

ARGUMENTACIÓN Y CONSTITUCIÓN

Manuel Atienza

1. Introducción

Abordar este tema requiere, en mi opinión, de dos pasos sucesivos. En primer lugar, hay que aclarar cuál es el papel de la argumentación en relación con el Derecho de los Estados constitucionales lo que lleva también, en último término, a plantearse el problema de cómo el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho y ha llevado, en cierto modo, a poner en un primer plano la dimensión argumentativa del Derecho: el Derecho como argumentación. Sólo a partir de ahí es posible, en segundo lugar, abordar el problema de qué cabe entender por "argumentación constitucional" y por "argumentación", sin más, cómo se diferencian entre sí las argumentaciones constitucionales que llevan a cabo los legisladores, los jueces constitucionales o los jueces ordinarios, qué esquemas de argumentos se utilizan, qué criterios de corrección deben manejarse, qué finalidades se persiguen, etc.

2. Argumentación y constitucionalismo

"Estado constitucional", obviamente, quiere decir algo distinto a Estado en el que está vigente una Constitución. Como lo señala, por ejemplo, Bovero [2006, p. 16], "Constitución", en su sentido más amplio, hace referencia a la estructura de un organismo político, de un Estado: al diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad; así entendida (y así es como entiende el término, por ejemplo, Kelsen) cualquier Estado o unidad política tendría una Constitución. Pero en un sentido más estricto, tal y como

la expresión suele usarse en la época contemporánea, una Constitución supone dos requisitos más: una declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes. No es, sin embargo, todavía esto lo que, en tiempos recientes, suele denominarse como "Estado constitucional". El Estado liberal de Derecho es un Estado con una Constitución en el último sentido indicado, pero no sería un Estado constitucional porque la Constitución no tiene allí exactamente las mismas características (y, en consecuencia, no juega el mismo papel) que en los Estados occidentales en la última etapa de su desarrollo, esto es, fundamentalmente, a partir del final de la segunda guerra mundial. Desde esta última fecha habríamos asistido a un fenómeno de cambio progresivo de los sistemas jurídicos al que a veces se denomina "constitucionalización". Según Guastini [2003], un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de los Estados constitucionales) se caracterizaría por una Constitución extremadamente "invasora", capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable. El máximo de intensidad lo alcanzaría -siempre según Guastini- un ordenamiento que cumpliera las siete siguientes condiciones, las cuales -o al menos muchas de ellas- se pueden dar también en mayor o menor grado: 1) Constitución rígida; 2) garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) "sobreinterpretación" de la Constitución; 5) interpretación conforme de las leyes; 6) aplicación directa de las normas constitucionales; 7) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Pues bien, el creciente afianzamiento de este modelo de Estado y de Derecho ha llevado a que, en los últimos tiempos, se haya extendido, en la

teoría del Derecho, el uso de la expresión "constitucionalismo" (o "neoconstitucionalismo", para marcar la diferencia con el constitucionalismo clásico: el anterior a esa fecha). Conviene tener en cuenta, sin embargo, que esa expresión es ambigua [vid. Prieto 2002, Carbonell 2003], porque a veces designa un modelo de organización jurídico-política (el fenómeno recién mencionado) y otras veces una forma determinada de interpretar ese fenómeno, esto es, una concepción del Derecho. Un autor (como el propio Guastini) puede ser perfectamente (agudamente) consciente del fenómeno de la constitucionalización del Derecho, sin ser por ello un autor "constitucionalista" en el sentido estricto de la expresión. Dicho de otra manera, frente al nuevo "hecho histórico" del constitucionalismo cabe adoptar, en el plano teórico, diversas posturas: 1) Se puede ignorar (o negar) el fenómeno y, por tanto, seguir construyendo la teoría del Derecho (y la dogmática constitucional) como se venía haciendo en el pasado. 2) Se puede reconocer la existencia de esos cambios pero pensar que ellos pueden explicarse y manejarse sin necesidad de introducir algo así como un nuevo "paradigma" en el pensamiento jurídico. Y 3) se puede pensar que el nuevo fenómeno requiere también de una nueva teorización. Aquí, a su vez, es posible introducir una subdistinción entre: quienes consideran que la nueva teoría puede -y debe- elaborarse sin abandonar la forma del positivismo jurídico (sino reformando -o desarrollando- el propio paradigma del positivismo jurídico); y los que, por el contrario, consideran que el positivismo (en cualquiera de sus múltiples formas¹) no ofrece ya una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: el constitucionalismo

¹ Últimamente han proliferado considerablemente. Quizás las más importantes sean las que suelen denominarse "positivismo incluyente" "positivismo excluyente" y "positivismo axiológico". Un breve repaso de la discusión actual (con la defensa de una propuesta consistente en "dejar atrás el positivismo jurídico") puede verse en Atienza y Ruiz Manero 2006

contemporáneo obligaría a ir "más allá" del positivismo jurídico. Pondré algún ejemplo de estas dos o tres últimas posturas.

Tanto Guastini como Comanducci (y, en general, la "escuela genovesa" [vid. Pozzolo 2003]) han prestado una considerable atención al fenómeno del constitucionalismo, pero son radicalmente críticos en relación con el constitucionalismo en cuanto forma de aproximarse al (o nueva concepción del) Derecho. Comanducci [2003], trasladando un conocido esquema usado por Bobbio para analizar el positivismo jurídico (como teoría, como ideología y como enfoque o método) a la obra de los autores que suelen considerarse a sí mismos como "constitucionalistas", llega a las siguientes conclusiones.

La teoría del Derecho del constitucionalismo sería aceptable en la medida en que da cuenta, mejor que la del positivismo tradicional, de ciertos rasgos que caracterizan la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos; por ejemplo, hoy no sería ya sostenible defender (como lo hizo el positivismo decimonónico) tesis como el estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo. Pero esa tarea, en su opinión, puede llevarse a cabo sin abandonar el positivismo metodológico o conceptual; más bien habría que decir que el (neo)constitucionalismo así entendido sería "nada más que el positivismo jurídico de nuestros días" (p. 88)². Ahora bien, el constitucionalismo en el sentido fuerte o estricto de la expresión no sólo defiende eso, sino también un concepto sustantivo o valorativo de Constitución que lleva a la idea de que la ciencia jurídica (la dogmática y la teoría del Derecho), hoy, es necesariamente normativa (Ferrajoli) o que tiene que elaborarse desde el punto de vista interno en un sentido fuerte, esto es, adhiriéndose a los valores constitucionales (Zagrebelsky). Y esto le parece

² Sin embargo, Michel Troper, [1984], desde posiciones muy cercanas a las de Comanducci, llega a la conclusión de que "en los tres sentidos de la expresión [se refiere también a los tres significados distinguidos por Bobbio], el positivismo es completamente incompatible con el constitucionalismo" (p. 205)

rechazable, dado que lo que él postula es "un modelo descriptivo de la Constitución como norma", esto es, considerar la Constitución como "un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas)" (p. 84).

En cuanto ideología, lo que caracterizaría al constitucionalismo es poner en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales; no se limita por ello a "describir los logros del proceso de constitucionalización, sino los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación" (p. 85). Como, además, "muchos de sus promotores" sostienen que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral y que existe "una obligación de obedecer a la Constitución y a las leyes" (p. 86), el constitucionalismo, en opinión de Comanducci, constituiría una moderna variante del "positivismo ideológico". Y ésta es, en su opinión, una ideología criticable y peligrosa pues tiene como consecuencia la disminución del grado de certeza del Derecho derivado de la técnica de "ponderación" de los principios constitucionales y de la interpretación "moral" de la Constitución.

Finalmente, el constitucionalismo en cuanto enfoque metodológico, al sostener la mencionada tesis de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral, se opone al positivismo jurídico metodológico y conceptual basado en la idea de que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser. Los constitucionalistas piensan que los principios constitucionales pueden verse como un puente entre el Derecho y la moral y que cualquier decisión jurídica (en particular, la judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral. Pero esto le parece a Comanducci rechazable. Si se interpreta como tesis descriptiva es

falsa, porque los jueces justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales. Y si se entiende como tesis teórica, además de tautológica (los autores constitucionalistas asumen que, "por definición", toda justificación última, en el dominio práctico, está constituida por una norma moral), sería insostenible o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos³.

No es sorprendente que, desde presupuestos teóricos muy semejantes a los anteriores, Guastini [2005] entienda que las peculiaridades que presenta la interpretación constitucional no revisten una gran importancia. Por supuesto, Guastini señala que hay algún rasgo distintivo en cuanto a quiénes son los agentes de la interpretación, sobre todo, cuando existe un intérprete privilegiado de la Constitución, como ocurre con los jueces constitucionales en muchos sistemas europeos; pero eso, obviamente, no es teóricamente muy relevante. También hay alguna peculiaridad en cuanto a la existencia de problemas de interpretación que se refieren no a cualquier texto normativo, sino a los textos constitucionales: así, en las constituciones que incluyen una declaración de derechos se plantea el problema de si los derechos son simplemente reconocidos (lo que supone que se trata de una lista abierta y

³ El razonamiento de Comanducci [2003] es el siguiente: La norma moral a la que remite el argumento justificativo podría entenderse de cuatro maneras distintas: 1) Como norma moral objetiva verdadera (que corresponde a "hechos" morales), lo cual presenta dificultades ontológicas y epistemológicas insalvables. 2) Como norma moral objetiva racional; pero existen diversas teorías morales con esas pretensiones, de manera que el juez tendría que elegir alguna de ellas, lo que significa que esta opción es reducible a la siguiente. 3) Como norma moral elegida subjetivamente por el juez: la ley y la Constitución se convierten entonces en algo superfluo y la certeza del Derecho "queda confiada solamente a la conciencia moral de cada juez" (p. 95). 4) Como norma moral intersubjetivamente aceptada. Ahora bien, aunque el juez (el juez sociólogo) pudiese conocer cuál es esa moral, subsistirían todavía dos problemas: a) no siempre existe homogeneidad moral en la sociedad; b) las normas morales compartidas están ya incorporadas en reglas y principios jurídicos, de manera que la justificación moral sería entonces inútil (en cuanto coextensiva con la jurídica). En fin, en los casos en que la justificación basada en una norma moral fuera posible y útil, lo que supone esta última interpretación es una recomendación al juez para que decida basándose en último término en una norma moral positiva lo cual, aparte de que no garantiza la "corrección moral" de la justificación (p. 97), podría tener sentido en las circunstancias en las que las instituciones democráticas no funcionan bien, pero no en caso contrario, esto es, no es una buena recomendación para los Estados que, en rigor, pueden considerarse "democráticos".

susceptible de ser completada), o bien son creados por la Constitución (de manera que se trataría de una lista cerrada y que no puede ser integrada por los órganos aplicadores); pero, para Guastini, eso no pasa de ser una disputa ideológica, interpretable en términos de iusnaturalismo versus positivismo jurídico, y sobre la que no habría mucho que decir desde el punto de vista propiamente teórico. Y, en fin, con respecto a las peculiaridades referidas a las técnicas de interpretación, Guastini tampoco piensa que sean de gran calado: por ejemplo, a veces se sostiene que la Constitución debe ser interpretada de manera que se restrinja lo más posible el poder estatal y se amplíen al máximo los derechos de libertad, pero esta doctrina (liberal) puede extenderse a la interpretación de cualquier documento normativo; se suele decir también que, en la medida en que consiste más en principios que en reglas, la Constitución no puede interpretarse de manera literal, pero esto le parece a Guastini poco convincente: puede sostenerse -afirma- que si el contenido prescriptivo de los principios no puede recogerse mediante la interpretación literal -según el significado común de las palabras- es que no existe tal contenido prescriptivo (p. 660); y, en fin, la doctrina de que la Constitución exige una interpretación evolutiva, además de ser problemática, puede aplicarse a cualquier texto normativo (no es privativa de la Constitución).

