

## INTERPRETACIÓN JURÍDICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA O PROGRESIVA DE LA NORMA JURÍDICA (EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DEL CAMBIO SOCIAL)

María Isabel LORCA MARTÍN DE VILLODRES

“...hay que tener en cuenta que las leyes positivas pueden subsistir intactas en el tiempo; pero hay que convenir también en que, bajo la presión de los hechos y de las necesidades prácticas, se presentan la más de las veces situaciones nuevas imprevistas por el legislador que demandan una solución.”\*

“El significado de la regla legal no es, por tanto, ningún hecho del pasado conectado por vínculos ficticios con la voluntad del legislador histórico. De ser así, el derecho resultaría un gobierno de los muertos sobre los vivos. El significado de las reglas legales cambia en la medida en que cambian los contextos en los que opera”.\*\*

\* Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 1987, ponente magistrado Sr. Latour Brotons, fundamento jurídico 3o.).

\*\* Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 2001, p. 76.

“...para que la ley humana sea justa y pueda obligar no basta la voluntad del legislador, sino que es menester que sea útil a la república y acompasada a lo demás... si la ley no es útil a la república, ya no es ley”.\*\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

Afirmaba Karl Larenz, en su emblemática obra titulada *Metodología de la ciencia del derecho* que el juez que interpreta una ley se esforzará siempre no sólo en juzgar “conforme a la ley”, sino, además, en juzgar “justamente”.<sup>1</sup> Luego, como acertadamente afirmaba Hijas Palacios,<sup>2</sup> comentando un pasaje de las *Etimologías* de San Isidoro de Sevilla, en donde se señalaba que el juez había de encargarse de juzgar decidiendo el derecho conforme a la justicia, el derecho es el medio o instrumento, mientras que la justicia siempre es el fin.

En el presente trabajo se pretende abordar el delicado, fundamental y transcendental problema de la interpretación de la norma jurídica por el juez. Lo calificamos de *delicado problema*, ya que es una actividad que requiere de buenas dosis de prudencia, pues, no en vano, del acierto con que se lleve a cabo dicha operación interpretativa, dependerá la resolución en justicia del caso planteado. Toda vez que una adecuada interpretación jurídica no sólo hace posible la aplicación del derecho, sino, además, la realización de la justicia en la vida social. La interpretación jurídica es una actividad autónoma, de gran complejidad, situada entre el momento de creación por el legislador y de aplicación de la norma por el juez o magistrado, que aparece centrada esencial y específicamente en la *zona de penumbra* (H. Hart)<sup>3</sup> o de incertidumbre de la norma jurídica. El momento de la interpretación de la norma jurídica adquiere mayor transcendencia aún si se tiene en cuenta que dicha labor no tiene un contenido puramente cognoscitivo, sino atribu-

\*\*\* De Vitoria, F., *Derecho natural y de gentes*, Buenos Aires, esp. de las Relecciones theologicae por el P. Luis Getino, 1946, p. 138.

<sup>1</sup> Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1960, traducción de Enrique Gimbernat Ordeig; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, 544 pp.

<sup>2</sup> Hijas Palacios, *La justicia y los jueces en la sagrada escritura*, Madrid, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1960, p.81.

<sup>3</sup> Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, por Penélope A. Bullock y Joseph Raz (eds.), estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 54. Véase Hart, H.L.A., “Positivism and the separation of law and moral”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 607.

tivo de sentido entre los diversos significados posibles de la norma, lo que implica, sin duda, un margen de libertad en la aplicación del derecho por el juez, y, por ende, una interesante actividad creadora del mismo, lo cual, a su vez, dará lugar a que la decisión judicial no esté totalmente predeterminada a priori, sin que ello suponga necesariamente, por tanto, la vulneración de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, que son dos factores básicos y cardinales en un Estado de derecho. Ello nos lleva a considerar que, la creación del derecho, en la praxis jurídica, no aparece reservada exclusivamente al legislador. Es más, para buena parte de los juristas, incluso, la interpretación jurídica es una etapa más del proceso de elaboración de la norma, y no una mera determinación a posteriori de su contenido previamente dado y establecido por el legislador. De esta manera, legislador y juez colaboran estrechamente en la creación de la norma jurídica. En efecto, en la labor interpretativa de la norma jurídica, el juez puede limitarse a descubrir la intención del legislador, o bien cooperar a la construcción del significado de la norma. En el primer supuesto, estaríamos ante el modelo de juez “boca de la ley”, que tan sólo busca, siguiendo un método subjetivo, la voluntad del legislador; mientras que en el segundo supuesto, estaríamos ante el modelo de juez “racional”, que mediante un método objetivo, busca la intención de la propia norma jurídica que va a proceder a su aplicación, pues entiende que su función esencialmente consiste en *poner en vigencia* dicha norma atendiendo especialmente a las circunstancias sociales del momento real en que vive. Para algunos autores, como Manuel Segura Ortega la actividad interpretativa es una mezcla de ambas naturalezas: cognoscitiva (aprehender el contenido de la norma) y volitiva (la finalidad es la adopción de una decisión, tal es la tesis de Hans Kelsen),<sup>4</sup> ya que la decisión es un acto de voluntad pero para llegar a la misma es preciso un previo proceso cognoscitivo.<sup>5</sup> Aunque, desde luego, entiende que el intérprete integra el contenido de la norma, que no ha desarrollado por completo el legislador en su expresión textual, pues la pone en conexión con los casos concretos de la vida en sociedad.<sup>6</sup> Es decir, “cuando el juez realiza

<sup>4</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve de la 1a. edición de 1934, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987, p. 169; *Teoría pura del derecho*, Traducción de Roberto Vernengo de la 2.a edición de 1960, México, Porrúa, 1995. En efecto, entre los voluntaristas destaca Hans Kelsen quien explica que la interpretación es un acto de creación de una norma individual, el cual es, a su vez, un acto de voluntad en la medida que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

<sup>5</sup> Segura Ortega, M., *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, pp. 198 y 199.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 200.

la labor de individualización de una norma general, crea una norma nueva que tiene unos ingredientes diferentes a los de la norma general”.<sup>7</sup>

Concebimos, por tanto, que las normas del ordenamiento jurídico son individualizadas y actualizadas a través de la interpretación judicial, que se convierte en una *actividad viva*, para resolver adecuadamente los casos que la vida de relación social presenta. No llevaba, pues, razón Montesquieu cuando afirmó que “los jueces de la nación no son más que el instrumento (la boca) que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.<sup>8</sup> Entendemos, por ello, que aunque el juez se encuentra sometido a la ley y al ordenamiento jurídico en su conjunto, en el desempeño de su función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, su función es, a la vez, creadora y no meramente técnica, deductiva o silogística. Ha de interpretar las normas jurídicas *razonablemente*, esto es, en conformidad a la justicia. Y para conseguir la plena realización de lo que sea lo justo en un lugar y tiempo determinados, el juez deberá interpretar la norma jurídica teniendo en cuenta los intereses y circunstancias sociales del momento en que la norma haya de ser aplicada. Con lo cual, se descubre y se revela maravillosamente una función última del derecho. Esto es, el derecho no sólo es instrumento para resolver con justicia los conflictos surgidos en las relaciones humanas en sociedad, sino que además aparece como un factor decisivo y determinante que puede contribuir al cambio y transformación social.

Junto a la complejidad que presenta el momento interpretativo del sentido propio de la norma jurídica, hay que hacer necesariamente mención, al menos, de las dificultades que añade la propia naturaleza lingüística que el derecho presenta, caracterizado en ocasiones por expresiones ambiguas o conceptos jurídicamente indeterminados, antinomias o lagunas legales, que obligarían a su vez a recurrir a técnicas como la analogía, que implica un raciocinio basado en relevantes razones de semejanza entre dos supuestos entre los que existe identidad de razón, o a la vieja figura de la ficción jurídica,<sup>9</sup> que encuentra su más remoto origen histórico en la jurisprudencia romana. Ante este conjunto de problemas, el juez no puede *huir* de su obligación ju-

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>8</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, traducción de M. V. M Licenciado, Madrid, 1821, L. XI, cap. VI, 49, ap. 1; *Del espíritu de las Leyes*, Madrid, Alianza, 2003. Véase Vallet de Goytisolo, J. Bms., *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 415 y ss, en donde aborda “la independencia de la función judicial”.

<sup>9</sup> Vaihinger, H., *Die Philosophie des Als Ob. System des theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen des Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig, 1920.

risdiccional.<sup>10</sup> Existe la prohibición del *non liquet*. Como explica Manuel Segura Ortega, “los jueces tienen el deber de acabar con la indeterminación del derecho y, por tanto, ni la oscuridad, la insuficiencia o el silencio de los textos normativos puede aducirse para no dictar una resolución. Por consiguiente, es el propio ordenamiento el que ordena —en positivo— a los jueces que completen la obra del legislador cuando sea necesario”.<sup>11</sup> Además, por si ello fuera poco, surge la obligatoriedad de argumentar suficientemente las resoluciones judiciales. El juez tiene el deber constitucional de motivar jurídicamente sus resoluciones.<sup>12</sup> La interpretación de la norma jurídica va ligada, pues, necesariamente a un esfuerzo argumentativo. Es decir, como explica M. Segura Ortega, el juez deberá motivar su resolución mostrando su conformidad a derecho tanto desde la perspectiva del respeto a las reglas procesales, como desde la perspectiva material, aplicando las normas del ordenamiento jurídico. Ahí radica la diferencia entre una actuación judicial discrecional y otra arbitraria, la cual implicaría la posibilidad de recurrir en amparo ante el tribunal constitucional, pues el derecho a obtener una decisión fundada en derecho se deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.<sup>13</sup> En relación a la argumentación jurídica, Manuel Atienza advierte de la insuficiencia de la lógica para dar cuenta de todos los aspectos de la argumentación jurídica, pero señala que ello no puede llevar a contraponer la lógica deductiva y la argumentación jurídica. Así pues, explica la necesidad de evitar el error de confundir el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y dentro de la justificación de una decisión es preciso distinguir entre justificación interna y justificación externa.<sup>14</sup> Es decir, Atienza explica que la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como

<sup>10</sup> El Código Civil español en el artículo 1.7 establece que: “Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

<sup>11</sup> Segura Ortega, M., *Lecciones de teoría del derecho...*, *op. cit.*, pp. 221 y 222.

<sup>12</sup> La Constitución Española (sancionada por el rey ante las Cortes Generales el 27 de diciembre de 1978), establece en el artículo 120.3: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

<sup>13</sup> Segura Ortega, M., *Lecciones de teoría del derecho...*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>14</sup> Gianluigi Palombella nos explica que la distinción entre justificación *externa e interna* procede de J. Wroblewski, la primera es la relativa a las premisas del razonamiento, la segunda es relativa al paso de las premisas a las conclusiones. Se ha precisado el posible uso del silogismo judicial como justificación interna, dotada de un núcleo racional, de la decisión; mientras que la justificación externa, aunque su papel es enorme, no puede ser explicada mediante instrumentos lógico-formales, sino por argumentos (Palombella, L., *Filosofía del derecho moderna y contemporánea*, versión y edición española a cargo de J. Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999, p. 237).

mecanismo de justificación para los casos jurídicos fáciles o rutinarios. Pero, en los casos difíciles, esto es supuesto en que el establecimiento de la premisa normativa y/o de la premisa fáctica resulta una cuestión problemática, es necesario presentar argumentos adicionales que probablemente no serán ya argumentos puramente deductivos. “A este tipo de justificación [señala Manuel Atienza] que consiste en mostrar el carácter más o menos fundamentado de las premisas es a lo que se suele llamar justificación externa”.<sup>15</sup> No obstante, es preciso advertir del posicionamiento al respecto de Neil MacCormick,<sup>16</sup> quien ya señaló que aunque no hay que menospreciar la extensión del alcance de la racionalidad en el razonamiento jurídico, “deberíamos reconocer que incluso aquí existen límites cuando el juicio de la experiencia va más allá de cualquier razón válida dentro de la lógica del derecho. La racionalidad en el derecho y en los procedimientos jurídicos es la primera virtud; pero hay otras más allá de ella. Sin buen juicio, compasión y sentido de la justicia, la pura racionalidad puede aparentar darnos razones para hacer lo que verdaderamente son cosas irracionales”.<sup>17</sup> O como afirma Gianluigi Palombella, “la justificación racional recurre (debe recurrir) a una «mezcla de argumentos jurídicos, empíricos, y morales»”.<sup>18</sup>

Se ha afirmado que “El tema de la interpretación en derecho no pareciera perder su extraño atractivo sobre juristas y filósofos del derecho. Los análisis, las polémicas, las recetas prácticas y las teorías abstrusas se multiplican como resultado de esa fascinación secular. Que se me disculpe si también yo incurro en ella una vez más”. En efecto, de esta manera daba comienzo Roberto J. Vernengo el prefacio de su ya clásica obra *La interpretación jurídica*,<sup>19</sup> publicada en México en 1977. Es nuestra intención en el presente trabajo realizar una pequeña aportación en este tema de gran interés y permanente debate, que cuenta además con una gran trascendencia en las sociedades modernas que contemplan con preocupación cómo el derecho puede convertirse en instrumento de tanto de represión como de progreso social. El presente trabajo, que se enmarca desde la perspectiva y ámbito de estudio propios de la filosofía y teoría del derecho, en conexión

<sup>15</sup> Atienza, M., *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 125-128.

<sup>16</sup> MacCormick, N., “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, en Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan Ramón de (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 9-22.

<sup>17</sup> MacCormick, N., *op. cit.*, p. 22.

<sup>18</sup> Palombella, L., *Filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 238.

<sup>19</sup> Vernengo, J. R., *La interpretación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G, Estudios Doctrinales 19, México, 1977, Prefacio.

con la sociología jurídica, pues intenta llevar al ánimo del lector la conexión necesaria y profunda existente entre derecho y sociedad, trata de abordar el tema de la interpretación de la norma jurídica, pero centrándose principalmente en la interpretación de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, y garante principal de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la par que es la que piedra angular que ha de sostener una concepción del derecho como orden y sistema general de garantías. Nos ocuparemos, pues, en la parte última del presente trabajo, del asunto de la interpretación constitucional, que ha suscitado, como ha señalado Juan Igartua, tempestuosos debates,<sup>20</sup> y desde ese ámbito intentaremos mostrar que a nuestro parecer sólo una interpretación jurídica de carácter progresivo, que sea capaz de acompasar la norma jurídica a las exigencias sociales, es el camino adecuado para resolver con justicia los casos que se susciten. Pero, es ésta una operación reflexiva que requiere, como queda dicho, de prudencia, pues podría dejar abierto el camino a una interpretación arbitraria del derecho, al permitir que se filtren tendencias subjetivas del juez no deseadas, que deben quedar al margen de ese momento culminante, en el desenvolvimiento vital del derecho, que es su interpretación y aplicación al caso concreto planteado. Por otro lado, la tarea hermenéutica se complica cuando el juez, al aplicar la norma, desempeña una función que va más allá de lo meramente técnico, entrando en el ámbito, lo cual ocurre sobre todo en materia de derechos fundamentales, de lo que se ha denominado por la doctrina, de la dimensión *política* de la interpretación constitucional. En efecto, el juez deberá tener en cuenta las nuevas necesidades y exigencias sociales, éticas y políticas al interpretar la norma jurídica, sin que ello suponga olvidarse del obligado referente que supone la norma jurídica, y entrar en el terreno del subjetivismo. En efecto, aunque siendo realistas no podríamos negar la existencia de un cierto margen de subjetividad, no podemos, sin embargo, admitir, bajo ningún concepto, entrar en el subjetivismo. Pues, si el derecho es producto de las relaciones sociales, si el grupo social es la fuente de la que emana el derecho, si el derecho nace con el hombre mismo, el cual es su razón de ser y existir, entonces se arraiga en su propia naturaleza humana racional, libre, sociable y política, concluimos que a la hora de su interpretación y aplicación no puede aparecer como deshumanizado, olvidando su profunda naturaleza social.

<sup>20</sup> Igartua Salaverria, J., “Nota introductoria” a Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria, Madrid, Cuadernos Civitas, 2001, p. 11.

En definitiva, la cuestión última que late en toda esta problemática, relativa a la interpretación de la norma jurídica, radica en saber si el derecho puede servir de motor de transformación social, o de instrumento del cambio social, sin dejar de servir fielmente a los valores que le dieron legitimidad cuando fue elaborado por el legislador. Es decir, si el derecho, además de tener como objetivo la realización de la justicia en la vida social, puede aspirar también a la instauración de la integración social o solidaridad en la convivencia humana. O dicho con otras palabras, si el derecho puede convertirse en *factor de integración social*.<sup>21</sup> Cuestión ésta que se hace más patente y fecunda, por sus resultados prácticos, en la interpretación de la norma constitucional, aunque no se encuentra exenta de peligros, pues, como se ha advertido por la doctrina, los tribunales constitucionales a veces se les considera como órganos que adoptan decisiones *políticas* bajo el ropaje de aplicación de las normas jurídicas. No obstante, advertido este peligro, no puede olvidarse, sin embargo, algo que no sólo es cierto sino deseable, y es que la interpretación constitucional deberá afianzar y consolidar el régimen político adoptado de forma consensuada y democrática por el pueblo mediante la Constitución.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Lorca Navarrete, J. F., *Temas de teoría y filosofía del derecho*, 5a. ed. revisión, puesta al día y ampliación por Ma. I. Lorca Martín de Villodres, Madrid, Ediciones Pirámide, 2008, p. 188, en relación con ello véase p. 29.

<sup>22</sup> La Constitución Española establece en el artículo 1o.: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”. Sería, incluso, un tipo de interpretación jurídica derivada del compromiso asumido por la propia Nación española desde el Preámbulo del texto constitucional: “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular... Establecer una sociedad democrática avanzada, [...]”



## II. DESARROLLO DE NUESTRA EXPOSICIÓN

### 1. *Las fases del desenvolvimiento vital del derecho. La racionalidad en el derecho. El momento culminante de la interpretación de la norma jurídica*

El derecho es un sistema normativo regulativo de las relaciones humanas en sociedad. El legislador dota de regulación jurídica sólo aquellos hechos sociales, aquellas relaciones humanas que se desenvuelven en el marco social, que poseen relevancia jurídica. El ordenamiento jurídico al regular las relaciones sociales de los ciudadanos establece una correlación de facultades y obligaciones. De esta manera, el derecho se convierte en un proyecto regulativo de conducta que prefigura el modelo de sociedad que sería deseable, sancionando las vulneraciones que pudieran producirse por la desobediencia de las normas jurídicas.<sup>23</sup>

Desde la creación de la norma jurídica por el legislador hasta su interpretación y aplicación al caso concreto por el juez o magistrado, se diseña todo un proceso transcendental donde se muestra lo que podríamos denominar el *desenvolvimiento vital del derecho*, en donde se hace presente de forma constante el elemento de la racionalidad. En el primer momento, en la creación del derecho por el Poder Legislativo, la norma jurídica es producto de un proceso lógico, de una operación intelectual fraguada en la mente del legislador, que muestra como fruto final la propia norma jurídica que es, en definitiva, *una proposición normativa descriptiva y prescriptiva*. En el segundo momento, en la interpretación, la racionalidad se halla presente de igual manera, pues el jurista trata de indagar el significado y sentido de la norma jurídica, pretende contemplarla en la plenitud de sus posibles significados, yendo hasta su espíritu, para saber no sólo lo que la norma dice literalmente sino lo que puede llegar a decir ante un caso concreto como si el legislador aún estuviese presente. La fase interpretativa presentará mayores complicaciones en aquellos casos en los que el jurista debe acudir a la integración del material normativo de un ordenamiento jurídico, ante la existencia de lagunas, en cuyo caso la analogía se presenta como un raciocinio basado en relevantes razones de semejanza. Finalmente, el último momento de este desenvolvimiento vital del derecho lo constituye la aplicación de la norma

<sup>23</sup> En un trabajo anterior establecíamos una definición de derecho que hundía sus últimas raíces en el planteamiento filosófico de Aristóteles. Así, decíamos “concebimos el derecho como una norma general reguladora de las relaciones de convivencia, instaurando en ellas la seguridad con miras a la realización de la justicia, y susceptible de ser exigida coactivamente en caso de desobediencia”. (Lorca Martín de Villodres, Ma. I., *Las notas de lo jurídico en el pensamiento aristotélico*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1999, p. 104).

jurídica tras su oportuna interpretación, en donde se manifestará la importancia y transcendencia de la sentencia judicial (aclarando conceptos, resolviendo intereses en pugna y ponderando valores) y su posible valor como fuente del ordenamiento jurídico. Aquí se halla presente igualmente el factor de la racionalidad. Este es un momento que no responde a una tarea meramente técnica, sino creadora, pues el juez introduce en sus resoluciones elementos y argumentos que tendrán indudable repercusión jurídica posterior condicionando la vida humana en sociedad.

