

Constitución y argumentación

Por MANUEL ATIENZA
Universidad de Alicante

RESUMEN

*El paso del llamado modelo de Estado legislativo al de Estado constitucional de Derecho, entendido como culminación del sometimiento del poder al Derecho, volvió obsoleta la óptica del positivismo jurídico decimonónico a lo largo del siglo xx. Ni estatalismo ni legicentrismo ni formalismo interpretativo dan ya razón de la estructura jurídico-política de los Estados democráticos contemporáneos, presididos por Constituciones rígidas de carácter normativo con presencia positivizada de valores y principios materiales de justicia. En consecuencia, las distintas versiones del «neoconstitucionalismo», tanto el positivismo crítico de L. Ferrajoli como la superación en ciernes del parámetro positivista en R. Dworkin o R. Alexy, ensayan, en mayor o menor medida, una concepción del Derecho que acentúa la cuestión de la creciente tarea justificativa del ordenamiento jurídico, es decir, de la exigencia de argumentación jurídica, y, en especial, del papel preponderante que, dentro de ella, detenta la argumentación constitucional. Y ello, no sólo respecto a la actuación argumentativa del legislador, quien interpreta y desarrolla, que no aplica *stricto sensu*, el texto constitucional, sino sobre todo en atención a la perspectiva judicial, en la que, sin diferencia cualitativa aunque sí institucional, el juez constitucional y los tribunales ordinarios justifican los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución, a título de poder contramayoritario para la tutela de los derechos.*

Palabras clave: Estado constitucional, positivismo jurídico, neoconstitucionalismo, interpretación, justificación del Derecho, argumentación constitucional, legislador, juez constitucional, juez ordinario.

ABSTRACT

*The step from the so-called legislative state to the constitutional state of law, understood as the culmination of the subjection of power to law, made the viewpoint of legal positivism obsolete throughout the XXth Century. Neither excessive state intervention, nor excessive legislation, nor interpretative formalism, account for the legal and political structure of contemporary democratic states. These are presided over by Constitutions of a normative nature made positive by the values and material principles of justice. Accordingly, the different versions of «neoconstitutionalism», both the critical positivism of L. Ferrajoli, and the embryonic surmounting of the positivist parameter by R. Dworkin or R. Alexy, test out a conception of the Law which emphasizes the question of the growing task of justifying the legal system i.e. the demands of legal reasoning and, especially, of the predominant place held within that by constitutional reasoning. This is so not only with respect to lines of argument used by the lawmaker, who interprets and develops the text of the constitution, rather than applying it *stricto sensu*, but also especially with respect to the judicial perspective. Here, without any qualitative difference, only institutional, the constitutional judge and common judges justify the processes of interpretation, application and development of the Constitution by way of counter-majority authority for the guardianship of rights.*

Key words: Constitutional state, legal positivism, neoconstitutionalism, interpretation, law justification, constitutional argument, legislative, constitutional judge, common judge.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ARGUMENTACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO.—3. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN.—4. ARGUMENTACIÓN, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.—5. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de la relación entre Constitución y argumentación 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 «argumenta-

ción», 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 ¹.

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) ². Conviene tener

¹ Sobre el fenómeno de la «constitucionalización» véase también Mathieu y Verpeaux (ed. de) 1998.

² En lo que sigue usaré preferentemente los términos «constitucionalistas» y «constitucionalismo», aunque el lector podría sustituirlos, en cada caso, por los de «neoconstitucionalistas» y «neoconstitucionalismo».

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 horma 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 formas³) no ofrece ya una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: el constitucionalismo 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

³ 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.

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)⁴. 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 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

⁴ Sin embargo, TROPER, Michel [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).

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 democráticos.

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 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).

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 rele-

vante 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 e ius-naturalismo).

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].

