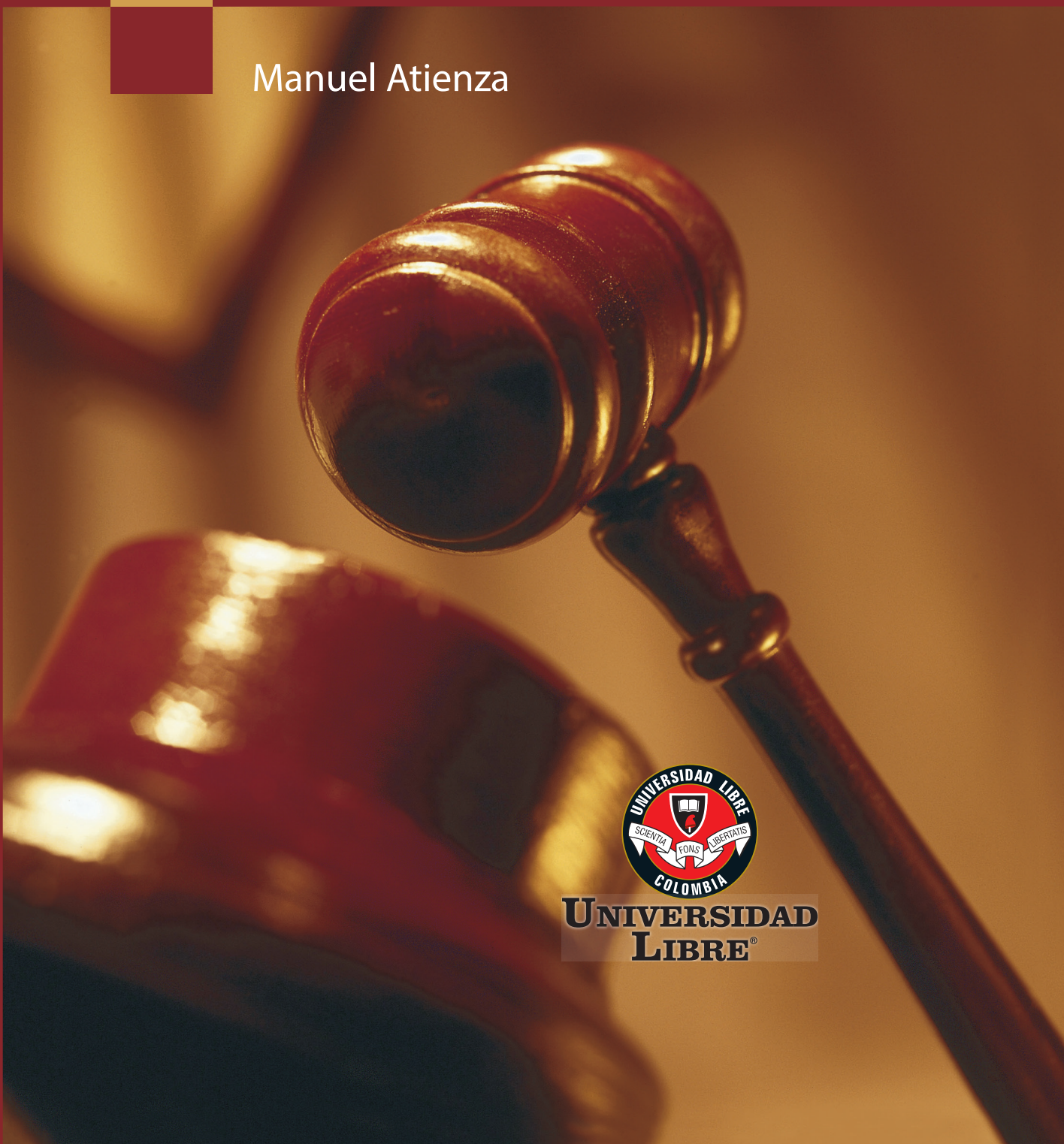
Interpretación Constitucional

Manuel Atienza



UNIVERSIDAD LIBRE

Interpretación Constitucional

Interpretación Constitucional

Manuel Atienza

Universidad Libre
Facultad de Derecho
Bogotá, D.C.

Atienza, Manuel.
Interpretación constitucional / Manuel Atienza. -- Bogotá: Universidad Libre, 2016.
181 p.; 24 cm.
Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958- 8534-18- 3 IMPRESO

1. Derecho constitucional 2 . Interpretación d el derecho 3 . Hermenéutica jurídica 4. Constitucionalismo.

342

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN: 978-958-8534-18-3 IMPRESO

ISBN: 978-958-5466-16-6 DIGITAL

Interpretación Constitucional

© Manuel Atienza
© Universidad Libre

Bogotá D.C. - Colombia
Primera edició: septiembre de 2010
1ra reimpresión: enero 2017

Queda hecho el depósito que ordena la ley.
Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre
Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa
Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co
Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro
Corrección de estilo: Carlos Andrés Almeyda Gómez
Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S.A.
Quien actúa solamente como impresor
Calle 65 No. 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 500 ejemplares
Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Directivas Universidad Libre

Presidente Nacional	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Enrique Dejanón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Antonio José Lizarazo Ocampo
Director Nacional de Planeación	Omeiro Castro Ramírez
Director Nacional de Investigaciones	José Helvert Ramos Nocua
Presidente Seccional	Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector Seccional	Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano Facultad de Derecho	Carlos Arturo Hernández Díaz
Secretario Académico	Álvaro Aljure Moreno
Director Centro de Investigaciones	John Fitzgerald Martínez Vargas

Contenido

Presentación 9

Estado de Derecho, argumentación e interpretación 17

Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho 47

Argumentación y Constitución 67

Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos 125

A vueltas con la ponderación 159

Presentación

Luis Ernesto Vargas Silva[1]
Magistrado Corte Constitucional de Colombia

La profusa e inspiradora obra de Manuel Atienza, Doctor de la Universidad de Oviedo y profesor de la Universidad de Alicante, ha obtenido inusitada influencia en la comunidad jurídica de Iberoamérica. Este logro no es producto del azar, sino fruto de la pertinencia de su propuesta teórica en la reformulación del método de decisión judicial en general, y de las sentencias de los Tribunales Constitucionales en particular, originada a finales del siglo pasado y que aún tiene lugar entre nosotros.

Esta transición, como hemos tenido oportunidad de constatarlo los jueces que ejercimos durante el periodo, tiene como común denominador el abandono de fórmulas textualistas de interpretación del Derecho y la correlativa incorporación de herramientas de la filosofía del lenguaje, de la lógica jurídica y de la argumentación, en la construcción de las decisiones judiciales. Esta transformación no es asunto menor, pues significa un cambio profundo en la forma en que los ciudadanos y,

[1] Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre, especializado en Derecho de Familia de la misma Universidad, doctorando de la Universidad de Zaragoza en Derecho Privado, Vocal del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, vicepresidente de la Red Latinoamericana de Jueces integrada por magistrados de 18 países, expresidente del Tribunal Superior de Cundinamarca y de su Colegio de Jueces. Magistrado de la Corte Constitucional colombiana desde Marzo de 2009, profesor catedrático de la Universidad Libre de Colombia.

fundamentalmente los jueces, comprenden qué es el Derecho y cómo debe ser aplicado. Hemos pasado de la inferencia lógica formal, de la búsqueda de estrictos silogismos en la norma jurídica y de la aplicación mecánica de sus consecuencias jurídicas, a la asunción de los problemas de ambigüedad y vaguedad propios de las proposiciones normativas expresadas en lenguaje natural, al reconocimiento de tensiones entre reglas y principios, y a la naturalización en el uso judicial de contenidos distintos a las simples prescripciones del Derecho positivo. La actividad judicial se ha convertido, sin duda, en una labor mucho más difícil, pero a la vez mucho más rica, compleja y satisfactoria.

Sin embargo, la reformulación de la manera en que se expresa la decisión judicial no puede darse sin un marco conceptual que la justifique. Esa necesidad es, precisamente, la que explica la importancia de los aportes teóricos del profesor Atienza. El lector atento de este texto podrá corroborar la claridad, utilidad y fortaleza de la teoría sobre la argumentación constitucional que se expresa en los artículos aquí compilados. Bajo esta perspectiva, el agradecimiento que la judicatura de ambos lados del Atlántico debe a Manuel Atienza está basado en habernos prodigado –a nosotros, los jueces que participamos de esta transformación–, instrumentos valiosos para la justificación interna de nuestras decisiones.

Para efectos de esta presentación, quiero centrarme en una de las facetas que, en mi criterio, mejor explicita la pertinencia de las herramientas teóricas de la interpretación constitucional, entendida como caso particular de la interpretación de la decisión judicial: el vínculo entre el control de la argumentación de los fallos y su legitimidad democrática, en especial aquellos adoptados por el Tribunal Constitucional.

Concurren dos modalidades de justificación de las decisiones judiciales. La primera, que denominaré *institucional*, está fundada en el reconocimiento del carácter coactivo de las sentencias en razón de ser expresiones de potestades consagradas en el ordenamiento positivo. En ese sentido, es la Constitución y la ley la que instituyen a los jueces y les

adscriben el poder de administrar justicia. Por ende, el mandato general de acatamiento al Derecho que está en el centro del constitucionalismo liberal, opera como ámbito de aceptabilidad de la decisión judicial. Si el orden jurídico ha otorgado a los jueces la competencia para decidir casos de manera vinculante, este es un parámetro suficiente para reconocer como justificadas sus decisiones.

El problema que plantea esta modalidad de justificación es que no cuestiona la decisión judicial desde su perspectiva interna. Llevada la tesis al extremo, la justificación institucional tomaría la forma de una falacia *ad hominen*, pues fundamenta la aceptabilidad de la sentencia sólo desde la perspectiva del funcionario estatal que la produce. Además, presenta una contradicción insalvable, puesto que confunde el ámbito de validez con el de la justificación. Mientras que el primero está relacionado con una fórmula normativa que adscribe competencia, el segundo tiene que ver con la aceptabilidad de lo decidido, lo cual carece de un vínculo necesario con la problemática de la definición de la jurisdicción. Del mismo modo, la ausencia de cuestionamiento a la justificación interna de las decisiones judiciales es, incluso, peligrosa en tanto puede fomentar un caldo de cultivo para la arbitrariedad en el uso de la función judicial. No obstante tales dificultades, el estudio de la práctica jurídica local demostraría que, salvo contadas excepciones, el modo de justificación institucional conserva buena parte de su poder, por lo que no puede, aún, ser soslayado.

Estas falencias buscan ser superadas por la modalidad de justificación que denomino como *argumentativa*. En este escenario, se busca auscultar tanto la existencia de normas jurídicas que confieran competencia a quien profiere la decisión (esto es, el ámbito de validez), como la justificación interna de la misma, lo que remite al cumplimiento de determinadas reglas argumentativas y del discurso, de modo que la decisión judicial se muestre, como lo resalta Aulis Aarnio, aceptable racionalmente y, por ende, predecible.[2]

---

[2] Sobre el particular *Vid.* AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del Derecho.* México, Fontamara. 2000.

La visión argumentativa supone estar de acuerdo con que la función de los jueces en una democracia constitucional está limitada, no sólo por las reglas que determinan la jurisdicción, sino también por un conjunto de principios y valores que, habida cuenta su carácter normativo, hacen parte del parámetro de justificación de la actividad de los jueces. A su vez –y esto es lo más importante para el tema que nos convoca–, la verificación del vínculo entre la decisión judicial y tales principios y valores es un asunto con pretensión de objetividad, puesto que es verificable desde el punto de vista del cumplimiento de las condiciones predicables de todo discurso racional. Precisamente, los ensayos contenidos en este volumen están dirigidos, entre otros objetivos, a hacer un inventario de dichas condiciones y a explicar cómo se cumplen (o incumplen) en la actividad de los jueces, en especial los que integran los Tribunales Constitucionales.