Así, pues, podemos ya darnos cuenta que la interpretación de la norma jurídica se encuentra a mitad de camino entre la creación y la aplicación de la norma. Y, aunque en líneas más arriba hemos afirmado que se trata de una actividad autónoma, también ha de tenerse en cuenta que la interpretación participa de la función creadora, que es función del legislador, y a la vez condiciona la aplicación de las normas. O dicho de otra manera, toda aplicación requiere de una previa interpretación, y toda interpretación se lleva a cabo en función de una aplicación posterior.<sup>24</sup> Sin embargo, conviene puntualizar como aclara M. Segura Ortega, que interpretación y aplicación pueden ser actividades independientes, pues aunque no es posible la aplicación del derecho sin una previa interpretación, “es obvio que puede haber interpretación sin aplicación y esto sucede en todos aquellos casos en los que el sujeto que interpreta no es un órgano encargado de aplicar el derecho”.<sup>25</sup>

En el entendimiento de este desenvolvimiento vital, no es posible partir, pues, de la consideración del derecho como un ámbito aislado de la sociedad, sino que ambos, derecho y sociedad, se interrelacionan de manera muy fecunda entre sí. En nuestros días es insostenible defender la idea del derecho como arcano conjunto de conocimientos especiales, en donde su interpretación es una especie de arte elaborado por la tradición, consistente en misteriosas técnicas sólo accesibles mediante la experiencia jurídica del aprendizaje.<sup>26</sup> En efecto, la legislación es estimada como algo más que una fuente del derecho, pues como afirma Roger Cotterrell, su poder ha ido mucho más allá al usarse el derecho del Estado para planificar o estructurar a gran escala las empresas económicas, para promover una revolución pacífica de las relaciones sociales, y para fomentar actitudes y creencias.<sup>27</sup> En ese poder de la legislación el rol de jueces y magistrados desempeña una

<sup>24</sup> Martínez Roldán, L. y Fernández Suárez, J. A., *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1994, p. 280.

<sup>25</sup> Segura Ortega, M., *Lecciones de teoría del derecho...*, cit., p 196.

<sup>26</sup> Cotterrell, R., *Introducción a la sociología del derecho*, versión española por Carlos Pérez Ruiz, prólogo de Antonio E. Pérez-Luño, Barcelona, Ariel Derecho, 1991, p. 32.

<sup>27</sup> Cotterrell, R., *Introducción a la...*, cit., p. 53.

función primordial, pues no se limitan a interpretar el derecho contenido en normas y principios ya establecidos, sino que crean derecho dentro de ciertos límites ayudando a dicha transformación y evolución social. Sin embargo, se ha de tener siempre presente que “aunque los jueces crean necesariamente derecho, sus funciones no son en primer lugar las de legisladores o actores políticos, sino primeramente las de racionalizadores y productores de doctrina con vistas al cambio, y reforzadores de la doctrina establecida en los casos en litigio o en las demandas presentadas ante ellos”.<sup>28</sup>

En el desempeño de esa fundamental misión, se deja sentir el peso sobre el juez de un conjunto de influencias sociales e ideológicas insoslayables. En este sentido, basta citar a modo de ejemplo que ya Ralf Dahrendorf, en un estudio realizado en la Alemania Federal en 1959 sobre los jueces, estimó que la orientación de los jueces alemanes estaba caracterizada por tendencias conservadoras frente al Estado, pues pertenecían al mundo de los académicos, de los funcionarios, de los dirigentes económicos, etcétera y consideraban su propio mundo como el mundo del orden, de la honradez y del decoro, y el mundo de los otros, como un mundo peligroso, sin orden y sin disciplina. Con lo cual, en opinión del sociólogo alemán nacido en Hamburgo en 1929, fundador de la teoría del conflicto social, y Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales en julio del 2007, los jueces tendrían una imagen dividida en dos de la sociedad. Pero si, según R. Dahrendorf,

en la Alemania occidental los jueces pertenecen casi exclusivamente a una clase social que representa a una exigua minoría de la población total y constituyen una élite cerrada e inmóvil, en la Alemania oriental los jueces provienen preferentemente de las clases obreras y campesinas y constituyen un conjunto abierto en el que se nota un constante proceso de circulación entre los diversos estratos sociales.<sup>29</sup>

Como explica Walter Galoso, un límite adicional, que introduce una dimensión subjetiva en el trabajo interpretativo, es la cultura del operador, “por cultura debe entenderse al conjunto de valores, creencias, costumbres y prácticas del operador, además de su nivel de educación formal y su grado de información sobre el Derecho y las demás disciplinas del conocimiento humano”.

<sup>28</sup> Cotterrell, R., *Introducción a la... cit.*, p. 205.

<sup>29</sup> Treves, R., *La docilogía del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, traducción de Manuel Atienza, Ma. José Añón Roig y J.A. Pérez Lledó, nota preliminar de Manuel Atienza, Barcelona, Ariel Derecho, 1988, pp. 174 y 175.

<sup>30</sup> En definitiva, como explica Ramón Soriano nadie está libre de volcar involuntariamente su ideología sobre el acto interpretativo. La ideología de intérprete se proyecta necesariamente en el momento de aplicación de las normas, de forma que “la visión del mundo y de las cosas, y los criterios de diverso cuño —teológicos, sociales, políticos, económicos, estéticos, etcétera— se hacen presentes y codeterminan, se quiera o no, el proceso de interpretación de las normas”.<sup>31</sup> O como señala Luigi Palombella, al explicar que la actividad jurisdiccional no puede ser entendida como mecánica deducción formal, sino que adquiere un valor político, “que no es otro que el derivado del ejercicio de un poder institucional de interpretación del derecho, en el que la atribución del significado se resiente de las convicciones de los intérpretes: dependientes ya sea de la cultura de los juristas ya del modo en que éstos se sitúan en un determinado ambiente social, percibiéndolo y experimentándolo”.<sup>32</sup> O como explica Roberto J. Vernengo al hablar de racionalidad e irracionalidad en la interpretación del derecho, y distinguir entre los filtros procesales, que son públicos y conocidos previamente, objetivamente establecidos, y el filtro personal subjetivo del juez, que no es públicamente conocido, es decir

el filtro subjetivo —el *feed-back* judicial— difiere de aquellos otros filtros objetivamente establecidos por las reglamentaciones procesales. La información personal que el juez utilice, salvo casos excepcionales, no es públicamente mencionada y suele incluírsela en factores difusamente definidos: las valoraciones personales del juez, su sentido de justicia, la ideología del intérprete, etcétera. Los filtros procesales, en cambio, son públicos y conocidos de antemano por los emisores principales de la información fáctica: las partes, los peritos, los testigos, etcétera.<sup>33</sup>

En cualquier caso, al margen de estas connotaciones inevitables de tipo subjetivo que se filtran en la interpretación y aplicación del derecho, el juez deberá acudir asimismo a valoraciones o elementos *suprapositivos* que le ayuden en la búsqueda particular de lo justo, pues, como afirma Manuel Atienza, “el jurista no puede resolver ningún problema sirviéndose *sólo* del Dere-

<sup>30</sup> Galloso, W., *La interpretación jurídica*, capítulo V, curso publicado en la dirección electrónica <http://www.mailxmail.com/curso/empresa/lainterpretacionjuridica/capitulo3.htm> (consultada el 13 de febrero de 2009).

<sup>31</sup> Soriano, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*, 2a. ed. corregida y aumentada, Barcelona, Ariel Derecho, 1993, p. 279.

<sup>32</sup> Palombella, L., *Filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 213.

<sup>33</sup> Vernengo, R. J., *La interpretación jurídica...*, *cit.*, capítulo I, p. 8.

cho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo y lo injusto que, por tanto, trascienden el Derecho positivo”.<sup>34</sup>

En este desenvolvimiento vital del derecho, en que lo jurídico se presenta como un continuo proceso lógico, nos interesa particularmente en el presente trabajo el momento interpretativo de la norma jurídica, para centrarnos posteriormente en la interpretación de la Constitución, como norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico. Pueden, sin duda, ser varios los agentes que lleven a cabo la interpretación de una norma jurídica en un momento dado, pero aquí nos centramos en la figura del juez, específicamente del juez constitucional. Es decir, nos centramos en el estudio de lo que se ha denominado por la doctrina *interpretación operativa*,<sup>35</sup> la interpretación de las leyes por los jueces. Esto es, “la interpretación operativa es la interpretación que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión”.<sup>36</sup> Además, esta interpretación jurídica cuenta con la exigencia de que ha de ser *justificable*, y la justificación de la decisión interpretativa exige una identificación de los factores que son relevantes para el significado de una regla, entre los que destacan principalmente las directivas interpretativas y las valoraciones,<sup>37</sup> las cuales presentan una dimensión axiológica y política, sobre todo en el ámbito de la interpretación constitucional, que requiere, como se dijo, de especial cuidado y prudencia.

Creemos, entonces, que es tan importante y trascendente esta labor interpretativa judicial —especialmente la referida al texto constitucional, pues procura adaptar y acompasar la Constitución a la realidad social vigente— que incluso, como ha apuntado algún sector doctrinal,<sup>38</sup> bien pudiera recuperarse en la actualidad el concepto de jurisprudencia del jurista romano Ulpiano (siglo III d. C) contenido en el Digesto Justiniano (I.1.10.2) cuando definía la jurisprudencia diciendo que *iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. En efecto, la jurisprudencia de nuestros días puede ser considerada como *iusti atque iniusti scientia*, esto es, como ciencia de lo justo y de lo injusto. En efecto, los juristas romanos calificaron la actividad de los juristas de *iuris prudentia*, de manera que la *prudencia* no es la *sophia*, el conocimiento en sí y por sí, sino la *frónesis*, que consiste

<sup>34</sup> Atienza, M., *Tras la justicia...*, cit., p. X.

<sup>35</sup> Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverría, Madrid, Cuadernos Civitas, 2001, p. 28.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>38</sup> Lorca Navarrete, J. F., *Temas de teoría y filosofía del derecho...*, cit., p. 319.

en la *rerum expetendarum fugiendarum scientia*, es decir en el arte que nos lleva a alcanzar algunas cosas y a huir de otras. Luego, este conocimiento práctico de lo justo en que consistía la jurisprudencia para los juristas romanos no era de tipo abstracto o especulativo, y por tanto lejano al vivir cotidiano. Los grandes juristas romanos transformaron en ciencia el saber *decir lo justo (iuris dictio)*, es decir, convirtieron en ciencia o arte el discernimiento entre lo justo y lo injusto, elevando su labor a la dignidad de saber superior. De donde, “el jurista romano [afirma Juan Iglesias] es un intérprete de lo humano eterno, de la tradición fecunda e inderogable, silenciosa y honda, que es sustancia de la historia. Gracias a esta *interpretatio* —tan extraña al estatoidolatrismo de la técnica jurídica moderna—, fue posible llevar el derecho romano al *culmen* de un raro y maravillosos perfeccionamiento”.<sup>39</sup>

Esta importante función que incumbe al juez estimamos que se encuentra sintetizada perfectamente en las atinadas palabras de Clemente de Diego, cuando afirmaba que

la vida no se detiene y a continuación aparecen o asoman nuevas formas de ella, nuevos negocios y empresas que no encuentran amparo en la ley, por naturaleza permanente e inmóvil [...] Nuevas necesidades jurídicas van surgiendo y, como *necitas caret lege*, requerirán protección si lo merecen a los ojos del Derecho natural, y es imprescindible que sean recogidas y amparadas en lo que sea de razón por alguien, y ese alguien es el juez y los tribunales en sus sentencias”.<sup>40</sup>

La justicia aparece, pues, contenida potencialmente en la norma jurídica. La norma jurídica es general y abstracta, y sin embargo su vocación es la de realizarse plenamente en la vida social. La función del juez será la de adaptar la generalidad y abstracción de la norma jurídica a la particularidad del concreto caso práctico planteado. Se genera una *tensión* que habrá de resolver el juez en el ejercicio de la función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. El juez lleva a cabo, durante el proceso, un descender buscando la realización efectiva de la justicia en el caso concreto. Se evoluciona durante la *litis* desde una *dimensión estática* de la justicia a una

<sup>39</sup> Iglesias, J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 5a. ed. , Barcelona, Ediciones Ariel, 1965, p. 88. Véase Vallet de Goytisolo, Juan Bms., *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 125 y ss; Martínez Muñoz, Juan A., *El conocimiento jurídico*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 319 y ss.

<sup>40</sup> De Diego, C., *Derecho judicial*, Discurso inaugural del Curso Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, del 11 de febrero de 1942, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1942.

*dinámica*,<sup>41</sup> en la que queda resuelta esa tensión entre lo general y lo concreto. El juez ha de individualizar y adaptar la norma general para poder aplicarla al caso específico. Teniendo, además, jueces y tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, como establece el artículo 1.7 del Código Civil español. Como explica Ángel Latorre,<sup>42</sup> de ahí se deriva que del ordenamiento jurídico en su conjunto se han de extraer las reglas aplicables a cualquier caso que se presente ante los tribunales. Es decir, estamos ante el *principio de la plenitud del ordenamiento jurídico*. Un ordenamiento debe facilitar los medios de resolver todos los casos concretos, hemos de considerar al orden jurídico capaz de facilitar soluciones a todos los casos que se presentan en la práctica. El juez ha de encontrar siempre en el ordenamiento jurídico la *regula decidendi* aplicable al caso planteado. La sentencia judicial se convierte, pues, en un medio restaurador de derechos. Es por ello que puede afirmarse que “incumbe al juez o jurista oficial, [señalaba José Castán] una misión insustituible de individualizar el Derecho, integrarlo en soluciones nuevas y, dentro de ciertos límites, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo”.<sup>43</sup>

La realización efectiva de la justicia en el caso concreto planteado requiere de una correcta interpretación de la norma jurídica a aplicar. Interpretar la norma jurídica consiste, en esencia, en adaptar la generalidad de la norma a la particularidad del caso concreto, resolver la tensión que se origina entre un sentido de la justicia contenido de manera potencial en una norma jurídica general y abstracta, y la particularidad del caso planteado. Es decir, se trata de convertir la regla general en una norma individualizada. Transformar los términos abstractos en preceptos concretos. Para Ludwig Enneccerus<sup>44</sup> el objetivo de la interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica. Luis Díez-Picazo<sup>45</sup> nos explica que *interpretar* procede de la locución latina *interpres*, que procede del griego *meta fraxtes*, que significa el que se coloca entre dos que hablan para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho o está diciendo. Si acudimos al *Diccionario de la Lengua Española*, nos encontramos con que en una primera acepción interpretar significa explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad.<sup>46</sup> Con lo cual, la inter-

<sup>41</sup> Lorca Navarrete, J. F., *Temas de teoría y filosofía del derecho...*, cit., p. 315.

<sup>42</sup> Latorre, A., *Introducción al derecho*, nueva edición puesta al día, Barcelona, Ariel, 1985, p. 75.

<sup>43</sup> Castán Tobeñas, J., *La formulación del derecho*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1954, p. 25.

<sup>44</sup> Enneccerus, L., *Tratado de derecho civil*, traducción de la 39a. edición alemana, Barcelona, Bosch, 1953, t. I, p. 198.

<sup>45</sup> Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 235.

<sup>46</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, 1992, p. 834.

pretación es, sobre todo, una “atribución de sentido” o de “significado”.<sup>47</sup> O como dice sencillamente M. Segura Ortega, la interpretación consiste básicamente en la atribución de sentido a las normas jurídicas.<sup>48</sup> Para Ángel Latorre, en definitiva, la interpretación es determinar el sentido exacto de la norma.<sup>49</sup> Es decir, la interpretación jurídica consiste en establecer el significado o alcance de las normas jurídicas, pues no se trata sólo de saber qué dice la norma, sino incluso lo que puede llegar a decir en momento determinado, pues el legislador elabora la norma jurídica con vocación de futuro. La interpretación se convierte, por tanto, como explica Walter Galloso, en un esfuerzo sistemático, metódico y racional por comprender el mejor sentido de una norma determinada a la luz de los valores, principios y reglas del ordenamiento legal en su conjunto. Sin embargo, si a un texto corresponde un significado pacífico, no discutido en el interior de la comunidad jurídica, la actividad interpretativa cesará ante la claridad evidente del texto. Los juristas romanos acuñaron para este tipo de situaciones de claridad jurídica dos expresiones que enuncian el mismo principio “interpretatio cesat in claris”, o dicho de otra manera, “in claris non fit interpretatio”.<sup>50</sup> Es decir, según J. Wróblewski los casos en que no existen dudas en la interpretación de la norma jurídica, se les denominan *situación de isomorfía*, mientras que aquellos casos, donde surgen controversias, se les ha denominado *situación de interpretación*.<sup>51</sup> O dicho de otra manera, “los textos formulados en lenguaje legal se interpretan cuando pragmáticamente no son lo bastante claros para los fines de comunicación en determinados contextos”.<sup>52</sup> Sin embargo, como explica Ramón Soriano, hoy es impensable sostener que la interpretación es una actividad residual sólo válida para las normas especialmente oscuras y contradictorias. La interpretación jurídica es una actividad necesaria y predicable de todas las normas del ordenamiento jurídico. El brocardo hermenéutico latino *in claris non fit interpretatio* no es hoy sostenible,<sup>53</sup> pues

<sup>47</sup> Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas...*, cit., p. 236.

<sup>48</sup> Segura Ortega, M., *Lecciones de teoría del derecho...*, cit., p. 195.

<sup>49</sup> Latorre, A., *Introducción al derecho...*, op. cit., pp. 70-88.

<sup>50</sup> Galloso, W., op. cit.

<sup>51</sup> Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de...*, cit., p. 23.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>53</sup> En efecto, afirma M. Segura Ortega que hoy ya nadie sostiene que la interpretación sólo afecta a las normas confusas y oscuras, sino que por el contrario se afirma que todas las normas deben ser interpretadas, de modo que el viejo brocardo *in claris non fit interpretatio* parece haberse desterrado definitivamente de la mentalidad de los juristas tanto teóricos como prácticos, y ello es así no sólo porque las normas jurídicas en la actualidad puedan ser cada vez más complejas, sino también las normas aparentemente claras y sencillas necesitan ser interpretadas. (*Lecciones de teorías del derecho...*, cit., p. 195).



cualquier clase de norma presenta la suficiente complejidad, en sí misma y en relación con otras normas del ordenamiento, como para necesitar el análisis científico del intérprete. En definitiva, no existen textos claros, porque aun cuando lo sean en su expresión de lenguaje, pueden no serlo en su aplicación.<sup>54</sup> La norma jurídica, en definitiva, se presenta con una “textura abierta” (H. Hart)<sup>55</sup> que precisa de una tarea interpretativa. Aunque la tarea interpretativa del juez hará acopio de un mayor esfuerzo intelectual especialmente en los *casos difíciles* o *hard cases*.<sup>56</sup> Aulis Aarnio<sup>57</sup> ofrece en estos casos como criterio válido de decisión a utilizar por el juez el escoger la interpretación alternativa que la mayoría de la comunidad humana puede aceptar después de un discurso racional.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Soriano, R., *Compendio de teoría...*, cit., pp. 245 y 246.

