está ahí

(Prólogo a Rubio Llorente, F., y otros, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Ariel 1995, pág. XI) dice, refiriéndose al art. 1.1 CE, que el deber “de asegurar la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo no significa (ni en una sociedad libre puede significar) otra cosa que una obligación de acomodar las leyes a la visión que el legislador tiene del óptimo posible de esos valores en cada momento”. Prieto introduce así la cita de dicho párrafo: “Naturalmente hay otra solución, que es considerar que los enunciados materiales de la Constitución, o al menos los más evanescentes, simplemente no obligan a nada”. La gran pregunta es: ¿a qué obligan los enunciados que no sabemos qué significan? ¿A qué obligan los enunciados más evanescentes? ¿Cómo se conjuga tal máxima evanescencia con la generación de obligaciones tangibles? Si respondemos que obligan a lo que determine su intérprete, estamos dando un gigantesco salto hacia variantes de realismo jurídico que el neoconstitucionalismo quiere, al menos en la teoría, ver en sus antípodas, pues en ese caso ya no sería sostenible seguir manteniendo que es el precepto constitucional el que contiene la obligación. Pero el neoconstitucionalismo insiste en ver la actividad judicial como declarativa y propiamente aplicativa de los mandatos constitucionales, no constitutiva de ellos.

eligiendo entre las posibilidades que la Constitución le deja abiertas, indeterminadas, por lo no está realizando el derecho, sino configurándolo en sus concretos alcances, no está propiamente aplicando un mandato preexistente, sino constituyéndolo para el caso y dentro de los márgenes que la propia Constitución legítimamente le permite.

Donde esto tendrá relevancia a la hora de provocar discrepancias entre los unos y los otros será principalmente en el juicio de constitucionalidad. Cuando el TC resuelve amparos juzga de casos concretos sobre la base de la interpretación correlacionada de las normas constitucionales en juego, y en los casos de conflicto entre derechos fundamentales siempre se combinará la interpretación extensiva del enunciado al que se acoge un derecho con la restrictiva del otro enunciado que era candidato a acoger la otra pretensión que quería articularse como derecho, y del que finalmente queda fuera⁷. Aquí, en el amparo, la potestad y competencia del legislador no está por definición en juego, y sólo se ve afectada en los casos, cada vez más frecuentes en nuestra jurisprudencia constitucional, en que se amparan derechos opuestos a la dicción expresa, clara y taxativa de leyes declaradas, sin embargo, constitucionales⁸. En cambio, siempre que se lleva a cabo un juicio de constitucionalidad está en cuestión la trama constitucional de poderes y competencias legítimos. De ahí que el positivista propugne una jurisprudencia constitucional muy autocontrolada y restrictiva en materia de juicio de constitucionalidad, de manera que solamente se invalide por inconstitucional aquella ley que palmariamente choca con el tenor determinado (la parte determinada del tenor) de un enunciado constitucional. La máxima podría ser: a la hora de optar entre lo indeterminado, prima la decisión del legislador, *in dubio pro legislatore*. Por el contrario, ya sabemos que para el neoconstitucionalismo la indeterminación semántica es un problema secundario, pues la Constitución no es un artefacto lingüístico y comunicativo, sino una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de éstas. Y puesto que lo semánticamente indeterminado de la Constitución no deja por ello de estar materialmente determinado, con la Constitución chocan y deben ser declaradas inconstitucionales también normas legales que no contradicen lo que dice ningún enunciado constitucional. Naturalmente, el neoconstitucionalista no mantiene que esto signifique primacía cuasiabsoluta de la judicatura, y en especial del TC, sobre el poder legislativo, puesto que considera que lo que los jueces y el TC hacen es declarar contenidos constitucionales preestablecidos, no crearlos allí donde la Constitución nada determina. Es el positivista el que lo ve así e interpreta aquella doctrina como regida por la máxima *in dubio pro iudice*.

Todo, pues, condicionado por cómo se entienda el “decir” de la Constitución, como ya vimos. Para el neoconstitucionalista siempre que el juez acierta con lo justo habla a su través la Constitución, diga ésta lo que diga en sus palabras. Para el positivista lo único tangible con que medir si el juez atiende a la Constitución, la complementa legítimamente o la enmienda subrepticamente es el texto constitucional, con lo que tiene de determinado y lo que deja indeterminado. Todo

⁷ Ej. de libertad de expresión y derecho al honor...*

⁸ Pensemos por ejemplo en las sentencias del TC en que se considera legítimo ejercicio de la libertad de información la publicación en periódicos de nombres o datos personales que caen bajo el secreto de sumario a tenor de los arts. 301 o 302 de la LECrim., preceptos que el TC a estimado constitucionales. Al respecto pueden verse las dos primeras sentencias 54/2004 y 158/2003) comentadas en mi trabajo “Tres sentencias del Tribunal Constitucional. Ponderando el honor y la libertad de información (en prensa en Diario La Ley).

otro juicio sobre aciertos o desaciertos será un juicio político y dependiente de variables personales y grupales, de ideologías e intereses. Porque otra característica del positivismo es la triste convicción de que no sólo los legisladores, también los jueces, y hasta los magistrados constitucionales, tienen intereses e ideologías, incluso los jueces y magistrados no positivistas.

3. Se ocupa Prieto de responder a este tipo de objeciones al neoconstitucionalismo, en particular a aquella que caracteriza a la Constitución así entendida como gran “huevo jurídico” que contiene en sí, prefiguradas, las soluciones de todos los casos posibles, con lo que no deja sitio al legislador. Es la crítica de autores como Forsthoff o Böckenförde y que Prieto resume así: “la derrota del Estado legislativo (democrático) a manos del Estado jurisdiccional (elitista o aristocrático); la Constitución marco que permitía el juego de las mayorías en sede legislativa vendría a ser suplantada por una Constitución dirigente donde, por su alto grado de indeterminación, terminan siendo los jueces quienes tienen la última palabra sobre todos los asuntos” (52).

Nuevamente aparece una palabra clave, “indeterminación”. Ahí sí que está el núcleo de los desacuerdos, pues los positivistas, como hemos señalado, ven el derecho como realidad lingüística altamente indeterminada, y en lo que el derecho no precisa hay indeterminación que alguien, los jueces, tiene que colmar. En cambio, los neoconstitucionalistas no suelen confesarse judicialistas en ese sentido. Su discurso no es que la alta indeterminación de la materia prima jurídica otorgue al juez especial poder y amplia libertad, sino que el suyo es lo que podríamos llamar un judicialismo metafísicamente vinculado: la figura del juez es crucial pues en él se realiza es alquímico prodigio de que se le manifiesta como determinado un derecho que en sus textos es abierto, vago.

Luis Prieto estima que la referida objeción positivista encierra una contradicción⁹, “pues viene a sostener que el constitucionalismo de los derechos le dice demasiado al legislador, cuya libertad política queda así axfisiada, y demasiado poco al juez, que de esto modo y merced a los valores, principios y derechos ve incrementada su discrecionalidad hasta el infinito”. Me parece que aquí es necesario hacer una pequeña enmienda a tal juicio. El positivista no estima que los enunciados de la Constitución le digan mucho al legislador y poco al juez, pues lo que de indeterminado, por vago o ambiguo, hay en ellos, indeterminado es para el uno y para el otro. Lo que el positivista establece es una regla de preferencia a la hora de establecer quién tiene la suprema palabra *en lo que la Constitución, en su dicción, no determine*, y tal prioridad la otorga al legislador por las razones políticas que he mencionado, lo que se traduce para los jueces, y en especial para las Cortes Constitucionales, en una invitación al *self-restraint*. Es un modo, necesariamente sutil y fiado a las buenas intenciones, de combinar la superior palabra del legislador con la última palabra de los jueces. Si quien tiene la palabra última no *reconoce* la superioridad de la palabra (no contradictoria con el tenor de la Constitución) del que tiene la legitimidad mayor, no habrá más derecho que el de quien tiene esa última palabra. En el fondo, y sin querer dramatizar, podríamos pintar la disputa entre positivistas y neoconstitucionalistas como batalla en las trincheras mismas de la regla de reconocimiento.