Naturalmente, lo que subyace a la anterior tesis de Guastini es una determinada forma de ver la interpretación jurídica (y el Derecho) que, precisamente, puede considerarse como la contrafigura de la que se encuentra en un autor paradigmáticamente "constitucionalista" como Dworkin y a la que más adelante me referiré con cierto detalle. En efecto, para Guastini [1993], la interpretación supone la atribución de significado a una formulación normativa; lo que a él le interesa no es la interpretación vista como actividad, la práctica interpretativa, sino como resultado, y de ahí que los conceptos

clave sean los de disposición, norma y enunciado interpretativo: la forma de un enunciado interpretativo sería " 'T' significa S", donde T sería una disposición, un texto, y S una norma, esto es, el significado atribuido por el intérprete al texto. Además, Guastini pone el énfasis en el carácter decisionista, valorativo y no cognoscitivo (o no meramente cognoscitivo) de la interpretación. Y entiende que una *teoría* de la interpretación (a diferencia de las *doctrinas* políticas o de las *ideologías* sobre la interpretación) debe ser exclusivamente conceptual y descriptiva, sin ninguna pretensión normativa.

La manera de abordar el fenómeno del constitucionalismo por parte de un autor como Ferrajoli es bastante distinta. Para él, el constitucionalismo contemporáneo lleva a postular una doble articulación en el plano de la validez interna del Derecho; es decir, una norma jurídica puede ser calificada como válida (en cuanto predicado distinto a la eficacia y a la justicia) en dos sentidos: puede poseer validez formal o vigencia, pero también validez sustantiva o plena (validez propiamente dicha). La simple vigencia o existencia supone el cumplimiento de los requisitos de forma y de procedimiento; la validez sustantiva, satisfacción de criterios de contenido que, de manera relevante pero no exclusiva, están incorporados en los derechos fundamentales. Eso quiere decir que el Derecho válido, formalmente vigente, puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio Derecho (sin acudir, pues, a una instancia -política o moral- externa al propio Derecho): "Derecho jurídicamente ilegítimo" no sería un oxímoron. Por eso, para Ferrajoli, de la misma manera que el iusnaturalismo, en cuanto concepción característica del Derecho en el mundo premoderno, fue sustituido por el positivismo jurídico con el advenimiento del Estado moderno y la existencia de sistemas exclusivos y exhaustivos de fuentes jurídicas, este positivismo clásico -o "paleopositivismo"- adecuado a los esquemas del

Estado liberal de Derecho, tiene en nuestros días que ser sustituido por el nuevo paradigma del constitucionalismo en el que el Derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la Constitución. Esto, para Ferrajoli, no supone un abandono o una superación del positivismo, sino su completa realización: "El constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanza con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del *ser del Derecho* , es decir, de sus condiciones de 'existencia', sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de 'validez' " [Ferrajoli, 2003, p. 19].

El neopositivismo o positivismo crítico que defiende Ferrajoli, en cuanto concepción adecuada para dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo, supone, con respecto al anterior paradigma positivista, cambios fundamentales en relación con la manera de entender la estructura -el concepto- del Derecho, la dogmática jurídica y la jurisdicción. En efecto, el Derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas. La ciencia jurídica no puede entenderse en términos puramente descriptivos, sino también críticos y prospectivos: su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos (para Ferrajoli, los derechos existen en la medida en que están establecidos en las constituciones, aunque falten sus garantías -en especial, sus garantías legislativas-). Y la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica.

Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli tiene, sin duda, muchos puntos de coincidencia con las de los autores "constitucionalistas" que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo-positivismo jurídico es un problema mal planteado (Nino). Así, el equivalente al dualismo que plantea Ferrajoli se encuentra en Dworkin, y en muchos otros autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios (y, en las últimas obras de Dworkin, entre el Derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa). Un papel semejante lo juega en Alexy (aparte de la distinción que también él hace entre reglas y principios) la idea de que el concepto de Derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama -inspirándose en Habermas y en la teoría del discurso- una "pretensión de corrección" que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Y algo parecido puede decirse también de Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (de manera que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto hacia las razones morales) y su insistencia en que el Derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente (o sea, que es perfectamente asumible, para algunos propósitos, un concepto de Derecho que contenga elementos valorativos; y de ahí su crítica a la contraposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo).

Pero entre estos tres últimos autores y Ferrajoli hay también una diferencia importante que explica el empeño de este último en calificar su concepción de positivista: Ferrajoli interpreta que los elementos de esa dualidad tienen un carácter autoritativo (sus dos nociones de validez derivan de un Derecho "puesto" por alguna autoridad: el legislador o el constituyente), mientras que en los otros autores cabe reconocer un esfuerzo por integrar dos elementos en

el concepto de Derecho: el elemento autoritativo y el valorativo. Así, en la noción dworkiniana de "práctica interpretativa", los fines y valores que definen la práctica juegan un papel determinante, en cuanto dan sentido a, y tienen primacía sobre, las normas, sobre el elemento autoritativo. La misma idea puede expresarse también diciendo que las normas, vistas como razones para la acción, contienen una dimensión directiva, de guía de la conducta, pero también una valorativa o justificativa; que esos elementos pueden entrar en algún caso en contradicción; y que cuando eso ocurre, el último elemento, el valorativo, tiene primacía sobre el primero, sobre el directivo [Atienza y Ruiz Manero, 2004 y 2006] ¿Hasta qué punto es entonces importante esa contraposición entre el "positivismo" y el "no positivismo" del constitucionalismo contemporáneo?

En mi opinión, esa dualidad de enfoques no genera grandes diferencias a la hora de emitir juicios sobre lo que es o no es jurídico; lo que es distinto es más bien la forma en que se expresan esos juicios: una norma que Ferrajoli consideraría válida en el sentido de vigente, pero inválida en cuanto a la dimensión sustantiva de validez sería probablemente considerada por Alexy como "Derecho defectuoso" (pero ni Alexy, ni Dworkin, ni, por supuesto, Nino han negado nunca que quepa hablar con pleno sentido de "Derecho injusto"). Tampoco desde la perspectiva de la manera de entender la función de la teoría y de la dogmática jurídica; al igual que para Ferrajoli, para Dworkin (o para Nino) se trata de dos actividades que contribuyen a conformar la práctica jurídica: la tarea de resolver las lagunas y contradicciones a la que se refería Ferrajoli tiene su equivalente en el propósito dworkiniano de contribuir a la máxima realización de los fines y valores de la práctica jurídica (del Estado constitucional). Y en cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado

únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea, por lo demás, que está muy presente también en los otros autores) se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios o que el juez debe procurar contribuir al desarrollo y mejora de la práctica o empresa en que consiste el Derecho.

La distinción, entonces, es más bien una cuestión de acento, pero ello no quiere decir que sea irrelevante. Tiene consecuencias, por ejemplo, en relación con la teoría de la interpretación: al considerar el Derecho como un fenómeno puramente autoritativo, la interpretación no va a tener, en la obra de Ferrajoli, el alcance y desarrollo que en la de Dworkin (no es lo mismo interpretar textos establecidos por una autoridad que interpretar una práctica). También (si se quiere como consecuencia de lo anterior) a la hora de plantearse el problema de la argumentación jurídica: Ferrajoli tiende a pensar que, en la aplicación del Derecho, lo que existe es algo así como subsunción más discreción judicial, y es notablemente escéptico a propósito de la ponderación (algo, por lo demás, perfectamente coherente con su tendencia a ver el Derecho como un conjunto de reglas, en donde los principios no juegan prácticamente ningún papel o juegan uno de escasa importancia). La diferencia de fondo, cabría concluir, estriba en que el positivismo jurídico, al no dar el suficiente peso a la dimensión valorativa del Derecho, corre el riesgo de resultar una concepción del Derecho, más que equivocada, irrelevante: "El ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas (...) inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales. Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más

allá de lo que el constituyente ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas. Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan sólo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes" [Atienza y Ruiz Manero 2006, p. 778].

3. El Derecho como argumentación

A donde pretendo llegar con todo lo anterior es a sostener que así como el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa (aunque, naturalmente, el Derecho no sea sólo argumentación). Quienes no aceptan esta nueva concepción (no son autores "constitucionalistas") no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el "Estado legislativo", en el "Estado constitucional" el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de

argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos [vid. Atienza 2006, p. 17].

Para comprobar la validez de esta última afirmación, basta con examinar lo que ha sido la evolución de la obligación (y la práctica) de la motivación judicial de las decisiones. En los Derechos de tipo continental (el *common law* ha tenido una trayectoria algo distinta) se pueden distinguir dos etapas [vid. Taruffo 1992]: la primera comienza en la segunda mitad del XVIII y se caracteriza porque, en sus diversos modelos, predomina lo que Taruffo ha llamado la concepción "endoprocesal" de la motivación: la motivación permite que las partes se den cuenta del significado de la decisión, puedan eventualmente plantear su impugnación y el juez pueda valorar adecuadamente los motivos de la misma. Por el contrario, en la segunda etapa (a partir del final de la segunda guerra mundial), a las funciones endoprocesales se añade otra de carácter "extraprocesal" o política: la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez.

Por lo que se refiere a la teoría del Derecho, un repaso a las concepciones del Derecho más características del siglo XX permite, en mi opinión, concluir que ninguna de ellas puede dar cuenta satisfactoriamente de la dimensión argumentativa del Derecho. Dicho en forma extremadamente concisa: El formalismo (conceptual, legal o jurisprudencial) ha adolecido de una visión extremadamente simplificada de la interpretación y la aplicación del Derecho

y, por tanto, del razonamiento jurídico. El iusnaturalismo tiende a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica. Para el positivismo normativista (de autores como Kelsen o Hart), el Derecho -podríamos decir- es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir; y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de argumentación jurídica. El positivismo sociológico (el realismo jurídico) centró su atención en el discurso predictivo, no en el justificativo, seguramente como consecuencia de su fuerte relativismo axiológico y de la tendencia a ver el Derecho como un mero instrumento al servicio de fines externos y carente de valor moral. Y las teorías "críticas" del Derecho (marxistas o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno) necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo.

Esos déficits y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional explican que en los últimos tiempos (más o menos, desde finales de los años 70) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que, en diversos trabajos [vid., por ejemplo, Atienza 2006, pp. 55 y ss.], he caracterizado con los siguientes rasgos (todos ellos ligados con el enfoque argumentativo del Derecho)⁴: 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario -además del de las reglas- para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. 2) La tendencia a considerar las normas -reglas y principios- no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el

⁴ A la lista de los cuatro autores ya mencionados (Ferrajoli, Dworkin, Alexy y Nino) habría que añadir, por lo menos, el nombre de MacCormick y el de Raz. Ninguno de ellos, por cierto, asume todos los rasgos que señalo, pero sí la mayoría o, al menos, un número significativo de ellos.

razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto -o no tan sólo- en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto -o también- en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos. 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución. 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas -de sujeción del juez a la ley- pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales. 8) La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de tipo moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral. 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica en sentido estricto (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada -o no está guiada exclusivamente- por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia. 11) La difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de

pluralismo jurídico. 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones, como característica esencial de una sociedad democrática. 13) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso. 14) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.