<sup>55</sup> Hart, H. L. A., *El Concepto de derecho*, 2a. ed., traducción de Genaro R. Carrio, México, Editora Nacional, 1980, p. 159. En efecto, Herbert L. Hart afirma aquí (pp. 159 y 160) que: “[...] la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales —tal como el idioma inglés— muestran, cuando se los usa así, una irreducible textura abierta”. Véase Páramo, Juan Ramón de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, prólogo de Gregorio Peces Barba, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

<sup>56</sup> Tomando como referente el pensamiento del jurista norteamericano Ronald Dworkin, puede afirmarse que la expresión *casos difíciles* o *hard cases* alude a “aquellos casos en que por no haber una norma aplicable o existir varias aplicables, el juez no puede subsumir el hecho en la norma jurídica y ha de concedérsele “discreción” para resolver el caso. Pues en dichos casos, a su juicio, se evidencia que los juristas hacen uso de algo que va más allá de las normas, o sea de los principios. De este modo refrenda su punto de vista sobre la autosuficiencia del derecho, al abarcar este normas y principios” (Porras del Corral, M., *Derecho, igualdad y dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Serie: Monografías, núm. 176, 1989, p. 89).

<sup>57</sup> Aarnio, A., “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, *Doxa*, traducción de José Pedro Úbeda, núm.4, 1987, pp. 109-117. En este trabajo Aulis Aarnio se ocupa de la imprecisión semántica en el contexto jurídico, tomando como base los estudios de Ms. Leena Kirstinä, Roman Ingarden y Wolfgang Iser. Aarnio afirma que la imprecisión semántica intencional, usada como un medio estilístico en literatura, tiene mucho en común con su contrapartida jurídica, la ambigüedad semántica no pretendida en los textos jurídicos.

<sup>58</sup> Aarnio, A., *op. cit.* En efecto, Aulis Aarnio explica que la interpretación jurídica se caracteriza por la existencia de *fundamentos de autoridad para la interpretación* (fuentes del derecho) así como de *principios que rigen su utilización*, que han sido interiorizados por la comunidad jurídica. Estos principios que rigen el proceso de interpretación tienen su origen o en textos jurídicos o en la praxis jurídica (p. 112). Sin embargo, cuando se refiere a los *casos difíciles*, explica que: “En los casos difíciles, aún quedan un espectro de interpretaciones alternativas, que no pueden reducirse más por medio de criterios lingüísticos o jurídicos convencionales. [...] tenemos que reconocer la posibilidad de que un auditorio racional de la interpretación puede estar dividido al considerar la elección entre los distintos resultados de la interpretación. En tal situación, podrían muy bien no ser asequibles más criterios para clasificar las alternativas.

Preciso sería, asimismo, distinguir entre hermenéutica e interpretación. Siguiendo a Domingo García Belaunde<sup>59</sup> podemos entender claramente dicha distinción. *Hermenéutica* viene del sustantivo griego *hermeneia*, que a su vez fue vertido al latín como *interpretatio*. Estamos aquí ante un mismo significado que, sin embargo, se expresa en dos palabras distintas en las lenguas romances. Ante dos vocablos que etimológicamente son lo mismo, optamos por darles un significado equivalente, pues la comunidad jurídica así las entiende, como se advierte en la literatura jurídica reciente, tanto en filosofía jurídica como en las ramas especializadas que más lo usan, como es el derecho civil, penal, procesal, etcétera. En 1924, Carlos Maximiliano postuló una división entre la hermenéutica, como teoría general de la interpretación, y la interpretación como el acto mismo de interpretar. Esta postura, si bien interesante, no ha tenido mayor eco entre los juristas, que se han limitado, como ya se ha indicado, a utilizar ambos términos en forma indistinta. En el mundo filosófico alemán y francés, ha tenido éxito una determinada filosofía llamada hermenéutica, cuyo mayor exponente es Hans George Gadamer. Lo que es importante en esta hermenéutica, sobre todo en la versión más difundida, que es la que ha proporcionado Gadamer, la cual es de notable relevancia para el derecho, es que ella en sí misma es una filosofía, o sea, una teoría filosófica que pretende explicar nuestro mundo, nuestra realidad y la manera de llegar a ella. Por eso, el mismo Gadamer ha podido calificar a su hermenéutica como una “filosofía de la praxis”. Se trata del modo a través del cual el hombre entra en contacto con el mundo. Como explica L. Palombella, la experiencia hermenéutica es asumida en la obra de H. G. Gadamer como el intento por remover el prejuicio iluminista según el cual la ciencia presupone el “distanciamiento” con el mundo, la anulación de las premisas culturales, subjetivas, de la comprensión. Todo intento de comprensión en este sentido tendrá como finalidad “la tendencia del texto a hacerse contemporáneo al intérprete, distanciándose y cobrando

Un criterio, con todo, es el principio democrático de la voluntad de la mayoría —con todas sus debilidades inherentes—. La interpretación alternativa, que la mayoría de la comunidad humana puede aceptar después de un discurso racional, no es ciertamente la única solución *correcta*, pero es lo *más* que se puede conseguir en esa situación”. (pp. 115-116). En efecto, la comunidad jurídica no aceptará cualquier interpretación, sólo aquella que además de ser racional y coherente, logre el consenso. Véase Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1983.

<sup>59</sup> García Belaunde, D., “Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica”, ponencia presentada al V Congreso brasileño de Filosofía (Sao Paulo, del 3 al 8 de septiembre de 1995), disponible en la dirección electrónica <http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/supuestos-filosoficos-de-la.html> (consultado el 13 de febrero de 2009).

autonomía respecto de su autor: el horizonte del sentido del texto viene así a transferirse (y a fusionarse) con el horizonte del sentido del intérprete”.<sup>60</sup> Con lo cual, comprender significa captar lo que el texto puede decirnos en nuestra particular situación.<sup>61</sup> El derecho no ha de ser comprendido históricamente, sino en cada momento de distinto modo al aplicarlo,<sup>62</sup> es decir, la norma jurídica ha de ser interpretada progresiva y evolutivamente atendiendo a las circunstancias sociales vigentes.

## 2. *La interpretación y aplicación judicial de la norma jurídica. De la aplicación silogística (teoría de la subsunción) a la interpretación progresiva de la norma jurídica*

La aplicación judicial del derecho siguiendo la estructura propia de un silogismo, fue una consecuencia del principio de separación de poderes, así como de la desconfianza hacia la discrecionalidad de jueces y tribunales. Se trataba de evitar que el Poder Judicial pudiera inmiscuirse en el ámbito del Poder Legislativo. La premisa mayor está constituida, como explica Ángel Latorre,<sup>63</sup> por la norma jurídica abstracta y general aplicable al caso concreto sometido a juicio, la premisa menor, por los hechos sociales del caso planteado, y la conclusión se obtiene subsumiendo ese hecho concreto en la norma general de la premisa mayor. Este tipo de interpretación formalista recibió rotundas críticas,<sup>64</sup> tal fue el caso de Luis Recasens Siches al referirse a la “caduca concepción mecánica de la función judicial como silogismo”<sup>65</sup>. Frente a este tipo de interpretación judicial de la norma jurídica basada en

<sup>60</sup> Palombella, L., *Filosofía del derecho...*, op. cit., p. 231.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> Véase Ortega Arjonilla, E., *Apuntes para una teoría hermenéutica de la traducción*, Málaga, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga, 1996, 177 pp. En concreto, se explica que la interpretación está unida a la comprensión antropológica de la realidad. De modo que la hermenéutica se convierte en metodología general imprescindible de las ciencias del espíritu, ya que “mientras que las ciencias de la naturaleza se caracterizan por poner en ejercicio un método analítico-causal explicativo (*Erklären*) de sus objetos naturales, las ciencias del espíritu se caracterizan por llevar a cabo una interpretación comprensiva (*Verstehen*) de las realidades culturales en cuestión” (pp. 54 y 55).

<sup>63</sup> Latorre, A., *Introducción...*, cit., p. 75.

<sup>64</sup> Véase, verbigracia: Lorca Navarrete, J. F., “Das Ethische und das Logische in der Rechtsanwendung”, *Akten des Weltkongresses für Rechts-und-Sozialphilosophie*, Bruselas, Hubert Hubien, 1971.

<sup>65</sup> Recasens Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980, véase el capítulo IV, titulado: “La caduca concepción mecánica de la función judicial como silogismo”.

la mera *lógica formal*, L. Recaséns opone la *lógica de lo razonable* o *logos de lo humano*. En efecto,

la lógica tradicional o físico-matemática [explica L. Recasens Siches] no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia —incluyendo la práctica del Derecho— hay que emplear un tipo diferente del logos, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia”.<sup>66</sup>

En definitiva, la interpretación judicial basada en la estructura del silogismo parte de la distinción entre hechos y derecho. La función del juez es aplicar el derecho al hecho, subsumir lo fáctico en lo jurídico. El juez, bajo este modo de entender la aplicación de la norma jurídica, actúa mecánicamente, como un autómatas, haciendo prevalecer el elemento declarativo sobre el productivo o creativo de derecho. Éste es un posicionamiento que responde a una mentalidad puramente positivista.<sup>67</sup> Sin embargo, a veces se ha defendido la posición opuesta extrema. Es decir, el juez no está sujeto a la norma jurídica para resolver el caso que se plantea, sino que ha de tener en cuenta otros factores, externos a la propia norma. Tal fue el método

<sup>66</sup> Recaséns Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, 6a. ed., Porrúa, México, 1978, p. 642.

<sup>67</sup> Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, traducción de Rafael de Asís y Andrea Grepí, Madrid, Debate, 1993, pp. 141-143. Aquí, podemos leer como N. Bobbio nos explica que el positivismo jurídico se acerca al estudio de lo jurídico considerando el derecho como un hecho social y no como un valor, definiéndolo en función del elemento de la coacción. El positivismo jurídico estima como fuente principal del derecho la propia legislación, la propia norma jurídica estrictamente considerada. El positivismo jurídico considera la norma jurídica como un mandato y afirma la coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, postulando la obediencia absoluta al derecho. Es una obediencia absoluta a la ley, que aparece expresada en el aforismo alemán *Gesetz ist Gesetz*. En consecuencia, el positivismo jurídico establece como método de interpretación en la labor del jurista un proceder mecanicista, en el que se hace prevalecer el elemento declarativo sobre el productivo o creativo del derecho. El jurista se convierte, así, en una especie de robot o máquina electrónica dispuesta a ofrecer la solución jurídica adecuada para el caso concreto que se plantee.

empleado por la denominada “escuela del derecho libre”,<sup>68</sup> que se origina a comienzos del siglo XX. Frente al método de interpretación exegética, conceptual y formalista, defiende un método sociológico, basado en la conciencia jurídica formada por la dinámica social. El juez, en su función de intérprete, ha de tener en cuenta *ese derecho vivo* que no surge de la autoridad del Estado, sino del obrar y sentir de los miembros del cuerpo social.

La teoría de la subsunción ofrece el problema de determinar el alcance de la premisa mayor, cuando presenta un significado poco claro u oscuro. Surgiendo la necesidad de interpretar la norma jurídica. Ya no puede llevarse a cabo un proceder mecanicista. Hay que determinar el sentido exacto de la norma. Hay que averiguar la voluntad del legislador. En esta delicada función, el juez debe tener en cuenta la realidad social, porque, como dice Ángel Latorre, “un juez no vive a solas con la ley”.<sup>69</sup> Por ello, la interpretación de las leyes va cambiando al compás de las exigencias sociales. Es lo que se denomina *jurisprudencia progresiva*. Este modo de entender la actividad judicial es fundamental en un Estado moderno, y elemental para la supervivencia de las leyes, de otro modo habría que cambiarlas constantemente, cosa imposible, y supone necesariamente alejarse de la voluntad del legislador que las elaboró. El juez, para llevar a cabo este tipo de interpretación jurídica, precisa de sensibilidad para captar las necesidades sociales de su tiempo. En el juez, además, “pesa su educación jurídica y su formación humana en general, la doctrina de los autores que critican o defienden los preceptos legales y la influencia general de la sociedad en que vive”.<sup>70</sup> Como apunta R. J. Vernengo, algunos autores

reniegan del aspecto cognoscitivo; no se trata, al interpretar la ley o el derecho, de conocer nada. Para ellos, la cuestión reside, más bien, en una elección decisoria dentro de un marco de valoraciones. Interpretar sería algo así como captar o comprender ciertos valores, ciertos sentidos axiológicos o políticos que pueden darse en determinadas situaciones sociales, y, en consecuencia, adoptar decisiones fundándose en esas valoraciones.<sup>71</sup>

En definitiva, como apunta Domingo García Belaunde, cada vez es más aceptado que en realidad detrás de la norma que se pretende interpretar no hay sentido alguno, sino que el sentido se lo da el intérprete. Pero claro, este

<sup>68</sup> Lorca Navarrete, J. E., *Temas de teoría...*, cit., p. 304.

<sup>69</sup> Latorre, A., *Introducción...*, cit., p. 78.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> Vernengo, R. J., *La interpretación jurídica...*, cit., capítulo I, p. 3.

*dar sentido* depende de todo un contexto que muchas veces es extra o meta-jurídico, y que surge de un acto de comprensión sujeto-objeto.<sup>72</sup>

La interpretación y aplicación del derecho no puede, pues, adoptar simplemente la estructura de un silogismo: norma jurídica, subsunción o integración del hecho social concreto en el supuesto de hecho de la norma, y la conclusión o consecuencia jurídica. Sino que se trata de una labor que pretende ir más allá de la mera interpretación literal para acceder hasta el espíritu de la ley, examinando no sólo lo que el legislador reguló a través de la norma, sino lo que puede llegar a decir con la misma norma atendiendo a las actuales circunstancias del caso planteado. Como señala el jurista italiano Vittorio Frosini, “el texto legal asume así un doble aspecto, un anverso y un reverso, como el espejo mágico de Alicia (el personaje creado por Lewis Carroll), que puede ser atravesado por quien se refleja en ambos lados. La ley separa dos mundos al mismo tiempo que los reúne: el mundo al que pertenece su autor y el mundo en el que se encuentra quien la lee”.<sup>73</sup> El momento de la interpretación, posterior al de la legislación, aparece referido a éste, la obra del intérprete y la del legislador son como el rostro bifronte del mitológico rey romano Jano: son el doble rostro del derecho.<sup>74</sup> En efecto, Jano, con quien reinó juntamente Saturno cuando fue expulsado del cielo, concediéndole dios el don de ver en lo pasado y en lo por venir, y por eso se le representa con dos caras, evoca plásticamente la imagen del derecho simbolizada de un lado por el legislador que elabora la norma, y de otro, por el intérprete que la aplica a casos posteriores a su creación. De esta manera, la verdadera naturaleza de la ley es dialéctica, pues se establece una relación dialéctica entre dos interlocutores, legislador e intérprete, que se corresponden a las dos fases del ciclo vital de la ley, la inicial y la terminal.<sup>75</sup> V. Frosini concibe, por tanto, la interpretación jurídica como una operación demiúrgica,<sup>76</sup> pues, se demuestra que la interpretación del juez no es un mero ejercicio lógico de tipo silogístico tradicional,<sup>77</sup> la interpretación de la ley no es “creativa *ex nihilo*, como podría ser la del legislador, sino creadora de una nueva forma compositiva en la que la ley asume su rostro”.<sup>78</sup> En el

<sup>72</sup> García Belaunde, D., “Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica”, ponencia presentada al V Congreso brasileño de Filosofía, *cit.*

<sup>73</sup> Frosini, V., *La letra y el espíritu de la ley*, traducción de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, prólogo de Carlos Alarcón Cabrera, Barcelona, Ariel, 1995, p. 59.

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> *Ibidem.*, p. 60.

<sup>76</sup> *Ibidem.*, p. 82.

<sup>77</sup> *Ibidem.*, p. 86.

<sup>78</sup> *Ibidem.*, p. 67.

momento de la aplicación, se convierten entonces las palabras de la ley en hechos. “La aplicación de la ley [afirma V. Frosini] constituye en sí misma un método de lectura de la realidad jurídica, no sólo de los textos legales sino también de los hechos que los unen, hechos que el jurista sabe leer en términos jurídicos, es decir, interpretar y conectar entre sí. No basta con conocer el derecho, se necesita aplicarlo, o, lo que es igual, conocer la realidad a través de él”.<sup>79</sup> En efecto, como explica M. Segura Ortega se trata de tener en cuenta que la labor del juez no es sólo interpretar *normas*, sino también *hechos*, que el juez no presencié y que sólo conoce de una manera indirecta, por tanto, también a los hechos hay que asignarles un significado. No es posible situar la interpretación sólo en el campo de lo normativo.<sup>80</sup> Asimismo, el juez ha de valorar los hechos y determinarlos, le corresponde decidir definitivamente lo que debe considerarse como hechos probados, al juez le corresponde decidir cuál es la *verdad jurídica* en cada caso. En nuestros ordenamientos jurídicos modernos rige el *principio de libre apreciación de la prueba*. Será en la valoración de la prueba en donde se despliegue el arbitrio judicial de un modo más típico.<sup>81</sup> Debido a la naturaleza contradictoria del proceso, el juez ha de proceder a una depuración, el juez tiene que decidir cuál es la versión de los hechos que le parece más convincente. Es decir, ha de hacerse cargo de una serie de hechos que tuvieron lugar en el pasado, y que sólo puede conocer mediante ciertos procedimientos indirectos, teniendo que decidir finalmente cuál de todas las informaciones recibidas es la verdadera. Por ello, “la actividad judicial puede ser caracterizada como un proceso en el que el sujeto llamado a decidir selecciona diversas opciones que se refieren a normas, hechos y valores”.<sup>82</sup>

Partiendo de que la interpretación jurídica está notablemente influida por problemas prácticos y por la ideología operativa en la aplicación del derecho, el profesor polaco Jerzy Wróblewski advierte pues que existen dos tendencias opuestas en la interpretación legal.

Una tendencia [explica] presenta la interpretación como el descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado. La otra tendencia presenta la interpretación como la atribución de un significado (determinada

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>80</sup> Segura Ortega, M., *Lecciones de teoría del derecho...*, cit., pp. 197 y 198.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 228 y 229.

por varios factores) a la regla legal, y considera la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador.<sup>83</sup>

En definitiva, se alude a los dos modelos de interpretación que Chäim Perelman<sup>84</sup> ha diferenciado: interpretación estática o teoría subjetiva de la interpretación, donde la voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*) se convierte en el objetivo principal del intérprete, y la interpretación dinámica o teoría objetiva de la interpretación, donde el objetivo principal del intérprete es la voluntad de la ley (*voluntas legis*).

Roberto J. Vernengo<sup>85</sup> parte del modelo interpretativo propuesto por J. Wroblewski. Señala que el juez aparece como el órgano procesador-transformador de ciertos hechos fácticos y de un conjunto normativo determinado aplicable (*in-puts*). A partir de ahí lleva a cabo un procesamiento de la información ingresada, produciendo un resultado de salida (*out-put*). Así, el juez produce una sentencia que es expresión de su interpretación o procesamiento de los hechos y del derecho. En efecto, R. J. Vernengo afirma que “la interpretación y sus elementos, pueden ser considerada un sistema de elaboración de información: a este sistema ingresa información fáctica y normativa, cuya transformación por el órgano resulta una nueva información que es la sentencia o decisión judicial”.<sup>86</sup> En el *input* no sólo aparecerá, en relación con la información fáctica, lo que las partes dicen, sino otra información proveniente de fuentes privilegiadas como informes presentados por peritos, por lo que al juez le llegaran, en relación a la información fáctica, mensajes de múltiples fuentes de diversos grados de fiabilidad y prestigio.<sup>87</sup> Dicho proceso decisorio de salida puede consistir en la obtención mecánica de ciertas conclusiones deductivas, con lo cual llevaría a cabo un proceso lógico y puramente intelectual. O bien, consistir en un acto terminal interpretativo irracional en el que juega un papel predominante el arbitrio del órgano junto a su instinto axiológico y su olfato jurídico. No obstante, precisa R. J. Vernengo,<sup>88</sup> los jueces dictan sentencias que guardan relaciones verificables con los hechos conocidos y con las normas precedentes. Por ello, los resultados de una interpretación judicial en alguna medida serán

<sup>83</sup> Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica...*, cit., p. 18.

<sup>84</sup> Perelman, Ch., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 103.

<sup>85</sup> Vernengo, R. J., *La interpretación jurídica...*, cit., capítulo VIII, p. 113.

<sup>86</sup> *Ibidem*, capítulo I, p. 5.