Así que, volviendo al argumento, no parece cierto que el positivista estime que la Constitución le dice más al legislador que al juez, sino que lo que reprocha al

⁹ Se inspira en esto en Alexy, a quien cita en su “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 66, 2002, págs. 13ss.

neoconstitucionalismo es que éste justifica que el juez diga que la Constitución “dice” al legislador lo que realmente la Constitución no dice, al menos con sus palabras. Pero, según Prieto, aquel defecto del positivismo se debe a que considera los preceptos constitucionales como reglas del mismo tipo que las leyes (53). Ahora bien, sin entrar aquí a fondo en el arduo tema de los distintos tipos de normas, asunto en el que es Prieto una autoridad eminente, baste señalar que el positivismo no tiene por qué encontrar inconveniente en admitir la existencia de tipos diferentes de normas, como reglas y principios. Lo que el positivista no ve es que el eje de la diferencia entre unas y otros sea que las primeras dicen con palabras y enunciados y los otros digan sin decir, determinen indeterminadamente, indiquen lo que no expresan, manden lo que no enuncian, obliguen a lo que no especifican, signifiquen sin referir; o como queramos expresarlo. Pues tal cosa presupone una ontología peculiar (las normas preexisten a su enunciación, son más idea que empirie) y una epistemología también muy fuerte (hay una facultad humana capaz de conocer la idea verdadera y concreta, tan precisa como para resolver cada caso, de cada norma). El problema es que los positivistas no vemos en ese planteamiento más que una de estas dos cosas: o la ingenuidad de un platonismo jurídico redivivo, o el cinismo de un realismo jurídico inconfeso.

Pero seamos justos con Luis Prieto, que no es ni ingenuo ni, mucho menos, cínico, y precisa más. Nos dice que la normativa constitucional “no se asemeja a una regulación legal que, con mayor o menor precisión, trata de anudar ciertos supuestos o condiciones fácticas a determinadas consecuencias. Se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación *principialista* donde se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligatorio” (53). “Se produce, pues, una pluralidad de <<mundos constitucionalmente posibles>>”, en expresión tomada de Moreso (54).

Ya estamos donde no queríamos meternos, en el pantano de los principios. No es problema ninguno asumir que hay muchas normas jurídicas así en la Constitución... y en todo el ordenamiento jurídico. *Todo el ordenamiento jurídico está plagado de normas de tal tipo y, consiguientemente, de tales situaciones.* Por eso hay *muchos mundos jurídicamente posibles.* El documento constitucional no tiene nada de particular si no es un cierto mayor grado de indeterminación, como promedio, de sus enunciados. Pero no es ningún mundo jurídico aparte que justifique especiales técnicas interpretativas y aplicativas. Desgranemos todo esto al hilo del comentario del texto que acabamos de citar. Para simplificar un poco dejaremos de lado las normas que suelen llamarse directrices y nos ceñiremos a las habitualmente tenidas hoy como principios, entre las que se vienen mencionando casi todas las de derechos fundamentales.

i) En todo el ordenamiento se recogen derechos (y deberes correlativos) llamados a colisionar, sin que pueda el ordenamiento mismo prever ni mínimamente la solución de tales colisiones, que queda siempre fiada a la interpretación y concreción que de tales enunciados jurídicos generales y abstractos hagan los jueces (y otros operadores jurídicos).

ii) El proceder de los jueces para resolver tales conflictos es siempre el mismo, un proceder interpretativo-subsuntivo, cuyos pasos principales podemos esquematizar así:

a) Una acción o estado de cosas E puede verse (sin vulnerar la semántica) bien como un supuesto de los referidos por una norma, N^1 , o por otra¹⁰ norma, N^2 . Lo representamos así, utilizando el signo \subset para la relación de pertenencia y la expresión RN para el universo o conjunto de casos referidos por N.

$$E \subset RN^1 \vee E \subset RN^2$$

b) N^1 y N^2 anudan consecuencias distintas para los miembros del conjunto referido por cada una.

c) El conflicto se da cuando no es posible (por razones ontológicas, lógicas, técnico-jurídicas...) que E pertenezca simultáneamente a ambos conjuntos. Es decir,

$$\neg (E \supset N^1 \wedge E \supset N^2)$$

Ejemplos: o es ejercicio legítimo de la libertad de expresión y, por tanto, no atenta contra el derecho al honor, o es atentado contra el honor, y entonces no es ejercicio legítimo de la libertad de expresión. O es ejercicio legítimo de la libertad de expresión y no atenta contra la protección de la infancia, o atenta contra la protección de la infancia y no es ejercicio legítimo de la libertad de expresión. O es despido válido (derecho ejercido por el empresario), en cuyo caso no tiene el trabajador derecho a readmisión o indemnización, o no lo es, en cuyo caso sí rige este derecho del trabajador.

d) El juez ha de decidir optando por una de las posibilidades que la norma deja abiertas, determinando así lo indeterminado; es decir, o subsume E bajo N^1 y le aplica su consecuencia, sustrayéndolo así de la referencia de N^2 y su consecuencia, o a la inversa.

e) Para ello, en nuestra cultura jurídica, el juez delimita y precisa los hechos, configurando así los perfiles definitivos del caso que será enjuiciado y, al tiempo¹¹, precisa, concreta, los significados correlativos de (los enunciados de) N^1 y N^2 , de modo que las hace compatibles *para el caso*. ¿De qué forma? De modo tal que, así precisada¹² la referencia de (los enunciados de) N^1 y N^2 , el caso, también precisado (y al que llamaremos E' para diferenciarlo de los hechos brutos que configuraban E), ya sólo se muestra como subsumible bajo N^1 o N^2 , nunca bajo las dos, así interpretadas.

f) Esos pasos hacia la decisión final del caso, que no son todavía la decisión propiamente dicha o fallo, pero que son decisiones condicionantes del contenido del mismo, puede realizarlos el juez arbitraria o no arbitrariamente. Arbitrariedad no es lo mismo que discrecionalidad. Una decisión discrecional no es lo mismo que una decisión arbitraria. Es arbitraria cuando no se atiene a los presupuestos colectivamente aceptados como reglas del juego y no se justifica con razones tenidas por admisibles. Respetadas ambas cosas, la decisión será tanto más racional cuanto más convincentes intersubjetivamente resulten las razones (expresas, salvo las puras evidencias) en que se apoye, lo que es tanto como decir cuanto menos discutibles resulten esas razones a menos personas y cuanto menos los motivos de las discrepancias sean puramente interesados y/o ideológicos.

Podemos ilustrar todo esto con el esquema de los pasos a que acabo de referirme¹³.

¹⁰ O más, $N^3 \dots N^n$.

¹¹ En aquel "ir y venir de la mirada" de que hablaba Engisch.

¹² Con el componente inevitable de discrecionalidad, no hablamos de ningún automatismo semántico ni lógico, ni de nada por el estilo.

¹³ La secuencia del esquema se corresponde con lo que podemos llamar la secuencia expositiva habitual en las sentencias, que suelen precisar primero los hechos del caso de los que depende la calificación y

$$(1) R^{f1} \dots R^{fn} E = E'$$

Lectura: por las razones fácticas¹⁴ $R^{f1} \dots R^{fn}$, los hechos constitutivos del estado de cosas E conforman un caso de E'.

Por ejemplo: los hechos consistentes en que A mató a B en las circunstancias a, b y c conforman un caso de asesinato.

$$(2) R^{i1} \dots R^{in} PS'N^1$$

Lectura: por las razones interpretativas $R^{i1} \dots R^{in}$, prevalece (P) el significado S' de la norma N^1 .

Por ejemplo, por las razones... por "llevar" en el art. *... CP hay que entender ((vid esa sentencia, la del palo tomado del suelo)).