4. Argumentación, argumentación jurídica y argumentación constitucional

Las características mencionadas de las constituciones contemporáneas (y del constitucionalismo) explican el hecho de que la apelación a la Constitución (a alguna de sus normas, valores, etc.) juegue un papel destacado en muchos tipos de argumentaciones: en las que tienen que ver con la aplicación judicial del Derecho, pero también en las dirigidas a la producción legislativa de normas y, en general, en todas las argumentaciones de tipo práctico, aunque no puedan considerarse de carácter jurídico, sino más bien de naturaleza moral o política. Por lo demás, la referencia a la Constitución puede o no operar como un argumento de autoridad: la argumentación para modificar una Constitución o crear una nueva puede considerarse, evidentemente, como un tipo de argumentación constitucional. De manera que el anterior sería un sentido amplísimo de "argumentación constitucional" y, obviamente, de no fácil manejo. Podría entonces pensarse en delimitar un sentido más estricto que incluyera únicamente, por ejemplo, la argumentación

específicamente jurídica. Pero eso no deja de ser problemático. Por un lado, porque no es nada obvio que se pueda efectuar una distinción -al menos una distinción nítida- entre la argumentación jurídica y la de naturaleza moral y política; es más, esa -como veíamos- es una de las tesis más características de los autores "constitucionalistas". Y, por otro lado, porque la "argumentación constitucional de carácter jurídico" quizás diste de ser una categoría homogénea: parece razonable pensar que no es exactamente el mismo el uso argumentativo de la Constitución que hacen los legisladores y los jueces, ni tampoco el que realiza un juez ordinario o un juez constitucional. Pero, en todo caso, analizar las especificidades de la argumentación constitucional (cualesquiera que éstas sean) requiere de algunas aclaraciones previas sobre qué quiere decir argumentar y desde qué perspectivas se puede ver una argumentación.

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectadas entre sí de muy variadas formas. Tomemos como ejemplo una sentencia del tribunal constitucional español (de 18 de junio de 1999) en la que se discute la constitucionalidad de la ley de reproducción humana asistida (LRHA) de 1988. En la misma se plantean y recogen numerosos argumentos parciales. Así, el tribunal entiende que la LRHA en su conjunto no vulnera la reserva de ley orgánica, porque el artículo 15 de la Constitución española ("todos tienen derecho a la vida...") se refiere a "todos los nacidos", de manera que la LRHA no desarrolla ese derecho fundamental (lo que regula son "técnicas de reproducción referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano") y, en consecuencia, no es necesario que adopte la forma específica de ley orgánica

(leyes que exigen la mayoría absoluta del Congreso). Que permitir a la mujer decidir libremente la suspensión de un tratamiento de reproducción asistida no afecta al contenido esencial del derecho a la vida, ni supone admitir tácitamente un nuevo supuesto de aborto, ya que esa decisión sólo puede tomarla hasta el momento en que se haya producido la transferencia de embriones al útero materno. O que permitir la fertilización de cualquier mujer con independencia de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar, ya que “la familia en su sentido jurídico no coincide con la familia natural” y “la familia protegida constitucionalmente no es únicamente la familia matrimonial”.

Todos esos argumentos y muchos otros que cabe encontrar en esa sentencia constituyen una misma argumentación, porque se inscriben dentro de un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (si la ley en cuestión es o no constitucional) y termina con una respuesta (básicamente, que la ley es constitucional). De manera que podemos distinguir entre la argumentación en su conjunto, cada uno de los argumentos de que se compone y los conjuntos parciales de argumentos (líneas argumentativas) dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión (bien tenga carácter intermedio o final). Así, el primero de los argumentos recogidos forma una línea con varios otros dirigidos todos ellos a probar que la ley en cuestión no vulnera la reserva de ley orgánica. Y esa tesis, unida a la de que la LRHA tampoco contradice aspectos concretos de la Constitución es lo que lleva al tribunal constitucional a declarar su constitucionalidad (con excepción de un apartado de la ley de escasa trascendencia).

Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de

resolverse mediante el intercambio de razones y que esas razones se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de problemas. Además, una argumentación consta de ciertas unidades básicas, los argumentos, en los que pueden distinguirse premisas (enunciados de los que se parte) y conclusiones (enunciados a los que se llega); y que son evaluables según ciertos criterios que permiten calificar los argumentos (y la argumentación) como válidos, sólidos, persuasivos, falaces, etc.

No existe, sin embargo, una única forma de entender -y de estudiar- la argumentación y los argumentos. Sin entrar en muchos detalles⁵, podríamos distinguir tres concepciones o aproximaciones a las que cabría denominar, respectivamente, formal, material y pragmática, y que vienen a ser tres interpretaciones distintas de los elementos comunes a los que se acaba de hacer referencia.

La concepción formal (ejemplo paradigmático, pero no único: la de la lógica deductiva estándar) ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión); responde al problema de si a partir de enunciados -premisas- de tal forma se puede pasar a otro -conclusión- de otra determinada forma; los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia; y lo que suministra son esquemas, formas, de los argumentos. No hay por qué considerar que tales esquemas sean sólo de tipo deductivo: un argumento puede tener una forma inductiva, probabilística, abductiva, etc. Pero la deducción juega, por así decirlo, un papel "modélico",

⁵ Un análisis pormenorizado, con la distinción entre el concepto y las concepciones de la argumentación, puede encontrarse en Atienza 2006

porque: 1) en los argumentos de forma deductiva, si las premisas son verdaderas, entonces también lo será necesariamente la conclusión, esto es, en ellos la forma -la forma lógica- es el único criterio de control (mientras que, en los otros tipos de argumentos, la corrección o solidez de los mismos depende también de otros criterios); 2) los argumentos no deductivos pueden convertirse siempre en deductivos si se les añade ciertas premisas, de manera que los esquemas deductivos pueden usarse -al menos hasta cierto punto- como mecanismos de control: ¿en qué medida es plausible la premisa que hace falta añadir para que tal argumento -pongamos, un razonamiento analógico- sea deductivamente válido? Klug, Kalinowski, Alchourrón, Bulygin, Tammelo o Weinberger han hecho contribuciones significativas a la teoría de la argumentación jurídica que obedecen a este enfoque

Para la concepción material, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los enunciados verdaderos o correctos (los hechos naturales o institucionales a los que se refieren); responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer, y consiste por ello, esencialmente, en una teoría de las premisas: de las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar alguna acción; sus criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal: lo esencial consiste en determinar, por ejemplo, en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre tal otra; y esos criterios no constituyen reglas de inferencia en el sentido de la lógica formal, sino que -como ocurre con las reglas del método científico- dependen de cómo es (o cómo debe ser) el mundo. La obra de Dworkin, Raz, Nino o Summers son ejemplos de este tipo de concepción.

Finalmente, la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad (una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio o a interactuar con otro u otros para llegar a algún

acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico; el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. Mientras que en la concepción material (y en la formal) la argumentación puede verse en términos individuales (una argumentación es algo que un individuo puede realizar en soledad), en la concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social. Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático. Y el otro es el de la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante. La concepción de la argumentación de Perelman y la de Toulmin vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico.

Ahora bien, las argumentaciones realmente existentes no obedecen, en general, a uno sólo de esos "tipos puros", sino que consisten más bien en una combinación de elementos provenientes de esos tres enfoques. El razonamiento jurídico es un buen ejemplo de ello, pues cada una de esas tres concepciones parece estar íntimamente conectada con algún valor básico de los sistemas jurídicos: la certeza, con la concepción formal (basta con recordar cómo para Weber la racionalidad formal del Derecho moderno iba ligada al uso de procedimientos lógicos, deductivos, en la aplicación del Derecho); la verdad y la justicia con la concepción material; y la aceptación y el consenso, con la concepción pragmática. El ideal de la motivación judicial podría

expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner las buenas razones en la forma adecuada para que puedan verse como el resultado de un diálogo racional y resulten persuasivas.

Aunque la argumentación jurídica, hablando en general, pueda verse como una combinación peculiar de elementos provenientes de esas tres concepciones o dimensiones de la argumentación, eso no quita para que, dentro de la misma, puedan distinguirse diversos campos (diversas perspectivas) en los que una u otra de esas concepciones juega un papel preponderante. Por ejemplo, la argumentación de los abogados parece ser esencialmente de carácter dialéctico (cuando se contempla desde la perspectiva de la lucha que tiene lugar entre partes que defienden intereses contrapuestos) y retórico (si se ve como las discusiones dirigidas a persuadir al juez o al jurado en relación con determinadas tesis). La concepción formal se presta bien para dar cuenta del trabajo de algunos teóricos del Derecho que se centran en las sentencias de los jueces vistas no como actividad, sino como resultado (el texto de la misma, la motivación expresa), con propósitos básica o exclusivamente teóricos y descriptivos. Y la concepción material podría considerarse que constituye el núcleo de la argumentación -la justificación- que llevan a cabo los jueces.

Lo que puede llamarse "teoría estándar de la argumentación jurídica"⁶ viene a ser una combinación de elementos de los tres enfoques o concepciones señalado(a)s. Como, además, una característica de esa teoría es que se centra en la justificación de las decisiones llevadas a cabo por los tribunales de instancias superiores, el arsenal conceptual por ella construido es obviamente aplicable a la argumentación constitucional de carácter judicial. En lo esencial, la teoría de la argumentación ahí contenida viene a decir lo siguiente.

La argumentación jurídica (y en particular la judicial) es, obviamente, un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable. En los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es distinta: por ejemplo, cabe perfectamente que se pueda explicar una decisión que, sin embargo, resulte injustificable; y los jueces -los jueces del Estado de Derecho- tienen, en general, la obligación de justificar, pero no de explicar, sus decisiones. *Motivar* las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso -

⁶ Me refiero con ello a las ideas sobre la argumentación jurídica -substantialmente coincidentes entre sí- que pueden encontrarse en diversas obras de los años 70 y 80 de autores como Aarnio, Alexy, MacCormik,

psicológico, sociológico, etc.- que lleva a la decisión, al producto. Sin embargo, justificar y explicar son operaciones -o conceptos- distintos, pero conjugados: del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación (en muchos casos, lo que explica que un juez haya tomado una determinada decisión es -al menos hasta cierto punto- que él la considera justificada), la explicación de las decisiones facilita también la tarea de la justificación (es decir, las posibles razones justificativas aparecen así en forma más explícita).

Sea como fuere, la justificación de las decisiones judiciales tiene características distintas según se trate de casos fáciles o de casos difíciles. En relación con los casos fáciles, cuando no existen problemas en relación con ninguna de las premisas (normativas y fácticas), justificar significa, simplemente, construir una deducción, un silogismo. A este tipo de justificación se le suele llamar "justificación interna" o "justificación de primer nivel" y podría decirse que es siempre una operación necesaria. No es, sin embargo, siempre suficiente, porque además de casos fáciles, en el Derecho existen también casos difíciles. Dado que en el esquema del que se parte (el silogismo judicial) existe una premisa normativa y otra fáctica, las dificultades pueden venir de una u otra, esto es, puede haber casos difíciles

por razones normativas o por razones de hecho. En el primer supuesto, a su vez, se puede tratar de *problemas de relevancia*⁷: cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma aplicable al caso; o de *problemas de interpretación*: cuando las dudas se refieren a cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. Y, en el segundo supuesto, puede tratarse de *problemas de prueba*, que se plantean a propósito de si ha tenido o no lugar un determinado hecho; o *problemas de calificación*, que surgen cuando las dudas afectan a si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que aparece en la norma. En los casos difíciles (los que llegan a los tribunales constitucionales son, esencialmente, problemas de interpretación, pero las anteriores dificultades pueden darse combinadas entre sí en formas complejas) al anterior hay que añadir un segundo tipo de justificación: la "justificación externa" o "de segundo nivel". El razonamiento jurídico sigue jugando aquí un papel importante, pero limitado. A los criterios de la lógica hay que añadir otros que (pensados sobre todo en relación con la premisa normativa) integran lo que suele llamarse "razón práctica". MacCormick, por ejemplo, los sintetiza en los principios de universalidad, consistencia,

⁷ Sigo aquí la tipología que puede encontrarse en MacCormick. Es interesante señalar que este autor ha pasado de defender una concepción de la teoría del Derecho muy próxima a la de Hart (es la que subyace a su teoría de la argumentación jurídica de 1978) a otra (el institucionalismo) que le aproxima más bien a autores como Dworkin (en su reciente libro sobre argumentación jurídica: MacCormick 2005). La concepción de

coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. La universalidad implica que si en las circunstancias C se ha tomado la decisión D, entonces siempre que se den esas mismas circunstancias u otras esencialmente semejantes deberá decidirse en la forma D. El principio de consistencia enuncia simplemente la prohibición de utilizar premisas contradictorias. Y se diferencia de la coherencia porque este último principio se refiere a la no contradicción axiológica: por ejemplo, la interpretación de la norma tiene que ser conforme (o la más conforme) con los principios y valores del sistema. Finalmente, las consecuencias son vistas no en términos empíricos o sociales, sino normativos, de manera que lo que se evalúa son las consecuencias lógicas que tendrá la decisión en relación con una serie de valores como la justicia, el bien común o la conveniencia pública.