<sup>87</sup> *Ibidem*, capítulo I, p. 7.

<sup>88</sup> *Ibidem*, capítulo VIII, p. 116.



previsibles. Así, la sentencia totalmente imprevisible,<sup>89</sup> la sentencia dictada al margen de los hechos y el derecho (antecedentes) es repudiada e inadmisible, constituyendo una categoría límite de la sentencia arbitraria.

Ricardo Guastini<sup>90</sup> al exponer las técnicas interpretativas explica la denominada *interpretación evolutiva*, que es aquella en virtud de la cual la interpretación de la ley debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la ley debe ser aplicada. Es preciso en estos casos atender no a la voluntad del legislador que dictó la norma, sino a la “naturaleza de las cosas”. Es decir, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales, etcétera) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar, evolucionar, igualmente el modo de interpretarla. Se atribuye así a un texto normativo un significado nuevo, distinto, del que históricamente había tenido. La interpretación evolutiva, afirma R. Guastini, tiende a adaptar viejas o relativamente viejas leyes situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico. Especialmente, hace referencia R. Guastini a este tipo de técnica interpretativa cuando alude a la interpretación constitucional. En efecto, se hace eco de una doctrina muy difundida acerca de la cual a la Constitución le debe ser aplicada una interpretación llamada *evolutiva*. Al texto constitucional se le ha de atribuir un significado diverso del histórico, diverso del que tenía en el momento de su creación, con la finalidad de adaptar el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales.<sup>91</sup> Señala R. Guastini que esta doctrina resulta tanto más persuasiva cuando el documento constitucional de que se trata es más permanente en el tiempo. Argumenta, entre otros motivos que la Constitución es “el contrato social” que funda una comunidad, y en cuanto tal debe ajustarse a los valores ético-políticos dominantes en el seno de la comunidad, por lo que la interpretación de la Constitución debe cambiar cada vez que cambien los valores socialmente difundidos. Al juez constitucional, intérprete privilegiado de la Constitución, le incumbe la misión de acompasar el texto constitucional a las necesidades y exigencias sociales cambiantes relevantes en la experiencia jurídica.

<sup>89</sup> *Ibidem*, capítulo VIII, p. 115.

<sup>90</sup> Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, (Biblioteca Jurídica Virtual), disponible en [www.bibliojuridica.org/libros/librohtm?l=1651](http://www.bibliojuridica.org/libros/librohtm?l=1651) (consultada el 13 de febrero de 2009), capítulo II, pp. 50 y 51.

<sup>91</sup> Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, *cit.*, capítulo IV, p. 86.

3. *Interpretación subjetiva e interpretación objetiva. El artículo 3.1 del Código Civil español. Criterios hermenéuticos de interpretación. El criterio sociológico o la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas*

De lo expuesto en el apartado anterior, podemos deducir que no es posible llevar a cabo, pues, una tajante escisión entre los hechos y la norma jurídica en el momento interpretativo, porque ésta se encuentra predeterminada por la valoración que a aquéllos se dé. Por lo tanto, la interpretación jurídica no puede ceñirse exclusivamente al ámbito de lo estrictamente normativo. Señalan los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros<sup>92</sup> que al interpretar la norma jurídica aparecen dos líneas claramente diferentes: la interpretación subjetiva y la interpretación objetiva. La interpretación subjetiva es aquella que supone la búsqueda de la voluntad del legislador. Al ser la ley un mandato del legislador, lo que debe ser indagado por el intérprete es cuál ha sido la verdadera voluntad que guió al legislador al dictar el mandato. Sin embargo, este tipo de interpretación subjetiva pierde su sentido cuando se trata de normas jurídicas muy antiguas, que se mantienen en vigor durante mucho tiempo. Pero es más, “cuando el juez y el intérprete dejan de ser los servidores de un legislador absoluto y, en virtud del principio de la división de poderes, actúan como órganos independientes de un Estado democrático, su función adquiere un significado autónomo —administrar justicia—, que, si bien se realiza en ejecución de la ley, se desvincula de algún modo de la «voluntad del legislador»”.<sup>93</sup> Ante estas objeciones, la interpretación objetiva de la norma jurídica es la que resulta viable. Se trata no de indagar en la *voluntas legislatoris* sino en la *voluntas legis*. Es decir, encontrar una voluntad objetiva e inmanente en la propia ley. La ley una vez que ha sido promulgada, se separa de su autor y adquiere una vida independiente, una existencia objetiva. Sólo vale, en definitiva, la voluntad del legislador que resulta propiamente del texto legal. Averiguar la voluntad del legislador con posterioridad a la promulgación de la norma, una voluntad no apreciable en la lectura del precepto legal, supondría lesionar la seguridad jurídica de los ciudadanos. Además,

la interpretación objetiva —afirman acertadamente L. Díez-Picazo y A. Gullón— constituye el sistema más idóneo para completar y facilitar el progreso del ordenamiento jurídico. Sólo una interpretación objetiva es capaz de hacer frente a los problemas planteados por fenómenos y situaciones que el legisla-

<sup>92</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de derecho civil*, vol. I, 7a. ed., Madrid, 1989, pp. 184 y 185.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 185.

dor histórico no ha conocido ni ha tenido por qué conocer. El intérprete debe adaptar incesantemente el ordenamiento jurídico, que está el mismo en incesante renovación, pues dentro de él cada nueva disposición irradia una fuerza sobre las anteriores y, en definitiva, sobre el entero conjunto”.<sup>94</sup>

El artículo 3o. del Código Civil español establece en su apartado primero que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Estamos en presencia de un *conjunto de criterios hermenéuticos*: gramaticales o literales, sistemáticos, históricos, sociológicos y teleológicos. Se acogen en este precepto, en esencia, los factores o elementos de los que debe hacer uso el intérprete del derecho según los formulara Savigny. Manuel Atienza observa como estas reglas están formuladas en general de una manera considerablemente abierta “de manera que, muchas veces, se pueden justificar interpretaciones distintas de una misma norma, sin que pueda decirse con claridad que una de ellas —o las dos— ha infringido una regla interpretativa; podría decirse que las reglas interpretativas necesitan a su vez ser interpretadas, pero los criterios últimos de interpretación no pueden encontrarse ya en el ordenamiento jurídico”.<sup>95</sup>

Victoria Iturralde Sesma explica como la expresión *sentido propio* ha servido de apoyo al principio interpretativo *in claris non fit interpretatio* o “doctrina del sentido claro de los textos”, estableciéndose por parte de la doctrina una serie de consecuencias: “a) sentido propio equivale a sentido común, de forma que las palabras de uso ordinario hay que entenderlas en ese sentido; b) los términos científicos que tengan, además de un sentido científico, uno usual hay que entenderlos en este último, y c) sólo los términos técnico-jurídicos hay que interpretarlos en este sentido”. Asimismo, V. Iturralde Sesma, con el objeto de poner de relieve los problemas interpretativos, recoge la clasificación de los términos legislativos en términos del lenguaje ordinario, términos pertenecientes a una determinada ciencia o técnica, y términos técnico-jurídicos (estos últimos son los que, aunque formen parte del uso ordinario del lenguaje, su conexión con el derecho hace que o bien, conserven sólo una de las diversas acepciones que tienen en el lenguaje ordinario, o bien adopten un sentido más restringido y preciso).<sup>96</sup>

<sup>94</sup> *Ibidem*, pp. 185 y 186.

<sup>95</sup> Atienza, M., *Tras la justicia...*, cit., p. 30.

<sup>96</sup> Iturralde Sesma, V., *Lenguaje legal y Sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1989, pp. 43 y 45.

De todos los criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil español llama especialmente nuestra atención, por su importancia, el criterio sociológico, esto es, *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, en virtud del cual es posible acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias sociales nuevas surgidas con posterioridad a la formulación de aquéllos. Sin embargo, se trata de un criterio cuyo empleo es muy delicado. En definitiva, estamos ante lo que en páginas anteriores se ha denominado *interpretación progresiva* o *evolutiva* de la norma jurídica. Puede afirmarse, pues, que el artículo 3.1 del Código Civil español sigue significativamente la interpretación objetiva de la norma jurídica. Se trata además de una fórmula flexible, en ningún caso se pretende recoger una fórmula hermenéutica cerrada y rígida. En efecto, los criterios que en este precepto se recogen no son cerrados, se deja al intérprete la utilización de otros, y, sobre todo, se le deja en libertad respecto a su utilización, uno en lugar de otro, por ejemplo.<sup>97</sup> No existe asimismo una jerarquía entre los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil español.

Son muchos los juristas<sup>98</sup> que se han detenido en el estudio minucioso de cada uno de estos criterios interpretativos que ya diseñara Savigny, y que aquí nosotros sintetizamos:

a) *Gramatical (literal)*: fue propio de de la épocas anteriores a la Revolución francesa, en las que existía cierto grado de desconfianza hacia el trabajo de los jueces, razón por la cual estos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley. Se acude a las reglas de la semántica o semiótica.

b) *Lógico*: la interpretación que se lleve a cabo no puede contradecir el conjunto de preceptos que la lógica ha establecido para el pensamiento humano. Es decir, con la interpretación lógica de las normas jurídicas se hace referencia a la utilización de las reglas del correcto razonar humano. En este sentido, podemos hacer referencia a una serie de axiomas, brocardos o aforismos procedentes del derecho romano que condensan toda la teoría de la interpretación de las leyes. Entre los más frecuentes, destacan:

- *Ad absurdo*, debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo.
- *A simili ad simile*, es decir hay que tratar lo igual de igual manera.

<sup>97</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de derecho civil...*, cit., p. 187.

<sup>98</sup> Véase *ibidem*, pp. 186-193; Martínez Roldán, L., y Fernández Suárez, J. A., *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica...*, cit., pp. 288-291; Soriano, R., *Compendio de teoría general del derecho...*, cit., pp. 255-264.

- *A maiori ad minus*, es decir si la ley autoriza lo más, implícitamente permite lo menos.
- *A minori ad maius*, si la ley prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más.
- *A contrario sensu* (*inclusio unius est exclusio alterius; quod lex dicit de uno, negat de altero*).
- *A pari ratione* o de analogía (*ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet*), es decir donde la razón es la misma, idéntica debe ser la norma de derecho.
- *Favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, las materias favorables han de ser objeto de ampliación, y las odiosas, de restricción.
- *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, es decir “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”. Como principio general del derecho su eficacia se concreta en ser norma supletoria de la ley a la vez que principio informador de la misma, tal como regula el Código Civil español en su artículo 1.1 al establecer que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, asimismo, el artículo 1.4, del mismo cuerpo legal, establece que los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. Con lo cual, le es atribuida a los principios generales del derecho la importante función de ser no meramente una fuente supletoria de segundo grado, a aplicar en defecto de ley o costumbre, sino, lo que es verdaderamente relevante según el tenor del precepto contenido en el artículo 1.4 Código Civil, la función de informar el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, informar, pues, a la propia ley. Esta regla de interpretación es continuamente empleada por los tribunales de justicia, ya que es fundamental en la explicación y sentido de las leyes, y debe observarse rigurosamente, pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina civilista, constituye una verdadera arbitrariedad el establecer excepciones cuando la ley habla en términos generales. Las leyes deben ser entendidas o interpretadas derechamente sin extraviar el sentido natural de sus palabras. Esta regla tiene también el objeto de circunscribir la esfera de acción de intérprete, de im-

pedirle usurpar el dominio del legislador. Cuando la ley es general, cuando su disposición es ilimitada, el deber del intérprete es aplicarla a todos los casos posibles porque tal es la voluntad del legislador. Desde luego no puede distinguir cuando la ley no distingue, pues la distinción limitaría la aplicación de la ley en ciertos casos, cuando la generalidad de la ley los comprende a todos. Siendo así que el intérprete al distinguir, modifica la ley, efectúa la obra que es del legislador, lo cual nunca le está permitido.<sup>99</sup>

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el derecho no responde a una lógica matemática, pues debe responder siempre a una lógica de lo justo y de lo razonable. La interpretación lógica no se halla consignada expresamente en el artículo 3. 1 del Código Civil español, pero no por ello queda excluida de su precepto, pues la fórmula que se consagra no es una fórmula hermenéutica cerrada y rígida.

Por su parte, Boris Starck<sup>100</sup> clasifica las máximas de interpretación en tres grupos:

1. Máximas restrictivas: *exceptio est strictissimae interpretationis, poenalia sunt restringenda, nullum crimen sine lege previa, nullum privilegium sine lege.*

2. Máximas plenificantes: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, quod abundat non vitiat.*

3. Máximas privilegiantes: *in dubio pro reo, prior in tempore potior in iure.*

c) *Sistemático*: la norma jurídica a interpretar no es un mandato aislado sino que se halla integrada en un sistema jurídico que está orientado hacia unos determinados valores. Es preciso relacionar la norma jurídica cuya interpretación se pretende con el contexto donde se halla inserta.

d) *Histórico*: interpretar la norma jurídica recurriendo a los antecedentes históricos y legislativos. De esta forma se pretende conocer la problemática a la que la norma jurídica trata de dar solución acudiendo tanto a los antecedentes históricos remotos como a los más próximos como anteproyectos, proyectos de ley o trabajos parlamentarios.

e) *Teleológico*: interpretar la norma jurídica atendiendo a su espíritu y finalidad.

f) *Empírico*: investigar la voluntad del legislador. Fue el método propio de la Escuela de la Exégesis francesa en sus comienzos.

<sup>99</sup> Vallet de Goytisolo, J. B., *Metodología de la determinación del derecho: parte histórica*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1994, p. 784.

<sup>100</sup> Starck, B., *Introduction au Droit*, París, Litec, 1981, pp. 123-127; Starck, Boris *et al.*, *Introduction au Droit*, 5a. ed, París, Litec, 2000. *Cfr.* Martínez Roldán, L., y Fernández Suárez, J. A., *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica...*, *cit.*, pp. 291 y 292).

g) *Sociológico*: interpretar la norma jurídica atendiendo a los requerimientos de la realidad social. Se trata de acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias nacidas con posterioridad a la promulgación de aquéllos. Como señalan L. Díez-Picazo y A. Gullón, “de lo que se trata básicamente es de que la aplicación de la norma no vaya contra la realidad social en el tiempo en que se efectúa, que puede ser distinta de la que existía cuando se promulgó. Esa realidad contra la que la aplicación de la norma no debe chocar está constituida por los factores políticos, sociales, económicos, culturales, estados de conciencia u opinión pública, y convicciones y creencias imperantes en un momento dado en determinada sociedad”.<sup>101</sup> El título preliminar del Código Civil español recoge así una exigencia reclamada ya con anterioridad por la jurisprudencia del tribunal supremo, que indicaba la necesidad de tener en cuenta el factor sociológico en la interpretación de las normas. Factor sociológico que se halla integrado por una serie de elementos (ideológicos, morales y económicos) “que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico”. Se trata de ajustar o adaptar la interpretación de la norma a tales exigencias ideológicas, morales, políticas o económicas. Sin embargo, este tipo de interpretación de la norma jurídica requiere prudencia, porque envuelve riesgo de arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones que dependen de su propia valoración. Pero, la valoración y apreciación de dichos factores se torna más segura, como explican L. Díez-Picazo y A. Gullón, cuando se trata de “tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han tenido un reconocimiento de manera inequívoca en la Ley suprema del Estado”.<sup>102</sup> El artículo 3. 1 del Código Civil español consagra, pues, el *método histórico-evolutivo*. Dicho método supone un riesgo para la seguridad jurídica. Como explican L. Díez-Picazo y A. Gullón,

los litigios se iniciarán a ciegas y, en definitiva, la suerte de las situaciones jurídicas se hace aleatoria. Lo óptimo sería el cambio del propio texto legal acomodado a las nuevas circunstancias. Pero esto no es labor que se pueda hacer de manera inmediata. La elaboración de una ley no es tarea mecánica, sino compleja y lenta. Por eso no hay más remedio que someterse al riesgo denunciado. Sería, en definitiva, un mal menor frente al inmovilismo en la interpretación y aplicación del Derecho.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de derecho civil...*, cit., pp. 189 y 190.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 191.

No obstante, M. Segura Ortega apuesta por reformular el sentido de lo que hoy haya de entenderse por seguridad jurídica. En efecto, para Segura Ortega el concepto tradicional de seguridad jurídica ha quebrado, es decir debe ser concebido de un modo diferente. Si bajo la concepción tradicional, la seguridad jurídica implicaba entre otras cosas la previsibilidad de las decisiones futuras, en la actualidad sólo puede hablarse de una seguridad y certezas relativas, pues “no es posible saber de antemano qué sentido va a tener la resolución judicial; a lo único que se puede llegar es a la formulación de juicios de probabilidad”.<sup>104</sup> En su opinión, la seguridad jurídica se manifiesta, en esencia, en dos aspectos fundamentales: la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional para que decida el caso planteado, y el establecimiento de la paz jurídica mediante una decisión judicial definitiva que ya no podrá ser modificada por ninguna instancia.<sup>105</sup>

En cualquier caso en todo acto hermenéutico se pone de manifiesto la existencia de una faceta creativa del derecho, y por ende se produce la influencia de aspectos subjetivos e ideológicos del intérprete en la atribución de sentido de la norma jurídica. Sin embargo, el juez ha de moverse dentro de unos límites racionales, para evitar que el momento interpretativo se convierta en un mero *decisionismo judicial*. Siguiendo a Luíís Martínez Roldán y a Jesús A. Fernández Suárez<sup>106</sup> podemos sintetizar algunos de estos límites racionales:

1. La actividad interpretativa siempre ha de desarrollarse dentro de las limitaciones jurídico-normativas. La atribución, pues, de un determinado sentido siempre viene condicionado por el substrato normativo.

2. Ha de darse una adecuación entre el texto normativo y el significado que se le atribuye a la norma, es decir una adecuación entre la letra y el espíritu de la norma, bien atendiendo a una interpretación extensiva, o bien a una interpretación restrictiva.

3. Hacer uso de una conjugación armónica de los diversos criterios interpretativos.

4. Buscar la interpretación más razonable que proporcione la solución más justa, que no es la que el intérprete personalmente considera como tal, sino aquella que más se adecua a los valores y usos de la sociedad regulada. Es decir,

<sup>104</sup> Segura Ortega, M., *op. cit.*, p. 218.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 218 y 219.

<sup>106</sup> Martínez Roldán L. y Fernández Suárez, J. A., *Curso de teoría del... cit.*, pp. 286-288.



el juez, a la hora de decidir, no debe ser intérprete de su propia conciencia, sino de la conciencia mayoritaria de la sociedad; y ello no sólo porque el ordenamiento jurídico le obliga a tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, sino también porque la aceptación social (consenso) tal vez sea el único indicio de racionalidad en cuestiones tan problemáticas y difíciles.<sup>107</sup>

5. Reducir el riesgo de ideologización de la actividad interpretativa mediante una motivación basada en una fuerte argumentación lógica de la decisión judicial.

6. Se destaca la importancia de hacer uso no de una lógica formal, sino de una lógica argumentativa o dialéctica, dirigida no a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias. Se pretende persuadir y convencer a través del discurso, defendiendo y justificando los argumentos propios.

#### 4. *Tendencias sociológico-jurídicas*

Como explica Antonio E. Pérez Luño,

frente a las concepciones normativistas —formalistas y conceptualistas (en las que lo decisivo era el respeto a la norma dada y su aplicación estricta, concretándola a través de un procedimiento lógico de carácter silogístico-deductivo en el que prevalecía ante todo un punto de vista o perspectiva interna sobre la norma)—, para las corrientes sociológicas —claramente antiformalistas—, [...] prevalecía más bien una perspectiva exterior a la norma jurídico-positiva, teniendo en cuenta principalmente los intereses, fines y valores a cuyo cumplimiento se orienta y que se ponen de manifiesto por el jurista intérprete y por el juez aplicador del derecho en relación con los casos y situaciones concretas que presenta la vida real.<sup>108</sup>

En efecto, frente al normativismo positivista aferrado estrictamente a la interpretación y aplicación de la norma jurídica en conformidad a su sentido literal, acudiendo a la fórmula del silogismo según los parámetros de una lógica formal, se alzan determinadas corrientes jurídicas de carácter sociológico que, movidas por la búsqueda de lo que sea lo justo, indagan en los intereses, fines y valores que debe amparar la norma jurídica. Sin em-

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 287 y 288.