He insistido en que la modalidad de justificación argumentativa tiene un vínculo necesario con la legitimidad democrática de la actividad del juez. Esta relación está basada, en mi criterio, en distintas variables que en aras de la brevedad apenas enunciaré, con la seguridad que explicaciones ulteriores más robustas las adquirirá el lector con el estudio de este libro.

En primer término, la justificación argumentativa permite el control ciudadano de las decisiones judiciales. Ello en la medida que las reglas del discurso racional son un parámetro de aceptabilidad más universal que el de la interpretación jurídica, comprendida en su sentido más tradicional. En ese sentido, exigir a las sentencias un grado de coherencia mínima permite que no sólo las partes dentro del proceso, sino que la sociedad en general (lo que es definitivo cuando se trata de la actividad del juez constitucional) pueda interpretar y evaluar la disciplina argumentativa del fallo y la plausibilidad de la construcción de sus premisas fácticas, y el paso a conclusiones que resuelven controversias jurídicas dadas.

De otro lado, otorga herramientas objetivas para la resolución de asuntos que, conforme a la práctica basada en el formalismo jurídico, quedaban en últimas relegadas a la decisión discrecional del juez. En efecto, instrumentos como la ponderación, parten de aceptar que las reglas y

principios pueden entrar en tensión en un caso concreto, en especial en aquellos considerados difíciles. Antes de la transición que da paso a la comprensión del derecho como una práctica argumentativa, la ausencia de una norma que subsumiera el caso o la contradicción entre las reglas y principios involucrados, llevaba a la disposición de una regla de decisión basada en el simple criterio del juez, aspecto especialmente problemático para el Estado constitucional, interesado en la posibilidad de evaluar la aceptabilidad de las decisiones judiciales. Ahora, ante el consenso sobre el uso de herramientas discursivas que ordenan ese tipo de decisiones, se cierra el paso a tales fórmulas discrecionales.

En tercer lugar, la perspectiva argumentativa permite garantizar la eficacia normativa de fuentes de derecho que, como sucede con la Constitución, se presentan como fórmulas jurídicas que, en términos "Hartianos", responden a una textura abierta, distinta a la concepción más tradicional de las normas como enunciados construidos con la estructura *precepto–sanción*. Para esta perspectiva, la construcción de la premisa normativa, que contrario a como se consideraba en la práctica formalista no antecede sino que hace parte de la decisión judicial, debe introducir todos los "materiales jurídicos" relevantes.[3] La determinación de la pertinencia y jerarquía de cada una de estas fuentes pasa, necesariamente, por un proceso argumentativo que justifique el rol del juez en ese ámbito.

Además, la concepción argumentativa permite la construcción de diálogos entre las decisiones judiciales de distintos regímenes legales nacionales e, incluso, de tradiciones jurídicas disímiles. En efecto, el formalismo jurídico que imperó como práctica en la judicatura por décadas, entendía la actividad de los jueces como un fenómeno esencialmente local, pues se encontraba irremediablemente atado a las formulaciones jurídicas nacionales, en especial aquellas de rango estrictamente legal, en su sentido formal. La exigencia del cumplimiento de un estándar argumentativo

[3] Sobre la construcción de la premisa normativa de las sentencias judiciales, a partir de todos los materiales jurídicos relevantes, *Vid.* AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico).* Ariel. Barcelona, 2000. pp. 101–123.

mínimo, en cambio, resulta predicable de toda decisión judicial, al margen de la corriente jurídica en que se inscriba. Por lo tanto, se ha abierto una opción interesante del derecho comparado, no ya desde la comparación de regímenes legales positivos, sino desde el estudio acerca de la coherencia y el uso de las fórmulas de articulación del discurso racional que se predica de las sentencias.

Por último, considero que la vigencia y exigibilidad de las reglas argumentativas en la decisión judicial es un vehículo de importancia nodal para el cumplimiento del fin último del Derecho: la resolución ordenada de los conflictos, en procura de la paz social. Uno de los pilares de la democracia constitucional es la actuación transparente y participativa de los servidores públicos, mandato que –por supuesto–, también es predicable a los jueces. Ante la necesidad de ejercer la judicatura de cara a los ciudadanos, la conciencia de los jueces respecto de la consideración e inclusión de las reglas del discurso racional en sus decisiones, es una garantía de la aceptabilidad de las mismas, del compromiso social con los fines de la administración de la justicia y de la estabilidad del Estado social y democrático de Derecho.

Los artículos que a continuación ha compendiado en forma exitosa nuestra *alma mater*, la Universidad Libre, buscan ilustrar tales condiciones. Tal vez una de las mayores virtudes de la obra del profesor Manuel Atienza es la de su interés por vincular los contenidos de la filosofía del Derecho y del lenguaje a la actividad judicial. La intención de dar sentido a fórmulas complejas, a través de su uso por parte de la judicatura es, sin duda, un eje transversal de su obra. Es por ello que celebro el encomiable esfuerzo editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre para poner a disposición de la comunidad jurídica colombiana estos fructíferos textos que con seguridad tendrán notable influencia en la enseñanza del Derecho y en la construcción de mejores decisiones judiciales, que fortalezcan nuestro sistema democrático.

Bogotá D.C., Mayo
de 2010

Estado de Derecho, argumentación e interpretación

Estado de Derecho, argumentación e interpretación

I. De los tres términos que componen el título de este trabajo ("Estado de Derecho", "argumentación" e "interpretación"), el primero de ellos es el que cabría considerar como menos polémico.

Si arrancamos, por ejemplo, para elucidar ese concepto, del ya clásico trabajo de Elias Díaz (*cfr.* Díaz 1966 y 1995), nos encontramos con que el autor, aun reconociendo que se trata "de una realidad (como la democracia misma precisa) de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo" (1995, p. 65), entiende que existen una serie de "necesarios caracteres generales" que permiten establecer lo que sería la intención o connotación de ese concepto. Concretamente, y como es bien sabido, se trataría del imperio de la ley, la división de poderes, el control de la Administración y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Por supuesto, no es fácil precisar en qué consiste —o debe consistir— cada una de esas características; e, igualmente, puede ser disputado si alguna de ellas juega un papel prioritario en la definición o goza, en algún sentido, de independencia con respecto a las otras (ésta sería la opinión de Laporta (1994, p. 13S) en relación con el imperio de la ley): o bien si lo que hoy se entiende por "Estado constitucional" vendría o no a ser una forma del Estado de Derecho (lo que Elías Díaz llamaba el "Estado democrático de Derecho"). De manera que esa caracterización no impide que nos tropecemos con casos dudosos, esto es, con organizaciones estatales con respecto a las cuales existirían dudas razonables sobre si

integran o no un Estado de Derecho (por ejemplo, ¿lo era España en la época de la transición: digamos, en 1977?; ¿lo es hoy México?). Ni puede impedir tampoco del todo un uso "interesado" de la expresión, habida cuenta de la carga emotiva de signo positivo que tiene esa palabra y que la hace especialmente apta para ser usada en definiciones persuasivas. Pero esos –inevitables– problemas de vaguedad y emotividad no impiden que la expresión "Estado de Derecho" designe siempre un cierto tipo de organización política. Dicho de otra manera, el concepto de "Estado de Derecho" puede que sea impreciso, pero al menos es unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas.

No es, sin embargo, con esto con lo que nos encontramos a propósito de "interpretación" o "interpretación jurídica", que son términos extraordinariamente ambiguos y en muy diversos aspectos. Así, desde el punto de vista del objeto, la interpretación puede referirse a cualquier entidad susceptible de tener un sentido (en definitiva, cualquier objeto no natural; un acontecimiento histórico, un comportamiento, etc.); o bien tan sólo a objetos lingüísticos (particularmente a textos escritos, como en la "interpretación de la ley"); o bien (sería el sentido más estricto cíe "interpretación") a textos problemáticos, esto es, textos cuyo significado es, en principio, dudoso y necesitan, pues, de una labor, de un esfuerzo, de aclaración. Pero además, hablamos de "interpretación" tanto para referirnos a una *actividad* (la actividad consistente en atribuir sentido a alguno de los tres anteriores tipos de objetos), como al *resultado*, al producto de esa actividad. Y, finalmente (sin que ello excluya otras posibles dimensiones de análisis), de "interpretación" se puede hablar –como lo ha hecho Gianformaggio (1987)– en un plano noético, lingüístico o dianoético. Una vez aclarado –a través del Diccionario de Ferrater Mora– que "desde Platón ha sido común en la filosofía griega usar *dianoia* para significar el pensamiento discursivo, el pensar que procede por razonamiento, a diferencia de noesis, entendida como pensamiento intuitivo, es decir, como captación intelectual inmediata de una realidad (inteligible)"

(voz “Dianoia”), estamos en condiciones de entender los seis sentidos de “interpretación” (mejor, de “interpretación legal”) que distingue Gianformaggio, combinando esta última distinción con la anterior, y que podría representarse así:

	Noética	Lingüística	Dianoética
Actividad	1.1	1.2	1.3
Producto	2.1	2.2	2.3

He aquí su (por lo demás, escueta) explicación:

1.1 es el “fenómeno mental de la atribución de un significado a un documento"; 1.2 es la "adscripción de un significado a una disposición"; 1.3 es el "tipo de actividad que se dirige a elucidar el significado de un enunciado" (...)

Pues bien: 1.1 es una aprehensión, una comprensión, un entender; 1.2 es una enunciación de un enunciado interpretativo; 1.3 es un razonamiento, una justificación, una argumentación.

En consecuencia: 2.1 es un significado –lo que se entiende o se ha entendido—; 2.2 es también un significado, pero sólo si existen condiciones o criterios de validez del acto, pues de otro modo, creo, es sólo una adscripción de significado; 2.3 *no es un significado, y no es una adscripción* de significado, sino que es un enunciado o una proposición del tipo: “S (el signo S) ha de entenderse como S' (tiene el significado de S'), y es la conclusión de un argumento” (Gianformaggio 1987, pp. 90 y 91).

Con respecto a “argumentación” (en particular, “argumentación jurídica”) cabría, en principio, hacer un análisis paralelo al que hemos visto a propósito de “interpretación”. Así, por un lado, se podría hablar de “argumentar” en un sentido amplio (cuando se dice que las sentencias de los jueces –aunque se trate de casos fáciles, de casos no problemáticos– deben estar argumentadas), o bien en un sentido más estricto (según el cual, sólo se argumenta en presencia de un problema, esto es, cuando se trata de dar razones a propósito de una cuestión dudosa). Y, por otro

lado, cabe también distinguir entre argumentación en cuanto actividad (la actividad de argumentar) y en cuanto producto o resultado de la misma (y aquí–diría yo, separándome en esto de Gianformaggio– tanto refiriéndose a la conclusión de un argumento, como al conjunto de las premisas y de la conclusión: el texto de una sentencia –incluyendo no sólo el fallo, sino también los antecedentes de hecho, los hechos probados en su caso y los fundamentos de Derecho– sería el resultado de la previa actitud deliberativa–argumentativa del tribunal).