4. Algunas características de la argumentación constitucional

Veamos ahora de qué manera se puede, en cierto sentido, desarrollar lo anterior y entrar en las peculiaridades de la argumentación constitucional. Partiré para ello, de nuevo, de las tres dimensiones -formal, material y pragmática- de la argumentación y me centraré en la argumentación llevada a

MacCormick está, pues, completamente en línea con la de los autores "constitucionalistas" y es también una concepción no positivista del Derecho.

cabo por los tribunales constitucionales, como paradigma de argumentación constitucional.

4.1. Aunque a veces se habla de los tribunales constitucionales como de "legisladores negativos", el tipo de argumentación que ellos desarrollan pertenece, sin duda, al género de la argumentación judicial, incluso cuando resuelven casos abstractos (problemas de control abstracto de constitucionalidad⁸). Además de otras diferencias que tienen que ver con el distinto estatus normativo de los jueces constitucionales y de los legisladores, y con la distinta composición y organización de ambas instituciones, la diferencia crucial estriba, en mi opinión, en la naturaleza de los problemas que desencadenan la necesidad de argumentar en una y otra instancia. Por ejemplo, a propósito de la mencionada ley de reproducción humana asistida, la discusión parlamentaria que tuvo lugar cuando se dictó en 1988 (al igual que cuando se promulgó una nueva, en 2006, que modificaba la anterior) versó sobre cuestiones como las siguientes: ¿qué fines debe perseguir la ley?, ¿están justificados (desde el punto de vista moral, político y también constitucional)?,

⁸ E incluso cuando, al resolverlos, emiten lo que se llama "sentencias interpretativas", esto es, sentencias en las que se señala que tal artículo de tal ley es constitucional siempre y cuando se interprete en tal sentido señalado por el tribunal. La actividad del tribunal es distinta a la del legislador por diversas razones: además de que el ámbito de discrecionalidad de los jueces sea obviamente menor que el de los legisladores (y que los primeros actúen únicamente a instancia de parte), la decisión de los primeros está orientada (o debe estarlo para poder ser considerada legítima) hacia el pasado (o sea, debe buscar ser coherente con el ordenamiento jurídico, con los principios y valores constitucionales; lo que justifica ese tipo de sentencias es la conservación de la ley y la obligación de interpretar las leyes de acuerdo con la Constitución) y no, como la del legislador, hacia el futuro, a lograr ciertos fines "externos" al Derecho, para lo cual lo esencial son

¿qué medios, objetivos (por ejemplo, financieros) y subjetivos (por ejemplo, sanciones) deben usarse para lograrlos?, ¿qué sistemática debe tener la ley a fin de que resulte completa y consistente?, ¿cómo deben estar redactados sus artículos? Sin embargo, cuando se impugnó su validez ante el tribunal constitucional español, las cuestiones respecto de las cuales tuvo que pronunciarse (y argumentar) el tribunal fueron muy distintas: ¿vulnera la ley la reserva de ley orgánica?, ¿afecta la permisión de fertilización de una mujer soltera al núcleo esencial de la institución familiar?, etc. Dicho de otra manera, los problemas que tuvo que resolver el tribunal constitucional fueron problemas de interpretación, cuya respuesta depende de cómo haya que entender el derecho a la vida o la referencia constitucional a la institución familiar. Es cierto que en el debate parlamentario (y en el que tuvo lugar en los medios de comunicación) surgió también esa cuestión, pero de una manera distinta: la constitucionalidad o no de una ley puede ser un límite, pero no la razón de ser de la ley, esto es, una ley no se dicta sencillamente porque sus contenidos no contradigan lo establecido en la Constitución.

La distinta naturaleza de las cuestiones planteadas (en uno y otro ámbito) lleva a que también sea diferente el tipo de decisiones que requieren, los

critérios de oportunidad y los principios y valores constitucionales (la coherencia) operan esencialmente como un límite. Vid. sobre esto Atienza 2004

criterios de corrección de las mismas y los esquemas o formas de argumentación a emplear. Dicho en forma sintética:

a) Las decisiones judiciales son cerradas, en el sentido de que al juez, normalmente, sólo se le pide que elija entre dos opciones (condena/absolución; declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, etc.); y están orientadas hacia la obtención de una única respuesta correcta. Las decisiones legislativas son abiertas, de manera que casi nunca puede decirse que una ley con tal estructura y contenido es la única posible: el campo de las decisiones justificables está, pues, en este segundo caso, mucho más abierto, depende de cuestiones de oportunidad.

b) Los criterios de corrección de las decisiones judiciales son esencialmente internos al Derecho: las decisiones judiciales se orientan hacia el sistema jurídico, y de ahí la importancia decisiva de la coherencia. En el caso de la legislación, las decisiones se orientan hacia el sistema social y la coherencia tiene, por ello, un papel residual: es un criterio de corrección que opera - podríamos decir- en un sentido negativo, como límite.

c) La argumentación judicial obedece esencialmente a un esquema clasificatorio o subsuntivo y sólo de manera excepcional juega un papel la ponderación y la adecuación, mientras que en la argumentación legislativa predominan los esquemas de los dos últimos tipos.

Ahora bien, lo que diferencia, desde un punto de vista formal, la argumentación de los tribunales ordinarios y la de los tribunales constitucionales es que, en el caso de estos últimos, la ponderación adquiere un gran protagonismo, como consecuencia del papel destacado de los principios en las constituciones contemporáneas. No quiere decir que los jueces ordinarios no ponderen, sino que sólo tienen que hacerlo, en cierto modo, cuando se enfrentan con casos difíciles que no pueden resolverse sin remitirse (explícitamente) a principios constitucionales y en circunstancias en las que el tribunal constitucional no ha tenido aún oportunidad de pronunciarse; cuando lo ha hecho, el juez ordinario tiene ya a su disposición una regla, esto es, debe seguir la ponderación efectuada por el tribunal constitucional. Veamos todo esto con cierto detalle.

La razón por la cual se acaban de distinguir tres grandes formas o estructuras básicas de los argumentos jurídicos deriva de la existencia de tres tipos de normas jurídicas (regulativas) que pueden funcionar como premisas prácticas (o razones operativas) de un argumento judicial de tipo justificativo: reglas de acción, reglas de fin y principios (principios en sentido estricto o directrices). En los textos jurídicos (y, por tanto, en las constituciones) existen otros tipos de enunciados (como normas constitutivas o definiciones), pero estos últimos no contienen esa clase de razones, eso es, no funcionan como

razones que mueven a alguien a actuar de cierta forma, sino como razones que trasladan esa "actitud práctica" a la decisión⁹. Naturalmente, cuando se dice que la argumentación justificativa de los jueces puede, en principio, asumir una forma subsuntiva, adecuada o ponderativa, lo que se está resaltando es únicamente el último tramo o la forma general de esa argumentación (lo que a veces se denomina "justificación interna"). Pero para llegar hasta ahí, para justificar las premisas ("justificación externa"), se usa una variedad de argumentos que pueden clasificarse de muy diversas formas. En relación con los que se refieren a la premisa normativa, las diversas tipologías existentes incluyen, por lo menos (además del silogismo subsuntivo), los argumentos a simili, a contrario, a fortiori (a maiore ad minus y a minori ad maius) y el argumento ad absurdum¹⁰. La explicación del carácter "recurrente" de estos tipos de argumentos es, en mi opinión, la siguiente.

Si se parte de considerar la argumentación en términos informativos, como el paso de la información contenida en las premisas a la información de la conclusión, cabe distinguir tres estados informativos en que se pueden encontrar las premisas:

⁹ Un desarrollo de estas clasificaciones puede verse en Atienza y Ruiz Manero 2004. Y una aplicación a los enunciados constitucionales, en este mismo volumen, en el trabajo de Juan Ruiz Manero

¹⁰ Una clasificación que se ha seguido muchas veces es la de Tarello [1980], aunque la misma no está construida desde un punto de vista formal, lógico, sino atendiendo, fundamentalmente, a cuestiones materiales y pragmáticas. Distingue los 15 siguientes tipos de "argumentos interpretativos": a simili, a fortiori, de la plenitud, de la coherencia, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, económico, de autoridad, sistemático, de la naturaleza de las cosas, de la equidad, a partir de principios generales -o analogia iuris). En

a) En las premisas se cuenta ya con toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión. Argumentar consiste entonces en reordenar de cierta forma la información, en deducir (silogismo subsuntivo).

b) En las premisas existe una información insuficiente para llegar a la conclusión. Argumentar consiste entonces en añadir información para llegar a una situación tipo a). Eso, a su vez, puede lograrse:

1. incluyendo el nuevo caso en la información (norma) previa alegando que:

1.1. se da una razón semejante (argumento *a pari*);

1.2. se da una razón aún de mayor peso (argumentos *a fortiori*)

2. Excluyendo el nuevo caso de la información (norma) previa (argumento *a contrario sensu*)

c) En las premisas existe una información excesiva y contradictoria. Argumentar consiste entonces en suprimir información para llegar a una situación tipo a) (reducción al absurdo) [vid. Atienza 2006, p. 162].

Pues bien, la argumentación subsuntiva o clasificatoria tiene lugar cuando se trata de aplicar una regla de acción, esto es, una regla que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico) entonces

Ezquiaga [1987] pueden encontrarse ejemplos de uso de los anteriores tipos de argumentos por parte del tribunal constitucional español.

alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción. Su esquema (que, desde el punto de vista lógico podría formalizarse como un *modus ponens*) vendría a ser:

-Si se dan una serie de propiedades, X (que configuran un caso genérico), entonces es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.

-En este caso se dan las propiedades X (o sea, el caso concreto se subsume en el caso general).

-Por lo tanto, es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.

Se trata de la forma de argumentación judicial más usual, pues ese esquema permite simplificar mucho las cosas y reduce drásticamente la discrecionalidad: hace abstracción de las consecuencias futuras de las decisiones y proporciona seguridad en los procesos aplicativos. Sin embargo, aunque de manera excepcional, los jueces pueden tener que aplicar una regla de fin (por ejemplo, la que establece que, en caso de divorcio, la custodia de los hijos menores deberá concederse atendiendo a los intereses de estos últimos). Su argumentación adopta entonces la forma de lo que he llamado adecuación y que otras veces se denomina argumento finalista o sencillamente razonamiento práctico. Su esquema general sería:

-En las circunstancias X, es obligatorio (o está justificado) procurar alcanzar el fin F

- Si se realiza la acción M, entonces se alcanzará F.

-M es preferible a otros cursos de acción (M1, M2...Mn) que también conducirían a F.

-Por lo tanto, es obligatorio (o está justificado) realizar la acción M.

Una diferencia fundamental entre ambos esquemas es que este segundo supone una mayor apertura hacia la discrecionalidad judicial, sencillamente porque las reglas de fin (a diferencia de las reglas de acción) están orientadas hacia el futuro y constituyen una forma más abierta de regular la conducta, con lo que su aplicación es también menos predecible.