<sup>108</sup> Pérez Luño, A.E., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, con la colaboración de Alarcón Cabrera, C., González-Tablas, R., Ruiz de la Cuesta, A., Madrid, Tecnos, 1997, p. 89.

bargo, esa búsqueda de los interés, fines y valores que laten en el seno social y deben ser amparados por la norma jurídica, y tenidos en cuenta por el intérprete y aplicador del derecho para resolver con justicia, puede envolver un gran peligro, pues puede suponer un quebrantamiento de la seguridad jurídica, y un ataque directo a la justicia. No en vano, A. E. Pérez Luño advierte que “ello podría conllevar —en la versión más radical del modelo sociológico— un reduccionismo judicialista antinormativista, posible fuente de subjetiva arbitrariedad y de peligrosa inseguridad jurídica y social, al depender exclusivamente el derecho de lo que los jueces hagan o piensen”.<sup>109</sup>

Siguiendo a los autores que a continuación puntualmente se mencionan, y respectivamente se citan oportunamente en nota a pié de página, procederemos a exponer brevemente los rasgos más representativos de cada una de estas tendencias sociológicas.

#### A. *La evolución de la jurisprudencia en el derecho alemán*

En el propio *derecho alemán*, desde una perspectiva dinámica y teleológica, se aprecia precisamente una evolución jurisprudencial que pone de manifiesto ese acercamiento progresivo a la realidad social, a la par que un alejamiento gradual de un normativismo jurídico desconecedor de fines y valores en el derecho. En efecto, en Alemania a la *jurisprudencia de conceptos* (*Begriffsjurisprudenz*), le siguió la *jurisprudencia de intereses* (*Interessenjurisprudenz*), hasta llegar a una *jurisprudencia de valores* (*Wertungsjurisprudenz*). El intérprete y aplicador del derecho evoluciona, haciéndose eco de la atinada crítica de J. H. Kirchmann,<sup>110</sup> desde la esclavitud o tiranía de la ley y de un vacío conceptualismo jurídico hacia una superación de las formas mentales marchitas, donde florece de nuevo la naturaleza social del derecho. Si para la *jurisprudencia de conceptos*, con Bernardo Windscheid, el ideal jurídico consistía en la reelaboración conceptual del derecho vigente, transformando los preceptos en teoremas, desarrollando los conceptos jurídicos contenidos en las normas, con lo cual, el derecho se desvinculaba de su carácter social, aquí la interpretación jurídica se atenía a la letra de la ley, que tan sólo debía explicitar los conceptos en ella contenidos. Para la *jurisprudencia de intereses*,

<sup>109</sup> *Idem.*

<sup>110</sup> Kirchmann, J. H., *La Jurisprudencia no es ciencia*, traducción y escrito preliminar de A. Truyol Serra, 2a. ed., con una nota adicional, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 54, en donde podemos leer: “Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de la contingencia su objeto, ella misma se hace contingente; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”.

que contribuiría a reformar la ciencia jurídica poniendo de manifiesto esa naturaleza social del derecho olvidada, se consideraba, con Philipp Heck (1858-1943), que el derecho es producto de los intereses que existen en el seno social y pugnan por su reconocimiento jurídico, por lo que la interpretación jurídica debe tener en cuenta los intereses de índole nacional, ético, o religioso que son causa de la ley, se propugnaba, por tanto, una interpretación finalista de la norma jurídica. El término “interés” hacía referencia no sólo a los intereses individuales o de grupo, sino además junto a los intereses patrimoniales, los ideales, éticos o de justicia. En efecto, “esos fines o intereses [puntualiza A.E. Pérez Luño] que debe proteger la norma son definidos en un sentido muy amplio, con criterios más bien intuitivos que racionales, como queriendo subrayar así, la primacía de la vida y de los intereses vitales sobre la lógica”.<sup>111</sup> Junto con P. Heck, jefe indiscutible de este movimiento jurídico, destacan Max Rümelin, Stoll, Müller-Erzbach, Ulmer, Kreller y De Boor, quienes componen la denominada “escuela de Tubinga”. La jurisprudencia de intereses, como explica A. Hernández Gil, es una crítica de la jurisprudencia de conceptos y, además, un método nuevo que busca orientar los problemas del derecho hacia la vida y substraerlos al primado de la lógica, pero sabiendo que no basta aplicar el derecho a la vida, sino que hay que ver en ella la fuente del derecho.<sup>112</sup> Se llegará así a la *jurisprudencia de valores*, que basada en la *filosofía de los valores* de Windelband y Rickert, propugna que los valores están adheridos a la realidad social, se conectan, pues, hechos sociales y valores, encontrando asimismo asiento, partiendo de estos orígenes neokantianos, posteriormente en el *neoiusnaturalismo* de Gustav Radbruch (1878-1949). G. Radbruch, tras superar una primera etapa iuspositivista y relativista, su doctrina jurídica se transforma en una apelación a los valores y al derecho natural, su filosofía del derecho se convierte en una doctrina sobre el derecho justo, apoyándose en el concepto de la *naturaleza de las cosas* (*Natur des Sache*). En efecto, G. Radbruch experimentó un cambio sustancialmente cualitativo en lo que se refiere a su actitud hacia el derecho, evolucionando desde una actitud relativista en la época de la preguerra a una posición superadora del positivismo jurídico después de la confrontación bélica. Plantea la temática de los saberes jurídicos como una superación de la obra de Rudolf Stammler. El relativismo de Radbruch es el afán por superar al formalismo de Stammler. En su *Rechtsphilosophie* (1932) afirma la imposibilidad del conocimiento de lo justo, y así, considera

<sup>111</sup> Pérez Luño, A. E., *op. cit.*, p. 90.

<sup>112</sup> Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del derecho*, vol. I, Madrid, Gráficas Uguina, 1971, p. 299.

que está llamado a establecer el derecho el que se encuentra en situación de imponerlo. Estima el derecho como fenómeno cultural, su doctrina del derecho social será acorde con sus posturas políticas de socialista demócrata. Es la filosofía jurídica del culturalismo, porque refiere el saber filosófico de la justicia al orden de valores correspondientes a determinada situación social, desembocando en el positivismo (*positivismo culturalista*). En esta etapa de su pensamiento sitúa a la seguridad por encima de la justicia, otorgando preferencia al orden sobre lo justo, pues era la paz el primer tema del derecho y la justicia el segundo. Posteriormente, en 1945, Radbruch ya acoge, por el contrario, la idea de la validez del derecho natural, concibiéndose, en definitiva, su filosofía del derecho como doctrina del derecho justo, en su obra *Lecciones de filosofía del derecho* de 1948. Altera el orden de las preferencias anteriores en extremos tan significativos como otorgar primacía a la justicia sobre la seguridad, apelando a la vieja noción de la *naturaleza de las cosas*, reconociendo la existencia de normas suprapositivas. En efecto, G. Radbruch elabora su concepción jurídica sirviéndose del concepto de la *naturaleza de la cosa* (*Natur der Sache*), como categoría ética, concepto intrínsecamente iusnaturalista que era empleado para reconducir el derecho a un objeto o a un fin anterior al mismo, y que, encontrando antecedentes en Santo Tomás en su *ipsa natura rei*, serviría de base para la formulación de un nuevo objetivismo ético y jurídico. El derecho natural no se derivaría ya exclusivamente de la naturaleza humana, entendida como algo estable y permanente, sino también de la “naturaleza de las cosas”, entendida como categoría mudable e histórica. Aclara Elías de Tejada que *la naturaleza de la cosa* se presenta como la solución para el problema de la ruptura del dualismo entre ser y deber ser, entre realidad y valor, es decir,

es el conjunto de formas previas a las relaciones jurídicas, las relaciones de vida regladas por usos, costumbres y preceptos morales, los tipos de negocios que sirven de fundamento para las obligaciones jurídicas, los cuadros colectivos en que se cimentan comunidades e iglesias con pretensión de personificación en el Derecho. Prenden en el Derecho en la medida en que sirven de orientación para el legislador.<sup>113</sup>

En una alocución con motivo de la reinauguración de la Facultad de Derecho de Heidelberg en 1946, G. Radbruch señaló una serie de principios decisivos para la renovación del derecho en Alemania, que había de partir desde las facultades de derecho, tornando los ojos al derecho natural

<sup>113</sup> Elías de Tejada, F., *Tratado de filosofía del derecho*, España, Universidad de Sevilla, 1977, t. II, pp. 636-665, en particular, pp. 650-659.

para rechazar el positivismo que hizo posible las que denomina leyes criminales (*verbrecherische Gesetzen*) del nacionalsocialismo:

Miramos para atrás [decía] hacia doce años llenos de arbitrariedad y antide-recho, hacia el predominio de un poder estatal que tuvo por admisible todo lo que le pareció útil y saltó ligeramente sobre leyes válidas, allí incluso donde ellas servían a los fines más sagrados, la protección de la vida humana. Debemos retornar de la ilegalidad y arbitrariedad al imperio de la ley; del Estado antijurídico, al *Estado de derecho*. [...] De nuevo, debemos prevalernos de los derechos humanos que se hallan por encima de toda ley, del derecho natural, que niega validez a toda ley enemiga de la justicia.<sup>114</sup>

### B. *Escuela de derecho libre*

La denominada “escuela o movimiento del derecho libre”<sup>115</sup> (*Freirechtliche Bewegung*), que se origina a comienzos del siglo XX, se encuentra dentro de esta corriente del sociologismo jurídico. Frente al método de interpretación exegética y conceptual, formalista, defiende, efectivamente, un método sociológico, basado en la conciencia jurídica formada por la dinámica social. El juez, en su función de intérprete, ha de tener en cuenta ese *derecho vivo* que no surge de la autoridad del Estado, sino del obrar y sentir de los miembros del cuerpo social. La “escuela del derecho libre” reclama la libertad del juez para dictar sentencias en caso de lagunas de acuerdo con el sentido de justicia predominante en la sociedad, aplicando una especie de *derecho natural* cuyos principios no serían eternos e inmutables sino flexibles. Ante las lagunas legales, se reclama para el juez una esfera más o menos amplia de libre discrecionalidad, no basada en sus sentimientos personales sino en los factores económicos, sociales y morales dominantes, es decir en conformidad con las demandas de la época y las convicciones sociales del pueblo. Como señala Antonio Hernández Gil estamos ante otro método jurídico que trata de desplazar la hegemonía de la lógica, de la razón y de la norma, y, en una palabra, de lo que en oposición a derecho-libre, se denomina derecho-estatal.<sup>116</sup> En Francia, destaca dentro de esta corriente jurídica François Gény (1871-1938), y en Alemania, Hermann Kantorowicz (1877-1940). Como observa A. E. Pérez Luño, entre los aspectos negativos

<sup>114</sup> Radbruch, G., *El hombre en el derecho*, (Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho), traducción de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 124.

<sup>115</sup> Lorca Navarrete, J. F., *Temas de teoría...*, *cit.*, p. 304.

<sup>116</sup> Hernández Gil, A., *op. cit.*, vol. I, p. 279.

de esta tendencia, hay que señalar “el peligro de disolver la necesaria objetividad del derecho en un subjetivismo puramente voluntarista, de manera que el juez, al decidir cuáles sean los sentimientos predominantes de justicia en la comunidad, tienda a imponer sus propias convicciones personales, políticas y sociales”.<sup>117</sup> Como explica A. Hernández Gil, el juez goza de una libertad absoluta, no está sujeto a la ley. El juez, con relación a la ley, adopta primero una postura crítica, después desempeña una función creadora. La certeza de la solución legal no es sino el resultado de su criterio.<sup>118</sup>

### C. *Interpretación marxista del derecho*

La “interpretación marxista del derecho” supone una concreción del materialismo histórico dialéctico o socialismo científico. Dicha doctrina fue seguida tras la revolución de 1917, en la antigua Unión Soviética. El derecho, en cuanto superestructura, está determinado por las relaciones de producción que constituyen la estructura básica de la sociedad. La evolución dialéctica de la humanidad se produce a través de una lucha de clases de una parte de la sociedad por otra. Se preconiza un cambio en las condiciones de producción burguesas, un cambio revolucionario del capitalismo al comunismo. Dicha revolución está protagonizada por el proletariado, como nueva clase dominante, que se valdrá de un nuevo derecho como instrumento de opresión para eliminar a la clase burguesa. Con el triunfo revolucionario del proletariado, el derecho y el Estado ya no serán necesarios —aunque en la práctica se pondría en evidencia su necesidad para proteger el orden social soviético—, pues la sociedad se reorganizará teóricamente sobre la base de una asociación libre de productores iguales. Como explica Renato Treves, Karl Marx (1818-1883) entiende que la familia y la sociedad civil, ordenadas hacia fines económicos, no son una abstracción, un simple predicado, como sostenía Hegel, sino el sujeto, la estructura concreta, esencial y necesaria, frente a la cual el Estado y el derecho emanados de ella no son otra cosa que el predicado, o la superestructura accidental y contingente.<sup>119</sup> La lucha de clases no es sólo una lucha entre intereses contrapuestos, sino también una lucha entre ideologías opuestas, construidas en función de estos mismos intereses. La clase que dispone de los medios de producción material, dispone de los medios de producción intelectual. Las ideas dominantes son expresión de las relaciones materiales dominantes. Esta lucha

<sup>117</sup> Pérez Luño, A. E., *op. cit.*, p. 91.

<sup>118</sup> Hernández Gil, A., *op. cit.*, vol. I, p. 281.

<sup>119</sup> Treves, R., *La sociología del derecho...*, *cit.*, p. 60.

de clases finalizará con la victoria del proletariado sobre la burguesía. La vieja sociedad burguesa, con sus clases y sus antagonismos de clase, será sustituida por una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno sea la condición para el libre desarrollo de todos.<sup>120</sup> En definitiva, lo que afirma el materialismo histórico es que el acto de creación las relaciones sociales no es libre, sino que viene determinado por un conjunto de factores materiales. La estructura clasista de la sociedad y la pugna entre las clases es la condición determinante del progreso social. El triunfo final del proletariado está subordinado a la previa existencia de la burguesía.<sup>121</sup> P. I. Stucka (1865-1932) y E.B. Pasukanis (1891-1937) ofrecen una interpretación de la concepción marxista en la antigua Unión Soviética.

El sociologismo jurídico es recibido en los países anglosajones (EE.UU) y en los países escandinavos, bajo la denominación “realismo jurídico”. Como explica Renato Treves, en América la revuelta contra el formalismo se presenta esencialmente como revuelta contra el *case method*, es decir, contra el método que estudia el derecho tomando como base ya no los precedentes, sino una selección de casos particularmente importantes a los que se atribuye un carácter normativo<sup>122</sup>. El juez Oliver Wendell Holmes (1841-1936) es el principal representante de esta tendencia en Norteamérica, su perspectiva de lo jurídico se centra más en el momento aplicador del derecho por el juez, que en el creador por el legislador. El conocimiento del derecho se centra en la experiencia jurisprudencial. Las decisiones de los tribunales son previsibles a través de la economía y la sociología. Lo fundamental es la conducta de los jueces, más que las propias palabras de lo establecido en la ley. Asimismo, puede citarse a Roscoe Pound (1870-1964), para quien la investigación sociológica en el campo del derecho debe servir esencialmente a los fines prácticos de la “ingeniería social”. Tales fines, como explica R. Treves, que consisten en poner orden en las relaciones humanas y en armonizar las pretensiones en disputa, pueden ser alcanzados solamente analizando los factores preceptivos, como reglas y principios, y los intereses, individuales o públicos, y realizando sobre esta base un conjunto de investigaciones que coinciden sustancialmente con las específicas de la sociología del derecho. En este sentido, se ha de mencionar igualmente al juez Jerome N. Frank (1889-1957) “quien llegaría a afirmar [como explica A. E. Pérez Luño] que las sentencias o decisiones judiciales estaban influidas decisivamente por la

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 62 y 63.

<sup>121</sup> Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Gráficas Uguina, 1971, vol. II, pp. 63-65.

<sup>122</sup> Treves, R., *op. cit.*, p. 96.

dieta del juez, por sus preferencias y aborrecimientos personales, e incluso por sus prejuicios y sus estados de ánimo, rechazando así el principio de la certeza del derecho, al sostener que el juez era el único creador del derecho en una sociedad organizada”.<sup>123</sup> También, es preciso citar a Karl Llewellyn (1893-1962). En Europa se desarrolló también muy fructíferamente el realismo jurídico escandinavo. El derecho debía ser racionalizado, y para ello era preciso prescindir de valores emocionales, que eran residuos de antiguas creencias mágicas. El derecho es mero hecho social, sin consideraciones metafísicas. Los juristas escandinavos centran su atención en el sistema jurídico en su conjunto, más que en la actuación concreta de los tribunales. Entre los representantes de la Escuela de Upsala destacan los suecos Axel Hägerström (1868-1939), Karl Olivecrona (1897-1980), y el danés Alf Ross (1899-1979), quien reduce la validez del derecho a su eficacia, siendo las sentencias judiciales las fuentes jurídicas prioritarias, de forma que “las leyes pasan a ser jurídicas cuando efectivamente se incorporan a la ideología normativa de los jueces y son aplicadas en sus sentencias”.<sup>124</sup>

Asimismo, hay que aludir finalmente, dentro de una posición extrema de las concepciones sociológicas del derecho, al denominado “Uso alternativo del derecho”. Se pone de manifiesto que la interpretación y aplicación del derecho por el juez están condicionadas ideológicamente por factores políticos, económicos y sociales. Se ofrece una interpretación y aplicación del derecho alternativas al servicio de los intereses de las clases populares. Mediante una interpretación progresista del derecho se trata de favorecer determinados intereses sociales. El uso alternativo del derecho supone una opción a favor de una ideología, lo cual está vedado al intérprete jurídico, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. En efecto, con ocasión de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 14 de diciembre de 1989, cuyo ponente fue el magistrado don Juan Miguel Esteve Campillo se recogía la doctrina ya establecida por el Tribunal Supremo que manifestaba que

la distinción entre ley y Derecho que refleja el artículo 103.1 de la Constitución no es un simple juego semántico ni constituye tampoco una novedad, y si bien queda vedado al intérprete jurídico el llamado uso alternativo del Derecho que supone una opción a favor de una ideología, no es menos cierto que en nuestro ordenamiento jurídico el positivismo legalista hace años que está superado, de modo que la igualdad real y efectiva que postula el art. 9.2 de la Constitución ha de conseguirse sin subvertir la Constitución, antes, al

<sup>123</sup> Pérez Luño, A. E., *op. cit.*, pp. 95-98.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 98.



contrario, partiendo de ella, para lo cual hay que traducir en términos de justicia —de justicia sin adjetivos— lo que ella dice y dicen las leyes que la desarrollan (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4a., 20 de mayo de 1987)

5. *La interpretación progresista o dinámica de la norma jurídica o el judicial activism. El Stare decisis anglosajón y el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley en el ordenamiento jurídico español. El desenvolvimiento y progreso de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*

Teniendo en cuenta la natural insatisfacción que produce en el jurista considerar el derecho desde la perspectiva de un sistema cerrado de normas, como un mero conceptualismo jurídico vacío, y siendo además conscientes de que el derecho es un fenómeno esencialmente social, pues, lo jurídico emana de las relaciones humanas en sociedad, del grupo social, esto es, el derecho antes de ser norma jurídica es hecho social, surge, por tanto, de forma lógica la perpetua interrogante del *iter* o camino que el intérprete y aplicador del derecho debe seguir para resolver con justicia los casos planteados en la vida social. Entendemos, en este sentido, verdaderamente acertado el posicionamiento del insigne civilista José Castán Tobeñas cuando afirma que “lejos de adoptar una posición radical entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de fines e intereses, hemos de tender a combinar armónicamente lo que de bueno y útil tienen ambas direcciones. La elaboración del derecho no puede prescindir de un cierto conceptualismo, ni tampoco de la estimación de los intereses humanos y de las exigencias sociales”.<sup>125</sup> Es por ello que se opta en muchas ocasiones por un *sincretismo* o *pluralismo metódico*. Es decir, alude J. Castán a aquellas concepciones

que, partiendo del respeto y acatamiento de las normas jurídicas, entienden que el ordenamiento no se agota con el Derecho en ellas formulado, sino que se integra con los principios que, hallándose implícitamente contenidos en el mismo, se hacen especialmente presentes, en la aplicación y en la interpretación del Derecho (concepción principal del Derecho), bien porque tales principios se considere que pertenecen a un orden suprallegal (teoría tradicional del Derecho natural), o de naturaleza ideal (axiología jurídica), o porque constituyan la base o presupuesto de la propia aplicación del Derecho que,