Lo que, sin embargo, no parece posible es utilizar –o utilizar del todo– la tercera de las perspectivas a propósito de "argumentación". Y no parece que pueda hacerse, porque la argumentación sería siempre, en definitiva, una actividad dianoética (o el producto de esa actividad). Esta característica de la argumentación aparece en cierto modo reflejada en nuestros usos lingüísticos, en cuanto tiene pleno sentido hablar de "la interpretación del artículo 15 de la CE (Constitución española)", pero no de "la argumentación del artículo 15 de la CE"; en el primer caso, podemos preguntamos, por ejemplo, ¿cuál es la interpretación del artículo 15 de la CE?, mientras que en el segundo, lo que tendría sentido sería preguntar por los argumentos *en favor* del artículo 15 (de haber introducido ese artículo, de haberlo interpretado de una cierta forma, etc.). O sea, uno interpreta algo, pero no argumenta algo, sino argumenta en favor o en contra de algo. Por eso también, podemos ver, naturalmente, la argumentación como actividad o acto lingüístico, pero en ese caso –como lo ha mostrado Toulmin (*cfr.* Toulmin, Rieke y Janik 19S4)– lo que caracteriza al uso argumentativo del lenguaje es que para argumentar no basta con emitir ciertas preferencias en ciertas circunstancias (como ocurre al interpretar, al prescribir o al insultar), sino que se necesita añadir razones en favor de lo que se dice. Quizás sea también este rasgo lo que explique que la interpretación, en cuanto actividad, tienda a verse como un tipo de relación que se da entre un texto, un sujeto (el intérprete) y un (nuevo) texto, mientras que la actividad argumentativa tendría lugar entre un sujeto (orador o proponente) un discurso (si se quiere, un texto) y otro sujeto (el auditorio o el oponente).

2. Lo dicho hasta aquí parecería sugerir la idea de que el de interpretación es un concepto más amplio que el de argumentación, esto es, que la interpretación en sentido lato o latísimo (equivaliendo a entender o comprender algo) no envuelve ningún tipo de argumentación; sólo cuando hablamos de interpretación en sentido estricto (en cuanto aclaración de algo –de alguna entidad susceptible de tener un significado– que se haya vuelto dudoso) nos aparece también la idea de argumentación, en cuanto procedimiento (o resultado de ese procedimiento) para aclarar esa duda (para pasar, por ejemplo, del enunciado a interpretar al enunciado interpretado).

Sin embargo, las cosas podrían plantearse también de manera que llegáramos al resultado justamente opuesto. Podemos partir, por ejemplo, de considerar el Derecho como una serie de decisiones (en relación con ciertos problemas prácticos) cuya justificación requiere la producción de argumentos, esto es, de razones en favor de esas decisiones. Ahora podemos decir que de entre esas razones, de entre esos argumentos, algunos tendrían carácter interpretativo, pero otros no: por ejemplo, no tiene carácter interpretativo un argumento deductivo (digamos, la justificación interna de una decisión) y, por lo menos hasta cierto punto, tampoco serían argumentos interpretativos los que se usan para resolver problemas de prueba, de calificación o de relevancia.

Ahora bien, este último planteamiento, lo que viene a mostrar en realidad es que la argumentación no presupone la interpretación en sentido estricto, pero sí en sentido lato; esto es, argumentar implica necesariamente un entendimiento, la atribución de algún significado a las premisas y a las conclusiones, lo cual vale incluso para la concepción formal de la argumentación de la que luego se hablará.

En consecuencia, y dada esta cierta prioridad de la interpretación con respecto a la argumentación, en lo que sigue procederé de la siguiente manera. En primer lugar, presentaré en forma muy breve los problemas –y las posibles respuestas– que configuran la problemática de la interpretación jurídica. De menor a mayor densidad, las preguntas a las

que habría que responder parecen ser éstas: 1. ¿qué es un enunciado interpretativo?; 2. ¿cuándo y quiénes interpretan?; 3. ¿cómo, de qué manera, ha de proceder –o procede de hecho– el intérprete?, esto es, ¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza?; 4. ¿en qué se fundamentan tales métodos?, esto es, ¿qué teoría de la interpretación –que ofrezca una respuesta al qué es, por qué y para qué interpretar– debe asumirse?; 5. ¿hasta dónde llega la interpretación?, esto es, ¿cuáles son sus límites?, ¿en qué punto se deja de interpretar y se pasa a crear o inventar algo?, ¿se puede identificar el Derecho sin interpretarlo?; y 6. ¿de qué criterios disponemos para juzgar la corrección de una interpretación?, ¿qué es una buena interpretación? Luego, en segundo lugar, mostraré qué conexiones guarda lo "interior con la problemática de la argumentación, a partir de tres concepciones que creo importante distinguir: la concepción formal, material y dialéctica o pragmática de la argumentación. Y, finalmente, señalaré cómo se relaciona lo anterior con el Estado de Derecho, con las diversas características del Estado de Derecho antes aludidas.

3.1 Si limitamos el problema de la interpretación jurídica a la interpretación de textos (lo que dejaría fuera, pero sólo parcialmente, la "interpretación" de las costumbres y de los hechos: sólo parcialmente, pues por "interpretación de la costumbre" (Guastini 1996, p. 171) se entiende también la interpretación de los documentos en los que se recogen los usos, las prácticas en cuestión; y por "interpretación de los hechos" debe entenderse también la de los documentos que constituyen pruebas), cabría ver la interpretación como una operación consistente en pasar de unos enunciados a otros, y un enunciado interpretativo como lo que permite ese paso. Así, por ejemplo, respecto al artículo 15 de la CE, podríamos distinguir:

(1) "Todos tienen derecho a la vida";

(2) "Todos, en el artículo 15, significa todos los nacidos";

(3) "Todos los nacidos tienen derecho a la vida".

(1) es el enunciado a interpretar: (3) el enunciado interpretado; y (2) el enunciado interpretativo.

Siguiendo una sugerencia de Guastini (1996, p. 165: “Interpretación y definición, de hecho, son especies de un único género (quizás, en verdad, son propiamente la misma cosa)”, un enunciado interpretativo, como (2), puede analizarse en los mismos términos que una definición legislativa. En un libro que he escrito recientemente con Juan Ruiz Mañero, *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Mañero 1996). Consideraban los las definiciones (siguiendo de cerca a Alchourrón y Bulygin) como enunciados que: no tienen carácter práctico (no son normas); no tienen estructura condicional, sino que su forma canónica sería "..." significa... ; cumplen la función de identificar normas (al aclarar el significado de ciertas expresiones); y atribuyen un mayor o menor “poder semiótico” a los jueces y a la doctrina. Pues bien, en relación con los enunciados interpretativos, parece que podría efectuarse un análisis paralelo, esto es:

1) su estructura sería "T" significa S , o sea, el término "todos" (en el art. 15 de la CE[1]) significa todos los nacidos ;

2) su función consistiría también en identificar la norma que contiene el artículo 15, es decir, en pasar de:

   (1) “todos tienen derecho a la vida” a

   (3) “todos los nacidos tienen derecho a la vida”; y

3) el enunciado interpretativo (2), tal y como lo estableció, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en una famosa sentencia de abril de 1985 (y lo ha utilizado posteriormente en diversas ocasiones) es el ejercicio del “poder semiótico” dejado en manos de los jueces (o, en concreto, del Tribunal Constitucional) por parte de los constituyentes.

Además y tal y como lo hace Guastini, puede trasladarse también aquí la triple clasificación de las definiciones en lexicográficas, redefiniciones y estipulativas, con lo que tendríamos también las tres principales acepciones o formas de entender la interpretación:

[1] El artículo 15 de la Constitución Española comienza con la oración “Todos tienen Derecho a la vida”.

1) como la adscripción o detección de un significado, en cuyo caso tendrá sentido decir que un enunciado interpretativo es verdadero o falso y que la actividad interpretativa es una actividad cognoscitiva y potencialmente, científica (al igual que cabría decirlo de una definición lexicográfica);
2) como la decisión o propuesta de un significado entre los diversos posibles; ahora (al igual que en el caso de las redefiniciones) podría hablarse de verdad o falsedad: interpretar no sería, pues, una operación cognoscitiva o más bien, cabría distinguir una fase cognoscitiva y otra no cognoscitiva o volitiva (interpretar ya no es sólo una actividad –potencialmente– científica, sino también política –y, añadiría yo– moral);
3) como la creación de un significado (el termino de comparación sería el de las definiciones estipulativas): según Guastini, ello significaría también traspasar el umbral de la interpretación: "la creación de un significado, en fin, es cosa asimilable más a la legislación (a creación de normas) que a la interpretación propiamente dicha" (p. 171).

Con respecto a los tres sentidos de interpretación se puede decir que un enunciado interpretativo (al igual que una definición) no es una norma pero, juntamente con otros enunciados, da lugar a normas, o bien consecuencias normativas. Los enunciados interpretativos no son, pues o no directamente, directivas –digamos directivas débiles, sugerencias, recomendaciones, etc.–, al igual que, no lo son tampoco las definiciones.

3.2 El análisis anterior permite también, me parece, contestar a la segunda de las cuestiones: quién interpreta y cuándo se interpreta. Dado el paralelismo existente con las definiciones legislativas, cabe decir que interpreta –o puede interpretar– un texto quien no es –o en tanto no es– autoridad con respecto a ese texto. En definitiva, que los interpretes de las normas legisladas son los jueces (los aplicadores en general) los dogmáticos o los simples particulares, pero no el legislador; el legislador no emite enunciados interpretativos, sino definiciones y normas (incluidas las normas sobre cómo interpretar): si se quiere, el legislador interpretar

la Constitución, pero precisamente porque no es autoridad con respecto a ella: si lo fuera (como ocurre con las Constituciones flexibles) no estaría ya interpretando, sino produciendo normas y definiciones: y otro tanto habría que decir con respecto a las sentencias o autos aclaratorios. Dicho de otra manera, la llamada "interpretación auténtica" (si por tal se entiende la del autor de un texto y en cuanto investido de la misma autoridad que tenía con respecto al texto primitivo) no se distingue en nada de la producción normativa (de normas y definiciones)[2].

Y con respecto al cuándo interpretar, cabría quizás decir lo siguiente: Al igual que el legislador sólo define un término si existe la posibilidad de que el mismo no sea comprendido o no lo sea en el sentido deseado por él, la interpretación en el sentido no de comprensión inmediata de un texto, sino de comprensión que requiere de alguna forma una labor de mediación (un intérprete) sólo se produce en un contexto de duda: *in claris non fit interpretatio* sería, en ese sentido, un enunciado tautológico: si el texto es claro, no hay interpretación (en sentido estricto). Ahora bien, lo que hace que el significado de un texto resulte dudoso puede ser alguno de los siguientes factores (o una combinación de ellos): 1) el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad o de vaguedad); 2) no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); 3) no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho –lo escrito– y lo que se quiso decir); 4) es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); 5) es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.

3.3 Si dejamos de lado la interpretación en sentido amplio, esto es, la interpretación como comprensión inmediata de un texto, la pregunta de *cómo interpretar* se refiere a cómo un intérprete (normalmente,

[2] IGARTUA (1994, p. 104), señala una diferencia entre leyes interpretativas y definiciones legislativas que, sin embargo, no parece ser esencial.

un órgano aplicador o un dogmático del Derecho; excepcionalmente un simple usuario) en un caso de duda hace para pasar del enunciado a interpretar, (1), al enunciado interpretativo, (2), y de este último al enunciado interpretado, (3). Dado que el paso de (2) a (3) no parece plantear problemas, en lo que habrá que fijarse es en el paso de (1) a (2). La respuesta, naturalmente, son los llamados métodos, cánones, técnicas o directivas de interpretación, que suelen cumplir tanto una función heurística como justificativa (*cfr.* Igartua 1994, p. 79), esto es, tanto muestran cómo pasar de (1) a (2) como, al mismo tiempo, justifican ese paso. Esas reglas pueden, a su vez, clasificarse en reglas de primer y de segundo grado (*cfr.* Alexy 1994, Wroblewski 1985. Igartua 1994). Las de primer grado establecen cómo pasar de (1) a (2); las de segundo grado, corno usar las anteriores: por ejemplo, qué hacer cuando existen varias reglas de primer grado concurrentes y contradictorias. De acuerdo con la tipología de problemas interpretativos anteriormente efectuada (y que, con pocos matices de diferencia, es la que se encuentra tanto en textos de Derecho positivo, como en las obras de dogmática y de teoría del Derecho de los sistemas de *civil law* o de *common law*: *cfr.* MacCormick y Siimmers 1991), las reglas de primer grado podrían clasificarse en: lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, ideológicas y valorativas. Ahora bien, dado que esas reglas tienen, de manera muy patente, la forma de condicionales derrotables (por ejemplo, una regla lingüística sería: “a los términos idénticos debe asignárseles el mismo sentido, a no ser que...”) lo que resulta determinante son los criterios de segundo grado, esto es, las reglas de prioridad.