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 consecuen-

cia 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 setenta) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que, en diversos trabajos [*vid.*, por ejemplo, Atienza 2006, pp. 55 y ss.], he caracterizado por una serie de rasgos, todos ellos ligados con el enfoque argumentativo del Derecho⁵

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

⁵ A la lista de los cuatro autores ya mencionados (DWORKIN, FERRAJOLI, 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.

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. 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 detalles⁶, 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».

Para la concepción material, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los enunciados verdaderos o correctos

⁶ Un análisis pormenorizado, con la distinción entre el concepto y las concepciones de la argumentación, puede encontrarse en ATIENZA 2006.

(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.

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.

5. 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 las tres dimensiones –formal, material y pragmática– de la argumentación y me centraré en la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales, como paradigma de argumentación constitucional.

5.1 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, también cuando resuelven casos abstractos (problemas de control

abstracto de constitucionalidad⁷). 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. Además, 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 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.

⁷ E incluso cuando, al resolverlos, los tribunales –preferentemente los tribunales constitucionales, pero no sólo– 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; o bien «sentencias normativas» (o «manipuladoras») –aditivas o sustitutivas–, esto es, cuando los tribunales «comportándose como un legislador», «modifican directamente el ordenamiento con el fin de armonizarlo con la Constitución» [GUASTINI 2006, p. 258]. Tanto las sentencias –o decisiones– interpretativas como las «manipuladoras» las sitúa GUASTINI dentro de la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución que, como veíamos, es uno de los rasgos de la «constitucionalización» de nuestros ordenamientos.

En todo caso, 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 criterios de oportunidad y los principios y valores constitucionales (la coherencia) operan esencialmente como un límite. *Vid.* sobre esto ATIENZA 2004.

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.

La necesidad de ponderación deriva del hecho de que 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 propiamente se le puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según un modelo clasificatorio o subjuntivo, o bien finalista o de adecuación entre medios y fines.

Ahora bien, puesto que los principios pueden ser principios en sentido estricto o directrices, cabe hablar también de dos tipos de ponderación⁸. Una es la ponderación (si se quiere, la ponderación en sentido estricto⁹) que tiene lugar básicamente entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como, por ejemplo, entre la

⁸ 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.

⁹ «Estricto», en cuanto que, en sentido amplio, la ponderación abarcaría también al segundo tipo (del que en seguida se habla) al que se puede denominar también «concreción». Como se verá, entre la ponderación en sentido estricto y la concreción hay semejanzas y diferencias, y el que se acentúen unas u otras puede tener que ver

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 digna¹⁰.

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 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:

con propósitos didácticos o expositivos, más bien que con cuestiones de fondo de teoría del Derecho.

¹⁰ 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 el Gobierno francés 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.

- 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.

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 ¹¹.

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; Bernal 2003; Lopera 2006]: 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

¹¹ Obviamente, los tribunales constitucionales también ponderan «in abstracto», cuando sobre lo que tienen que resolver no es sobre una disputa particular (como ocurre con los juicios de amparo en España), sino sobre la constitucionalidad o no de las leyes; en consecuencia, podría decirse que, por ejemplo, el Conseil constitutionnel francés sólo juzga –pondera– «in abstracto». Pero, en todo caso, la ponderación del legislador es siempre más abstracta que la que llevan a cabo los jueces constitucionales; lo que acota el campo de la ponderación de estos últimos es, naturalmente, el hecho de que la misma tiene que circunscribirse a una comparación entre una determinada norma (cuya constitucionalidad se discute) y la propia Constitución; el juicio de ponderación viene a expresar, entonces, que, aunque existen en principio razones (basadas en valores, principios, etc.) que apoyan la constitucionalidad de la norma, y otras razones en sentido contrario, las primeras (dadas determinadas circunstancias: el grado en que la norma afecta a determinados derechos, el valor de los diversos principios implicados, etc.) prevalecen sobre las segundas (y, en consecuencia, la norma es declarada constitucional).

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)¹² podría efectuarse algo así como un «cálculo»¹³ 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 (o de «concreción») 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 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.