<sup>125</sup> Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, 12a. ed. de José Luis De los Mozos, t. I: Introducción y parte general, vol. I: Ideas generales. Teoría de la norma jurídica, Madrid, Reus, 1982, p. 538.

por hallarse supeditado a la justicia, configuran la propia “naturaleza de las cosas” (campo marginal ontológico).<sup>126</sup>

Establecido este posicionamiento *sincrético*, puede afirmarse que los jueces y tribunales de justicia participan en la creación de derecho. En efecto, entendemos, como ha quedado apuntado en páginas anteriores, que la labor judicial no es meramente técnica, sino que es creadora de derecho. Lo que nos lleva a poner de manifiesto que la jurisprudencia constituye una auténtica fuente más del ordenamiento jurídico. En efecto, a pesar de que el artículo 1.6 del Código Civil español establezca simplemente que “la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”, con lo cual atribuye a la jurisprudencia la mera función de *completar* el ordenamiento jurídico, entendemos que dada su influencia en la praxis jurídica su misión va más allá. Especialmente interesante es la jurisprudencia que emana del Tribunal Constitucional, que como máximo *defensor* o *guardián de la Constitución*, trata de adaptar la norma fundamental del ordenamiento jurídico a la realidad de nuestra sociedad contemporánea. Según el artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, modificada por la Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo) el Tribunal Constitucional es el intérprete *supremo* de la Constitución (“El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”). Asimismo, según el artículo 5. 1 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 19/2003, del 23 de diciembre, se establece que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Luego, resulta de ambos preceptos que el Tribunal Constitucional no sólo es el intérprete supremo de la Constitución, sino que su interpretación vincula a todos los jueces y tribunales. Se pone así de manifiesto la transcendencia que alcanza la interpretación de las normas constitucionales que realiza el Tribunal Constitucional, sobre todo si tenemos presente que la interpretación no tiene habitualmente un sentido único, sino que se trata de optar entre los diversos sentidos posibles, por lo que se muestra claramente que hay

<sup>126</sup> Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, p. 539.

un margen de libertad, una cierta actividad de creación en la aplicación de la norma. Ignacio de Otto, al distinguir entre derecho y política, atribuyendo al primero el carácter de una deducción lógica, y a la segunda el de una decisión libre, apunta que

en el caso de la jurisdicción constitucional este margen resulta especialmente amplio, dada la naturaleza de los preceptos constitucionales, de modo que en los tribunales constitucionales se consideran sumamente vagos los perfiles de la diferencia entre política y derecho y a veces se los considera como órganos que adoptan decisiones políticas bajo el ropaje de aplicación de normas.<sup>127</sup>

Por ello, además de las dificultades, ya aludidas anteriormente, que presenta la operación hermenéutica a llevar a cabo para interpretar y aplicar adecuadamente el precepto jurídico, en este caso de carácter constitucional, al caso planteado, surge, según Miguel Carbonell, aparejado un aspecto crucial, sobre todo en materia de derechos fundamentales; nos referimos a lo que se ha denominado por la doctrina la dimensión *política* de la interpretación constitucional.<sup>128</sup> J. Wróblewski afirma que la interpretación constitucional está usualmente más estrechamente unida a problemas políticos que la interpretación de otras reglas de nivel jerárquico legal o infralegal, porque decide más sobre problemas políticamente relevantes.<sup>129</sup>

La peculiaridad de la interpretación constitucional, como se ha demostrado en la práctica interpretativa, consiste [afirma] en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las dudas constitucionales y a las opciones interpretativas. [...] La interpretación de los términos valorativos está mayormente enlazada con la axiología política, y las controversias concernientes a los términos descriptivos y cuasi descriptivos están estrictamente unidas a los problemas políticos de funcionamiento de las estructuras sociopolíticas.<sup>130</sup>

Como explica M. Carbonell, en materia de derechos fundamentales las dificultades políticas se centran al menos en dos aspectos: *a)* la puesta en práctica de los derechos sociales, lo que exige que la interpretación consti-

<sup>127</sup> De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987, pp. 288 y 289.

<sup>128</sup> Carbonell, M., “La interpretación constitucional como problema” prólogo a Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, prólogo de Miguel Carbonell y traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Mínima Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 11.

<sup>129</sup> Wróblewski, J., *op. cit.*, p. 114.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 109.

tucional se “materialice” en distintas políticas públicas sustantivas que hagan realidad los derechos sociales, y *b*) el reconocimiento de los derechos de grupos vulnerables, históricamente discriminados o ignorados por el ordenamiento jurídico, lo que se proyecta hacia el quehacer cotidiano del legislador.<sup>131</sup> Lo que, en definitiva, subyace en esto que se denomina dimensión *política* de la interpretación constitucional es la función misma del derecho en las sociedades contemporáneas.

La pregunta relevante [se interroga M. Carbonell] en este punto es la siguiente: ¿el derecho debe servir solamente para lograr la convivencia pacífica de una comunidad o puede ser utilizado también para modelar esa misma sociedad según nuestros ideales de justicia?, es decir, ¿el derecho tiene la capacidad para servir como un motor de transformación social sin por ello dejar de servir a los valores que le dan legitimidad?.<sup>132</sup>

Este planteamiento ha dado lugar a que se aluda al “activismo judicial”, sin embargo, se ha afirmado que

los jueces que intervienen en cuestiones “políticas” lo único que están haciendo es llevar a la práctica lo que expresamente señalan los textos constitucionales acerca del control de los poderes públicos.<sup>133</sup> El activismo judicial ha permitido alcanzar, a través de los pronunciamientos progresistas de los jueces en materia de derechos fundamentales, lo que se ha denominado la “revolución de los derechos”.<sup>134</sup>

Riccardo Guastini señala que la finalidad de toda doctrina de la interpretación es dirigir la actividad de los intérpretes a la luz de ciertos valores a realizar, distinguiéndose entre una ideología estática y una ideología dinámica, es decir entre una actitud de *judicial restraint* y una actitud de *judicial activism*.<sup>135</sup> La ideología estática consiste básicamente en atribuir al texto constitucional su significado original, mientras que la ideología dinámica persigue la adaptación continua del texto constitucional a la luz de las circunstancias y las exigencias de la vida social, y “favorece una interpretación «evolutiva», tiende a remediar el envejecimiento de la constitución y la falta de revisiones constitucionales”.<sup>136</sup> La doctrina del *judicial restraint* mantiene

<sup>131</sup> Carbonell, M., “La interpretación constitucional como problema”..., *cit.*, p. 11.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>134</sup> Carbonell, M., “La interpretación constitucional como problema...”, *cit.*, p. 22.

<sup>135</sup> Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *cit.*, p. 59.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 61.

la deferencia hacia el legislador democrático, de manera que los jueces no deben invadir las competencias del Poder Legislativo, favoreciendo la interpretación literal y/o originalista y/o conservadora. Mientras que la doctrina del *judicial activism* busca la congruencia del derecho con la conciencia social, procurando una interpretación tendencialmente libre de la letra de la ley, favorece la libre creación del derecho constitucional por el juez, pues tiene la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real mediante una interpretación evolutiva.<sup>137</sup> Se trata, en definitiva, de la distinción, ya aludida, que establece J. Wróblewski entre *ideología estática* de la interpretación legal e *ideología dinámica*. En el primer caso, la interpretación legal es considerada como mero descubrimiento del significado de la norma jurídica, su alcance es completamente opuesto al de la actividad legislativa, tomando como referencia la doctrina de la división de poderes. En el segundo caso, la interpretación es considerada una actividad que adapta el derecho a las necesidades presentes y futuras de la “vida social” en el sentido más amplio de este término, debido, fundamentalmente, a que los cambios en la vida social ocurren más deprisa que los cambios en la letra de la ley.<sup>138</sup> Es decir, “el significado de la regla legal no es, por tanto, ningún hecho del pasado conectado por vínculos ficticios con la voluntad del legislador histórico. De ser así, el derecho resultaría un gobierno de los muertos sobre los vivos. El significado de las reglas legales cambia en la medida en que cambian los contextos en los que opera”.<sup>139</sup> La interpretación de la norma jurídica concebida de esta manera, según la ideología dinámica, es una actividad creativa. El intérprete jurídico —juez— contribuye a solventar y dar cobertura a las necesidades de la vida social. De forma que, en definitiva, según J. Wróblewski el derecho aplicado es aquel cuyas reglas se determinan en la interpretación<sup>140</sup>. Es decir, el intérprete colaboraría con el legislador creando nuevas reglas adaptadas a situaciones nuevas.<sup>141</sup>

Sin embargo, dentro del margen de libertad del que dispone el juez para crear derecho al interpretar la norma jurídica, ha de precisarse que ello no puede implicar que la aplicación del derecho no sea uniforme en el espacio y en el tiempo. En efecto, en los países anglosajones se dispone del principio *stare decisis*,<sup>142</sup> en virtud del cual se atribuye fuerza vinculante al criterio con

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 63-65.

<sup>138</sup> Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de...*, cit., p. 75.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>142</sup> De Otto, I., *op. cit.*, pp. 290-291.

el que el mismo o distinto tribunal ha resuelto previamente los casos iguales al que se plantea, atribuyéndole la categoría de precedente, operando vertical y horizontalmente, con lo cual se asegura una justicia uniforme orientada desde la cúspide de la propia organización judicial, y al mismo tiempo se permite la posibilidad de que ésta se aparte de sus precedentes, admitiendo también la evolución del derecho judicial. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español al consagrarse constitucionalmente el principio de igualdad ante la ley en el artículo 14 de la Constitución se ha establecido una serie de directrices a cerca de la aplicación judicial uniforme del derecho. Así, en virtud del respeto al principio constitucional de igualdad, un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y en caso de apartarse de los criterios jurisprudenciales precedentes tiene que ofrecer una fundamentación suficiente y razonable.<sup>143</sup> En este sentido destacamos la Sentencia del Tribunal Constitucional español del 22 de julio de 1982, cuyo ponente fue el magistrado don Antonio Truyol Serra, que establece que “el principio de igualdad ante la ley implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de los precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”. Dicho criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, que ha sido seguido por numerosos fallos posteriores, se completa con el contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1987, cuyo ponente fue también don Antonio Truyol Serra, que estableció que

la modificación de la anterior línea jurisprudencial puede venir impuesta —sin quebrar con ello el mandato constitucional contenido en el artículo 14 CE— en razón, entre otros factores, de la necesidad de acomodar la interpretación de las normas a circunstancias también nuevas, o incluso por la necesidad de corregir lo que se juzguen errores anteriores en el entendimiento de aquéllas; para considerar respetado el principio de igualdad basta, en tales casos, con que la nueva y distinta resolución se haya adoptado reflexivamente por el juzgador, es decir, con que por quien aplique el Derecho se tenga en cuenta —para modificarlos en esta hipótesis— sus propios precedentes, de tal forma que la resolución finalmente dictada no aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a los casos anteriores resueltos en modo diverso.

<sup>143</sup> Véase Lorca Navarrete, J. F., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, 3a. ed. de Ma. Isabel Lorca Martín de Villodres, Madrid, Pirámide, 2008, pp. 241 y 242.

I. de Otto observa acertadamente que con esta doctrina el Tribunal Constitucional español incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el principio del precedente, pero que mantiene diferencias fundamentales con el *stare decisis* anglosajón. Pues, el principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico únicamente garantizará la seguridad jurídica y la igualdad ante cada tribunal singularmente considerado, y además, en la práctica, el juez dispone de una amplísima libertad para cambiar el sentido de sus resoluciones en casos iguales, con el único requisito —observa I. de Otto— de que ello responda a un cambio de criterio que ni siquiera tiene que justificar, pues lo que el Tribunal Constitucional ha exigido es tan sólo que la diferencia entre las resoluciones esté motivada, sin entrar a examinar si esa motivación es o no suficiente.<sup>144</sup> En relación a este principio de igualdad en la aplicación de la ley, destacamos la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1993, del 8 de febrero, cuyo ponente fue el magistrado Gabaldón López, en cuyo fundamento jurídico 2o. se establece que para que pueda determinarse la desigualdad en la aplicación de la ley, es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos que han ido forjándose a través de la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Constitucional:

- Que las decisiones en contraste hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial.
- Que tales decisiones recaigan sobre casos o supuestos conflictivos esencialmente idénticos, es decir, semejanza de hechos básicos y de la normativa aplicable.
- Que la solución o decisión innovadora se aparte de la doctrina anterior sin explicación razonada al respecto, es decir, sin fundamentación que justifique el cambio de criterio.

En la valoración de estos supuestos es preciso tener en cuenta —se añade— que no compete al Tribunal Constitucional

operar como órgano unificador de la jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de las leyes puesto que, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, la exigencia de la aplicación igual o uniforme por los jueces y tribunales, en aras del principio de igualdad, no tiene un carácter material sino más propiamente formal, es decir, que aquella exigencia se cumplirá siempre que, dentro del ámbito de independencia de los tribunales en su labor específica, se exteriorice y razone la aplicación del derecho que en cada caso se efectúe

<sup>144</sup> De Otto, I., *op. cit.*, pp. 291 y 292.

y se explicita en la decisión innovadora o se deduzca con claridad la razón del distinto fallo.

El Tribunal Constitucional sigue razonando este fundamento jurídico señalando que

lo que en definitiva prohíbe el art. 14 en su vertiente de derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley es que una resolución judicial responda de manera particular y aislada al concreto supuesto planteado en contradicción injustificada y arbitraria con criterios generales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas —STC 108/1988— porque, como dice la STC 200/1990, tal derecho constitucional protege fundamentalmente frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos.

Desde la sanción y promulgación de la Constitución Española, el 27 de diciembre de 1978 por el rey don Juan Carlos I de Borbón ante las Cortes Generales, el entero ordenamiento jurídico español ha de ser conforme con el contenido de su norma fundamental. En cuanto a la aplicación de normas anteriores a la Constitución Española, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional parece seguir una cierta discrecionalidad al establecer que “los jueces ordinarios pueden no aplicar aquellas normas anteriores a la Constitución que consideren derogadas por ésta y pueden también plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional” (STC 11/1981, del 8 de abril). La promulgación de la Constitución Española de 1978 obliga al intérprete jurídico a tener bien presente su carácter de norma fundamental de todo el ordenamiento jurídico. Toda norma jurídica ha de ser interpretada en conformidad con su contenido. En concreto, en el artículo 1.1 de la Constitución Española se alude a libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como *valores superiores del ordenamiento jurídico*, con lo cual toda norma elaborada por el legislador, toda norma interpretada y aplicada por el juez debe tener en cuenta este fundamental precepto constitucional.

La Constitución Española de 1978 cumplió, en diciembre de 2008, treinta años de vigencia, y el balance es positivo. Ya cuando nuestra norma



fundamental cumplió diez años de vigencia, muchos juristas pusieron de relieve que dicho espacio temporal significaba un hito excepcional en nuestra historia constitucional, puesto que otras Constituciones españolas anteriores habían tenido generalmente una vigencia meramente formal y breve, excepto el texto de 1845 y el de 1876, que gozaron de una vigencia más prolongada.<sup>145</sup> Por su parte, cuando la Constitución Española de 1978 cumplió quince años de vigencia, la opinión de la doctrina fue, una vez más, unánime en cuanto a señalar que el balance era totalmente positivo, debido, en gran parte, al proceso de transición política a la democracia, que puede ser considerada como ejemplar, y al espíritu de consenso entre las diferentes fuerzas políticas que presidió su elaboración. En efecto, Gregorio Peces-Barba hace hincapié en la idea de que el consenso supone un espíritu de entendimiento, aproximación, tolerancia y superación de diferencias, que estuvo presente en la elaboración y en el contenido de la Constitución Española de 1978. El consenso se traduce en un acuerdo sobre las condiciones mínimas para la vida en sociedad, “es un pacto para la paz y para la convivencia con profundas raíces éticas y culturales que pretende superar una tradición de enfrentamientos y buscar la coincidencia en lo fundamental”.<sup>146</sup>

En la sección 1a., del capítulo II, del título I, en los artículos 14-29 de la Constitución Española, se recogen los derechos fundamentales y las libertades públicas. Los cuales, de conformidad con el artículo 53.2 de la misma norma fundamental, poseen una tutela jurisdiccional reforzada en caso de ser vulnerados, que consiste en la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución Española establece, en el artículo 53.2, que

cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1a., del Capítulo Segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

La doctrina<sup>147</sup> ha calificado incluso a la Constitución Española de “ambiciosa”, porque establece una amplia tabla de derechos fundamentales, que

<sup>145</sup> Álvarez Conde, E., “Una década de desarrollo constitucional”, *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 489-507.

<sup>146</sup> Peces-Barba, G., *La Constitución Española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1981, p. 18.

<sup>147</sup> Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, p. 55.

contrasta con la sucinta declaración de derechos y libertades contenida en otras Constituciones. Por su parte, el Tribunal Constitucional aparece regulado en el título IX de la Constitución Española, en los artículos 159 a 165, cuyas previsiones son desarrolladas por la Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 125, viernes 25 de mayo de 2007). Con esta reforma, como señala la “Exposición de Motivos” de la citada Ley Orgánica se pretende afrontar “de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional”, es decir, “la presente reforma pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional”. Por esta razón —se afirma en la Exposición de Motivos—, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución, los cuales se cifran en el control de constitucionalidad mediante el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte del alto tribunal. Con lo cual, la Constitución Española de 1978 recupera el precedente del Tribunal de Garantías establecido por la Constitución Española de 1931.

A continuación trataremos de poner de manifiesto, a modo de ejemplo, algunos casos en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha mostrado *progresista*, amparando situaciones fácticas no previstas expresamente por la norma constitucional, poniéndose así de manifiesto la conveniencia de lo que se ha denominado una *interpretación evolutiva* de la norma jurídica o una *jurisprudencia progresiva*, esto es la adaptación de la norma jurídica constitucional a las cambiantes exigencias políticas, éticas o sociales. De esta manera, el Tribunal Constitucional mediante una certera interpretación de la norma constitucional ha resuelto con éxito una serie de controvertidos asuntos, bien amparando a colectivos históricamente discriminados, bien estableciendo criterios jurisprudenciales de ponderación que permiten resolver conflictos entre derechos fundamentales no resueltos a priori en el texto constitucional, bien porque sus sentencias, y la interpretación jurídica que en ellas se contiene, pasan a convertirse en valiosa normativa legal actual ante la ausencia de un adecuado desarrollo normativo dado por el propio legislador acerca de determinados derechos fundamentales. De manera que es posible apreciar en dichas resoluciones del Tribunal

Constitucional, como observa Luis López Guerra, mucho más que la resolución de casos concretos, pues “son más bien fundamentos o cimientos de un edificio conceptual y normativo en continua construcción.<sup>148</sup> Y ello es así debido a que el Tribunal Constitucional no es sólo el *defensor* de la Constitución sino además su *intérprete*, lo que implica el establecimiento de criterios generales a que deben atenerse los demás poderes públicos, incluyendo el mismo poder legislativo. En efecto, L. López Guerra explica que

los Tribunales Constitucionales no sólo defienden, sino que también interpretan la Constitución. Es decir, hacen explícitos principios y mandatos contenidos en la Constitución de forma implícita, y, por otro lado, establecen la forma de interpretar concordantemente preceptos aparentemente opuestos, o desconectados entre sí, de la Constitución. [...] La jurisdicción constitucional, de esta forma, y mediante la interpretación constitucional, suministra al resto de los poderes públicos herramientas conceptuales y criterios de actuación. Los Tribunales Constitucionales cumplen así un papel, no sólo de defensa, sino también de creación del orden constitucional.<sup>149</sup>

En el ámbito del derecho fundamental al *honor* (artículo 18.1 CE), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se mostró especialmente progresista, al poner de manifiesto su interés por amparar a colectivos que en un momento determinado puedan sentirse heridos o lesionados en su honor. En efecto, el derecho al honor es, esencialmente, un derecho derivado de la dignidad humana y consiste en no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás. El titular de este bien jurídico que es el honor —el cual es un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible— solamente puede serlo, en principio, la persona individual o física, pues, ésta como ser racional, posee una dignidad que la hace merecedora de respeto. Es más, solamente puede ser titular del derecho fundamental al honor la persona física y viva, pues es un derecho de la personalidad, la cual se extingue con la muerte (artículo 32 del Código Civil). Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, del 11 de noviembre de 1991, reconoció lesionado el honor de la demandante, Violeta Friedman, integrante de un colectivo, el pueblo judío, otorgándole el amparo solicitado. En una importante revista de alcance nacional, se recogían unas declaraciones de León Degrelle, ex jefe de las Waffen SS, en relación con la actuación nazi con los judíos y sobre los campos de concentración. Así, afirmó cosas como: “A

<sup>148</sup> López Guerra, L., *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 15.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los Estados Unidos para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos”. En aquella entrevista se contenían frases realmente crueles y ofensivas para con la realidad genocida que fue el holocausto nazi. El recurso de amparo fue promovido por la señora Violeta Friedman contra la sentencia del 5 de diciembre de 1989 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación dimanante del juicio sobre protección civil del derecho al honor seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid. La señora Friedman alegó que tales declaraciones lesionaban su honor, pues ella misma, que era judía

estuvo internada —Antecedentes de hecho, punto 2 b)— en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió gaseada toda su familia, por orden de un médico citado en las declaraciones, por cuanto con tales afirmaciones el demandado no sólo tergiversaba la historia, sino que, además llamaba mentirosos a quienes, como la demandante, padecieron los horrores de los campos de concentración nazis.