Ahora bien, los jueces no utilizan sólo esos dos esquemas argumentativos, por la simple razón de que, cuando tienen que aplicar el Derecho para resolver un caso, no siempre tienen disponible una regla. Dicho de otra forma, los jueces, y en particular los jueces constitucionales, no sólo aplican reglas, sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente, cuando no existe una regla aplicable a la situación, o cuando sí que existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y principios del sistema; en estos últimos supuestos, la pretensión de la regla de servir como razón concluyente y excluyente falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo.

La aplicación de principios para resolver casos no puede tener lugar, sin embargo, de manera directa, pues los principios suministran sólo razones no perentorias, razones *prima facie*, que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios o de otras reglas. La aplicación de los principios supone, por ello, una operación con dos fases: en la primera, se convierte el principio (o los principios) en reglas: esto es a lo que, en sentido estricto, se le puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según alguno de los dos anteriores modelos: el subsuntivo o el finalista.

Ahora bien, puesto que los principios pueden ser principios en sentido estricto o directrices, cabe hablar también de dos tipos de ponderación¹¹. Una es la ponderación que tiene lugar básicamente entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como, por ejemplo, entre la norma -el principio- que prohíbe atentar contra el honor de las personas y de los grupos y la que garantiza -permite- la libertad de expresión. Otro tipo de ponderación es el que tiene lugar a partir de directrices; me refiero con ello al proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas (que pueden consistir en reglas de acción o de fin, o simplemente en medidas concretas que establecen la obligación de realizar cierta acción) a partir de alguna directriz

como la contenida en el art. 47 de la Constitución española relativa al derecho a disfrutar de una vivienda digna.¹²

En el primer tipo de ponderación se pueden distinguir, a su vez, varios pasos. En el primero se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver) existen principios, valores, que tiran en direcciones opuestas (por ejemplo, el derecho al honor, a favor de prohibir determinadas manifestaciones; el derecho a la libertad de expresión, a favor de admitirlas) y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo. En una segunda fase se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen las razones para ello. Y finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente. La ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas, respetando ciertos principios como el de universalidad, consistencia, coherencia y adecuación de las consecuencias. Por ejemplo, si se examina un número suficiente de

¹¹ Dejo fuera una tercera opción (la ponderación entre principios en sentido estricto y directrices), porque creo que se puede reducir, de alguna manera, a alguna de estas dos; vid. Atienza 2006, p. 170. Sobre la ponderación constitucional hay una inmensa bibliografía; vid. por todos Prieto 2003

¹² El ejemplo es interesante porque muestra que la condición de principio en sentido estricto o de directriz es relativa a los sistemas jurídicos, esto es, tiene un carácter (relativamente) contingente. El derecho a una vivienda digna que en España (y en casi todos los países) está recogido en una directriz (se establece como un fin, una meta a alcanzar), va a pasar a estar regulado en Francia (de acuerdo con el compromiso asumido por

supuestos decididos por el tribunal constitucional español, en los que entran en contradicción el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, se puede ver cómo se van construyendo reglas distintas según que se den o no determinadas propiedades: que se afecte al honor en sentido estricto o a la intimidad; que se trate de libertad de expresión o de información; que las informaciones tengan o no un interés público, etc. [Atienza 1996].

Si se hace abstracción del proceso de la argumentación y se busca captar esencialmente el resultado del mismo, lo que tendríamos es un esquema como el siguiente:

-En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 -que tienen condiciones de aplicación abiertas- establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).

-En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1).

-Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q.

el gobierno en diciembre de 2006) por normas de acción; o sea, se convertirá en un derecho semejante al derecho a la educación o el derecho a la salud.

Si la ponderación no la realizase un juez, sino un legislador (las reglas legisladas pueden verse, en buena medida, como el resultado de ponderaciones llevadas a cabo por el legislador), el esquema (pero recuérdese que estamos viendo la ponderación desde una perspectiva únicamente formal) no sería muy distinto: simplemente, habría que suprimir las referencias a un caso concreto; podría decirse que los legisladores ponderan, pero no a la vista de un caso concreto, sino en abstracto.

Por supuesto, la mayor dificultad está en la última premisa del argumento de la primera fase, esto es, en el establecimiento de la relación de precedencia de un principio sobre otro. Alexy [2002] considera que para establecer esa precedencia es necesario tener en cuenta tres elementos que, según él, forman "la estructura de la ponderación" (diríamos que viene a ser la "justificación externa" de la ponderación) [vid. Alexy 2002 y Bernal 2003]: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación dice así: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Esas tres variables son: el grado de afectación de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los principios relevantes (según la concepción de valores predominante en la sociedad); y la seguridad

de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables, de manera que a partir de la fórmula del peso (que es una fórmula matemática)¹³ podría efectuarse algo así como un "cálculo"¹⁴ que puede llevar al resultado de que el peso de uno de los principios es superior al del otro (un principio prevalece sobre el otro). Cuando no es así, o sea, se produce una situación de empate, entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, una regla que establece una prioridad en favor de la libertad o (si se enjuiciara un caso de posible inconstitucionalidad de una ley), en favor de la ley, de considerar que esta última es constitucional.

El segundo tipo de ponderación a que antes hacía referencia es muy distinto. El punto de partida es la necesidad de concretar un objetivo teniendo en cuenta que eso no puede hacerse prescindiendo de cómo puede afectar al resto de los objetivos valiosos establecidos por el sistema o vulnerando los límites fijados por los principios en sentido estricto. Y mientras que la primera ponderación es típica de los jueces (sobre todo, de los jueces constitucionales y, con las matizaciones señaladas, también de los legisladores) esta segunda cae en principio fuera de la competencia de los jueces; es decir, se trata de una operación que supone niveles muy elevados de discrecionalidad y que, por

¹³ Cambiando un poco la notación, para hacerla más intuitiva, se formula así:

$$\text{Pes } i,j = \frac{A_i \times \text{Pes. } i \times S_j}{A_j \times \text{Pes. } j \times S_j}$$

ello, los sistemas jurídicos confían, casi en exclusividad, a los legisladores y a los órganos administrativos; lo que los jueces (incluidos los jueces constitucionales) hacen al respecto es controlar que la ponderación se ha efectuado de manera correcta, pero eso no implica propiamente ponderar, sino comprobar que no se han sobrepasado los límites señalados por las reglas y los principios en sentido estricto. El esquema podría ser el siguiente:

-La directriz D -cuyas condiciones de aplicación son abiertas- establece la obligación de obtener el fin F.

-Si se obtienen los fines F'1, F'2..F'n, entonces se obtendrá el fin F.

-Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces se alcanzarán los fines F'1, F'2...F'n.

-Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces no quedan afectados de manera esencial otros fines (distintos de F) o valores del ordenamiento.

-Por lo tanto, está justificado establecer las normas N1, N2...Nn

Aquí, la segunda fase de la ponderación (que normalmente la llevará a cabo un órgano distinto al que realizó la primera) puede asumir la forma de una subsunción (si lo que se ha justificado es dictar una regla de acción), de un argumento finalista (si lo justificado es una regla de fin), o puede que no exista propiamente una segunda fase (si lo que se justifica en la primera es la

¹⁴ El uso de términos matemáticos es más bien -como Alexy reconoce- metafórico y, en mi opinión, contraproducente.

adopción de una medida concreta, en cuyo caso no cabe ya aplicarla sino, sencillamente, cumplirla o no cumplirla, como ocurre con el fallo de una sentencia).

4.2. En el apartado anterior he empezado afirmando que los problemas (de argumentación) que tenía que resolver un tribunal constitucional eran, fundamentalmente, problemas de interpretación, y luego he caracterizado - desde el punto de vista formal- la labor argumentativa de esos tribunales (a diferencia de los tribunales ordinarios) por el papel destacado que en la misma juegan los esquemas ponderativos. Eso presupone, como mínimo, que interpretar y ponderar no son términos antitéticos; como, por otro lado, no lo son interpretar y subsumir (cuando el significado de alguno de los términos de una norma no es claro, es necesario interpretarlo para luego realizar la subsunción) ni ponderar y subsumir (normalmente -como se acaba de ver- son pasos sucesivos de un mismo proceso: se pondera para obtener una regla en la que subsumir el caso). ¿Pero cómo se relacionan entre sí interpretar y ponderar? ¿En qué sentido son compatibles? ¿Es la interpretación, sencillamente, un tipo o un momento de la ponderación? ¿Se trata de operaciones realmente distintas?

Hay una cierta dificultad para contestar a estas preguntas que deriva del hecho de que, en la teoría del Derecho, la interpretación parece concebirse, básicamente, de dos maneras distintas.

Una de ellas (muy influida por la filosofía hermenéutica) es la que puede ejemplificarse en la obra de Dworkin que, como es sabido, considera el Derecho mismo como una práctica interpretativa; la ponderación entre principios, por lo tanto, no podría ser más que un momento, una fase, de la interpretación.

La concepción del Derecho de Dworkin [vid. Dworkin 1985 y 1986; también Lifante 1999] se centra en los casos difíciles, en los que hay que recurrir a principios y valores constitucionales. Según él, en las cuestiones acerca de qué es lo que el Derecho establece (distintas de los problemas de prueba o de los problemas estrictamente morales) puede surgir un tipo de "desacuerdo teórico" en relación con los "fundamentos de Derecho" que llevan a establecer como verdaderas determinadas "proposiciones de Derecho" como, por ejemplo, "según el Derecho español, el derecho fundamental a la vida lo tienen no los embriones, sino los seres humanos nacidos". Esas proposiciones no describen ninguna realidad previamente existente, ni son la expresión de deseos o la descripción de verdades objetivas; su establecimiento no es el resultado (o normalmente no lo es) de resolver un problema de

vaguedad semántica o un problema puramente moral, sino de haber llevado a cabo una actividad interpretativa. Pero entonces resulta que el Derecho -al menos en estos casos difíciles- es él mismo interpretación, esto es, se genera al ser interpretado. El Derecho constituye una práctica social y la interpretación no puede llevarse a cabo según un modelo conversacional o intencionalista, sino según un modelo constructivo: interpretar supone procurar presentar el objeto o la práctica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece. La interpretación de las prácticas sociales (del Derecho) exige o presupone lo siguiente:

En primer lugar, una determinada actitud interpretativa. Para que se pueda adoptar esa actitud se requiere, a su vez, la presencia de dos requisitos. Uno es que la práctica como tal exista y tenga un sentido; en el caso del Derecho, se traduciría en la existencia no sólo de reglas, sino también de propósitos y de valores (principios) que dotan de sentido a la práctica. Otro requisito es que lo exigido o justificado por la práctica sea sensible a su sentido, esto es, que los valores tengan primacía sobre las reglas y, hasta cierto punto, contribuyan a conformarlas.

En segundo lugar, la realización de una actividad interpretativa en la que pueden distinguirse tres etapas. En la etapa preinterpretativa (que a Dworkin no le interesa mucho) se trataría básicamente de identificar la práctica -las

reglas- y de calificarla como perteneciente a un determinado género. En la etapa interpretativa, se muestra cuáles son los valores y objetivos de la práctica: aquí es posible que aparezcan diversas teorías que se acomodan con esa práctica; en el Derecho, que permitan dar cuenta de los materiales jurídicos, de las reglas. Finalmente, en la etapa postinterpretativa o reformadora, habrá que ver qué es lo que necesita la práctica para lograr una realización máxima de los principios: éstos tienen la virtualidad de reformar las reglas, pero sólo hasta cierto punto (interpretar una práctica no es inventarla).

En tercer lugar, la consideración por parte del intérprete de que su interpretación presenta el objeto en cuestión como el mejor ejemplo posible de la práctica; esto es, la interpretación excluye el escepticismo. La tesis de Dworkin -como se sabe- es que siempre -o casi siempre- existe una única respuesta correcta para cada caso, porque siempre hay una teoría sustantiva de carácter moral y político (de entre las que se adecuan a los materiales del Derecho) que es la mejor, la más profunda.