Eventualmente puede aparecer (o puede ser necesario que aparezca) un paso (2') referido a la interpretación de la otra norma prima facie concurrente.

$$(2') R^{i1} \dots R^{in} PS'N^2$$

Y llegamos al paso final, subsuntivo:

$$(3) E' \subset N^{1(S')}$$

Lectura: el caso E' pertenece al universo de casos o referencia de la norma N^1 , interpretada con el significado S'.

Se aplicará al caso, por tanto, la consecuencia prevista en N^1 (así interpretada).

La tesis de fondo que me impulsa, y que aquí no puedo defender por extenso, es la siguiente:

(i) todos los casos de conflictos entre derechos son resueltos siempre por los jueces y tribunales, en nuestra cultura, según este esquema básico, es decir, siguiendo un modelo de razonamiento que he denominado interpretativo-subsuntivo.

Esta tesis tiene tres secuelas o tesis complementarias:

(ii) Todos los casos que se plantean ante los jueces y tribunales¹⁵ son (o son reconducibles a o reformulables como) conflictos de derechos. Lo que cambia es:

a) el tipo de sujeto, público o privado, (que se pretende) titular de los derechos, por lo que las combinaciones subjetivas pueden ser tres:

b) que la disputa sea por el mismo derecho¹⁶ o que cada parte invoque derechos distintos¹⁷.

(iii) Dicho esquema vale y se aplica siempre, tanto cuando N^1 y N^2 son reglas como cuando son principios¹⁸. ¿Qué pasa entonces con la ponderación,

luego la interpretación de las normas prima facie concurrentes. Ello no quita para que el proceso mental del juez, la secuencia de su razonamiento interno, podamos seguir viéndola más acertadamente como el mencionado ir y venir de la mirada, en el que los pasos (1) y (2) de nuestro esquema se realizan conjuntamente.

¹⁴ Al decir fácticas simplifiqué deliberadamente. Esas razones pueden ser también de otro tipo, por ejemplo basadas en definiciones legales. O quizá es mejor decir que en derecho las razones fácticas nunca o casi nunca son fácticas puras, sino fácticas precalificadas.

¹⁵ O, si se quiere ser menos radical, todos los casos difíciles.

¹⁶ Por ejemplo, las dos partes se pretenden titulares del derecho de propiedad sobre una misma cosa.

¹⁷ Por ejemplo, una parte pretende hacer valer su derecho de libertad de expresión y otra su derecho al honor.

¹⁸ Aceptando que pueda admitirse alguna diferencia sustancial entre reglas y principios. Y aceptando también como hipótesis que las normas de derechos fundamentales sean casi todas principios. Pero esto nos lleva a una pregunta que menciono sólo de pasada: en la teoría neoconstitucionalista y/o principialista, ¿las normas de derechos fundamentales se aplican mediante ponderación –en caso de conflicto– porque son principios o son principios porque se aplican mediante ponderación? La explicación habitual (por ejemplo en Alexy) es la primera. Mi hipótesis es que lo que de verdad se pretende es lo segundo, a fin de sustraer esas normas al razonamiento interpretativo ordinario y elaborar para su

proceder del que se dice que es el propio y adecuado para decidir los casos de conflictos entre derechos fundamentales? Como he tratado de mostrar en otro lugar, al que me remito¹⁹, cuando los tribunales (y muy en especial los Tribunales Constitucionales) dicen que ponderan, no hacen nada distinto de lo de siempre, sólo lo llaman de otra manera y, sobre todo, hacen lo de siempre pero con unas exigencias argumentativas mucho menores o, aún expresado de otra forma, invocando razones de más difícil control intersubjetivo, de objetividad más dudosa, en suma.

iv) Sigamos admitiendo como hipótesis que haya alguna diferencia cualitativa determinante entre reglas y principios. Pero la tesis última, que tiene dos caras, es la siguiente: a) todo conflicto de derechos basados en reglas es reconducible en un Estado constitucional a conflicto entre principios, y, más aún, entre principios constitucionales. Y b) todo conflicto de derechos basados en principios (por ejemplo un conflicto entre derechos fundamentales) sólo puede ser resuelto de un modo razonable²⁰ mediante la reconducción de tales principios a reglas, es decir, a normas aplicables a partir de un esquema condicional si (supuesto)... entonces (consecuencia).

Esto último es lo que se hace mediante el razonamiento interpretativo-subsumitivo que antes esquematicé. Veámoslo con el ejemplo de la libertad de información.

El enunciado constitucional del derecho reza así (art. 20.1 d CE): se reconoce y protege el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Aceptemos, nuevamente sin discutir, que eso sea un principio. Lo sea o no, es claro que poco hay que aplicar de tal norma mientras no se definan las condiciones de aplicación, lo que vale tanto como decir mientras no se especifiquen o concreten cosas tales como qué sea “información” y qué sea “veraz”. Eso ha hecho la jurisprudencia constitucional, al establecer que la información que hay derecho a comunicar por cualquier medio de difusión ha de ser de interés público, comprobada con la debida diligencia profesional del informador y expuesta de modo no injurioso ni gratuitamente ofensivo, y al definir, a su vez, cada una de esas notas y la condición misma de veracidad, mencionada en el enunciado constitucional. A su vez, estas notas jurisprudencialmente sentadas son objeto de ulterior concreción e interpretación, determinándose qué notas componen la debida diligencia o cómo se especifica, con qué caracteres, el interés público de una información, etc. Se trata siempre de una cadena interpretativa que tiene en un extremo el enunciado general y abstracto de la norma y en el otro el acto subsuntivo del caso bajo el enunciado interpretativo de aquel enunciado normativo general y abstracto.

Una vez *interpretado así* el enunciado del art. 20.1d CE ya hay base para determinar qué informaciones son realización legítima o propiamente dicha de este derecho y por tanto no tienen amparo bajo ningún otro derecho, y cuáles no son realización legítima o propiamente dicha de la libertad de información, y por tanto pueden encontrar amparo bajo otro(s) derecho(s). La “lógica” que siempre y en todo caso aplican los tribunales es una lógica binaria “aut...aut”, “o... o”, nunca una lógica de tipo “sí... y también..., pero uno más que otro”. Nunca dice

aplicación un método especial, el de ponderación, exento de las exigencias argumentativas que en nuestra cultura el método interpretativo suele exigir para el razonamiento jurídico “normal”. Sobre esto vid. J. A. García Amado, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia” (en prensa).

¹⁹ Ibid.

²⁰ Llamo aquí razonable a lo que cumple con exigencias lógicas y argumentativas mínimas. Lo razonable aquí sería lo opuesto a lo puramente intuitivo o mágico, a lo palmariamente arbitrario.

un tribunal, en caso de conflicto entre libertad de información y derecho al honor, que en el caso se está, por ejemplo, ante un supuesto de ejercicio legítimo de la libertad de información que daña, al tiempo, el derecho al honor de una persona, pero que pesa más aquel derecho primero que este segundo por razón de las circunstancias concurrentes. No, el razonamiento es siempre en términos de que si se trata de ejercicio legítimo del derecho a informar no hay por definición daño al derecho al honor; y viceversa. Porque el razonamiento es siempre interpretativo-subsuntivo, como hemos dicho. Lo único que varía es la retórica de la presentación. Y la retórica de la ponderación sirve para dos cosas, la primera general y la otra muy específica de sistemas como el nuestro de configuración competencial del Tribunal Constitucional:

a) Para desplazar el centro de atención argumentativa de las razones interpretativas (las verdaderamente determinantes en términos de racionalidad) a las razones de justicia del caso concreto, mucho menos convincentes en términos de racionalidad argumentativa medianamente estricta), pero mucho más persuasivas en términos de artificiosidad retórica o mera habilidad en el manejo de tópicos²¹.

b) Para justificar el uso por el Tribunal Constitucional de las sentencias de amparo para convertirse en la suprema instancia judicial de superapelación que el diseño constitucional y legal de sus competencias precisamente no permite. En efecto, el TC suele comenzar sus sentencias revisoras en amparo afirmando que sus competencias no le permiten cuestionar ni la valoración de los hechos probados ni la interpretación de la ley llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria, pero acaba valorando de nuevo los hechos para, desde esa valoración, anular o no la sentencia anterior. Sólo que no lo llama así, sino que dice que pondera para comprobar si la sentencia en cuestión respetó o no "el contenido que constitucionalmente corresponda"²² a cada uno de los derechos en litigio. Ahí está, en mi opinión, una de las más flagrantes contradicciones de la práctica decisoria de nuestro TC, pues al tiempo que afirma que carece de competencia para revisar la valoración de los hechos realizada por los jueces²³, revisa sus sentencias mediante la ponderación de los derechos a la luz de las circunstancias del caso concreto, como si apreciar las circunstancias fuera algo que pudiera hacerse al margen de la valoración de los hechos²⁴.