Así, pues, la actora, que no había sido mencionada nominalmente en tales declaraciones a la prensa, solicitaba del Tribunal Constitucional el amparo ante la vulneración sufrida en su derecho al honor, y que se declarase en consecuencia, la nulidad de la sentencia dictada el 5 de diciembre de 1989 por la Sala Primera del Tribunal Supremo. El amparo le fue otorgado a la señora Friedman, siendo la primera vez que el Tribunal Constitucional español reconoció el derecho al honor a un colectivo, con lo que aquí la jurisprudencia del alto tribunal en esta materia hace una especie de *zig-zag* al considerar como titular de un derecho fundamental personalísimo, como es el derecho al honor, a un colectivo. La razón de ello estriba en que, como comenta el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos de esta sentencia del 11 de noviembre de 1991, ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión pueden amparar las manifestaciones de tipo racista o xenófobo, pues resulta claramente afectado no sólo el honor, sino también a propia dignidad humana que es extensible en igualdad de condiciones a todos los pueblos de la Tierra. Así, la sentencia estima que tales declaraciones de León Degrelle son antisemitas y son una “incitación antijudía”, y por tanto, concluye con notable acierto la sentencia en su fundamento jurídico 8o. razonando que:

[...] constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella sufridos y padecidos, como con desgarró se exponen en la demanda, no comporta exclusivamente correcciones personales de la Historia sobre la persecución de los judíos dando una dimensión histórica o moral, sino, antes al contrario, y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo y, dentro de ellas, la hoy recurrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrado en el artículo 20.1 CE.

En relación con el caso Violeta Friedman, podemos citar otro caso igualmente significativo en el que se ampara de nuevo por parte del Tribunal Constitucional, al colectivo judío frente al “discurso del odio”. Nos referimos a la sentencia 235/2007, del 7 de noviembre que sigue la línea jurisprudencial establecida en la STC 214/1991, caso Violeta Friedman. En concreto, en el fundamento jurídico 5o. podemos leer que:

el art. 20.1 CE no garantiza el “derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10. 1 CE)” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8o.).

El mismo fundamento jurídico 5o. sigue razonando así:

[...]en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, del 11 de diciembre, FJ 5o.). Igualmente hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, del 11 de noviembre, FJ 8o.; 13/2001, del 29 de enero, FJ 7o.). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos [...] En concreto, viene considerando [...] que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

De esta manera, reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español ha procedido al reconocimiento del derecho al honor de grupos vulnerables, históricamente discriminados o ignorados por el ordenamiento jurídico.

En líneas generales, ha sido también muy fecunda la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de conflicto o colisión entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y/o información y el derecho fundamental al honor. El Tribunal Constitucional ha partido del criterio de la primacía de las libertades de expresión e información en un Estado democrático, pues ello es necesario para la formación de una opinión pública libre y el desenvolvimiento del pluralismo político, que es consagrado como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución. Partiendo de este criterio orientativo, las libertades de expresión e información perderán su primacía allí donde el honor, que también es un derecho fundamental, se vea gravemente afectado. Para saber la primacía, por tanto, del derecho a la libertad de expresión y de información o del derecho al honor habrá que examinar el caso planteado en cuestión, no obstante reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha establecido unos importantes *criterios jurisprudenciales de ponderación*. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas sentencias que: *a)* las libertades de expresión y de comunicación, aunque gocen de una posición de preferencia en democracia frente al derecho al honor, no pueden implicar nunca el admitir la injuria, o sencillamente frases o expresiones malintencionadas. Sin embargo, hay que dejar claro que la libertad de expresión sí ampara la crítica que puede ser en ocasiones áspera, dura o desabrida, pero la libertad de expresión no supone otorgar carta de naturaleza al insulto. Es decir, la existencia de *animus injuriandi* limita la primacía de la libertad de expresión y de información en un Estado plural y democrático (sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990, fundamento jurídico 8o., sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, del 12 de noviembre, fundamento jurídico 5o.); *b)* El carácter público de las personas o asuntos comprendidos en el uso de la libertad de expresión o información (sentencias del Tribunal Constitucional 107/1988, 105/1990 y 85/1992); *c)* La información ha de ser veraz. Veracidad no equivale a realidad incontrovertible

de los hechos, sino a “una especial diligencia que asegura la seriedad del esfuerzo informativo, que no está constitucionalmente protegido para servir de vehículo a simples rumores, invenciones o insinuaciones” (sentencia del Tribunal Constitucional 219/1992). Luego, la veracidad viene entendida no en términos absolutos, sino que implica un deber de diligencia por parte del periodista que le lleve a contrastar la noticia. En ocasiones, a pesar de ejercerse adecuadamente el deber de diligencia, la información puede ser poco exacta, o incluso errónea, lo cual es frecuente en una sociedad pluralista. También, la libertad de información ampara la formulación de conjeturas (sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, del 12 de noviembre, fundamento jurídico 10o.). Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 52/2002, del 25 de febrero

la exigencia constitucional de veracidad, predicada de la información que se emite y recibe, guarda relación con el deber del informador de emplear una adecuada diligencia en la comprobación de la veracidad de la noticia, de manera que lo transmitido como tal no sean simples rumores, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, sino que se trate de una información contrastada *según los cánones de profesionalidad*, y ello, insistimos, con independencia de que la plena o total exactitud de los hechos sea controvertible.

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2007, del 4 de junio, recuerda la doctrina sobre el derecho a la libertad de información, señalando la necesaria concurrencia de dos requisitos inexcusables para su ejercicio protegido constitucionalmente: *que la comunicación transmita una información veraz, y que la misma sea relativa a asuntos de interés general o relevancia pública*. Asimismo, es necesario precisar que el requisito o condición de veracidad rige para la información de hechos (derecho fundamental a la libertad de información), pero no para la exposición de juicios de valor (derecho fundamental a la libertad de expresión), debido a que aplicar aquí el criterio de la verdad resultaría muy difícil por el tinte inevitablemente subjetivo que éstos presentan. En este sentido, destacamos la interesante sentencia del Tribunal Constitucional 9/2007, del 15 de enero, en donde puede leerse en su fundamento jurídico 4o., que

mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se presentan, por su natu-

raleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia de su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumbe su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del artículo 20.1 d) de la Constitución, y por tanto la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta (sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico 2o.).

También, conviene advertir que el carácter público es necesario distinguirlo del criterio de la veracidad, y el papel distinto que desempeñan uno y otro según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad. Pues,

mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido inverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa.<sup>150</sup>

Con estas referencias a varias sentencias del Tribunal Constitucional tratamos de poner de manifiesto la importante interpretación y argumentación en ellas contenidas, que ha hecho posible como resultado el establecimiento de una serie de criterios jurisprudenciales de ponderación que permiten resolver los casos de conflicto o tensión entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información y el derecho al honor, casos que a priori el texto constitucional no resuelve. En efecto, Riccardo Guastini hace referencia a la *ponderación*<sup>151</sup> como técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales, estableciendo entre ambos una *jerarquía axiológica móvil*. La jerarquía axiológica es una relación de valor creada por el juez constitucional mediante un juicio de valor comparativo, que le otorga a uno de los dos principios en conflicto un peso o importancia ético-política, mayor respecto a otro. En consecuencia, explica R. Guastini, el principio que tiene “más valor” prevalece sobre el otro, se aplica, mientras que el otro se deja de lado, pero este principio no aplicado, no es derogado, sino que “si-

<sup>150</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 172/1990, 12 de noviembre, fundamento jurídico 3o.

<sup>151</sup> Guastini, R., *op. cit.*, pp. 88-91.



que vivo” o en vigor, y será aplicado en otras controversias donde haya de prevalecer. Sin embargo, el juez no establece una jerarquía axiológica fija o permanente, no determina el valor de los dos principios en abstracto y de una vez por todas. Por ello, el conflicto mediante la jerarquía axiológica móvil no se resuelve definitivamente, sino que hay que estar al caso concreto, no se puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras. La ponderación es un juicio de valor comparativo que no es una conciliación entre dos principios en conflicto, no consiste en la aplicación parcial o en el sacrificio parcial de los dos principios, sino que uno de los dos principios se aplica, mientras que el otro es decididamente descartado momentáneamente.

En el ámbito del derecho fundamental a la *huelga* (artículo 28.2 de la Constitución Española), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido especialmente importante, pues el régimen jurídico del derecho de huelga se encuentra contenido en una norma preconstitucional, en un Real Decreto-Ley (RDL) aprobado durante la transición política al régimen democrático, en el RDL del 4 de marzo de 1977, de relaciones de trabajo, que continua vigente en la parte de su articulado que regula tanto el derecho de huelga como el cierre patronal. En efecto, dicho RD fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual dictó la sentencia 11/1981 del 8 de abril; importantísima en esta materia porque declaró inconstitucionales determinados artículos o apartados de dicha normativa, pero, además realizó una interpretación del contenido de otros preceptos según el texto constitucional, salvando así su vigencia. Por lo que dicha sentencia, junto con otras dictadas posteriormente por el alto tribunal en esta materia del derecho de huelga, tienen un gran valor en el ordenamiento jurídico español porque vienen a completar y aclarar la regulación del derecho fundamental de huelga establecida en el artículo 28.2 de la Constitución Española y en el RDL de 1977, perfilando y depurando la doctrina constitucional en este tema. En efecto, el Tribunal Constitucional para sostener la constitucionalidad de las modalidades de huelgas referidas en el RDL como ilícitas, el cual da lugar a una restricción de las huelgas lícitas, las reinterpreta en base al *principio de proporcionalidad de sacrificios*, con lo que en la práctica se produce una importante limitación de las modalidades de huelgas tenidas como ilícitas o abusivas. Pues, el Tribunal Constitucional estima que las modalidades de huelga ilícitas recogidas en el RD-L, son ilícitas *iuris tantum*, esto es, se presumen abusivas, lo que hace posible prueba en contrario por parte de los huelguistas. Mientras que, en relación con las

huelgas intermitentes las huelgas intermitentes, no mencionadas en la tipología o modalidades ilícitas del RD-L, el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional es justamente el inverso, pues se presumen lícitas, salvo que la parte empresarial demuestre su carácter abusivo. Con lo cual, en el ámbito del derecho fundamental a la huelga, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha sido especialmente valiosa, pues constituye la única regulación legal actualizada existente al respecto. Como afirma M. Carbonell, la puesta en práctica de los derechos sociales, exige que la interpretación constitucional se “materialice” en distintas políticas públicas sustantivas que hagan realidad los derechos sociales.<sup>152</sup>

En el ámbito del derecho a la *objección de conciencia*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene una importancia particularmente muy relevante. En efecto, la objeción de conciencia no es, en principio, un derecho fundamental, pero es un derecho constitucional que está reconocido por la Constitución Española en el artículo 30.2, y que en virtud del artículo 53.2 tiene atribuido el recurso de amparo para el caso de su vulneración o desconocimiento. Aunque, podría ser incluso calificado como *derecho fundamental* toda vez que es considerado por el propio Tribunal Constitucional como un derecho derivado del derecho fundamental a la libertad ideológica del artículo 16. 1 de la Constitución. El reconocimiento que nuestra carta magna hace de este derecho es a propósito del servicio militar obligatorio. Sin embargo, España ha experimentado desde el 31 de diciembre de 2001 un proceso progresivo de profesionalización de las fuerzas armadas, quedando pues suprimido el servicio militar obligatorio. Aunque no por ello dejará de tener aplicación este importante derecho constitucional que es la objeción de conciencia. Pues, sabido es su importancia e incidencia en ámbitos como el sanitario, el fiscal, el farmacéutico, la bioética, etc. A falta de una ley en España que regule el derecho a la objeción de conciencia, el único marco legal con el que contamos es además del artículo 30. 2 de la Constitución Española, el artículo 16. 1 del mismo cuerpo legal que garantiza la libertad ideológica, con el carácter de derecho fundamental. Junto a ambos preceptos constitucionales, ha sido fundamental lo establecido por el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias al respecto. En efecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia 15/1982, del 23 de abril, en su fundamento jurídico 6o. señala que

tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la obje-

<sup>152</sup> Carbonell, M., “La interpretación constitucional como problema...”, *cit.*, p. 11.

ción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. [...] Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión “la Ley regulará”, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia.

Junto a semejante interpretación y argumentación del precepto constitucional, se ha de tener presente lo establecido en el fundamento jurídico 8o. de dicha sentencia que señala que:

De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho para que su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.3 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; [...].

Asimismo, y muy especialmente, el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, del 11 de abril, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad número 800/83, del 13 de diciembre de 1983 contra el “Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal” acerca de la despenalización del delito de aborto en determinados supuestos, hizo notar que no era estrictamente necesaria una regulación de la objeción de conciencia para que esta fuera protegida en cuestiones distintas a la clásica sobre el servicio militar:

No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16. 1 CE y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

Como explica Rafael Navarro Valls, “esta sentencia es una verdadera carta magna de la objeción de conciencia en España”.<sup>153</sup> Más recientemente, el Tribunal Constitucional, ha reconocido la posibilidad de invocar las propias convicciones para sustraerse al cumplimiento de deberes profesionales, impuestos a militar y a policía nacional (sentencia 177/1996, reiterada en sentencia 101/2004), haciendo valer la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa e ideológica. En efecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16. 1 de la Constitución Española, y ha establecido en varias sentencias que:

El derecho a la libertad religiosa del art. 16. 1 de la Constitución Española garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio artículo 16. 1 de la Constitución Española, incluye también una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros<sup>154</sup>

De conformidad con esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha establecido en la sentencia de 23 de abril de 2005 que

en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE (STC núm. 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la inte-

<sup>153</sup> Navarro Valls, R., “La objeción de conciencia, derecho fundamental”, *Alfa y Omega*, núm. 268/12-VII-2001, disponible en [www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2001/jul2001/num268/enport/enport05.htm](http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2001/jul2001/num268/enport/enport05.htm) (consultada el 15 de enero de 2009).

<sup>154</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1985, fundamento jurídico 2o.; 120/1990, fundamento jurídico 10o. y 137/1990, fundamento jurídico 8o.

gridad física y moral (art. 15 de la CE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso.

Por su parte, la sentencia del 4 de marzo de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, (recurso número 787/07), resolvió un caso de objeción de conciencia, reconociendo tal derecho a los demandantes, en materia de educación, en relación a la asignatura Educación para Ciudadanía y los Derechos Humanos, acogiéndose a la doctrina jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el Pleno de la Sala Tercera o de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia del 28 de enero de 2009, negó que exista un derecho genérico a la objeción de conciencia frente a la asignatura mencionada. Dicha resolución alcanzó un acuerdo mayoritario, pues estuvo respaldada por 22 de los 29 magistrados que participaron en la deliberación. Tan alto consenso fue posible debido al establecimiento de una salvedad, la asignatura debe limitarse a inculcar los valores recogidos en la Constitución, por lo que cualquier intento de utilizarla para adoctrinar sobre valores morales permitirá revisar en el futuro este criterio adoptado. Sin embargo, los objetores anuncian que recurrirán al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Estrasburgo. En la hora presente, hemos de esperar el pronunciamiento, en su caso, del Tribunal Constitucional para conocer la dirección jurisprudencial interpretativa en materia de educación en relación a la asignatura Educación para Ciudadanía y los Derechos Humanos, que posea carácter definitivo y unificador. Estamos, por tanto, en un ámbito donde no existe regulación legal de desarrollo expresa, por lo que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional ha sido y es de gran valor, y la que realice asimismo en el futuro, sobre todo si tenemos presente que lo que en el derecho a la objeción de conciencia se produce es el rechazo al cumplimiento de determinadas normas jurídicas por ser éstas contrarias a las creencias éticas o religiosas de una persona, es decir, estamos en presencia del antiquísimo conflicto entre conciencia y ley. En todo caso, cuando el Poder Legislativo elabore una ley que regule y desarrolle el derecho a la objeción de conciencia, deberá tener en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en su reiterada doctrinal jurisprudencial.

En el ámbito de la *igualdad*, puede encontrarse con gran provecho pronunciamientos del Tribunal Constitucional español en donde se ha puesto de manifiesto una clara actitud progresista vedando toda discriminación o diferenciación que carezca de justificación objetiva y razonable. Partimos del artículo 14 de la Constitución Española donde se proclama la igualdad

ante la ley, “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Este precepto constitucional se trata de una fórmula flexible, pues deja abierta su redacción textual a otras posibles formas de discriminación no consignadas específicamente por la norma fundamental. El Tribunal Constitucional español ha actuado evaluando caso por caso la existencia o no de discriminación, pues no toda situación en la que se produzca un tratamiento distinto es generadora de discriminación. El alto tribunal deberá proceder en cada caso a una ponderación adecuada en la que estime si existe racionalidad en la diferencia de trato. En este sentido baste recordar el fundamento jurídico 7o. de la sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, del 16 de julio, en donde podemos leer que

no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hechos injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y por otro, que, como este mismo Tribunal ha sostenido, el tratamiento diverso de situaciones distintas “puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1º), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (STC 34/1981, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 3º; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, fundamento jurídico 3º)”. La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

Estamos ante lo que el Tribunal Constitucional español ha denominado *desigualdad compensatoria*. En efecto, no toda situación en la que se produzca un tratamiento distinto es generadora de discriminación. Podemos también citar la sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, del 14 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico 5o., se establece que:

La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de

este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente (SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991, que versan precisamente sobre pretendidas discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse).

Igualmente interesante es la sentencia del Tribunal Constitucional 147/1995, del 16 de octubre, donde se alude a un caso denominado como *discriminación indirecta por razón de sexo*, y en cuyo fundamento jurídico 2o. se afirma que:

En efecto, como hemos tenido ocasión de declarar en resoluciones precedentes, el art. 14 CE prohíbe específicamente la discriminación por razón de sexo, sea en su expresión más tosca donde el sexo es objeto de consideración directa, sea en su vertiente más sutil y común, la que tiene lugar bajo la apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios, pero que encubren consecuencias perjudiciales para un grupo social determinado, generalmente femenino (STC 145/1991). Este principio de no discriminación comporta en materia salarial que a un mismo trabajo, o, más precisamente, a un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, debe corresponder igual retribución, lo que excluye que pueda tomarse en consideración, sea directa o indirectamente, el sexo como factor determinante de los criterios retributivos, a menos que sea un elemento de idoneidad o aptitud profesional para el desempeño de una tarea que posee un valor propio y específico.