La otra manera de aproximarse a la interpretación (que, sin muchas precisiones, podría calificarse como analítica) parece, en principio, muy distinta. Interpretar consistiría en adscribir, proponer o crear un significado a partir de un texto. Existe un problema interpretativo cuando ese significado

es dudoso, esto es, a un mismo término o a un mismo enunciado de una norma o de una disposición se le puede atribuir, en principio, más de un significado. En el ejemplo que veíamos, el término "todos" del art. 15 de la Constitución española puede entenderse que abarca a "todos los seres humanos, incluidos los embriones desde el momento de la concepción", o solamente a "todos los seres humanos nacidos". La resolución del problema consiste en pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretado, y para ello se necesita aducir argumentos en favor de una u otra de esas opciones. Esos argumentos revisten diversas formas lógicas (*a simili*, *acontrario*, etc.) y se apoyan en diversos criterios (cánones o reglas) de la interpretación que pueden clasificarse en cinco grandes categorías, pues lo que hace que surja una duda interpretativa es alguno de estos cinco factores (o una combinación de ellos): en el texto se ha empleado una expresión imprecisa (criterios lingüísticos); no es obvio cómo haya de articularse ese texto con otros ya existentes (criterios sistemáticos); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (criterios pragmáticos); es problemática la relación entre el texto y las finalidades a que el mismo ha de servir (criterios teleológicos); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento (criterios axiológicos). Ahora bien, la clave para la solución de un problema interpretativo no se encuentra simplemente en esos

criterios, sino en los criterios de segundo grado que establecen qué criterios, y en qué ocasiones, prevalecen sobre otros (puesto que el uso de una u otra regla interpretativa puede llevar en muchos casos a resultados opuestos) lo que, a su vez, requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación (formalista, realista, subjetivista, objetivista, etc.) y, en el fondo, a una teoría del Derecho.

De manera que, a fin de cuentas, esta segunda forma de ver la interpretación no es tan distinta de la sugerida por Dworkin, si el análisis de la argumentación que requiere un problema interpretativo se lleva hasta el final (hasta sus premisas últimas) y se suscribe una teoría no formalista, objetivista y no escéptica de la interpretación (y del Derecho). La solución de los problemas interpretativos depende, por tanto, de la forma como se entienda el fenómeno del constitucionalismo al que me referí en un apartado anterior. No es por ello de extrañar que Dworkin y los autores a los que, en sentido estricto, cabe denominar como "constitucionalistas" estén básicamente de acuerdo en cuanto a los criterios últimos para interpretar la Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico. Así, coinciden, por supuesto, en la idea de que todo el material jurídico debe interpretarse de manera acorde con la Constitución, como consecuencia obvia de la primacía de la Constitución. Pero también en priorizar las interpretaciones que conduzcan al máximo desarrollo posible de los valores y derechos fundamentales. En considerar que los criterios

lingüísticos, pragmáticos y sistemáticos (lo que Dworkin denomina adecuación *-fitness-*) constituyen básicamente un límite, pero no el objetivo de la interpretación. En defender alguna versión de la teoría de la "deferencia al legislador" y de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Y, en fin, en sostener la prioridad del elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin perder de vista por ello que el Derecho (a diferencia de la moral) es necesariamente un fenómeno autoritativo y que este último componente tiene que pesar más a medida que se va descendiendo en el orden jerárquico judicial: por ello, entre otras razones, la interpretación de los tribunales constitucionales no puede ser del todo coincidente con la de los otros jueces¹⁵.

Pero volvamos a la cuestión de la relación entre interpretación y ponderación. Dado que en la formulación de los principios aparecen expresiones de significado abierto, impreciso ("dignidad", "honor", "libertad", "igualdad", "tratos inhumanos o degradantes", etc.), su utilización requiere, naturalmente, una labor de interpretación. Y si se acepta una concepción de la

¹⁵ Todo esto se puede expresar también, como lo ha hecho recientemente Josep Aguiló [2004], señalando que en el constitucionalismo contemporáneo se pueden distinguir cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución: la concepción "mecánica" frente a la "normativa", la concepción "procedimental" frente a la "sustantiva", la concepción "política" frente a la "jurídica" y la concepción de la Constitución como "fuente de las fuentes del Derecho" frente a la Constitución como "fuente del Derecho"; que en realidad se trata de una disputa no sobre las propiedades que caracterizan a una Constitución, sino sobre cuáles tienen preeminencia; que todas esas oposiciones se reducen, en realidad, a una fundamental según se ponga el énfasis en la dimensión "constitutiva" (es decir, en el primero de cada uno de los anteriores pares de conceptos) o en la "regulativa" (en el segundo de cada par); que la concepción más adecuada es precisamente esta segunda, esto es, la que subraya el carácter normativo, sustantivo, jurídico y de fuente del Derecho de la Constitución; y

ponderación como la de Alexy, no cabe duda de que expresiones como "peso abstracto", "afectación grave", etc. necesitan también ser interpretadas. Digamos que la ponderación es un esquema o una operación que envuelve diversos momentos interpretativos: no se puede ponderar sin interpretar. ¿Pero se puede interpretar sin ponderar? Sí y no.

Por un lado, en efecto, parece haber problemas de interpretación de la Constitución (y de las leyes) que no requieren de una ponderación, sino simplemente de la utilización de alguna regla interpretativa. Por ejemplo, el tribunal constitucional español entendió (en la sentencia tantas veces mencionada) que "todos tienen derecho a la vida" debía interpretarse en el sentido de "todos los nacidos" apoyándose, fundamentalmente, en su propio precedente; y para sostener que el término "preembriones no viables" utilizado por la LRHA debería interpretarse en el sentido de incluir también los preembriones sobrantes de un tratamiento de fertilización y cuyo destino es la destrucción, bastaría con aducir una regla interpretativa que diera prioridad a los criterios teleológicos y valorativos frente a los basados en el sentido puramente literal de los términos; o sea, a las razones subyacentes, frente a la literalidad de los textos. Pero, por otro lado, si los anteriores problemas podemos verlos de esta manera es, en realidad, porque la ponderación se

que la diferencia entre ambas concepciones se advierte en el momento del diseño constitucional y en el de la resolución de casos de indeterminación constitucional (casos difíciles).

efectuó en otro lugar: la llevó a cabo el propio tribunal constitucional en una sentencia anterior (en la que -a propósito del aborto- dio prioridad, bajo ciertas condiciones, a la autonomía de la mujer frente al valor que supone la vida humana en formación -en sus primeros estadios de desarrollo-); o bien el legislador (dando prioridad en este caso a los intereses de la investigación biomédica y a la libertad en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida frente al valor de la vida del preembrión). La diferencia entre estos casos y aquellos en los que se hace propiamente uso del esquema ponderativo es, por tanto, simplemente relativa, esto es, depende de que la ponderación se haya ya efectuado y no exista motivo para ponerla en entredicho. Y no depende de que al tribunal constitucional se le plantee un caso concreto (si, por ejemplo, una resolución administrativa o judicial supone la vulneración de un derecho fundamental de cierto individuo) o un caso abstracto (si tal aspecto de tal ley es o no constitucional).

Así pues, la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación (bien la realización de una ponderación, o bien la aceptación de una ponderación efectuada anteriormente). El problema entonces (el problema de fondo de la argumentación constitucional) es el de cómo determinar el peso de las diversas razones en presencia. Es

obvio que no puede haber ninguna fórmula que quepa sin más aplicar a cada uno de los casos en discusión (salvo que se trate de una fórmula vacía, esto es, de un simple esquema lógico). ¿Pero cabe al menos establecer alguna jerarquía entre los tipos de razones presentes en los procesos de justificación?

Es usual, a partir de Summers [1978], distinguir dos grandes tipos de razones justificativas: razones formales o autoritativas (que apelan a la autoridad del legislador, del precedente, etc.) y razones sustantivas, que derivan su fuerza de consideraciones de carácter moral, económico, político, etc.; estas últimas pueden ser finalistas (sirven para apoyar una decisión que contribuirá a un fin valioso) o de corrección (derivan su fuerza justificativa de la aplicabilidad de una norma socio-moral válida). Los principios tienen un cierto ingrediente autoritativo pero, en lo esencial, aparecen como razones sustantivas o, empleando una terminología equivalente, dependientes del contenido¹⁶: los principios en sentido estricto suministran razones de corrección, y las directrices, razones finalistas. De acuerdo a cómo operan nuestros sistemas jurídicos (los del Estado constitucional) puede decirse que las razones sustantivas tienen algún tipo de prioridad sobre las autoritativas y, dentro de las sustantivas, las de corrección sobre las finalistas; pero no parece que se pueda establecer una jerarquía estricta: las razones de corrección

¹⁶ Remito de nuevo a Atienza y Ruiz Manero 2004 y al trabajo de Ruiz Manero en este mismo Tratado.

pueden ser derrotadas, en ciertas circunstancias excepcionales, por razones de fin; y unas y otras (las razones sustantivas) pueden ser derrotadas también por razones institucionales, esto es, razones cuya fuerza depende de la necesidad de preservar el propio orden jurídico o alguna de sus instituciones (por ejemplo, la división de poderes y la deferencia al legislador justifica que un juez constitucional no pueda -o pueda muy limitadamente- modificar una norma legislativa para hacerla más justa, más acorde con las razones de corrección y finalistas que serían aplicables a la situación).

El carácter institucional del razonamiento jurídico marca precisamente una diferencia importante con la argumentación moral que parece estar regida esencial o únicamente por razones de tipo sustantivo. Eso permite hablar de una relativa autonomía, pero no de una independencia, del razonamiento jurídico respecto del moral. En realidad, el razonamiento jurídico -y, por supuesto, el de los tribunales constitucionales- está sometido al razonamiento moral, pero eso no quiere decir tampoco que aquel sea exactamente un caso especial de éste (no lo es, porque en la argumentación jurídica -al menos en algunas de sus instancias- no rigen todas las normas de la argumentación práctica racional). Más bien habría que decir que toda justificación jurídica presupone, en último término, una justificación moral¹⁷. Las restricciones

¹⁷ Para más detalles sobre este punto puede verse Atienza 2006, p. 242 y ss.

institucionales del Derecho son condiciones necesarias (cuando lo son: cuando están justificadas) para que pueda existir una práctica jurídica valiosa. Nino lo expresa así: El razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos fases o en dos niveles. En el primero, de carácter más básico, se deben articular las razones que legitiman la práctica social (el Derecho, para Nino, es una práctica social, una obra colectiva) fundamentada en la Constitución; la legitimación depende de que esa Constitución sea expresión de un consenso democrático que, a su vez, resulte de una deliberación lo más amplia y libre posible, de que la Constitución reconozca suficientemente los derechos fundamentales, y de que no exista alguna alternativa realista a esa Constitución que permita fundar una práctica más legítima. En el segundo nivel, el razonamiento está constreñido por el de primer nivel, pues ahora, para justificar acciones y decisiones (el anterior se refería a instituciones) "quedan excluidas las razones justificativas que son incompatibles con la preservación de la Constitución (...). Un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral, puede ser sin embargo descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución" [Nino 1992, p. 71].