²¹ Uso con propósitos puramente expositivos la contraposición perelmaniana entre convencer y persuadir.

²² Vid. por ejemplo STC 54/2004, f. 2º.

²³ Por ejemplo, en la STC 176/1995 se dice (f.j. 4º): "La ponderación antedicha es, en su esencia, una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (artículo 117.3). En efecto, tal potestad comprende la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, incluso en su dimensión temporal, la interpretación y la subsunción en ella de los hechos, la determinación de éstos a través de la actividad probatoria, con la admisión y pertinencia de los medios propuestos y la libre valoración del acervo obtenido mediante los efectivamente utilizados. Si a lo dicho se añade la posibilidad de ejecutar lo juzgado, para hacer así efectiva la tutela judicial (artículo 24.1 CE) queda claro, en un rápido esbozo, el perfil constitucional de la función judicial. Pues bien, esto que resulta inconcuso por haberlo dicho así, una y otra vez, este Tribunal, veda en efecto que actuemos aquí como una tercera instancia o como una supercasación, pero no coarta el ejercicio de nuestra propia perspectiva jurisdiccional (art. 123 CE)" (f.j. 4).

²⁴ En la sentencia referida en la nota anterior, se añade: "En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva»,

4. Hemos ido a parar así por anticipado al tema de la ponderación en el que, si no entiendo mal, Luis Prieto ve “las posibilidades de la racionalidad jurídica a propósito de los derechos” (53). Aquí podríamos invertir el reproche de Prieto al positivismo y preguntarnos cómo es posible que la Constitución material le diga más al juez que al legislador. Porque si admitimos que dice lo mismo y con igual grado de concreción y certeza a uno y a otro, la pregunta pasa a ser la de cómo sabe el juez que el legislador yerra cuando ese yerro no se traduce en incompatibilidad semántica o cómo se justifica la preferencia de la opinión judicial. Prieto dice así: “La Constitución sustantiva o principialista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada; y ello por el sencillo motivo de que todas son razones constitucionales. Si no me equivoco, este es el sentido del llamado juicio de ponderación constitucional, que el propio Tribunal ha ido perfilando como la herramienta fundamental para interpretar las cláusulas materiales de la Constitución y singularmente los derechos” (55).

Al comentar este asunto es muy conveniente que distingamos entre el juicio de constitucionalidad y el juicio de amparo. Vayamos con el primero. Según el Diccionario de la Real Academia, ponderar es, en las acepciones que aquí vienen al caso, “determinar el peso de una cosa” o “examinar con cuidado algún asunto”. Y lo que nos preguntamos es: ¿acaso el legislador no pondera? Cuando decide, después de estudio y debate, regular de determinada manera el ejercicio de un derecho fundamental y perfilar de cierto modo sus fronteras e interrelaciones con otros derechos fundamentales, ¿acaso no ha realizado una ponderación de la que podemos (y políticamente hasta debemos) pensar que expresa su visión del “punto óptimo de recíproca satisfacción” de esos derechos? Y si en esa norma legal no hay contradicción patente con la semántica del texto constitucional, ¿con qué argumentos puede mostrarse objetivamente más fundada una ponderación alternativa llevada a cabo por el TC? ¿Qué puede conocer el TC que al legislador no se le alcance? Ahí el asunto no es de ponderación sí o no, sino de prioridad entre ponderaciones. Y en nuestro diseño constitucional la prioridad la tiene la ponderación del legislador democrático, con el único límite de la semántica constitucional, límite que el TC controla. De lo contrario no tendremos más remedio que creer que el TC posee un método, el ponderativo, que al legislador le está vedado, lo cual le permite elevarse a conocimientos que al legislador por definición se le hurtan²⁵. Pero creer eso supone convertir el entramado institucional que la Constitución diseña en un sinsentido. La Constitución, así, sería un loable entramado axiológico

del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle», (STC 171/1990). De ahí que la vía de **amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución** y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (artículo 41.3 LOTC) (f.j. 4).

Repárese en que lo que en esta sentencia se está dirimiendo es si el tono de los dibujos y las viñetas de un cómic son objetivamente ofensivos para los judíos y si obedecen o no a un *animus iniuriandi* de los autores, lo cual tanto el TS como el TC sólo pueden determinarlo de una manera: valorando los hechos probados, en este caso las imágenes y textos del referido cómic.

²⁵ En expresión más gráfica: cómo es el ponderómetro, la balanza, del TC y por qué, ya que al parecer tal aparato existe, no lo tiene también el legislador.

unido a presupuestos epistémicos desenfocados. Es decir, la Constitución fiaría la creación de las normas a quien por definición no es capaz de percibir su contenido debido, el legislador, y, por el contrario, situaría con meras labores de control a quienes sí saben a qué compromete en concreto la axiología constitucional, los jueces. Pura incoherencia del constituyente, homenaje tal vez a viejos y decadentes mitos democratizantes.

En el caso del juicio de amparo las cosas son distintas. Aquí conviene diferenciar dos tipos de problemas: cuando el amparo se pretende contra la pura y simple aplicación de la ley, en lo que tiene de clara, y cuando el amparo cuestiona una ponderación judicial previa. En el primer caso el conflicto se da entre la dicción clara de la ley no declarada inconstitucional y un derecho fundamental; o, si queremos usar el lenguaje de los principios, entre el principio de legalidad y un principio de derecho fundamental. Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado en más de una ocasión que por razón de la mejor realización de un derecho fundamental debe inaplicarse una norma legal que claramente y sin discusión abarca el caso. No hablamos de elegir la interpretación de una norma legal que mejor se compadezca con la máxima realización de un derecho fundamental, sino de excepcionar la aplicación de una norma legal en nombre de un derecho fundamental. Esto nos aboca a preguntarnos si es coherente y compatible con el diseño constitucional el mantener cosas tales como que i) una norma legal constitucional puede ser en la práctica opuesta a un derecho fundamental, o que ii) los derechos fundamentales, en su conjunto, sufren menos cuando se excepciona en su nombre la aplicación de normas legales que cuando se da prioridad a la dicción legislativa. Mantener lo primero equivale a introducir una carga de profundidad sumamente destructiva al modelo de ley general y abstracta como pauta jurídica común y a reemplazar la importancia del debate legislativo por la del debate casuístico sobre la justa solución de cada caso concreto. De tal postura resultará nuevamente herida la coherencia del diseño constitucional y sólo será admisible para quienes ven en la Constitución una red material de valores perfectamente precisos, trabados y llamados a realizarse en cada caso a través de su aplicación directa por los jueces. Constitución material para el caso concreto, tal es el nombre que debería darse a dicho modelo. Defender lo segundo supone funcionar no sólo con un planteamiento de Constitución material de principios y valores, sino, sobre todo, con uno en el que está perfectamente establecida la jerarquía de tales valores y principios. Porque, al fin y al cabo, principios son también, y bien centrales, los de legalidad, seguridad jurídica o soberanía popular, pero mucho menos relevantes, por lo que se ve, que el de justicia del caso concreto.