3.4 El uso de las técnicas o reglas interpretativas, o sea, en definitiva, la respuesta al cómo interpretar, depende de la teoría de la interpretación que se sustente, esto es, de cómo se conteste a las preguntas de *qué* es interpretar y *por qué* y *para qué* se interpreta (en el Derecho).

Si se considera cuáles son los tipos de teorías de la interpretación más relevantes en la literatura jurídica, se podría efectuar esta doble clasificación: por un lado, se contraponen las teorías formalistas a las teorías escépticas o realistas; por otro lado, las teorías subjetivistas a las objetivistas.

La contraposición entre formalismo y escepticismo parece desarrollarse, sobre todo, en un plano epistemológico: la pregunta ¿qué es interpretar? se contesta a partir de la perspectiva de hasta qué punto la interpretación es o no una actividad cognoscitiva y, en consecuencia, si los enunciados interpretativos son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos. Como se sabe, los formalistas –o cognoscitivistas (el paralelismo con la contraposición entre cognoscitivismo y no cognoscitivismo en ética es evidente: *cfr.* Guastini 1990)– se decantan por la primera de las alternativas, lo que significa sostener que el intérprete lo que hace es "descubrir" el significado de un texto; los escépticos o realistas, por la segunda: el intérprete no descubre, sino que crea, decide; y las teorías intermedias (Hart 1963, Garrió 1965) vienen a sostener que en algunos supuestos (los casos claros) tiene sentido hablar de descubrir un sentido, mientras que en otros (los casos difíciles) lo que se hace es adjudicar un sentido, esto es, decidir: interpretar no es ya aquí una operación cognoscitiva, aunque ello no quiera decir que sea arbitraria. El paralelismo con las definiciones vuelve a funcionar; las definiciones (estipulativas o redefiniciones) son convencionales, pero no por ello arbitrarias.

Sin embargo, la contraposición entre teorías subjetivistas y objetivistas de la interpretación parece desenvolverse en un plano distinto, esto es, la pregunta ¿qué es interpretar? se contesta desde la perspectiva de porqué y para qué interpretar. De ahí la contraposición clásica entre ver la interpretación como una indagación de la voluntad del legislador (en el momento del establecimiento de la ley o en el de su aplicación para resolver un determinado caso), o bien de la voluntad de la ley (en cuanto entidad objetiva, relativamente independiente de la voluntad real o presunta– del legislador empírico). O la contraposición, que parece centrar en buena medida el debate contemporáneo, entre el modelo intencionalista y el modelo constructivo de interpretación. Como se sabe, este último, el modelo constructivo, es el defendido por Dworkin en sus últimas obras (*cfr.* Dworkin 1985 y 1986), lo que le lleva a sostener que la interpretación no consiste en descubrir los motivos o la intención de un

autor, sino en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva. Como es obvio, también en este caso cabe sostener alguna concepción intermedia, esto es, una concepción que combine el modelo intencional y el constructivo; es más, por lo que luego se dirá, ésta me parece incluso la postura más prometedora y a la que apuntan la crítica de Mamor a Dworkin, (*cfr.* Mannor 1991) algunos trabajos de Raz (1996) o la teoría de la interpretación de Niño (1992 y 1994).

3.5 En la contraposición entre teorías formalistas y realistas o escépticas, el límite de la interpretación habría que plantearlo así: Para los formalistas, ese límite viene dado por la creación o producción del Derecho; el intérprete no debe crear nada nuevo, nada inexistente en el Derecho previamente establecido; su labor sería, pues, semejante a la del lógico (el lógico deductivo) que, al derivar unos enunciados de otros, no está creando nada, sino haciendo explícito (en la conclusión) lo que en realidad ya se contenía en las premisas. El modelo sería aquí el de las definiciones lexicográficas: el intérprete–como el que efectúa una definición de ese tipo– no inventa nada, sino aplica reglas preexistentes –usos lingüísticos vigentes–; por eso puede decirse que su labor es puramente cognoscitiva. Para los escépticos, los realistas, la distinción anterior no existe o (en el caso de posturas moderadas, como la de Carrió) debe ser atenuada: quien efectúa una redefinición (y más todavía si se trata de una definición estipulativa) no puede apelar a reglas preexistentes: él debe establecer esas reglas y, en su caso, justificarlas. Los límites de la interpretación, en definitiva, no estarían preestablecidos por el Derecho (en cuanto realidad producida por un legislador), sino que, al menos en parle, son creados por el intérprete: el Derecho –tendencialmente– no sería tanto el Derecho legislado, cuanto el Derecho interpretado.

Y por lo que se refiere a la contraposición entre teorías subjetivistas y objetivistas, la cuestión de los límites de la interpretación parecería hacer referencia a los materiales a utilizar por parte del interpele. Sin embargo, y en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, la interpretación objetiva no significa necesariamente una interpretación más amplia. Como escribió Alf Ross en un texto citado con frecuencia:

“Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a In intención. La diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular todas las circunstancias personales v de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión” (Ross 1963, p. 117).

Ahora bien, la cita de Ross muestra bien que esa contraposición (o esa forma de entenderla) no es la que tiene presente Dworkin cuando enfrenta su modelo constructivo de interpretación al modelo intencionalista (tanto la concepción subjetivista como la objetivista –la interpretación objetiva y la subjetiva– caerían del lado del modelo intencionalista: Ross estaría también claramente afectado por lo que Dworkin llama el “aguijón semántico”). Respecto a este, al modelo intencionalista, el modelo constructivo de interpretación señala unos límites verdaderamente más amplios, pues lleva a considerar no sólo las reglas que constituyen la práctica interpretativa, sino también los objetivos y los valores que dan sentido a esa práctica e invita al intérprete a considerar qué necesitaría esa práctica en orden a lograr una máxima realización de aquel sentido.

3.6 El último punto a tratar –la clave de la interpretación o de una teoría de la interpretación– reside en los criterios que proporciona para juzgar acerca de la corrección de una interpretación: el paso de (1) a (2) y a (3). O sea, qué métodos o técnicas interpretativas han de usarse y cuáles deben prevalecer.

Así, el formalismo (el formalismo legalista) significaría la exclusión de aquellas técnicas que supusieran el uso de normas (de materiales) no legislados (o no extraíbles deductivamente de normas legisladas) y, en todo caso, la prioridad de lo que suelen denominarse criterios lingüísticos o semánticos, sobre los otros. El realismo, por el contrario, invita a hacer un uso amplio de los métodos interpretativos, pero el criterio de corrección de ese uso (las reglas de prioridad) no puede ya ser jurídico (o sea, no puede ser legislado: de ahí que necesariamente exista discreción) lo que

lleva, bien a renunciar a tales criterios, o bien a configurarlos en términos extrajurídicos, de adecuación política, económica, ética, etc.

Y por lo que se refiere a la contraposición subjetivismo/objetivismo (entendida en el sentido de Dworkin), las teorías subjetivistas (intencionalistas) otorgarían prioridad a lo que he llamado métodos pragmáticos (dirigidos a averiguar la voluntad del legislador), mientras que las otras darían preeminencia a los métodos teleológicos y valorativos, sin necesariamente descuidar los anteriores, especialmente los de carácter sistemático: así es como, me parece, podría entenderse el no muy claro uso que Dworkin hace de los criterios de *soundness* y *fitness.*

4.1 Pasemos a la argumentación. En la argumentación (como actividad) y en un argumento (como resultado) pueden distinguirse siempre los siguientes elementos: 1) un lenguaje, es decir, argumentar es una actividad lingüística y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados; 2) una conclusión, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento; 3) una o varias premisas, esto es, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con que se abre el argumento; y 4) una relación entre, las premisas y la conclusión. Estos elementos tienen que darse siempre, aunque quepa hablar de un argumento con premisas implícitas (que no es lo mismo que premisas inexistentes) o de una argumentación en la que alguno de sus pasos no consiste en una acción lingüística (pero que siempre podremos plasmar en un lenguaje). Ahora bien, estos elementos pueden entenderse (interpretarse) en formas distintas, lo que da lugar a las tres concepciones de la argumentación (formal, material y dialéctica o pragmática) a que antes hice alusión.

La concepción formal es característica de los lógicos, quienes definen un argumento, una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones: en un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión (en virtud de alguna regla de derivación de la lógica). Esta relación de inferencia puede interpretarse en sentido sintáctico, en sentido semántico o, como lo ha

hecho últimamente Alchourrón (1995), en sentido abstracto, esto es, construyendo "una concepción general de consecuencia de la cual tanto el enfoque sintáctico como el semántico no sean más que especificaciones diferentes" (p. 36). Pero siempre se tratará de una relación formal, es decir, lo que garantiza el paso de las premisas a la conclusión son reglas de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no exige entrar a considerar el contenido de verdad o corrección de las premisas. Este carácter formal sigue dándose también en las lógicas divergentes (las que se apartan de la lógica estándar), como la lógica de la relevancia, que lo que viene a hacer es aceptar sólo una parte de las reglas de la lógica deductiva estándar, para tratar de adecuarse a lo que cabría llamar la "lógica interna" incorporada a nuestros lenguajes naturales (lo que, por cierto, no logra del todo). Podríamos decir que la lógica no se centra en la actividad de argumentar, en el proceso de la argumentación, sino en los argumentos, en el resultado de la actividad. Lo que ofrece son esquemas de argumentación, que cabe usar para controlar la corrección de nuestros argumentos. Pero la lógica no describe cómo, de hecho, la gente argumenta.

La segunda concepción de la argumentación, la que he llamado concepción material, es la que puede encontrarse, referida al razonamiento jurídico, de alguna forma, en la concepción de la tópica jurídica de Viehweg (en uno de sus sentidos, los tópicos son argumentos materiales, premisas –materiales– que ofrecen un apoyo para la resolución de un problema práctico); en la distinción usual entre justificación interna y justificación externa (que, en cierto modo, viene a corresponderse con lo que he llamado concepción formal y material de la argumentación); o en la teoría de las razones para la acción de Raz y otros autores. Así como, desde el punto de vista formal, los argumentos eran vistos como relaciones entre proposiciones, ahora se trataría más bien de relaciones entre, por un lado, razones y, por otro lado, creencias (razonamiento teórico) o bien actitudes o acciones (razonamiento práctico). Un razonamiento no sería puramente una inferencia regida por reglas formales, sino un procedimiento para resolver un conflicto de razones. Esto (o sea, el olvidar los problemas planteados por los conflictos de razones) es lo que le lleva, por ejemplo,

a Raz a considerar que la lógica deóntica no es útil para quien se interesa por el razonamiento práctico; "la principal tarea de la teoría de la razón práctica –escribe Raz– es establecer lo que tenemos (*prima facie*) razones para hacer y cómo resolver los conflictos de razones y establecer aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración" (Raz, p. 28). A diferencia de lo que ocurría con la anterior concepción, aquí sí que interesa ya el *proceso* de la argumentación. Por supuesto, cabe hacer una distinción entre el proceso psicológico del balance de razones y lo que sería una "reconstrucción racional del mismo", pero a la hora de evaluar el resultado del balance –el juicio práctico en que el mismo se resuelve– parecería que el hecho de que el razonador haya tenido la actitud psicológica adecuada resulta relevante; o, dicho de otra manera, aquí no puede prescindirse del punto de vista interno.