5.2 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 inter-

¹² Cambiando un poco la notación, para hacerla más intuitiva, se formula así:

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

¹³ El uso de términos matemáticos es más bien –como ALEXY reconoce– metafórico y, en mi opinión, contraproducente.

pretación, 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] 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 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. Por ejemplo, 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*, *a contrario*, 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 jueces¹⁴.

¹⁴ Todo esto se puede expresar también, como lo ha hecho recientemente AGUI-LÓ, Josep [2004], señalando que en el constitucionalismo contemporáneo se pueden

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 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 una sentencia de 18 de junio de 1999 sobre la constitucionalidad de la anterior Ley de Reproducción Humana Asistida) que «todos tienen derecho a la vida» debía interpretarse en el sentido de «todos los nacidos» apoyándose, fundamentalmente, en su propio precedente (y en los criterios allí utilizados). Pero, por otro lado, lo que eso muestra es que la ponderación se efectuó en otro lugar, de manera que la diferencia parece ser simplemente relativa: 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

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 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).

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 contenido¹⁵: 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 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 aquél 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 moral¹⁶. Las restricciones institucionales del Derecho son condiciones necesarias (cuando lo son: cuando están justificadas) para que pueda existir una

¹⁵ Remito de nuevo a ATIENZA y RUIZ MANERO 2004 y al trabajo de RUIZ MANERO en este mismo Tratado.

¹⁶ Para más detalles sobre este punto puede verse ATIENZA 2006, p. 242 y ss.

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 [*vid.* Nino 1992, p. 71].

5.3 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 Olbrechts-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

regla¹⁷. 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 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». Y en la concepción pragma-dialéctica 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 decálogo. 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

¹⁷ 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.

que se trata de una argumentación que no está abierta a todos sino, precisamente, tan sólo a los 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 aproximación¹⁸. Y la segunda razón es que los jueces (también los jueces constitucionales) operan bajo límites de carácter institucional (límites procedimentales, pero también sustantivos) 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 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

¹⁸ 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.

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 argumentar¹⁹. 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. 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 ideal 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 com-

¹⁹ 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.

presión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos²⁰.

Lo anterior no quiere decir que el destinatario de las argumentaciones de los tribunales constitucionales sea exactamente el «auditorio universal», en 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 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 abierta²¹. 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

²⁰ 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 escuelas en aquel país) es un buen ejemplo de argumentación constitucional retóricamente bien construida.

²¹ 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).

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.
- AGUILÓ, Josep (2004): *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra, Temis, Lima, Bogotá.
- ALEXY, Robert (1989): *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Frankfurt a.M.
- (1994): *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona.
- (2002): «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66.
- ATIENZA, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1996): «Juridificar la bioética. Boética, Derecho y razón práctica», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 61.
- (2004): «Argumentación y legislación» en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid.
- (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004): *Las piezas del Derecho* (2.ª ed.), Ariel, Barcelona.
- (2006 a): *Ilícitos atípicos* (2.ª ed.), Ariel, Barcelona.
- (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 principle*, Harvard University Press, Cambridge.
- (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 fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán.
- (2003): «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- (2005): «¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?», en Eduardo Ferrer (coordinador), *Interpretación constitucional*, E. Porrúa, México.
- (2006): *Lezioni di teoria del diritto e dello Statu*, Giappichelli, Torino.
- LOPERA, Gloria (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MATHIEU, Bertrand y VERPEAUX, Michel (ed. de) (1998): *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Paris.
- NINO, Carlos (1992): *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- (1994): *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.
- MacCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press.
- (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 OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1958): *Traité de l'argumentation. 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.
- (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.
- (1993): *Political Liberalism*, Columbia University Press.
- RAZ, Joseph (1975): *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres.
- SUMMERS, Robert S. (1978): «Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification», *Cornell Law Review*, n.º 63.
- SALAZAR, Pedro (2006): *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura EconómicaUNAM, 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 University Press.
- TROPER, Michel (1984): *Pour une 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.