Pongamos ahora que lo que en el amparo se dirime es la ponderación que la jurisdicción ordinaria ha realizado de los derechos fundamentales concurrentes en el caso y sin que se trate en este punto de excepcionar el respeto al tenor de ninguna ley, sino dentro de los márgenes de indeterminación, y consiguiente discrecionalidad, que la ley y la Constitución dejan. Aquí el problema radica, como ya sabemos, en que tal ponderación entre derechos en litigio, hecha necesariamente sobre las circunstancias del caso concreto, supone que el TC se aviene a enmendar precisamente lo que según su estatuto no puede enmendar, la valoración de los hechos llevada a cabo por los jueces ordinarios.

5. Prieto contrapone el modelo positivista y el neoconstitucionalista caracterizándolos respectivamente y en imagen gráfica como modelo geográfico y modelo argumentativo. Los ilustra así: el modelo geográfico, el del positivismo, “presume que existen fronteras nítidas entre la competencia legal y la constitucional, que

hay materias o esferas petrificadas desde la Constitución y que representan límites infranqueables para el legislador; y que, en justa correspondencia, es posible dibujar otras materias o esferas donde la decisión mayoritaria puede moverse libremente. Desde la perspectiva de la interpretación constitucional, la consecuencia es que todo caso o supuesto de hecho debe poder ser adscrito a una u otra esfera; o ejercemos un derecho en los términos de su reconocimiento constitucional, y entonces nuestra posición es inexpugnable, o no lo hacemos, y entonces desde la Constitución nada hay que decir. Por supuesto, pueden aparecer dificultades interpretativas a la hora de trazar esas fronteras, pero el presupuesto teórico resulta incommovible: la política y el Derecho cuentan con espacios propios” (56).

¿No equivale todo esto a mantener que con el modelo neoconstitucionalista o argumentativo no hay posición jurídica segura ni expectativa jurídicamente fiable? ¿No es tanto como afirmar que “digan lo que digan” la ley (no inconstitucional) y hasta la propia Constitución, ningún derecho de nadie es seguro, pues la justicia del caso puede hacerlo ceder ante el derecho más pesado de otro? ¿No supone dejar efectivamente sin cualquier espacio autónomo a toda política que no sea la política judicial? ¿No significa, en suma, que todos mis derechos se quedan en suspenso mientras los jueces y el TC no los confirmen en cada caso en que puedan afectar a los derechos de otro? ¿No es esa hipertensión de los derechos constitucionales el mayor peligro para mis derechos, incluidos los constitucionales? Si se me permite el juego de palabras, expresaría esto diciendo que la adicción del neoconstitucionalismo a los derechos constitucionales pone a todos los derechos en riesgo de muerte por sobredosis. Se me dirá que no hay para tanto, pues para eso están los tribunales ordinarios y el TC, para proteger mis derechos cuando merezcan ganar porque ganen en la ponderación a sus contendientes. Pero yo entiendo esto como que mis derechos sólo quedan protegidos, diga lo que diga la previa ley general y abstracta, cuando gano finalmente el pleito. Vuelven los neoconstitucionalistas a tentarme con el realismo jurídico más descarnado. Será porque soy ciego para los valores y su pesaje en el caso concreto. Y a mi entender no hay neoconstitucionalismo sin realismo ya sea realismo moral (lo que parece), ya realismo jurídico (lo que se sospecha).

En cambio, según Prieto, para el modelo argumentativo “no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional” (56). Es complicado trabajar con estas imágenes. Creo que ningún positivista pretenderá realmente hacer de la política y el Derecho mundos desconectados, territorios separados y regidos cada uno por sus propias pautas. No es que el Derecho sea atadura y la política libre acción sin trabas. Si ese es el modelo que alguien tiene en la cabeza hace bien Prieto en mostrar su absurdo. Pero yo diría que la imagen que mejor corresponde a las tesis positivistas no es esa sino la siguiente: el Derecho, y muy en especial la Constitución, delimita el territorio de la política, acotando límites infranqueables para que todo lo demás sea políticamente posible. Porque si no hay ámbitos de libre configuración y, por tanto, inmunes a la corrección por parte de los órganos judiciales, no quedará espacio para una sociedad que ejerza la política, sino que todos pasaremos a ser súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura. Si toda decisión política, absolutamente toda, se puede cuestionar ante los tribunales en nombre de los derechos, la política dejará de ser actividad social autónoma y tres cuartas partes de la Constitución habrán perdido todo sentido y razón de ser. En realidad, lo que el modelo neoconstitucionalista nos muestra es la geografía de un espacio en el que la

saturación de derechos sustanciales hace imposible la política y donde, por tanto, los derechos procedimentales mueren a manos de la justicia.

Prieto es consciente de la gravedad del problema, pero acaba haciendo lo habitual en los neoconstitucionalistas, una vela a dios y otra al diablo: “El modelo argumentativo no yugula la libertad de configuración que corresponde al Parlamento, sino que sólo lo somete a una muy modesta exigencia de racionalidad, o de prohibición de la arbitrariedad, si es que quiere buscarse acomodo constitucional en el art. 9.3. Es difícil concebir una opción legal que no pueda exhibir alguna razón sustantiva con respaldo constitucional, pero, en todo caso, ocurre que la propia libertad de configuración del legislador opera siempre como argumento a favor de la conservación de la norma; cabe decir entonces que la democracia y su exigencia de respeto a la ley no sólo no quedan sacrificados por la ponderación, sino que forman parte de la misma. Pero, como las demás libertades y principios, en su aplicación concreta también el principio mayoritario o democrático ha de poderse conjugar con los demás y, por qué no, habrá de ceder cuando no sea capaz de superar el juicio de razonabilidad que la ponderación comporta” (57). O sea que sí pero no, que sólo cuenta como decisión política válida lo que pase el juicio de ponderación frente a los derechos y demás. El principio democrático resulta así un principio más de los que se ponen en el cesto de lo que se pondera. Y, a falta de ponderómetro, para mí eso significa que sólo será respetada la decisión legislativa que supere el juicio valorativo del TC, que es un juicio tan subjetivo en el fondo como el mío o el de mi tía Obdulia, aunque puede que técnicamente mejor fundado, eso sí. ¿Acaso no rige también para el TC esa prohibición de arbitrariedad que se predica para el legislador en el párrafo anterior? ¿Y cómo se garantiza en su caso si no es con una pura y muy bienintencionada presunción? Vuelta a lo de siempre: si tengo que optar entre poderes arbitrarios, mientras sigan existiendo elecciones democráticas prefiero el del legislador, pues al menos puedo votar en su contra la próxima vez.

Pero Prieto no habla de juicio valorativo, sino de “juicio de razonabilidad”. Es decir, que lo que la dicción constitucional deja a la discrecionalidad legislativa, en lo que la Constitución taxativamente no manda o prohíbe, la ley ha de pasar un test más, el de razonabilidad. De forma que un precepto constitucional que no vulnere lo que la Constitución dice puede ser de todos modos inconstitucional por irrazonable. Y para el constitucionalismo de los derechos irrazonable es lo que contraviene los derechos. De donde se desprende que los derechos son más que lo que la Constitución dice de ellos. ¿Qué son, pues? Creo que todas las respuestas del neoconstitucionalismo son traducibles a esto: son lo que son y bien lo ve el TC. En cambio, los positivistas entienden que eso significa que los derechos, así puestos, son lo que dice el TC que son. Y prefiere, por razones políticas, que sea el legislador el que concrete lo que son, con respeto sólo a la autoridad suprema del *texto* constitucional y sin ser suplantado por ningún intérprete de la Constitución, pues ni siquiera su intérprete supremo es su soberano intérprete.

Conviene decir algo sobre la argumentación, ya que el modelo antipositivista se llama argumentativo. Es perfectamente concebible un modelo de racionalidad argumentativa débil compatible con el positivismo. Un positivista puede perfectamente admitir que una tesis es tanto más racional cuanto más y mejores argumentos convincentes la sostengan, con lo que nos moveríamos entre dos polos extremos en materia de racionalidad judicial: la decisión que es puro fallo no argumentado es arbitraria por definición; y, en el extremo opuesto, aquella decisión cuyos fundamentos expresos convencieran a todos los interlocutores posibles, sin trampa ni manipulación, sería perfectamente racional en ese momento y mientras

esa circunstancia durase. Ahora bien, esto no es óbice para los dos siguientes matices:

- Las decisiones legislativas también son susceptibles de ser juzgadas en términos de racionalidad argumentativa, aun cuando, como es obvio, dicha racionalidad no se exprese en la “motivación” de la ley, sino en el proceso de su elaboración. Luego un modelo de racionalidad argumentativa no puede contraponer de buenas a primeras la decisión judicial, como presuntamente racional por estar expresamente argumentada, a la racionalidad legislativa como simple ejercicio decisionístico. Volveremos sobre esto.