4.3 Resumiendo en cierto modo lo que se acaba de ver en los anteriores apartados, podría decirse lo siguiente. Considerada desde la perspectiva judicial, la argumentación constitucional sería aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución. Como el punto de partida, las premisas, de los argumentos son enunciados de principio, el esquema básico es la ponderación, pero eso no excluye una utilización - limitada- de esquemas de adecuación y, por supuesto, clasificatorios. Una característica fundamental de los principios es que están formulados en forma abierta e imprecisa y, normalmente, hay más de uno, de signo contrapuesto, aplicable a cada situación. Ello significa que su manejo plantea no sólo problemas de interpretación en sentido estricto, sino también de ponderación, de establecer el peso relativo de cada uno de ellos: en relación con los otros, y a la vista de determinada situación. No hay un método que permita determinar, de antemano, el resultado de esta operación, pero sí criterios que sirven como límite y guía de la misma. Aquí podría distinguirse, a su vez, entre los criterios que son característicos de cualquier argumentación práctica de carácter justificativo (universalidad, consistencia, coherencia, adecuación de las consecuencias) y otros vinculados a una determinada concepción de la Constitución, del Derecho del Estado constitucional. La diferencia entre la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y por los

tribunales ordinarios no puede ser una diferencia cualitativa, dado que una de las características del constitucionalismo es que la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier argumentación judicial de carácter justificativo se apoya en último término en premisas (normas y valores) constitucionales. Esto puede no resultar manifiesto en los casos fáciles (en los que hay una norma específica, una regla, aplicable sin más al caso), pero simplemente porque, al no ponerse en cuestión la regla, la argumentación no necesita llegar hasta niveles de justificación más profundos. Pero las reglas, como sabemos, tienen su justificación en los principios y el recurso (explícito) a ellos se vuelve necesario cuando aparecen casos difíciles, esto es, casos en los que no hay una regla aplicable, o hay más de una entre sí contradictorias, o hay una sola pero su contenido prescriptivo va más allá o más acá de su justificación subyacente, esto es, hay un desajuste entre el aspecto directivo y el valorativo. O sea, si se consideran los elementos formales y materiales de la argumentación, no hay -no puede haber- muchas diferencias en cuanto a la manera de justificar las decisiones de los casos difíciles por parte de los tribunales ordinarios o constitucionales. Los elementos distintivos tienen más bien que ver con cuestiones de tipo institucional (que tienen que ser consideradas por una concepción pragmática de la argumentación) como la competencia (los tribunales constitucionales pueden ser los únicos

competentes para decidir sobre determinadas cuestiones) y la autoridad (los tribunales constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, constituyen obviamente el punto último de la cadena de autoridades: sus decisiones y las razones que las avalan pueden estar equivocadas - jurídicamente equivocadas- pero tienen fuerza obligatoria; su repercusión, por ello, es, normalmente, superior a la de los otros tribunales.

En cuanto a la argumentación de tipo legislativo, la subsunción no juega en ella ningún papel, puesto que aquí no se trata propiamente de aplicar la Constitución, sino de interpretarla y desarrollarla (en cuyo caso el legislador pondera en el sentido antes señalado) y, sobre todo, de alcanzar objetivos, de desarrollar políticas que sean compatibles con la Constitución; la argumentación legislativa obedece por ello, esencialmente, al modelo de la argumentación medio-fin; los fines últimos, si se quiere, son los establecidos por la Constitución, pero con respecto a los fines intermedios (en los que suele centrarse la argumentación legislativa) la Constitución juega simplemente el papel de marcar un límite. Los criterios que determinan lo que es una buena razón en el ámbito legislativo no son exactamente los mismos que en la justificación judicial, pero hay un paralelismo notable entre los criterios de interpretación y los de producción de las leyes: los argumentos volcados a justificar el contenido de una ley hacen referencia a su claridad,

sistematicidad, eficacia, efectividad, adecuación axiológica y eficiencia (cumplimiento de los anteriores criterios en un grado razonable) [vid. Atienza 2004]. La mayor diferencia entre la argumentación constitucional que llevan a cabo los jueces y los legisladores tiene que ver también con la dimensión pragmática: con quiénes son los agentes de la argumentación, cuál su rol institucional; en qué contexto actúan, qué reglas rigen su comportamiento argumentativo; y qué efectos produce la argumentación. O sea, tiene que ver con el quién, el cómo y el para qué se argumenta.

En relación con el quién, el hecho de que los jueces -en particular, los jueces constitucionales- sean los intérpretes últimos de la Constitución y tengan el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes plantea, como es sabido, el problema de que ello parece ir en contra de las nociones comunes de soberanía popular y de democracia. La legitimidad de los jueces, incluidos los jueces constitucionales, no es de tipo democrático; estos últimos son elegidos por órganos políticos, pero difícilmente puede considerarse que representan la voluntad popular cuando, además, su mandato no suele ser temporalmente coincidente con el del órgano (parlamentario o no) que los eligió para desarrollar esas funciones. La tensión, naturalmente, se acentúa cuando los límites constitucionales al poder del legislador -como ocurre en el Estado constitucional- no son únicamente formales y procedimentales, sino también

de carácter sustantivo y aparecen plasmados no en la forma específica y relativamente cerrada de las reglas, sino en la imprecisa y abierta de los principios. ¿Cómo justificar entonces ese poder contramayoritario de los jueces?

Como se sabe, este es uno de los problemas centrales del constitucionalismo contemporáneo, que lleva a contraponer la idea de democracia a la de derechos y que ha generado una importante división teórica entre los partidarios de subrayar uno u otro elemento, ambos, naturalmente, presentes en la noción de Estado de Derecho [vid. Salazar 2006]. Simplificando mucho las cosas, me parece que se podría decir que los primeros tienden a ser escépticos con respecto al papel que pueda jugar la racionalidad práctica en el manejo argumentativo de los principios; propenden a plantear el problema en términos políticos, esto es, en términos de a quién se le concede la última palabra, quién decide; y optan por la preeminencia del legislador frente al juez, del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres (que es lo que vendría a significar, en su opinión, el otorgar a los jueces el poder de interpretar los principios constitucionales y declarar la inconstitucionalidad de las leyes). Los segundos, por el contrario, defienden -o tendrían que defender- alguna teoría de la racionalidad práctica; tienden a plantear el problema en términos más bien morales (o, por lo menos, no en

términos exclusivamente políticos); y entienden que los derechos son límites a la democracia y que el poder -contramayoritario- del juez se legitima en la medida en que se ejerce para tutelar los derechos.

Pues bien, hay ciertos rasgos de la argumentación constitucional que desarrollan los jueces que se conectan precisamente con lo anterior y que apuntan, en cierto modo, a la misma tensión que se acaba de mencionar. Por un lado, la manera de superar ese déficit de legitimidad democrática, de legitimidad de origen, parecería que tendría que consistir en una exigencia más estricta en cuanto al ejercicio del poder; sería por ello de esperar que el discurso justificativo que se contiene en la motivación de las decisiones judiciales -en particular, las de los jueces constitucionales- obedeciera al modelo del diálogo racional. Pero, por otro lado, esa argumentación no podría estar presidida exclusivamente por la idea de corrección, esto es, no se trata de un diálogo puramente filosófico, sino de un diálogo condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas y cuyo destinatario quizás no sea exactamente el "auditorio universal" [vid Perelman y Olbrecht-Tyteca 1958]. Esto sugiere la idea de que en la argumentación constitucional existen elementos de tipo dialéctico y retórico que merece la pena considerar.

A diferencia de lo que ocurre con la argumentación que tiene lugar en el momento de establecimiento de las leyes, en donde los elementos dialécticos

están muy presentes, lo que resulta "visible" de la argumentación judicial no suele ser la actividad de argumentar, sino su producto, el texto de la sentencia; por regla general, la deliberación en el interior del tribunal -incluidos los tribunales constitucionales- suele ser secreta, aunque existe alguna excepción a esta regla¹⁸. Pero, de todas formas, los elementos dialécticos de la discusión pueden hacerse presentes a través de dos instituciones de gran relevancia. Una es el procedimiento de tipo contradictorio que es seguido, también, por los tribunales constitucionales, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales. Los jueces tienen así la oportunidad de conocer los argumentos a favor y en contra de una determinada tesis expuestos por las partes (aunque las "partes" no sean muchas veces individuos, sino órganos públicos). Es usual que en la redacción de las sentencias queden "rastros" de esa dialéctica, digamos, previa a la deliberación del tribunal. La otra institución es la del voto particular (discrepante o concordante) que permite también que, en el texto de la sentencia, se trasluzca algo de la dialéctica que ha tenido lugar, ahora, durante la deliberación en el interior del tribunal; no hace falta insistir en que esa posibilidad de que afloren los argumentos de una y otra parte, de la mayoría y de la(s) minoría(s), es de particular relevancia en

¹⁸ Me refiero a la Corte Suprema mexicana (cuyas funciones equivalen, al menos en parte, a las de un tribunal constitucional de tipo europeo): la deliberación tiene lugar en audiencia pública y los debates se transmiten incluso por televisión.

los casos más conflictivos, en los que la división del tribunal refleja sin duda la que existe en la sociedad, en los diversos sectores sociales.

Ahora bien, con independencia de la mayor o menor visibilidad de esos aspectos dialécticos, la pregunta que inevitablemente se plantea -como antes decía- es la de si la argumentación de los tribunales (de los tribunales constitucionales) cumple o no -o hasta qué punto- las reglas que caracterizan al discurso o diálogo racional. La concepción dialéctica de la argumentación, como se ha dicho, considera la argumentación como una actividad, como un procedimiento en el que los participantes efectúan actos de lenguaje, cumpliendo ciertas reglas que varían según el tipo de diálogo de que se trate: o sea, no son las mismas reglas las que rigen la discusión en una disputa personal, en una negociación...o en un diálogo racional [vid. Walton 1989; Cattari 2003]. Hay varias formas, esencialmente coincidentes entre sí, de caracterizar este último tipo de interacción. Por ejemplo, Alexy [1978], siguiendo a Habermas, formula una serie de reglas de la argumentación racional, las más importantes de las cuales son las que denomina "reglas fundamentales" y "reglas de razón"¹⁹. Y en la concepción pragma-dialéctica

¹⁹ Reglas fundamentales:

"1.1. Ningún hablante puede contradecirse

1.2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree

1.3. Todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.

1.3'. Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

de la argumentación de van Eemeren y Grootendorst [2004] se propone un código de conducta, para quienes pretenden resolver sus diferencias de opinión mediante ese tipo de argumentación, que tiene la forma de un decálogo²⁰. Lo esencial, en ambos casos, consiste en asumir un tipo de actitud: en erigir una "pretensión de corrección" o respetar las reglas del "juego limpio".

Pues bien, la argumentación de los tribunales no puede obedecer del todo a esas reglas, al menos por un par de razones. La primera es que se trata de una argumentación que no está abierta a todos sino, precisamente, tan sólo a los

1.4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados".

Reglas de razón:

"2. Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

2.1. Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso.

2.2 a) Todos pueden problematizar cualquier aseveración en el discurso.

b) Todos pueden introducir cualquier aseveración en el discurso.

c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

2.3. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 2.1. y 2.2. mediante coerción interna o externa al discurso"

²⁰ I. Ningún participante debe impedir a otro tomar su propia posición, positiva o negativa, con respecto a los puntos o tesis en discusión.

II. Quien sostenga una tesis, está obligado a defenderla y responder de ella cuando su interlocutor se lo demande.

III. La crítica de una tesis debe versar sobre la tesis realmente sostenida por el interlocutor.

IV. Una tesis sólo puede defenderse con argumentos referidos justamente a ella.

V. Todo interlocutor puede verse obligado a reconocer sus supuestos o premisas tácitas y las implicaciones implícitas en su posición, debidamente explicitadas, así como verse obligado a responder de ellas.

VI. Debe considerarse que una tesis o una posición ha sido defendida de modo concluyente si su defensa ha consistido en argumentos derivados de un punto de partida común.

VII. Debe considerarse que una tesis o una posición ha sido defendida de modo concluyente si su defensa ha consistido en argumentos correctos o resultantes de la oportuna aplicación de esquemas o pautas de argumentación comúnmente admitidas.

VIII. Los argumentos (deductivos) utilizados en el curso de la discusión deben ser válidos o convalidables mediante la explicitación de todas las premisas tácitas co-determinantes de la conclusión.

IX. El fracaso en la defensa de una tesis debe llevar al proponente a retractarse de ella y, por el contrario, el éxito en su defensa debe llevar al oponente a retirar sus dudas acerca de la tesis en cuestión.