Finalmente, la tercera concepción, la concepción pragmática o dialéctica, considera la argumentación como un tipo de acción –o interacción– lingüística. La argumentación no es un tipo de relación que tenga lugar entre proposiciones o entre razones y creencias y actitudes prácticas, sino entre dos o más sujetos. Argumentar es un acto de lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones determinadas; en general, podría decirse que en el contexto de un diálogo, cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado y se acepta que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la fuerza física o a otro tipo de presiones: psicológicas, económicas, etc.). La argumentación es, pues, vista aquí básicamente como una actividad, como un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (de comportamiento lingüístico) de los sujetos que intervienen en la misma. Esta es, básicamente, la concepción que cabe encontrar en muchas teorías contemporáneas de la argumentación, como la de Toulmin o Habermas, y es también el modelo al que obedece la nueva retórica de Perelman y, en alguna medida, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. En síntesis, podría decirse que la argumentación, de acuerdo con esta tercera perspectiva, consiste también en lenguaje, pero lo que aparece destacado es el aspecto pragmático del lenguaje, y de ahí que la argumentación sea

inconcebible haciendo abstracción de los sujetos que argumentan. La argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro.

4.2 Cada una de estas tres concepciones de la argumentación (de la argumentación jurídica) lleva a plantearse de una cierta manera el problema de la interpretación o, si se quiere decirlo de otra manera, a centrarse en unas u otras de las cuestiones de la interpretación antes indicadas.

Así, desde la primera de las concepciones, lo que interesa es aclarar cuál es la naturaleza de los enunciados interpretativos y de las reglas que permiten dar el paso de (1) a (2) y (3). Para un deductivista, alguien –como Bulygin (1992)– que entiende que la justificación de las decisiones judiciales tiene un carácter deductivo, la interpretación es vista como un problema semántico, como un proceso a través del cual se explicitan las reglas semánticas de un lenguaje. Básicamente, existirían dos situaciones en que se necesita recurrir a esa operación y que Bulygin denomina, respectivamente, subsunción genérica y subsunción individual (esas dos situaciones presuponen que el problema a resolver no viene generado por una *laguna de conocimiento*, esto es, no es un problema de prueba, sino por una *laguna de reconocimiento*).

Existe un problema de subsunción genérica cuando no está claro si la extensión de un determinado predicado está incluida en la de otro, Por ejemplo, se dispone –digamos, como material en bruto– del enunciado que establece que “los contratos sacrílegos deben ser anulados” y nos preguntamos si un contrato celebrado en domingo es o no sacrílego. Para resolver esa duda, el intérprete necesita construir una regla semántica que establezca, por ejemplo, que la extensión del predicado “celebrado en domingo” está dentro de la del predicado “sacrílego”. Una vez establecida esa regla, el enunciado “los contratos celebrados en domingo

son sacrílegos” es analítico, o sea: su verdad depende exclusivamente del significado de “sacrílego” y “celebrado en domingo”.

Los problemas de subsunción individual se plantean cuando se trata de aplicar una norma universal a casos individuales. En estos supuestos, aparece –según la terminología quizás no muy clara de Alchourrón y Bulygin– una laguna de *reconocimiento* si en la norma, en la premisa mayor, existe un término vago, de manera que no se sabe si un determinado caso, un determinado individuo lógico, cae o no bajo el alcance de ese término. Por ejemplo, Tim y Toro celebraron un contrato en un día festivo, pero no domingo, y no está claro si la norma que establece que “los contratos celebrados en domingo son sacrílegos” incluye también los celebrados en otros días festivos; esto es, no está claro cómo haya de entenderse “domingo”. La resolución de la duda pasa también en este caso por la construcción de una regla semántica que diga, por ejemplo, que “"domingo" es –o se entiende por "domingo"– el día de la semana que precede al lunes”. Una vez establecida esa regla, el enunciado “quien celebra un contrato en un día que no sea domingo, aunque sea día festivo, no lo celebra en domingo” sería también obviamente analítico (no sería analítico, sin embargo, el enunciado “Tim y Tom no celebraron su contrato en domingo”, porque la verdad del mismo depende también de una cuestión empírica: de que efectivamente hubieran celebrado un contrato en tal y cual día, etc.).

Bulygin realiza, en el trabajo que estoy comentando, un par de afirmaciones que pueden parecer sorprendentes: una de ellas es que, en su opinión, aunque la interpretación sea muy importante en el Derecho, sin embargo no hay aquí problemas que sean específicamente jurídicos; la otra es que los enunciados interpretativos (por ejemplo, “los contratos celebrados en domingo son sacrílegos”) no expresan un juicio de valor, aunque se basen en juicios de valor. Naturalmente, no hay nada que oponer a ello, esto es, ambas afirmaciones resultan perfectamente aceptables, pero siempre y cuando reduzcamos el problema de la interpretación del Derecho a los límites ciertamente estrechos en que lo plantea Bulygin (y que, en realidad, solamente concierne a la primera de las preguntas

que –como veíamos– habría que contestar). En particular, es interesante observar que, en su planteamiento, ni siquiera aparecen lo que suelen llamarse reglas o cánones de la interpretación. Las "reglas semánticas" de Bulygin serían el equivalente de lo que habíamos llamado enunciados interpretativos (sus "enunciados interpretativos" coincidirían con lo que llamábamos "enunciados interpretados") y que analizábamos en términos de definiciones. Es, por ello, comprensible que si el alcance de la interpretación en el Derecho se reduce únicamente a ese extremo, no encontremos nada que sea específicamente jurídico, y que podamos también dejar perfectamente de lado los juicios de valor. El único problema es que con ello no estamos dando cuenta, ni de lejos, de lo que los juristas entienden comúnmente por interpretación. O, dicho de otra manera, de lo que Bulygin se ocupa es de la interpretación vista exclusivamente desde el prisma de la justificación interna, de la justificación deductiva.

La Nueva Retórica de Perelman (y Olbrecht–Tyteca) (*cfr.* Perelman y Olbrecht–Tyteca 1989) es, como antes decía, un buen ejemplo de lo que he llamado concepción pragmática o dialéctica de la argumentación. Aquí la interpretación aparece –como no podía ser de otra forma– ocupando un lugar mucho más relevante que en la anterior concepción. Así, por un lado, lo que en el libro se llama "técnicas argumentativas", esto es, los diversos tipos de argumentos (clasificados, como se sabe, en argumentos de asociación y de disociación, y los primeros en argumentos cuasi–lógicos, argumentos basados en la estructura de lo real y argumentos que fundamentan la estructura de lo real) pueden verse, naturalmente, como técnicas a emplear para pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretativo, esto es, como regla –o, si se quiere, metarreglas– para justificar lo que Bulygin llamaba reglas semánticas. Pero además, la interpretación aparece también en lo que los autores llaman el punto de partida de la argumentación; y, en concreto, a la hora de seleccionar y presentar los dalos de partida de la argumentación, lo que aquí (a diferencia de lo que ocurre en la demostración, esto es. en el razonamiento lógico) tiene una gran importancia, pues la finalidad de toda argumentación no es otra que persuadir a un auditorio. Merece la pena reparar en que aquí se

están manejando, cabría decir, dos nociones distintas de argumento: en el primer caso, un argumento sería un conjunto estructurado de proposiciones regido por una regla o técnica de argumentación (argumento a contrario, a *simili*, etc.); en el segundo caso, un argumento es cualquier cosa, cualquier elemento de un proceso argumentativo que contribuya a persuadir a un auditorio: por ejemplo, presentar un dato de manera que el otro lo perciba (lo interprete) en una forma determinada (Gianformaggio (1987) distingue entre argumento como *logos* y como *topos*).

Un límite importante de una teoría de la argumentación como la de Perelman –es decir, una que privilegia la dimensión pragmática– es que no es capaz de suministrar un criterio de corrección de la argumentación que no sea la mera eficacia (la capacidad de persuadir). O, si se quiere decirlo de otra manera, el intento de Perelman por elaborar ese criterio –no es ni más ni menos que su concepto de "auditorio universal"– no puede considerarse exitoso, en mi opinión, porque en Perelman falta una filosofía moral y política de fondo que permita sustentar una concepción material de la argumentación (y, en particular, por lo que aquí interesa, una teoría de la interpretación que pueda servir de apoyo –de justificación– al uso de los argumentos interpretativos en los dos sentidos antes distinguidos).

El centro de una concepción material de la argumentación ha de situarse, pues, aquí, en la elaboración de una teoría de la interpretación jurídica que guíe y fundamente el uso de los diversos métodos o cánones de la interpretación y que, por tanto, trace de una cierta forma los límites de la interpretación y los criterios de corrección de la misma. Ahora bien, para lograr esto, no basta con un análisis descriptivo y conceptual de los diversos métodos o técnicas interpretativas y con elaborar algunos criterios formales de corrección de los argumentos (la universalidad, la consistencia, la coherencia), como lo han hecho los representantes de lo que cabría llamar "concepción estándar de la argumentación jurídica" (Alexy o MacCormick). Se necesita una teoría más sustantiva, más comprometida con una determinada filosofía política y moral.

Creo que precisamente esto es lo que puede encontrarse en autores como Niño, Raz o Dworkin. Incluso cabría decir que, al menos en el caso de Dworkin, su interés en las cuestiones sustantivas (de tipo moral y político) es lo que le lleva a pasar por alto –o, como dice Ricoeur, a ocultar– la problemática de la argumentación. “Desgraciadamente –escribe Ricoeur– Dworkin no ha aprovechado la ocasión de coordinar su noción general de "fit", y más precisamente la versión narrativista de este "fit" con una teoría de la argumentación (...). Puede entonces preguntarse por qué Dworkin no ha ido a mirar del lado de una teoría más afinada de la argumentación. No es ciertamente por falta de sutileza (...), sino por razones más profundas que se comprenden mejor cuando se aproxima la sección "Laws and Interpretation" de *A Matter of Principles* al ensayo "Is law a system of rules?" (...) Este ensayo revela que Dworkin está mucho menos interesado en la formalidad de los argumentos que en su sustancia y, digámoslo en seguida, en su sustancia moral y política (...). Se comprende que esta concepción flexible y no codificable de la interpretación sea rebelde al formalismo de una teoría de la argumentación jurídica. Dworkin está más interesado en el horizonte político–ético sobre el cual se destacan los principios en cuanto irreductibles a las reglas. Él asume lodos los inconvenientes: el carácter interminable de la controversia que no puede ser compensado más que por el fuerte consenso de una sociedad democrática (se vuelve a encontrar aquí al último Rawls y su "consenso por superposición"); la fragilidad de juicios confiados a la capacidad de aceptación de los diversos auditorios concernidos (las partes en el proceso, la profesión jurídica, la doctrina jurídica). Dworkin reencuentra aquí, sin quizás tener conciencia de ello, las dificultades suscitadas por la escuela de la recepción del texto en teoría literaria” (pp. 169 y ss.).

5. La exposición anterior nos ha llevado –casi podría decirse que de manera natural–al Estado de Derecho o, mejor dicho, a la idea del Estado de Derecho. Quiero decir, no tanto al Estado de Derecho en cuanto tipo de realidad, sino en cuanto idea regulativa, esto es, en cuanto ideal ético–político plasmado de manera más o menos perfecta en los tipos de organización que designamos de esta manera.

Y si volvemos ahora a las cuatro características distinguidas por Elias Díaz (e interpretadas como notas ideales, realizadas en forma aproximativa –aunque, desde luego, la aproximación pueda ser mayor o menor– por nuestros Estados de Derecho), las conexiones con la problemática de la argumentación y de la interpretación parecen evidentes.