- La superioridad epistémica de la racionalidad judicial como racionalidad argumentativa sería admisible si concebimos que los jueces tienen a su alcance un método argumentativo capaz de dotar de objetividad plena a las decisiones, esto es, si la argumentación es método apto para la verdad o plena objetividad de las decisiones. El neoconstitucionalista o presupone esto, en cuyo caso debería desarrollarlo, argumentarlo, precisamente, o de lo contrario opera como un realista jurídico no confeso. En cambio, el positivista que no haga ascos a una teoría de la argumentación entendida como pauta de racionalidad débil, la concibe como herramienta crítica para juzgar del uso mejor –menos arbitrario- o peor –más arbitrario- que los jueces hagan de su discrecionalidad, pero sin que deje nunca ésta de ser tal, esté mejor o peor argumentada. Y para el positivista, recordemos, discrecional es todo aquello que no queda atado claramente por las palabras de la norma.

6. Finaliza Luis Prieto su trabajo mostrando el diferente funcionamiento de los que ha llamado modelo geográfico y modelo argumentativo al hilo de sentencias del TC en que parece que dicho órgano sigue uno u otro de tales caminos, y lo hace por referencia a tres temas: la existencia o no de un derecho general de objeción de conciencia, el *ius puniendi* del Estado y sus límites y la efectividad jurídica de los derechos sociales. Discutir el uso por Prieto de estos ejemplos será la mejor manera de poner a prueba las divergencias con sus tesis que he venido señalando.

6.1. Repito que para Prieto el modelo geográfico, propio de positivistas, vendría a decirnos que hay espacios cubiertos por los derechos, y allí el legislador nada tiene que hacer, y otros espacios a los que los derechos no alcanzan, y en ellos la libertad del legislador sería plena e irrestricta. Por contra, mantengo que no es esa la imagen que hace justicia a la postura positivista, sino esta otra: hay un solo territorio, no dos, y en todo él la propiedad es compartida entre derechos y potestad legislativa, en el sentido de que el legislador es el dueño del territorio, pero no puede hacer en él cualquier cosa, lo que le dé la gana, sino que hay límites a sus acciones posibles, y tales límites los marcan los derechos. Y todo esto con los siguientes matices añadidos, cruciales:

a) Hay en el territorio carteles que dicen claramente qué cosas no le están permitidas (por ejemplo, castigar con pena de muerte un comportamiento delictivo -art. 15 CE-, u obligar a alguien a declarar su religión -art. 16.2 CE-).

b) Hay igualmente carteles, normas, que fundamentan que el dueño del territorio, el legislador, puede hacer cualquier cosa que otro cartel no le prohíba: “Las Cortes Generales representan al pueblo español²⁶” (art. 66.1 CE), “Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado” (art. 66.2). Es verdad que también las Cortes están sujetas “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1 CE), pero exactamente igual que lo están “los ciudadanos” y el

²⁶ En el que reside la soberanía nacional (art. 2.1).

resto de “los poderes públicos”, incluido el TC. Pensar que los derechos suponen para el legislativo un límite mayor o más oneroso que para otros poderes públicos, TC incluido, supone, ahí sí, buscar territorios exentos y convertir a un órgano en suprapoder. Los derechos fundamentales se contienen en normas constitucionales y éstas vinculan por igual a todos. La diferencia entre legislativo y TC es que aquél tiene encomendada por la Constitución la competencia para legislar y éste sólo es legislador negativo, lo cual ha de interpretarse restrictivamente si se quiere que la competencia legislativa parlamentaria conserve su sentido, y pierde su sentido si pensamos que el TC está facultado para rechazar por inconstitucional toda norma legal que no le *parezca*, según su particular y personal ponderación, la mejor realización posible de los derechos en juego. Porque si presumimos que el TC es por definición más inteligente, perspicaz y capaz que el legislador (o que tiene el ponderómetro preciso que al legislador se le escapa) deberíamos implorar que la Constitución se modifique para que se instaure sin disimulo ese régimen de despotismo judicialista ilustrado.

c) Hay algunos carteles que no se sabe exactamente qué significan, cuál es el alcance exacto de lo que al dueño del territorio le mandan o le prohíben. Pero para eso el mismo documento fundacional que asigna la propiedad del territorio y pone los límites, nombra unos intérpretes autorizados, que son los que dirimen y dicen en cada conflicto hasta dónde llegan los derechos en esos casos de duda, y, correlativamente, hasta dónde las facultades del propietario. Ese órgano interpretativo y decisorio actúa discrecionalmente en tal cometido, si bien se le pide que argumente del modo más convincente posible y sin desconocer o vulnerar la dicción de los carteles que estén claros o de los carteles en lo que estén claros. Porque si no lo hace así sólo se podrá hacer en el territorio lo que él autorice porque a él no le disguste, y se habrá tornado entonces, *de facto*, en señor absoluto del territorio, por ser el único que puede decir en cada momento qué derechos rigen sobre él.

Pero vayamos con el primero de los temas que toma Prieto como ejemplo. Nuestro autor manifiesta su acuerdo con la postura del TC cuando en varias sentencias proclama la existencia de un derecho general de objeción de conciencia, derecho que sería concreción parcial del de libertad ideológica. Le parece a Prieto un buen ejemplo de jurisprudencia argumentativa y respetuosa con los derechos porque estaría recogiendo un derecho que no se contempla “ni en la Constitución ni en la ley y, por tanto, de una modalidad cuya única cobertura constitucional es la genérica libertad de conciencia” (59). Lo que un positivista no ve es qué hay aquí de tan particular y avanzado, qué tiene esto de especial. Ningún positivista dirá, creo, que sólo existen y rigen aquellos derechos consistentes en acciones o abstenciones específica y detalladamente descritas en los enunciados de las normas. Porque si se piensa esto no habrá por definición derechos implícitos, y tales derechos implícitos no plantean ningún problema al positivista.

Me explico primero con un ejemplo. Si una norma jurídica dice que yo tengo derecho a ir a misa, a ninguna doctrina positivista le hará violencia interpretar que ese derecho no comprende sólo la posibilidad de que yo entre en la iglesia para escuchar la misa, sino que también va implícito mi derecho a hacer todo cuanto corresponde al comportamiento normal y evidente del fiel que asiste a misa: rezar, arrodillarme cuando corresponda, dar la paz a mi vecino de banco o comulgar. Análogamente, cuando el art. 16.1 de la Constitución consagra mi “libertad ideológica, religiosa y de culto”, lo que solemos llamar la libertad de conciencia, no es tan raro, sino al contrario, *interpretar* que quedan bajo esa genérica

denominación abarcados dos tipos de derechos: a creer lo que mejor me parezca y vivir en consonancia con esas mis creencias, es decir, a actuar en conciencia, consecuentemente con mi conciencia, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de pensar que la Constitución ampara nuestra conciencia libre pero no su traducción en obras. Para llegar a una conclusión así creo que no es necesaria ninguna parafernalia neoconstitucionalista, ni se trata de descubrimientos que sólo puedan hacerse desde un paradigma argumentativo. Es simplemente el uso normal y corriente de nuestro lenguaje. Cuando mi madre me decía que ya estaba lista la comida y podía comer cuando quisiera, también me estaba con ello autorizando para beber y para decidir si tomaba el postre o no, aunque nada mencionase expresamente de lo uno y lo otro. ¿Ya era yo un precoz neoconstitucionalista cuando me sentía autorizado también a tomarme un vaso de leche junto con la fabada que había para comer?