X. Las proposiciones no deben ser vagas e incomprensibles, ni los enunciados deben ser confusos o ambiguos, sino ser objeto de la interpretación más precisa posible.

integrantes del tribunal. En el caso de los tribunales constitucionales, puede pensarse que sus miembros (dado el sistema de elección, distinto del de los otros jueces) representan aproximadamente las diversas ideologías o grupos presentes en la sociedad pero, naturalmente, eso no pasa de ser, en el mejor de los casos, una aproximación²¹. Y la segunda razón es que los jueces (también los jueces constitucionales) operan bajo límites de carácter institucional (límites procedimentales, pero también sustantivo) que no existen en el diálogo racional. Por supuesto, todas estas limitaciones pueden muy bien estar justificadas (permiten -por decirlo de una manera pomposa- que la razón práctica llegue más allá de donde llegaría de otra manera, esto es, permite que se argumente a propósito de campos de acción que, en otro caso, quedarían librados a la arbitrariedad o a la violencia). Pero, en cualquier caso, lo que parece claro es que los tribunales constitucionales no son una encarnación de la "comunidad ideal de diálogo" habermasiana ni, incluso, de la menos idealizada "razón pública" de Rawls.

Ahora bien, esos déficits son todavía compatibles con la idea de que, de todas formas, la argumentación que se desarrolla en los tribunales

²¹ Por poner un par de ejemplos, a propósito de una sola de las circunstancias personales que podría considerarse relevante a la hora de desarrollar una argumentación: En la actual composición del tribunal constitucional español, sólo 2 de sus 12 miembros son mujeres (aunque una sea la presidente del órgano). Y cuando el tribunal europeo de derechos humanos (una especie de tribunal constitucional de ámbito supranacional) tuvo que decidir el famoso caso Kalanke (sentencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995), a propósito de una cuestión de discriminación inversa (o acción afirmativa) en favor de las mujeres, ni uno sólo de sus miembros era mujer

constitucionales se aleja menos del modelo del diálogo racional que la que tiene lugar en los parlamentos. Por ejemplo, la confrontación de posturas se resuelve aquí en último término (como ocurre en los tribunales), por medio de una votación, pero quienes votan no tienen la obligación de justificar el sentido de su voto y no sólo pueden adoptar en el debate una actitud de activa "parcialidad", sino que con alguna frecuencia (en el funcionamiento real de las asambleas parlamentarias) queda excluida de antemano la posibilidad de que alguien pueda ser persuadido por un argumento de un representante de la fuerza política antagónica. Por lo demás (y aunque aquí sea relevante la distinción entre la discusión en las comisiones y en el pleno), lo normal es que los árbitros del debate, quienes lo resuelven mediante votación, no sean expertos en la materia; en ocasiones, ni siquiera podría decirse que tengan una idea razonablemente fundada de lo que se está votando (y, por tanto, de los argumentos que están apoyando o a los que se están oponiendo). ¿Pero es realmente por ello menos "racional" la argumentación legislativa (parlamentaria) que la judicial? La respuesta es probablemente que no. No tiene sentido criticar a los legisladores porque sus argumentaciones se produzcan en el contexto de una negociación en la que se trata de articular intereses y no de erigir una pretensión de corrección, de la misma manera que tampoco lo tendría descalificar el alegato de un abogado aduciendo que es

parcial. La forma de medir la "racionalidad" de un tipo de argumentación no puede hacer abstracción de los diversos contextos en los que surge la necesidad de argumentar²². Aunque quizás haya, después de todo, alguna razón para pensar que el Estado constitucional ha tenido un mayor éxito en el diseño de las instituciones judiciales que en el de las legislativas.

En todo caso, el hecho de que la argumentación de los tribunales constitucionales no pueda verse sin más como un ejercicio de la argumentación práctica racional supone también un reconocimiento de que los elementos retóricos juegan -y deben jugar- en ellos un papel relevante. Tal y como la retórica se ha entendido desde la antigüedad hasta nuestros días (podríamos decir, desde Aristóteles hasta Perelman), la noción clave de la misma es la de persuadir a otro. La argumentación retórica presupone entonces la idea de un orador que construye un discurso frente a un auditorio al que trata de persuadir con respecto a alguna tesis. Ese auditorio, normalmente, es más amplio en el caso de los tribunales constitucionales que en el de los tribunales ordinarios; podría decirse que las motivaciones de las decisiones de los primeros tienen como destinatarios a toda la comunidad política y no únicamente a las partes de un proceso o a la comunidad jurídica.

²² Lo cual es compatible con asignar una posición de cierta preeminencia (sobre los otros tipos de diálogo) al discurso racional. La preeminencia consiste en que el discurso racional permite justificar la existencia de los otros juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él.

En esto, o sea, en cuanto a la amplitud del auditorio, se distingue también de la argumentación en el contexto de un debate parlamentario (o en los otros foros de la vida política) en el que cada interviniente aspira, normalmente, a ser persuasivo en relación con sus propios correligionarios o con quienes están próximos a su ideario político. De aquí derivan importantes consecuencias en cuanto al estilo y en cuanto al fondo de la argumentación. Así, puesto que las decisiones de los tribunales constitucionales son "últimas" no sólo en el sentido jurídico de no recurribles, sino también en el de contribuir a estabilizar (a fijar ciertas líneas de consenso en) el debate político y moral (sobre todo, cuando versan sobre cuestiones polémicas como el aborto, la eutanasia, el reconocimiento de nuevos derechos, la organización territorial del Estado, los límites de la acción política, etc), sería inaceptable, por ejemplo, que fundamentasen sus decisiones en términos muy formalistas, o haciendo una amplia utilización de tecnicismos jurídicos o dificultando de cualquier manera (una manera de hacerlo es dar a las sentencias una exagerada extensión) su fácil comprensión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos²³.

Lo anterior no quiere decir que el destinatario de las argumentaciones de los tribunales constitucionales sea exactamente el "auditorio universal", en

²³ Me parece que la fundamentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) 347 US 483 (que, como se sabe, puso fin a la discriminación racial en las

el sentido en el que Perelman utilizaba esta expresión; o sea, no son todos los seres de razón, sino más bien todos los que componen una comunidad política. Su objetivo no puede ser por ello simplemente el consenso racional, sino (o también) el consenso fáctico. En realidad, aparece aquí, de nuevo, una tensión entre dos formas de entender el constitucionalismo y, por ello, también la práctica argumentativa según se parta de un modelo de racionalidad en el que predominen los elementos morales o los políticos. Esa doble orientación podría quizás ejemplificarse con dos famosos conceptos que, de alguna manera, caracterizan las dos fases de la obra de Rawls: el equilibrio reflexivo [Rawls 1971] frente al consenso por solapamiento [Rawls 1993]. El equilibrio reflexivo constituye ante todo un criterio de coherencia, de corrección moral, mientras que el consenso por solapamiento apunta a la noción de razonabilidad, al propósito de alcanzar acuerdos que, aunque no resuelvan el problema de fondo, permitan convivir a individuos libres e iguales, que se encuentran divididos en cuestiones de religión, política o moral.

Me parece que lo que tendría que guiar la labor argumentativa de los jueces constitucionales tendría que ser alguna combinación de esos dos criterios: coherencia y pragmatismo; consenso ideal y consenso fáctico; teoría moral y teoría política. En algunos aspectos, quizás sea posible encontrar una cierta

escuelas en aquel país) es un buen ejemplo de argumentación constitucional retóricamente bien construida.

síntesis: por ejemplo, puede pensarse que la coherencia es un criterio irrenunciable, pero que la coherencia a la que cabe aspirar aquí -en general, en el Derecho- es una coherencia local, limitada, lo cual, por otro lado, hace posible que la Constitución pueda verse como una práctica abierta²⁴. Pero en otros, quizás pueda pensarse que el grado de prevalencia de uno u otro modelo está en función de la diversidad de competencias que se confían a los tribunales constitucionales: cuando se trata de tutelar derechos parecería que tendría que prevalecer el primer tipo de consideraciones (si, efectivamente, los derechos son límites al ejercicio de la política), mientras que las cosas no tendrían por qué ser así cuando se ventilan conflictos de competencias o (en los Estados federales o cuasi federales) cuestiones concernientes a la distribución territorial del poder.

BIBLIOGRAFÍA:

-Aarnio, Aulis (1987): *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht.

²⁴ Ese tipo de actitud por parte del juez constitucional podría ser la que mejor se adapta a la que es de presumir habrían tenido los constituyentes en el momento de fundar la práctica. Como dice Aguiló [2004]: "Lo que desde la perspectiva de la interpretación constitucional muchos teóricos han calificado de 'conceptos esencialmente controvertidos', desde la perspectiva de la redacción de una Constitución se ve como 'acuerdos incompletamente teorizados'. Si uno es capaz de dotar de sentido a la formulación de tales acuerdos, entonces probablemente venga de suyo el sentido que haya que atribuir a los 'conceptos esencialmente controvertidos' " (p. 139-140).

- Aguiló, Josep (2004): *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
- Alexy, Robert (1989): *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp. Frankfurt a.M.
- Alexy, Robert (1994): *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona.
- Alexy, Robert (2002): "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 66.
- Atienza, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Cosntitucionales, Madrid.
- Atienza, Manuel (1996): "Juridificar la bioética. Boética, Derecho y razón práctica", en *Claves de Razón Práctica*, nº 61.
- Atienza, Manuel (2004): "Argumentación y legislación" en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid.
- Atienza, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2004): *Las piezas del Derecho* (2ª ed.), Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2006 a): *Ilícitos atípicos* (2ª ed.), Ariel, Barcelona.

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2006 b): "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca.
- Bernal, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.
- Bovero, Michelangelo (2006): *Prefacio a Pedro Salazar, La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México.
- Carbonell, Miguel (2003): "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en M. Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Cattari, Adelino (2003): *Los usos de la retórica*, Alianza, Madrid.
- Comanducci, Paolo (2003): "Formas de (neo)constitucionalismo", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Dworkin, Ronald (1985): *A Matter of principles*, Harvard University Press, Cambridge.
- Dworkin, Ronald (1986): *Law's Empire*, Fontana Press, Londres.
- Ezquiaga, Javier (1987): *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- Ferrajoli, Luigi (2003): "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid

- Guastini, Riccardo (1993): *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán.
- Guastini, Riccardo (2003): "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Guastini, Riccardo (2005): "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", en Eduardo Ferrer (coordinador), *Interpretación constitucional*, E. Porrúa, México.
- Lifante, Isabel (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid.
- Nino, Carlos (1992): *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- Nino, Carlos (1994): *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.
- MacCormick, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press .
- MacCormick, Neil (2005): *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal reasoning*, Oxford University Press.
- Peczenik, Aleksander (1989): *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht.
- Perelman, Chäim y Olbrecht Tyteca, Lucie (1958): *Traité de de l' argumentation juridique. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris

- Pozzolo, Susana (2003): "Un constitucionalismo ambiguo", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Prieto, Luis (2002): "*Neoconstitucionalismo*", en Miguel Carbonell (coordinador), *Diccionario de Derecho constitucional*, UNAM, México.
- Prieto, Luis (2003): "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Rawls, John (1971): *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- Rawls, John (1993): *Political Liberalism*, Columbia University Press.
- Raz, Joseph (1975): *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres.
- Summers, Robert S (1978): "Two Types of Sustantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", *Cornell Law Review*, nº 63.
- Salazar, Pedro (2006): *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México
- Tarello, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán.
- Taruffo, Michele (1992): *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán.
- Toulmin, Stephen E. (1958): *The Uses of Argument*, Cambridge Univerty Press.
- Troper, Michel (1984): *Pour una théorie juridique de L' État*, PUF, Paris.

-van Eemeren, Frans y Grootendorst, Robert (2004): *A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge University Press.

-Walton, Douglas (1989): *Informal logic. A Handbook for critical Argumentation*, Cambridge University Press.