La idea del Estado de Derecho se vincula obviamente con la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas. Esto es así porque, en el contexto de un Estado de Derecho –podríamos decir que, sobre todo, en virtud de la tercera de las características señaladas, la del control de la Administración, que lleva aparejada la interdicción de la arbitrariedad– la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido. El Estado de Derecho ofrece, así, mayores posibilidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización del poder. En este sentido, cabría decir que la idea regulativa del Estado de Derecho –si se quiere, del Estado democrático de Derecho– es el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. Lo cual se conecta con la tendencia existente en las sociedades democráticas avanzadas –tendencia en la que no deja de haber excepciones– a otorgar una importancia creciente a la motivación –a la justificación mediante argumentos– tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Una prueba de ello es la reciente polémica en el Derecho administrativo español a propósito del control de la discrecionalidad administrativa. No hace mucho escribí un artículo al respecto y, por tanto, no voy a entrar aquí en ese –creo que fundamental– asunto. Tan sólo diré que quien, en esa polémica, sostenía que todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los actos discrecionales, lo hacía –o, al menos, esa es mi interpretación– a partir de una concepción del Estado de Derecho que tiene como "necesaria consecuencia que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el

ordenamiento jurídico (...) Su presupuesto, obviamente, es una concepción suficientemente amplia de la razón, o sea, el postulado de que la razón no es únicamente razón instrumental o estratégica, sino también razón respecto de los fines, razón práctica" (Atienza 1995, pp. 15–16).

Y con ello hemos llegado, me parece, a la cuestión esencial de la conexión entre la argumentación y la interpretación (si se quiere, para decirlo sintéticamente, de los argumentos interpretativos) y el Estado de Derecho. La tesis es que el Estado de Derecho contiene en sí mismo –en sus características ideales– los polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el Derecho y justifica –según como se resuelva esa tensión– de qué manera ha de proceder el intérprete. El primero de esos polos es la dimensión de autoridad y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de Derecho: la del imperio de la ley y la de la división de poderes. Como lo ha señalado Raz (1996), la importancia de la autoridad en el Derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un papel esencial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el de la moral. El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar la dimensión de los valores, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de Derecho –fundamentalmente, diría–, a través de las dos características de la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales. La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria –o apenas sería necesaria– la interpretación. El problema radica, pues, en cómo encontrar una mediación entre esos dos polos, o bien en cómo justificar que uno de esos dos polos haya de jugar un papel dominante.

Esta tensión aparece reflejada en dos recientes trabajos que prestan una especial atención a la caracterización del Estado de Derecho de Elias Díaz. Uno es el de Francisco Laporta al que me refería al comienzo del trabajo (Laporta 1994). En él, Laporta –como se ha dicho– otorga a la nota del "imperio de la ley" un carácter de predominio dentro de la caracterización

del Estado de Derecho, lo que lleva, lógicamente, a subrayar el elemento autoritativo de la interpretación de las normas. Laporta no lo dice explícitamente, pero me parece que ello está de alguna forma sugerido en su “tesis fuerte” de que “el principio del "imperio de la ley" exige que el núcleo de esa argumentación (la que lleva a cabo el juez al aplicar el Derecho) sea un razonamiento deductivo” (p. 144). Sin embargo, por otro lado, ese predominio del elemento de autoridad aparece, por así decirlo, compensado por el hecho de que él considera que al “núcleo duro” del *rule of law* pertenece la interdicción de la arbitrariedad (p. 142) y, en cierto modo, también el principio de división de poderes, y, sobre todo, porque él entiende el imperio de la ley como un ideal ético–político sustentado nada menos que en el valor de autonomía.

Liborio Hierro (1997) privilegia también el elemento del imperio de la ley, pero distingue en el mismo, en cuanto exigencia ética, dos interpretaciones: la interpretación débil (que él atribuye a Laporta) prescinde del origen de la ley, “limitando las exigencias del "imperio de la ley" a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas” (p. 4); la interpretación fuerte (sería la de Elias Díaz y también la suya) introduce en la noción misma de “imperio de la ley” el “elemento democrático” y resulta en su opinión necesaria “para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley” (p. 5).

Lo que compensa, en este caso, el acento que se pone en el componente autoritativo del Derecho (aunque Hierro no deje de hacer referencia al respeto de los derechos básicos: *cfr.* p. 28) es la idea de democracia y, en definitiva, el mismo valor de autonomía: “Para ello –escribe Hierro (es decir, para justificar la pretensión moral de obediencia a la ley)– es necesario que ésta sea expresión de la propia autonomía de los sujetos a los que se aplica y, por ello, legitimada por su aprobación, requisito que sólo puede satisfacerse concibiendo la ley como expresión mediata o inmediata de la voluntad general” (p. 5). Por otro lado. Hierro pone de manifiesto que la idea de Estado de Derecho hoy viva en España no parece

implicar propiamente el imperio de la ley, sino el imperio del Derecho (p. 15), esto es, de la Constitución (p. 21); o, dicho de otra manera, no el imperio de las reglas, sino de los principios y, en consecuencia, del intérprete (p. 25).

En el libro anteriormente citado, *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Mañero 1996) se dedica un considerable espacio a discutir la cuestión de la distinción entre reglas y principios y el papel de unas y de otros en el razonamiento jurídico, y no es cosa de reproducir aquí esa discusión (que, en buena medida, tenía como interlocutor a Luis Prieto (Cfr. Prieto 1991 y 1992)1. Lo único que me gustaría señalar es que, en nuestra opinión, el papel del aplicador –e intérprete– del Derecho no puede verse –ni siquiera en relación con los casos fáciles– exclusivamente en términos de obediencia a las reglas; y esto es así, porque –como allí escribíamos– la consideración como fácil de un caso –esto es, como subsumible en una determinada regla– sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios (p.23).

Ahora bien –y no se si esto contradice o no, o hasta qué punto lo hace, las tesis de Laporta, Hierro o Prieto– la conclusión que yo extraigo de todo esto es que la interpretación jurídica –particularmente en el Estado democrático de Derecho– no puede verse simplemente como una cuestión de identificación y seguimiento de las pautas que rigen una práctica, sino también –e incluso fundamentalmente– como una cuestión de mejora de esa práctica. La obediencia o la deferencia al legislador puede ser un límite –incluso *el* límite– de la interpretación, pero no su objetivo. En la autoridad puede estar la respuesta al por qué interpretar, pero no al para qué interpretar.

Bibliografía

ALCOURRÓN, Carlos E. *Concepciones de la lógica*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vot. Lógica, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

ALEXY, Robert Alexy. *Interpretazione giuridica,* en Enciclopedie delle Scienze sociali, 1994.

ATIENZA, Manuel. “Sobre la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, enero/marzo 1995.

_____ y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho, teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona, 1996.

BULYGIN, Eugenio. “Sull'interpretazione giuridica”, en *Analisi e Diritto*. 1992.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje,* Abeledo–Perrot, Buenos Aires. 1965.

DÍAZ, Elias. “Estado de Derecho y sociedad democrática”. Cuadernos para el Diálogo. Madrid, 1966.

_____ “Estado de Derecho”, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. vol. Filosofía política, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

DWORKIN, Ronald, A Matler of Principles, Clarendon Press, Oxford, 1985.

_____ Law's Empire, Fontana Press, Londres, 1986.

GlANFORMAGGlO, Letizia. “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, en Doxa. núm. 4, 1987,

GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.

_____ *Distinguendo*, Giappichelli. Torino 1996.

HIERRO, Liborio. “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, en *Doxa*, núm. 19. 1996.

IGARTUA, Juan. *Teoría analítica del Derecho (La Interpretación de la ley)* IVAP, Oñati, 1994.

LAPORTA, Francisco. “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elias Díaz”, en *Doxa,* núm. 15–16, vol. II, 1994.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Statutes. A Comparative Study,* Dartmouth, 1991.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory,* Clarendon Press Oxford, 1991.

NIÑO, Carlos. *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea Buenos Aires, 1992.

_____ *Derecho, moral y política,* Ariel, Barcelona, 1994.

HART, Herbert L. A. *El concepto de Derecho,* Abeledo–Perrot. Buenos Aires, 1963.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT–TYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (trad. de J. Sevilla), Gredos. Madrid, 1989.

PRIETO, Luis. "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, Madrid, 1991.

PRIETO, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas sobre el razonamiento jurídico.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.

RAZ, Joseph. *Razonamiento práctico,* Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

_____"¿Por qué interpretar?", en *Isonomia,* núm 5, 1996.

RICOEUR, Paul. *Le juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* Eudeba, Buenos Aires. 1963,

TOULMIN, Stephen E.; RIEKE, Richard,; y JANIK, Allan, *An introduction to Reasoning,* MacMillan. Nueva York, 2da ed. 1984.

WROBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica,* Ed. Civitas, Madrid, 19S5.

Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho

Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho

1. Soy consciente de que el título de mi ponencia "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho" presenta, cuando menos, dos inconvenientes. Uno es que, con toda probabilidad, resultará poco claro para un público de no filósofos que, en consecuencia, no tiene por qué estar familiarizado con términos como "hermenéutica" o "filosofía analítica"; comprendo por ello que los juristas prácticos –los jueces– a quienes me dirijo tengan en principio –pero espero que sólo en principio– la impresión de que lo que van a oír no es algo que importe a su trabajo cotidiano de "artesanos" del Derecho. El otro inconveniente (éste aún mayor) es que los propios términos "hermenéutica" y "filosofía analítica" resultan en sí mismos problemáticos, en el sentido de que no es tan fácil efectuar una caracterización satisfactoria de estas dos grandes concepciones de la filosofía; según muchos, las dos grandes concepciones filosóficas de nuestra época, y quizás también de otras.

Sin embargo, y dado que el título no me ha sido impuesto, me siento capaz de presentar una justificación del mismo que discurre a través de estas dos razones. Una es que lo que hoy se está discutiendo en la teoría de la interpretación jurídica podría, en efecto, sintetizarse con esa contraposición que, hasta cierto punto, viene a sustituir a la tradicional entre iusnaturalismo y positivismo jurídico: parece indudable que existe una estrecha conexión entre iusnaturalismo y filosofía hermenéutica, de un lado, y entre positivismo jurídico y filosofía analítica, del otro;

pero “iusnaturalismo” y “iuspositivismo” son términos –por así decirlo– erosionados y que tienden a evitarse. El iusnaturalista de otro tiempo se siente hoy más cómodamente amparado bajo el rótulo de “filósofo hermenéutico”, y no pocos iusfilósofos analíticos (o postanalíticos) tendrían serias dudas sobre si realmente son positivistas jurídicos (o en qué sentido lo son). La otra razón (que se complementa con la anterior) es que, puesto que interpretar parece ser una actividad central del práctico del Derecho, del juez, algún interés ha de tener para él la discusión que, sobre ese problema, está teniendo lugar en el plano de la teoría del Derecho.

Empezaré mi exposición tratando de ofrecer una sintética (y necesariamente incompleta) caracterización de la filosofía analítica y de la hermenéutica, en cuanto concepciones generales del Derecho. Mostraré luego, con algún ejemplo, qué repercusión tiene asumir una u otra concepción, de cara a construir una teoría de la interpretación jurídica. Y terminaré ofreciendo algunas sugerencias para un planteamiento del tema que pone el énfasis en la necesidad de integrar elementos de ambas concepciones.