Así, el propio Tribunal Supremo se hace eco de la doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional en materia de igualdad y la adecuada interpretación del artículo 14 de la Constitución Española, en la sentencia del 22 de mayo de 2000, número 501/2000, dictada en resolución del recuso de casación número 19/1996, cuyo ponente fue don Román García Varela. En el fundamento jurídico 3o. de esta sentencia del Tribunal Supremo, que desestima el recurso interpuesto, podemos ver que, apoyándose en la doctrina ya emanada del Tribunal Constitucional se diferencia entre la igualdad

ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, como dos vertientes que presenta el artículo 14 de la Constitución Española. De manera que

así como la primera contiene la regla de que ante situaciones idénticas debe darse el mismo tratamiento, la segunda no implica la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad (STC núm. 83/1984, RTC 1984, 83), correspondiendo a la ley apreciar las razones que puedan existir para establecer distintas exigencias en atención a las distintas situaciones de hecho, dándoles o no relevancia jurídica, de forma que cuando considere no suficientemente relevante alguna de estas diversas situaciones no se vulnera el principio de igualdad, pues la diferenciación obligada de todo lo diverso es contraria al elemental principio de generalidad de la ley e imposibilitaría la ordenación de las reclamaciones jurídicas (STC núm. 20/1986, RTC 1986, 20)[...]”.

Igualmente, podemos mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional 2/1998, del 12 de enero, dictada en resolución de un recurso de amparo, número 375/1995, y cuyo ponente fue el magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, quien expresa el parecer de la Sala. Estamos ante un caso de desigualdad retributiva, en el que el Tribunal Constitucional precisamente no estimó dicho recurso de amparo, por entender que no existía entre los dos supuestos de hecho contemplados identidad, lo cual justificaba el trato desigual. Ello da lugar a consideración del Tribunal Constitucional a que la desigualdad retributiva no sea discriminatoria. Así, el fundamento jurídico 4o. *in fine* explica que:

No puede admitirse por ello la pretendida infracción del art. 14 CE. En este sentido no cabe hacer reproche alguno a las Sentencias impugnadas, ya que el principio de igualdad que garantiza el citado artículo de la Constitución no impide -como resulta de lo razonado en las mismas- regular de manera diferente situaciones con peculiaridades distintas, ni exige para todos los casos un tratamiento igualitario con abstracción de cualquier elemento diferenciador con relevancia jurídica.

En definitiva, pudiera afirmarse<sup>155</sup> que la igualdad, tal como aparece regulada en el artículo 14 de la Constitución Española, es meramente una

<sup>155</sup> Véase Lorca Navarrete, J. F., *op. cit.*, pp. 246-247; Lorca Martín de Villodres, Ma. I., “La igualdad: reflexiones para un planteamiento sistemático en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XIV, San Sebastián, Universidad del País Vasco, septiembre de 2002, pp. 633-649.



igualdad en sentido formal, esto es, un buen deseo, un valioso proyecto ojalá realizable, y no exento de utopía, un desiderátum, y para evitar su ineficacia se completa con el artículo 9.2 de la Constitución Española, en donde ya la igualdad aparece como real y efectiva, es decir, la igualdad en sentido material o sustancial. Por su parte, cabe distinguir entre igualdad ante la ley, igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Es decir, la igualdad ante la ley es la expresada en el artículo 14 de la Constitución, de una manera formal. Mientras que la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley no aparecen recogidas en la Constitución Española, aunque derivan de la igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución Española, sino que son producto de una elaboración doctrinal emanada de la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. De este modo, puede decirse que la igualdad en la ley hace referencia a la responsabilidad que incumbe al Poder Legislativo a la hora de elaborar las normas, de manera que queden ajustadas al principio de igualdad constitucional. La igualdad en la aplicación de la ley, a la que en páginas precedentes de este trabajo hemos hecho referencia en contraste con el *stare decisis* anglosajón, por su parte, hace alusión a la responsabilidad que atañe al Poder Judicial a la hora de aplicar las normas con justicia. Ahora bien, tanto la igualdad en la ley como la igualdad en la aplicación de la ley se refieren a la vez al Poder Ejecutivo, pues éste cumple también tareas legislativas y de aplicación normativa. En definitiva, se trata de que cada poder desempeñe su función con respeto a la Constitución, sujetándose a la misma, y, en este caso, específicamente, al valor superior, derecho y principio que la igualdad supone en nuestro ordenamiento jurídico, y que ilumina todo el sistema normativo.

Dentro del ámbito de estudio que supone el respeto al principio de la igualdad y la prohibición de toda discriminación o diferenciación que carezca de justificación objetiva y razonable, tratamiento especial requiere el tema de la *transexualidad*. En este sentido, fue ya importante la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 1987, de la fue ponente el magistrado Latour Brotons. Para amparar jurídicamente este tipo de situaciones el razonamiento del Tribunal en su interpretación acudió a figura de la *ficción jurídica*, apelando asimismo a los artículos 14, igualdad ante la ley, y 10.1, libre desarrollo de la personalidad, de la Constitución Española. En el fundamento jurídico 3o. se dice que

hay que tener en cuenta que las leyes positivas pueden subsistir intactas en el tiempo; pero hay que convenir también en que, bajo la presión de los hechos y de las necesidades prácticas, se presentan las más de las veces situaciones nuevas imprevistas por el legislador que demandan una solución. Tal ocurre

con la transexualidad, un problema de nuestros días, una realidad evidente que demanda una solución jurídica [...] Será una *ficción de hembra* [...] si se quiere, pero el Derecho también tiene su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas [...] y sólo aceptando una ficción *se* hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse. Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales *similares* a los femeninos y caracterología psíquica y emocional propias de este sexo. La primera consecuencia, y habida cuenta de los principios que rigen nuestro sistema registral civil, sería la de que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra, [...].

Si importante, por novedosa, fue dicha sentencia del Tribunal Supremo, en la misma se incluye un interesante voto particular del magistrado Pérez Gimeno quien introduce una llamada de atención al legislador:

Sin embargo, como el problema humano de estas personas existe y debe dársele solución, esta solución no puede venir más que por vía legislativa, como hicieron las naciones europeas en su mayoría, que crearon la ficción legal de considerarles a ciertos efectos como del sexo psicológico asumido, disponiendo minuciosamente quiénes pueden y quiénes no pueden solicitar el cambio y qué efectos de todo orden lleva aparejados la ficción en lo relativo a matrimonios existentes, y a todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante de su celebración.

En efecto, como ya señalaba acertadamente el magistrado Pérez Gimeno en este voto particular, el tema de la transexualidad se trata de un problema humano que debe dársele solución por la vía legislativa, como ya han llevado a cabo algunas naciones europeas, creando la ficción legal de considerar en cuanto al género a los transexuales, para los efectos legales, como del sexo psicológico asumido. En este sentido, en España hemos de destacar la importante Ley Orgánica 3/2007, del 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE número 65, viernes 16 de marzo 2007), que permite a las personas transexuales modificar la referencia del nombre y sexo en el DNI y en el pasaporte, sin tener que someterse a una operación genital y sin procedimiento judicial. Así pues, a los transexuales se les aplica la ficción jurídica de considerarlos a los efectos legales del sexo que sienten psicológicamente, dándose respuesta a su situación legal, a la que se dota de la conveniente

seguridad jurídica, buscándose la aspiración máxima, en definitiva —o al menos dándose un paso hacia adelante para ello—, de alcanzar la eliminación de toda posible discriminación por razón de sexo en consonancia con el artículo 14 de la Constitución Española.

La transexualidad [reza la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica 3/2007], considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y por la psicología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.

Sin embargo, en este tema de la transexualidad hemos de destacar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 176/2008, del 22 de diciembre de 2008, cuyo ponente ha sido el magistrado don Manuel Aragón Reyes, ante el recurso de amparo núm. 4595-2005 contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo del 19 de mayo de 2005, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lugo, del 18 de octubre de 2004, recaída en procedimiento de modificación de medidas definitivas en materia de separación matrimonial por la que se acordó modificar el régimen de visitas del recurrente a su hijo menor de edad. El recurso de amparo procede a denunciar por parte del recurrente vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, en concreto vulneración por discriminación en razón de la orientación sexual, al haberse establecido la restricción del régimen de visitas de su hijo por las reservas que suscita a los órganos judiciales su condición de transexual. En el fundamento jurídico 4o., el Tribunal Constitucional ha razonado que

la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, del 16 de julio, fundamento jurídico 5o.; 19/1989, del 31 de enero fundamento jurídico 4o.; 145/1991, del 1o. de julio, fundamento jurídico 2o.; 39/2002, del 14 de febrero, fundamento jurídico 4o.; 161/2004, del 4 de octubre, fundamento jurídico 3o.; 175/2005, del 4 de julio, fundamento jurídico 3; 214/2006, del 3 de julio, fundamento jurídico 2o.; 342/2006, del

11 de diciembre, fundamento jurídico 3o.; 3/2007, del 15 de enero, fundamento jurídico 2o.; 233/2007, del 5 de noviembre, fundamento jurídico 5o.; y 62/2008, de 26 de mayo, fundamento jurídico 5o., por todas). Desde esta perspectiva, no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos —en este caso familiares— a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incompreensión que produce en terceros su disforia de género. En relación con lo anterior, es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

Argumentación a la que hay que añadir el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico 7o.:

En suma, una decisión judicial o de otro poder público que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya *ratio decidendi* descansa de manera decisiva, expresa o implícitamente, en la orientación sexual de dicho progenitor supone una diferenciación discriminatoria prosrita por el art. 14 CE, pues en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales.

Sin embargo, esta sentencia del Tribunal Constitucional causó decepción e insatisfacción en algunos sectores sociales, pues en su fallo denegó finalmente el amparo solicitado por el recurrente, debido a que la situación de inestabilidad emocional por la que atravesaba el recurrente pudiera re-

percutir e influir de manera negativa en el menor. En efecto, en el fundamento jurídico 8o. se dice que:

No es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de la alteración afectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra. [...] Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que éstos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación de sexo. De verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero sólo en ese caso.

Entendemos, pues, que esta sentencia no tiene que ser considerada como contraria a la habitual tendencia progresista y evolutiva de la jurisprudencia Tribunal Constitucional español, ya que no debe perderse de vista que se está procurando amparar jurídicamente los intereses de un menor de edad, el cual a los ojos de un ordenamiento jurídico civilizado supone, en caso de conflicto de intereses, un bien prevalente a tutelar.

En los casos expuestos, a mero título de ejemplo, el Tribunal Constitucional español se ha mostrado progresista, bien amparando a colectivos que han padecido discriminaciones muy arraigadas históricamente por la sociedad, o bien estableciendo criterios jurisprudenciales de ponderación que permiten resolver conflictos entre derechos fundamentales no resueltos a priori en el texto constitucional, o bien porque sus sentencias, y la interpretación jurídica que en ellas se contiene, pasan a convertirse en valiosa normativa legal actual ante la ausencia de un adecuado desarrollo normativo dado por el propio legislador acerca de determinados derechos fundamentales. Así pues, mediante la vía constitucional del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional no sólo resuelve el caso planteado, sino que, además, establece criterios generales de interpretación jurisprudencial con valor *erga omnes*, y condicionantes en la interpretación general y aplicación de los de-

rechos fundamentales por otros órganos jurisdiccionales. Como explica L. López Guerra,

mediante la queja constitucional, el Tribunal podrá guiar la acción de los poderes judicial, ejecutivo, y también legislativo, en todo lo relativo a los derechos fundamentales. Ello tiene una especial importancia en aquellos casos en que juzgar el alcance de un derecho fundamental exige la realización de una ponderación entre los intereses sociales en juego: [...] el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una amplia tarea de creación jurídica, por la vía de la interpretación constitucional.<sup>156</sup>

Pero, no sólo la vía del recurso de amparo es importante para el establecimiento de criterios jurisprudenciales, sino también la vía de los procesos de inconstitucionalidad, no en vano la doctrina, como indica I. de Otto, ha calificado a los jueces constitucionales como *legisladores negativos*.<sup>157</sup> En efecto, no sólo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional adquiere un valor normativo, debido a su función de uniformar la aplicación judicial derivada de la función, a su vez, de intérprete supremo de la Constitución, que vincula a todos los jueces y tribunales, sino que al ser las normas jurídicas objeto de juicio por la jurisdicción constitucional, quedan eliminadas del ordenamiento jurídico aquellas leyes que resulten inconstitucionales. Con lo cual, el Tribunal Constitucional al anular una ley por inconstitucional, hace que su interpretación prime sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier otra. No obstante, como acertadamente observa, asimismo, I. de Otto,<sup>158</sup> el único que crea jurisprudencia en este sentido es el Tribunal Constitucional en Pleno, no sus salas, pues la posición de intérprete supremo de la Constitución corresponde a aquél en cuanto puede imponer su interpretación a la del legislador, lo que únicamente es de la competencia del Pleno, en conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece que “cuando una sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del pleno”.

A lo largo del desarrollo de la presente exposición, y tomando como guía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hemos tratado de mostrar la conveniencia de una interpretación progresiva de la norma jurídica, en consonancia con las exigencias sociales, para poder resolver con justicia

<sup>156</sup> López Guerra, L., *op. cit.*, p. 30.

<sup>157</sup> De Otto, I., *op. cit.*, p. 285.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 296.

los casos concretos planteados, pues no es posible la modificación permanente de la ley que es dictada por el legislador con perspectiva de futuro y con la especial vocación de realizarse plenamente en el seno social. Sólo mediante el proceso judicial, y, en concreto, a través de la interpretación y aplicación de la norma jurídica por el juez, es posible la determinación última de la propia norma jurídica, evolucionándose, en efecto, desde una perspectiva estática a una dinámica de justicia, sólo así será posible el desenvolvimiento y progreso de los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, en nuestra práctica jurídica diaria.

### III. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente trabajo en torno a la interpretación de la norma jurídica, podríamos establecer sintéticamente una serie de conclusiones:

Una adecuada interpretación jurídica no sólo hace posible la aplicación del derecho, sino además la realización de la justicia en la vida social.

Interpretar una norma jurídica es, en esencia, una atribución de sentido o significado, que convierte la regla general en una norma individualizada, y transforma los términos abstractos en preceptos concretos. Cada vez es más aceptado que, en realidad, detrás de la norma que se pretende interpretar no hay sentido alguno, sino que el sentido se lo da el propio intérprete.

La interpretación jurídica es una actividad necesaria y predicable de todas las normas del ordenamiento jurídico.

La labor del juez no es sólo interpretar *normas*, sino también *hechos*, que el mismo juez no presencié y que sólo conoce de una manera indirecta, por tanto también a los hechos hay que asignarles un significado. No es posible situar la interpretación sólo en el campo de lo puramente normativo.

La interpretación jurídica es una etapa más del proceso de elaboración de la norma, y no una mera determinación a posteriori de su contenido previamente dado por el legislador. De esta manera, legislador y juez colaboran estrechamente en la creación de la norma jurídica.

Al interpretar el juez no está solo, sino que cuenta con una serie de directrices que el propio ordenamiento jurídico le proporciona, es decir, un conjunto de criterios hermenéuticos: gramaticales o literales, sistemáticos, históricos, sociológicos, lógicos y teleológicos. El artículo 3. 1 del Código Civil español consagra el *método histórico-evolutivo*.

El juez desempeña una función no meramente técnica o silogística, sino, dentro de un margen de discrecionalidad, creadora de derecho, pues cumple la *insustituible función de individualizar el derecho, adaptarlo a la vida social*

*e incluso rejuvenecerlo.* Pues, aunque el juez se encuentra sometido a la ley y al ordenamiento jurídico en su conjunto, en el desempeño de su función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, su función esencialmente consiste en *poner en vigencia* la norma jurídica atendiendo especialmente a las circunstancias sociales del momento real en que vive.

Para conseguir la plena realización de la justicia en un lugar y tiempo determinados, el juez deberá interpretar la norma jurídica teniendo en cuenta los intereses y circunstancias sociales del momento en que la norma haya de ser aplicada. Con lo cual se descubre, asimismo, una función última del derecho, esto es, no sólo ser instrumento para resolver con justicia los conflictos surgidos en las relaciones humanas, sino que, además, el derecho aparece como un factor decisivo que puede contribuir al cambio y transformación social.

El juez, a la hora de decidir, no debe ser intérprete de su propia conciencia, sino de la conciencia mayoritaria de la sociedad. La aceptación social (consenso) tal vez sea el único indicio de racionalidad en cuestiones tan problemáticas y difíciles.

Existe la prohibición del *non liquet*. Es decir, el propio ordenamiento jurídico es el que ordena a los jueces que completen la obra del legislador cuando sea necesario, pues jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

El juez tiene el deber constitucional de motivar suficientemente sus resoluciones. La interpretación de la norma jurídica va ligada, pues, necesariamente a un esfuerzo argumentativo.

La tarea hermenéutica se complica cuando el juez, al interpretar y aplicar la norma jurídica, se introduce en el ámbito, lo cual ocurre sobre todo en materia de derechos fundamentales, de lo que se ha denominado por la doctrina de la dimensión *política*, de la interpretación constitucional. En efecto, el juez deberá tener en cuenta las nuevas necesidades y exigencias sociales, éticas y políticas al interpretar la norma jurídica, sin que ello suponga olvidarse del obligado referente de objetividad que supone la norma jurídica, y entrar en el terreno del subjetivismo. La interpretación constitucional deberá afianzar y consolidar el régimen político adoptado de forma consensuada y democrática por el pueblo mediante la Constitución.

La interpretación de las leyes ha de cambiar al compás de las exigencias sociales (*jurisprudencia progresiva*) Este modo de entender la actividad judicial es fundamental en un Estado moderno, y elemental para la supervivencia de las leyes, de otro modo habría que cambiarlas constantemente.



La ideología de intérprete se proyecta necesariamente en el momento de aplicación de las normas. No es admisible el subjetivismo, mientras que un cierto margen de subjetividad es inevitable y necesario. La actividad jurisdiccional adquiere un valor político.

El juez ha de moverse dentro de unos límites racionales, para evitar que el momento interpretativo se convierta en un mero *decisionismo judicial*.

Sin embargo, dentro del margen de libertad del que dispone el juez para crear derecho al interpretar la norma jurídica, ha de precisarse que ello no puede implicar que la aplicación del derecho no sea uniforme en el espacio y en el tiempo. Si en los países anglosajones se dispone del principio del *stare decisis*, en el ordenamiento jurídico español podemos afirmar que en virtud del respeto al principio constitucional de igualdad, un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y en caso de apartarse de los criterios jurisprudenciales precedentes tiene que ofrecer una fundamentación suficiente y razonable.

El Tribunal Constitucional no es sólo el *defensor* de la Constitución sino además es su *intérprete*, lo que implica el establecimiento de criterios generales de interpretación a que deben atenerse los demás poderes públicos, incluyendo el mismo Poder Legislativo.

El Tribunal Constitucional español se ha mostrado progresista a través de su reiterada doctrina jurisprudencial, bien amparando a colectivos que han padecido discriminaciones muy arraigadas históricamente por la sociedad, bien estableciendo criterios jurisprudenciales de ponderación que permiten resolver conflictos entre derechos fundamentales no resueltos a priori en el texto constitucional, bien porque sus sentencias, y la interpretación jurídica que en ellas se contiene, pasan a convertirse en valiosa normativa legal actual ante la ausencia de un adecuado desarrollo normativo dado por el propio legislador acerca de determinados derechos fundamentales. De esta manera, se hace posible el desenvolvimiento y progreso de los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, en nuestra práctica judicial diaria.

Mediante la vía constitucional del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional español no sólo resuelve el caso planteado sino que además establece criterios generales de interpretación jurisprudencial con valor *erga omnes*, y condicionantes en la interpretación general y aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas por otros órganos jurisdiccionales. Pero no sólo la vía del recurso de amparo es importante para el establecimiento de criterios jurisprudenciales, sino también la vía de los procesos de inconstitucionalidad, no en vano la doctrina ha calificado a los jueces constitucionales como *legisladores negativos*.