El problema de los derechos es siempre el problema de los límites entre ellos, en eso no discrepan neoconstitucionalistas y positivistas. Y estaremos de acuerdo en que la mera creencia no traducida a obras es un derecho que no choca con ningún otro derecho de nadie. En cambio, mi derecho a hacer lo que la conciencia me indique sí que tiene que estar limitado, pues si no se acabaron por definición los derechos de los demás y yo soy el soberano de esta sociedad. Por lo mismo, mi derecho a negarme, en nombre de mi conciencia, a hacer lo que una norma jurídica válida me manda sólo puede ser social y jurídicamente acogido con restricciones. Qué casos y qué restricciones, eso es lo que hay que discutir, pues la Constitución no puede contemplar todos los supuestos, aunque mencione alguno. Dice Prieto, glosando la jurisprudencia sobre la negativa de los testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, que “el conflicto es, sin duda, posible y sólo se puede resolver mediante ponderación”. Un positivista estará plenamente de acuerdo con la primera parte de tal aseveración, y con la segunda podrá estarlo bajo las siguientes condiciones: que por “resolver” no entendamos hallar la solución verdadera, preestablecida en algún punto oculto de la Constitución material, sino decidir, decisión que toma un órgano competente para ello y a tenor de las razones que le *parezcan* mejores y como tales nos explicite; y que, por tanto, llamemos ponderación a ese *personal* y bienintencionado sopesar de razones en pro de lo uno y de lo otro, no a un método capaz de proporcionar certezas y mutar así la decisión discrecional en aplicación de conocimientos ciertos e irrefutables. Si eso es la ponderación, nada hay en ella de incompatible con el positivismo jurídico y mal podrá, en ese caso, erigirse en elemento definitorio del planteamiento neoconstitucionalista.

La diferencia sería terminológica, pues allí donde unos dicen que se está ponderando a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso, el positivista no ve la necesidad o utilidad de cambiar la terminología de siempre y afirmará que se están interpretando las normas en juego para delimitar el alcance de cada una y ver bajo cuál queda referido, subsumido, el asunto que se enjuicia. Es decir, lo que se hace siempre, trátase de casos constitucionales o de cualesquiera otros.

Prieto discrepa de la STC 161/1987, referida a la objeción de conciencia al servicio militar, con su doctrina de que no hay derecho a objetar en conciencia a nada que la Constitución no reconozca expresamente, pues afirmar un tal derecho general a la objeción equivaldría a “la negación misma del Estado”. Sobre esto quiero decir dos cosas. En primer lugar, que no es cierto que el TC no argumente, no es cierto que desconozca la carga de justificación o argumentación que los derechos

imponen sobre sus restricciones²⁷. Convincente o no, el TC da ahí un argumento de tipo consecuencialista, casi de reducción al absurdo. Argumentación hay, otra cosa es que nos guste o no, que la juzguemos defendible o errónea. Y, si queremos hablar de ponderación, en casos como éste se pondera siempre y el TC también aquí ha ponderado. No sólo es ponderación el pesaje que se corresponde con nuestros cálculos y preferencias, pues tampoco nosotros tenemos el ponderómetro. Y, en segundo lugar, yo, positivista, también discrepo personalmente del contenido de aquella sentencia, sólo que justifico mi valoración con un lenguaje distinto. No sostengo que haya *prima facie* un derecho cuya existencia definitiva sea el resultado de una ponderación final de las circunstancias, sino que existe inicialmente una indeterminación semántica en la Constitución que nos fuerza a interpretar sus normas que vengan a cuento y a decidir, en últimas, si el comportamiento en cuestión cae o no bajo la referencia de alguno de sus enunciados de derechos. Y creo que habría argumentos más convincentes para avalar interpretaciones alternativas a la que hizo ahí el TC.

Si lo que los derechos imponen es meramente la carga de argumentación a quien los limita, no tendrá el positivista mayores objeciones que hacer, pues bien poco es entonces lo que los derechos imponen; sólo serían incompatibles con restricciones exentas de razones. Pero si se trata de que esos argumentos sean la traducción a palabras del resultado de algún pesaje más o menos exacto realizado en una misteriosa balanza que tiene el TC o tenemos los profesores, entonces ya no es argumentación, sino magia, y en los casos de magia las palabras sólo sirven para que no nos fijemos en el movimiento de las manos del artista.

6.2. El segundo grupo de casos tomados por Prieto como muestra se refiere a si el legislador goza de plena libertad a la hora de tipificar conductas como delito o si “existe también aquí un deber de ponderación fiscalizable” (61). Dice que para el modelo de “Estado legislativo”, opuesto al del constitucionalismo de los derechos, “el legislador, como titular o representante de la soberanía, ha de poder moverse en esta esfera con total libertad” (61). Y la cuestión que uno se plantea es: ¿cuándo ha dicho algún positivista, defensor del “Estado legislativo”, que los derechos fundamentales no supongan ningún límite al *ius puniendi* del Estado? Pero sigamos.

Para el neoconstitucionalismo, en cambio y al parecer, el catálogo de los posibles ilícitos penales viene limitado por los derechos fundamentales. Y ya aparece de nuevo la ponderación: puesto que toda pena afecta a derechos fundamentales, “la exigencia de justificación a través de la ponderación es una carga que pesa sobre el legislador penal” (62). Esto nos fuerza a insistir en cosas ya señaladas antes. ¿Qué quiere decir aquí ponderar? Si llamamos ponderación al juicio reflexivo que antecede a la decisión legislativa, no hay que presumir que el legislador no pondera, sino al contrario, pues al servicio de la equilibrada formación de tal juicio estarían los procedimientos parlamentarios, de corte claramente dialógico, discursivo. Por tanto, ponderación hay en el legislador, aun cuando no

²⁷ Dice Prieto que a la objeción de conciencia “no existe un derecho general, definitivo y concluyente, un derecho a que la conducta sea enjuiciada como el ejercicio de un derecho en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, cuyo resultado, como ya se ha dicho, queda librado al juicio de ponderación. Como es obvio, los derechos no ofrecen cobertura a cualquier conducta, pero sí imponen una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan. Ese es, a mi juicio, el sentido último de un constitucionalismo de los derechos” (61).

Repárese en que Prieto ha afirmado primero un derecho general a objetar, pero luego tiene que matizar que es un derecho *prima facie* cuya virtualidad en el caso concreto hay que dirimir ponderando y argumentando, y por eso estaríamos ante un principio y no ante una regla. ¿Acaso la aplicación de las reglas no se argumenta?

pueda expresarse en justificaciones argumentales en el propio texto legal, como las que acompañan el fallo judicial²⁸. Y el interrogante teórico que se mantiene abierto es el de cómo se puede controlar el resultado de tal ponderación. Porque lo único que puede justificar que el resultado de la ponderación del legislador, la norma legal, sea anulado, es su vulneración de la Constitución, y en particular de un derecho constitucionalmente reconocido. Mas tal vulneración no podemos verla, si no es a un precio altísimo para el entramado constitucional, cuando la norma legal no lleva a cabo la mejor realización posible de todos los derechos en juego, sino cuando patentemente choca con cualquier interpretación posible (del enunciado constitucional) de alguno de ellos. Si no, la legalidad penal queda definitivamente condicionada no por la Constitución y su enunciación de derechos, sino por un juicio del TC que es necesariamente y por definición un juicio de oportunidad, por mucho que se vista con los ropajes de la ponderación. Y este pensamiento me lleva a una valoración de la jurisprudencia de nuestro TC en la materia que es exactamente la opuesta a la valoración de Prieto, pues él ve muy críticamente el amplio margen de discrecionalidad que el TC deja al legislador en sentencias como la 55/1996 y, en cambio, cree que abrió el buen camino la STC 135/1999, relativa al caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna²⁹.