2. No creo incurrir en ninguna exageración al afirmar que la teoría del Derecho más desarrollada del siglo XX es la analítica. En mi opinión, ese mayor desarrollo supone también un juicio de valor positivo: la iusfilosofía analítica ha hecho más en favor de la comprensión de los fenómenos jurídicos que cualquier otra dirección del pensamiento del siglo XX. Pero se puede también sostener lo primero y tener una concepción básicamente negativa de ese tipo de filosofía; digamos que en forma parecida a como se puede reconocer el hecho del progreso científico y tecnológico, pero lamentar al mismo tiempo las consecuencias negativas que puede haber tenido en relación con valores esenciales de los individuos y de las sociedades. En todo caso, no cabe negar la importancia que para la filosofía del Derecho (o para la “Teoría del Derecho”: los autores analíticos han preferido muchas veces usar este término, en lugar del de “filosofía del Derecho”, fundamentalmente –creo– para dar a entender que sus preocupaciones son más de orden metodológico y conceptual que

valorativo) de este siglo han tenido autores como Kelsen (si no un filósofo analítico *stricto sensu*, al menos el precursor de todos ellos), Ross, Hart, Bobio, von Wright, Alchourrón, Bulygin, Carrió, Scarpelli, Tarello, Raz, MacCormick, Nino o Guastini. A pesar de las notables diferencias que existen entre todos ellos (o, mejor, entre algunos de ellos: por ejemplo, los puntos de vista de Raz o de Nino tanto en la teoría del Derecho propiamente dicha como en la filosofía moral y política son básicamente coincidentes, no se encuentran excesivamente alejados de los de Hart, pero sí de los de Ross, Kelsen, Bulygin o Guastini), su común adscripción analítica apunta también a la existencia de características no irrelevantes que deberían compartir. ¿Pero cuáles son?

A decir verdad, si ya desde hace tiempo se decía que lo único que tenían en común los autores que suelen adscribirse a la gran variedad de corrientes que integra la filosofía analítica eran ciertos "rasgos de familia", como la tendencia a ver una conexión íntima entre la filosofía y el lenguaje, la crítica –o al menos, la actitud de recelo– hacia la metafísica, la actitud positiva hacia el saber científico y el reconocimiento de que el análisis (la descomposición de un todo –la realidad– en partes) constituye una condición necesaria del filosofar (Rabossi 1973), hay que reconocer que, con el paso del tiempo, el poder de definición de esas señas de identidad es mucho menor. De un lado, porque algunas de esas características no parecen ser privativas de los analíticos: la filosofía hermenéutica, por ejemplo, considera también que existe una conexión esencial entre el lenguaje y la filosofía y, en general, el "giro lingüístico" parece ser un rasgo de toda la filosofía del siglo XX. Y, de otro lado, porque algunos de esos rasgos quizás no puedan predicarse ya de todos los filósofos analíticos: por ejemplo, no todos ellos comparten hoy la animadversión de otros tiempos hacia la metafísica. Parecería, pues, que lo que permanece es el método, el método del análisis, que muchos (*cfr.*, por ejemplo, Jori 1994 y Nino 1993) cifran en la aceptación y uso de ciertas distinciones. Es, por lo demás, cierto que no siempre se entienden y se usan esas distinciones exactamente de la misma manera, pero al menos cabría decir que algunas de ellas (con independencia de como se entiendan) son compartidas por todos.

De acuerdo con Jori, las distinciones en cuestión son las que tienen lugar: 1) entre los enunciados descriptivos y los prescriptivos o, dicho de otra forma, entre el ser y el deber ser; 2) entre los juicios analíticos y los sintéticos; 3) entre el lenguaje y el metalenguaje; y 4) entre el contexto de descubrimiento –el contexto sociológico– y el contexto de justificación, entre explicar y justificar. Ahora bien, la filosofía del Derecho nos suministra abundante prueba de lo que antes decía, esto es, de que no siempre se entienden y se usan de la misma forma. Por ejemplo, en el pasado fue frecuente pensar que la oposición describir/prescribir era la clave para trazar la distinción entre la ciencia o la teoría del Derecho y el Derecho positivo y, en consecuencia, para defender el carácter descriptivo de los discursos de la dogmática y de la teoría o filosofía del Derecho; sin embargo, un filósofo de raigambre inequívocamente analítica como Nino considera que la filosofía analítica (y otro tanto –o aún más– cabría decir de la dogmática jurídica entendida según el modelo de Nino) "es básicamente una actividad de tipo normativo" (Nino 1993). Sin ir tan lejos como Nino, hoy son pocos los autores analíticos que creen que la función de la teoría del Derecho (o de la dogmática) puede limitarse a describir lo que es el Derecho (o un fragmento de un Derecho positivo) y a elaborar los conceptos básicos de cualquier sistema jurídico (o de una rama de un sistema jurídico), prescindiendo por completo de la dimensión normativa. La distinción entre el lenguaje del Derecho positivo (por ejemplo, el del código penal) y cualquiera de sus metalenguajes (por ejemplo, el de la dogmática penal) tiende a relativizarse, pues parece obvio que, en algún sentido –o en alguna medida–, los enunciados de la dogmática también forman parte del Derecho positivo, de manera parecida a como enunciados del Derecho positivo (la "doctrina" de los tribunales) se distinguen difícilmente de los de los dogmáticos. Y, en fin, ni la distinción entre explicación y justificación tiende a verse hoy en los términos excluyentes de otros tiempos, ni la justificación –los argumentos justificativos– se reducen a la argumentación lógico–formal: los iusfilósofos analíticos –o muchos de ellos– no tienen empacho ya en hablar de "racionalidad práctica" y en postular concepciones de la ética moderadamente objetivistas.

En definitiva, podría decirse que lo que une hoy a los (ius) filósofos analíticos no es ni una ideología ni una concepción sustantiva de la filosofía, sino exclusivamente un método, entendido como una serie de instrumentos teóricos que pueden ser usados para propósitos distintos.

No es tampoco empresa fácil la de precisar en qué consiste la filosofía hermenéutica. De un lado, porque sus cultivadores, hablando en general, no son precisamente un modelo de claridad; y, de otro lado, porque también aquí se trata de una concepción muy amplia en la que cabe incluir a autores no del todo homogéneos. El origen remoto de la hermenéutica (como ocurre con casi todo en filosofía) está en Aristóteles, y el próximo en diversos pensadores de la segunda mitad del XIX (como Schleiermacher o Dilthey) que elaboraron la noción de ciencia comprensiva, histórica, valorativa (la terminología no es uniforme) que contraponen a la ciencia explicativa, natural, avalorativa, etc. Cabría decir que para los filósofos hermenéuticos (en el plano de la filosofía general, habría que incluir a autores como Gadamer, Ricoeur y, en muchos aspectos, Habermas; en el de la filosofía del Derecho, a Betti, Esser, Larenz, Hassemer y, también en no pocos aspectos, Dworkin) el problema filosófico fundamental es el de la comprensión de los fenómenos humanos, que tiene lugar por medio de la interpretación. Como antes decía, la respuesta a la cuestión de qué significa comprender no es todo lo clara que sería de desear, pero también aquí cabría hablar de ciertas señas de identidad (*cfr.* Alexy 1996) de los integrantes de este movimiento.

En primer lugar, la filosofía hermenéutica es antipostivista y anticientificista, en el sentido de que no acepta como único criterio de verdad el de la ciencia positiva (la confirmación o la falsación); en el mundo de lo humano, esto es, el de las acciones que requieren ser *comprendidas*, el sujeto forma parte del propio proceso de conocimiento; se trataría por tanto aquí de un conocimiento valorativo, aunque no por ello arbitrario, esto es, privado de criterios de objetividad. En relación con el Derecho, los filósofos hermenéuticos son antipositivistas, en cuanto ellos no consideran que el Derecho pueda verse como una realidad –por ejemplo, las normas dictadas por el legislador– separada de su

interpretación y aplicación por jueces, juristas teóricos, etc. Para ellos, el Derecho debe verse más bien como una "práctica social compleja", aunque sea ésta una expresión que a algunos (*cfr.* por ejemplo, Guastini 1994) les parece sumamente oscura.

En segundo lugar, lo que hace que la comprensión, o la interpretación, sea una actividad regida por criterios objetivos es que la misma se inscribe en el contexto de una tradición. En la jerga de esa filosofía, a eso se le llama "precomprensión", lo que viene a querer decir que, por ejemplo en relación con un texto jurídico –pongamos, el de una ley–, no se parte de cero, sino de una serie de experiencias previas, de "pre–juicios" (que pueden ser verdaderos o falsos) y, en último término, del propio lenguaje –el lenguaje natural–, al que los filósofos hermenéuticos –en frase tomada de Heidegger y de no fácil comprensión– suelen considerar como "la casa del ser".

En tercer lugar, la interpretación no puede verse en forma atomista y lineal, sino que es una actividad circular (el famoso "círculo hermenéutico"), en la que se producen una serie de interacciones: entre la precomprensión y el texto, entre la parte (un determinado texto) y el todo (el conjunto del que forma parte), y entre la norma y el hecho. Cabría, pues, decir que la interpretación tiene un carácter dialéctico (interactivo) y holístico (global).

Finalmente, interpretar –comprender– requiere que el sujeto, el intérprete, esté situado en una determinada perspectiva, que no puede ser la del que contempla una realidad –por ejemplo, un texto– desde un punto de vista externo. En el conocimiento hermenéutico, que es un conocimiento valorativo, no se da la oposición, o la distancia, entre un sujeto y un objeto, como ocurre en las ciencias explicativas; por el contrario, aquí el conocimiento es, al mismo tiempo, acción, praxis.

3. He dicho que la filosofía analítica y la hermenéutica son, quizás, las principales alternativas que se le ofrecen hoy al filósofo del Derecho. Eso no quiere decir, sin embargo, que se trate de concepciones completamente

opuestas o incomunicadas entre sí. Al contrario, hoy es frecuente señalar la existencia de una tendencia a la convergencia entre esas dos grandes concepciones, para lo cual no faltan razones: sin ir más lejos, algunas de las ideas fundamentales que se encuentran en el "segundo Wittgenstein" (un autor emblemáticamente analítico), como la de "juego de lenguaje", "forma de vida" o "seguir una regla", presentan analogías indudables con muchos de los rasgos característicos de la filosofía hermenéutica que acabamos de ver. Pero, naturalmente, que exista semejante tendencia no significa que las diferencias se hayan eliminado sino, más bien, que ya no son tan fáciles de trazar. Francesco Viola (1994) ha propuesto un análisis comparativo, en el nivel de la filosofía del Derecho[1], que arroja los siguientes resultados:

1) La filosofía analítica se refiere preferiblemente al lenguaje –al lenguaje jurídico–, mientras que la filosofía hermenéutica privilegia el discurso. El lenguaje se considera como el uso típico de una lengua, y el discurso como el uso concreto del lenguaje (p. 83). En el primer caso, el lenguaje aparece en su función de guía de los comportamientos (el Derecho, en cuanto lenguaje, sería un conjunto de prescripciones, de directivas); en el segundo, lo que se destaca es la comunicación lingüística, esto es, no el lenguaje en cuanto instrumento para influir en los otros, sino en cuanto tejido de un mundo común, de una vida común (p. 84): el Derecho sería, en consecuencia, una práctica social, una praxis interpretativa en la que es posible entenderse y comprenderse.

2) El filósofo analítico tiende a considerar que los elementos jurídicos últimos, las unidades del Derecho, son los enunciados normativos y las proposiciones normativas (los enunciados interpretados). Para el filósofo hermenéutico, la unidad lingüística superior es el discurso, en cuanto situación del lenguaje en la que se realiza la comprensión

[1] En su análisis, Viola parte de la iusfilosofía analítica italiana, la escuela de Bobbio, cuyas tesis confronta con las de los iusfilósofos hermenéuticos –con las suyas propias–. Pero ese análisis puede, sin grandes problemas, generalizarse. *Cfr*. Viola 1994.

y el entenderse (p. 92). La norma no sería vista ya como proposición o como hecho, sino como argumento, como razones que sólo pueden captarse en el interior de los contextos discursivos que los dotan de existencia y operatividad (p. 93).