Según Prieto lo que el TC está llamado a controlar aquí, de conformidad con el constitucionalismo de los derechos, es lo siguiente: “Que el bien jurídico sea en verdad *relevante* desde el punto de vista constitucional o social, que la reacción penal resulte *eficaz*, que no existan alternativas *menos gravosas*, que la pena no aparezca como *excesiva*, que su relación con la gravedad del delito no implique una *patente desproporción*, que la amenaza penal no disuada el ejercicio de los derechos más allá de lo *razonable*” (66). Nadie negará que, en sede teórica, un control tan preciso sería bueno si fuera posible. Pero lo que el positivista no cree, a diferencia del neoconstitucionalista, es que esa posibilidad exista. Que una conducta merezca o no ser tipificada como delito, que la pena para ella deba ser más o menos alta, etc., son cuestiones que ninguna ponderación, por bienintencionada que se quiera, puede constatar con una mínima objetividad, sino que lo que ahí se llama ponderar no es más que una manera de argumentar lo que sólo pueden ser juicios de valor subjetivos, patentemente condicionados por las ideologías y axiologías del juzgador de turno. Y justamente por eso, por la ausencia, de nuevo, del ponderómetro objetivo, es por lo que se justifica la preferencia del juicio del legislador democrático, porque, siendo tan relativo y subjetivo como cualquier otro, expresa los puntos de vista avalados por la mayoría social mediante su voto. Ésta última parece la postura que ha predominado en el TC y que Prieto critica: “Según el Tribunal Constitucional, el control sólo puede prosperar cuando el incumplimiento de estos requisitos se muestre *manifiesto e indubitado*, por lo que cabría pensar que nuestro resultado es algo desalentador ya que podría resumirse así: <<el legislador

²⁸ En cambio, Prieto parece dar por supuesto que no hay razón para presumirle aptitudes ponderadas y ponderadoras al legislador y que la ponderación sólo existe bajo la forma de pesaje argumentando de las sentencias: “qué grado de ineficacia, demasia o exceso de pena ha de concurrir para que la debamos considerar arbitraria? El Tribunal Constitucional parece sugerir que un altísimo grado, pero, en cualquier caso, parece que esto no nos lo puede resolver ningún juicio de ponderación. Que, sin embargo, no me parece inútil, pues representa un llamamiento a la racionalidad legislativa y al desarrollo de la argumentación allí donde antes –y seguramente también ahora- reinaba sólo la discrecionalidad del poder” (66).

²⁹ ¿Será casualidad que fuera ese el caso en el que el TC modifica su doctrina y pone más trabas al legislador penal? ¿No será, más bien, un posible ejemplo de cómo las emociones pueden obnubilar las ponderaciones?

penal puede ser un poco arbitrario, pero no demasiado>>” (66). Pues a mí ese resultado no me parece nada desalentador y sí me inquieta mucho la orientación tomada por el TC en el asunto de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, ya que según ella sólo serán admisibles el tipo penal y la pena que no le parezcan al TC desproporcionados. Ahí está la diferencia fundamental que separa a Prieto de los positivistas: éstos no dicen que el legislador penal ser un poco arbitrario, pero no demasiado, sino que mantienen que el juicio de que una norma penal o una pena son arbitrarias sólo puede quererse mínimamente objetivo cuando tal arbitrariedad es evidente para todos o la inmensa mayoría de los ciudadanos, cuando chocha abiertamente con el sentido común, cuando no son apenas imaginables argumentos constitucionales racionales y coherentes que las puedan avalar. Porque la prioridad del legislativo en democracia sólo ha de poder objetarse e invertirse cuando la arbitrariedad sea evidente y, por tanto, bien patente el choque con la Constitución, no cuando meramente se lo parezca a quien piensa distinto o simpatiza con un programa social diferente del de la mayoría parlamentaria de turno, aunque se llame magistrado o profesor y aunque hable desde el Tribunal Constitucional o desde la cátedra.

6.3. El tercer asunto jurisprudencial en que se apoya Prieto es el referido a los derechos sociales. Aquí la tesis vuelve a ser, de nuevo, que no se trata de “materias exentas o de espacios de inmunidad” en los que el legislador pueda actuar sin límite ninguno, pues “los principios rectores son enunciados constitucionales y todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido esencial o núcleo indisponible” (70). Que el tipo de normas que suelen recoger estos derechos y la clase de garantías, menores, que la Constitución les asocia debiliten bastante su aptitud para respaldar pretensiones no los priva de toda efectividad. Mas esta visión no tiene por qué ser exclusiva de neoconstitucionalistas ni incompatible con el positivismo, al contrario. También el positivista podrá estar de acuerdo en que el art. 39 CE fuerza a algún tipo de política de protección de la familia, el 47 CE a alguna política de vivienda y el 41 a un régimen público de Seguridad Social que asegure ciertos mínimos prestacionales, etc. De modo que estas normas son base suficiente para declarar la inconstitucionalidad de aquella legislación en la respectiva materia que sea incompatible con tales mínimos³⁰.

Pero aquí tenemos una vez más un buen banco de pruebas para las diferencias entre neoconstitucionalistas y positivistas. Los primeros confían en una judicatura activista y comprometida en la imposición de óptimos o, al menos, en la compensación y elevación de las realizaciones contempladas por el legislador. En cambio, el positivista estima que el grado de satisfacción de cada uno de estos derechos y el tipo de preferencia entre ellos es materia propia de una actividad legislativa que refleje el programa político respaldado por la mayoría de los votantes. Y todo ello por una razón esencial: que la realización de los derechos sociales constituye un buen ejemplo de juego de suma cero, puesto que allí donde los recursos no son ilimitados, todo lo que de la bolsa se saque para que un tipo de prestación se satisfaga habrá que restarlo de la posibilidad de otras prestaciones. La maximización del derecho a la vivienda, por ejemplo se llevará a cabo siempre en detrimento del derecho a la educación u otro. Así que cuando un tribunal constitucional impone al legislador una determinada medida de política social no está siendo más “social” que el Parlamento, sino simplemente estará haciendo una

³⁰ Nuestro acuerdo, pues, con Prieto: “Que los derechos prestacionales gozan de un núcleo indisponible significa, al menos, que algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales, es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política” (70).

política social distinta, sólo que no sustentada en programas previos y votos que los respalden. Esto no significa que no haya políticas públicas más sociales y menos, más ambiciosas o menos a la hora de desarrollar y realizar derechos sociales, pero difícilmente podrá un tribunal constitucional ser el promotor e impulsor de tales políticas, pues le falta capacidad para ello, además de legitimidad. Capacidad porque un tribunal ve casos, pero no hace presupuestos del Estado ni tiene toda la información que se requiere sobre necesidades y recursos. Y legitimidad porque un tribunal que contradiga con sus sentencias la política social del partido que ganó en las urnas es una tiranía, populista tal vez, pero tiranía, como bien se comprueba en países de América Latina en los que la Corte Constitucional suplanta con total descaro al legislador, en nombre de una concepción populista de los derechos sociales que no tiene a veces más propósito que el lucimiento personal de magistrados ambiciosos por escalar más altas cimas en su futuro político y en su imagen mediática y académica, pero que ni se comprometen con las verdaderas necesidades de sus países ni aciertan a solucionar (ni lo pretenden la mayoría de las veces³¹) ni uno sólo de los problemas sociales con los que fingen batirse.

Desde luego, con estas últimas apreciaciones ya hemos ido mucho más lejos de lo que se justifica como crítica teórica a las propuestas de buen amigo Luis Prieto. Ninguna culpa tiene él de los desmanes jurisprudenciales que a diario padecemos a uno y otro lado del Atlántico. Pero sí me parece que muchas de las tesis del llamado neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos resultan sumamente funcionales a una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada, y a una casta profesoral ansiosa por legislar sin pasar por las urnas y muy dada a los juegos de manos que transmutan preferencias personales en postulados pseudocientíficos, como tan perspicazmente vio Kelsen, siempre tan denostado por sus colegas más ambiciosos.

³¹ Del mismo modo que habla la doctrina iussociológica de legislación simbólica, va siendo tiempo de desarrollar también la noción de jurisprudencia simbólica.