3) Para el filósofo analítico del Derecho, hay un objeto que precede a la interpretación, el enunciado; la interpretación es, por ello, la actividad dirigida a atribuir significado a los enunciados (p. 94). El filósofo hermenéutico, por el contrario, pone el énfasis en el rol activo de la interpretación y considera al Derecho mismo como una práctica interpretativa: "el Derecho es conjuntamente lo que se interpreta y la propia actividad del interpretar" (p. 98).

4) Para los filósofos analíticos, la ciencia jurídica es un metalenguaje descriptivo en relación con el lenguaje prescriptivo en que consiste el Derecho. Sin embargo, los filósofos hermenéuticos sostienen que entre ciencia jurídica y Derecho hay un entrelazamiento inextricable (p. 101): también el discurso de la ciencia del Derecho es una aplicación del discurso jurídico.

4. Como ejemplo de teoría analítica de la interpretación elijo aquí la elaborada por Riccardo Guastini en varios trabajos (1993 y 1996). No todos los iusfilósofos que se consideran analíticos estarían de acuerdo con todas –y, en algunos casos, con muchas– de las tesis defendidas por él, pero su forma de abordar el tema es, sin duda, característicamente analítica.

El punto de partida de Guastini consiste en distinguir los diversos sentidos en que hablan de "interpretación" los juristas prácticos y los teóricos del Derecho. Así, por ejemplo, en un sentido estricto, "interpretación" se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa cuando existen dudas o controversias en cuanto a su campo de aplicación (1993, p. 326), mientras que en su sentido amplio incluye cualquier atribución de significado a una formulación normativa, de manera que la interpretación vendría a verse como una forma de traducción: la interpretación sería, típicamente, la reformulación de los textos normativos de las fuentes. Por otro lado, hay que distinguir también

entre la interpretación como actividad, como proceso, y como producto o resultado de esa actividad. En su análisis, Guastini se centra en la interpretación entendida en su sentido amplio (lo que le lleva a destacar el componente necesariamente volitivo, decisional, de toda interpretación: la atribución de significado a una fuente no es nunca una actividad meramente cognoscitiva; no existe algo así como un significado intrínseco o propio de las palabras) y como resultado (lo cual le lleva a precisar lo que serían los "enunciados interpretativos", esto es, los que adscriben significado a un texto normativo, y cuya forma estándar es "T significa S", donde T sería una disposición, un texto legislativo, y S una norma, esto es, el significado atribuido por el intérprete a un texto).

En relación con la teoría de la interpretación jurídica, Guastini hace una distinción entre teorías cognoscitivas o formalistas, teorías escépticas y teorías intermedias. Las primeras sostienen que la interpretación es una cuestión de conocimiento, esto es, de descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva del legislador; según este tipo de teoría, que se conecta con la doctrina de la separación de poderes, no habría espacio alguno para la discrecionalidad judicial; se trata –considera Guastini– de una concepción teóricamente desacreditada, pero muy presente en la práctica –en el estilo argumentativo de los jueces– y en la dogmática. Para las teorías escépticas –sostenidas especialmente por el realismo jurídico– interpretar es una cuestión de valoración y de decisión; los enunciados interpretativos no serían ni verdaderos ni falsos (como ocurre con las definiciones estipulativas; en el caso de la concepción formalista, los enunciados interpretativos vendrían a ser como las definiciones lexicográficas, las que dan cuenta de cómo se usan las expresiones), puesto que no hay un significado propio de las palabras, ni existe tampoco algo así como una "voluntad colectiva" de los órganos colegiados; las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado. Las teorías intermedias (las sostenidas por autores como Hart o Carrió) se basan en la distinción entre casos fáciles (los que caen en la zona de claridad de aplicación de determinadas expresiones); respecto de los primeros, el intérprete no ejerce ninguna discrecionalidad, sino que,

simplemente, descubre un significado: por eso, tiene sentido decir que los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos; por el contrario, en los casos difíciles lo que existe es una decisión: aquí no cabe ya hablar de que los enunciados interpretativos sean verdaderos o falsos.

Ahora bien, Guastini no parece suscribir ninguna de esas tras teorías (aunque su actitud frente a cada una de ellas no sea la misma), esto es, ninguna le parece plenamente satisfactoria, pues las tres parecen pasar por alto la existencia de una multiplicidad de "juegos lingüísticos": "En particular, la teoría cognoscitiva (como también la teoría intermedia) asume plenamente el punto de vista del juez 'fiel a la ley', mientras que la teoría escéptica hace suyo el punto de vista del abogado o del consultor legal, 'fiel' no a la ley, sino a los intereses del cliente" (p. 340).

En fin, con respecto a los problemas interpretativos, Guastini considera que unos de ellos nacen de los defectos intrínsecos del lenguaje de las fuentes (cuestiones de ambigüedad y de vaguedad), mientras que otros provienen de la superposición a tal lenguaje de construcciones dogmáticas de los intérpretes. No piensa que las lagunas y las contradicciones planteen problemas propiamente de interpretación, ya que esas dos nociones son relativas a normas, y no a disposiciones: esto es, las lagunas y las antinomias son el resultado de decisiones interpretativas de los operadores jurídicos. Y, en relación con las técnicas interpretativas, el planteamiento de Guastini consiste en distinguir entre dos tipos fundamentales de interpretación: la interpretación literal o declarativa, y la interpretación correctiva que, a su vez, puede tener carácter extensivo o restrictivo. Las "técnicas interpretativas" vendrían a ser los diversos tipos de argumentos utilizados por los juristas para llevar a cabo alguno de esos propósitos. Por ejemplo, para efectuar una interpretación declarativa (consistente en atribuir a una disposición su significado más inmediato, el significado "prima facie"), el intérprete puede echar mano del argumento del lenguaje común o del argumento *a contrario*. Para llevar a cabo una interpretación correctiva en general (bien sea extensiva o restrictiva), del argumento de la *ratio legis*, del argumento apagógico –o por reducción al absurdo–, del argumento de la naturaleza de las cosas, etc.

En resumidas cuentas, la concepción de la interpretación jurídica de Guastini se caracterizaría por: 1) el esfuerzo en establecer distinciones y en separar niveles distintos del lenguaje; 2) la caracterización de la interpretación como el paso de las disposiciones a las normas a través de los enunciados interpretativos; 3) el énfasis que pone en el carácter decisionista, valorativo y no cognoscitivo (o no meramente cognoscitivo) de la interpretación; 4) la pretensión de construir una teoría de la interpretación puramente conceptual y descriptiva; y 5), como consecuencia de lo anterior, el rechazo de cualquier teoría (en el sentido de construcción conceptual con pretensiones cognoscitivas) de la interpretación de carácter normativo, bien sea sustantiva o procedimentalmente normativa.

5. La concepción de la interpretación de Ronald Dworkin viene a ser, en muchos aspectos, la contrafigura de la de Guastini. Podría decirse que Dworkin. 1) niega la posibilidad de trazar con sentido prácticamente todas las distinciones que acabamos de ver; 2) plantea el problema de la interpretación a partir de la consideración del Derecho no como un conjunto de enunciados (disposiciones o normas), sino como una práctica social; 3) entiende la interpretación como una actividad valorativa, pero de tipo racional, y de ahí que pueda hablarse de interpretación correcta o verdadera; 4) propone una teoría de la interpretación básicamente no descriptiva; 5) esa teoría normativa descansa en una concepción sustantiva de la moral y de la política.

Dworkin contempla el Derecho desde el punto de vista del juez que ha de resolver un caso concreto, un caso difícil[2]. Aquí pueden surgir tres tipos de cuestiones: problemas de prueba, problemas morales (si un Derecho

[2] Para la presentación de las tesis de Dworkin en materia de interpretación sigo de cerca a Lifante (1999). El estilo de exposición de Dworkin –en esto también semejante al de los hermenéuticos– lleva a que sus planteamientos, sin dejar de ser profundos, resulten muchas veces oscuros e insatisfactoriamente elaborados desde el punto de vista conceptual. Prescindo aquí, por razones obvias, de los muchos problemas interpretativos, incertezas, etc. a que ha dado lugar la obra del que bien puede calificarse como el filósofo del Derecho contemporáneo más influyente y más discutido. *Cfr*. Dworkin 1986 y 1987.

–o lo que este mismo establece– es o no como debería ser), y cuestiones acerca del Derecho, esto es, acerca de lo que el Derecho establece que debe hacerse. En relación con esto último, puede plantearse un tipo de desacuerdo al que Dworkin llama "desacuerdo teórico", que tiene lugar cuando lo que se discute no es, por así decirlo, cuáles son los materiales jurídicos en bruto que debe usar el juez, sino los "fundamentos de Derecho" que llevan a establecer como verdaderas determinadas "proposiciones de Derecho": por ejemplo (serían ejemplo de proposiciones de Derecho), "un dictador que haya cometido genocidio en otro país puede ser juzgado en España" o "según el Derecho español, el derecho fundamental a la vida lo tienen no los embriones sino los seres humanos nacidos". Esas proposiciones –los enunciados interpretativos– 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; no es, por tanto, una realidad, un objeto, que se ofrece ya acabado a los jueces y a los teóricos del Derecho para su aplicación, sino una empresa, una institución en marcha en la que éstos han de participar, en forma semejante a como lo haría un literato que tuviera que escribir con otros una novela en cadena: la distinción entre lo descriptivo y lo normativo, entre la teoría y la práctica, desaparecen.

Una idea fundamental de Dworkin –como también de los hermenéuticos– es que el Derecho constituye una práctica social, al igual que, por ejemplo, el arte. La interpretación no puede, pues, llevarse a cabo según un modelo que cabría llamar conversacional o intencionalista: en una conversación, en efecto, interpretar consiste en averiguar con qué intención emite sus proferencias cada uno de los participantes. En las prácticas sociales (y, por tanto, en la literatura o en el Derecho) debe seguirse el modelo constructivo de interpretación: interpretar supone procurar presentar el objeto o la práctica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género

al que pertenece. Ahora bien, la interpretación de las prácticas sociales (del Derecho) exige o presupone lo siguiente:

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

En segundo lugar, la realización de una actividad interpretativa en la que pueden distinguirse tres etapas: En la etapa preinterpretativa (que a Dworkin no le interesa mucho) se trataría básicamente de identificar la práctica –las reglas– y de calificarla como perteneciente a un determinado género –por ejemplo, al del Derecho; esa actividad es casi exclusivamente de carácter descriptivo–. En la etapa interpretativa se muestra cuáles son los valores y objetivos de la práctica; aquí es posible que aparezcan diversas teorías que se acomoden con esa práctica; en el caso del Derecho, podría haber más de una teoría que diera cuenta de los materiales jurídicos, de las reglas, puesto que el Derecho persigue diversos propósitos y trata de satisfacer una variedad de valores. Finalmente, en la etapa postinterpretativa o reformadora, habrá que ver qué es lo que necesita la práctica para lograr una realización máxima de los principios; como antes decía, los principios tienen la virtualidad de reformar las reglas, pero sólo hasta cierto punto: interpretar una práctica (bien se trate del Derecho o del arte –de la literatura) no es inventarla.

En tercer lugar, la consideración por parte del intérprete de que su interpretación presenta el objeto en cuestión como el mejor ejemplo posible de la práctica; esto es, la interpretación excluye el escepticismo. A propósito del Derecho, como se sabe, la tesis de Dworkin es que siempre –o casi siempre– existe una única respuesta correcta para cada caso, porque siempre hay una teoría sustantiva de carácter moral y político (de

entre las que se adecuan a los materiales del Derecho) que es la mejor, la más profunda.

6. Si ahora, y para concluir, nos preguntáramos qué consecuencias pueden extraerse de lo anterior que tengan interés para la práctica judicial, mi respuesta discurriría a través de los siguientes puntos que aquí dejo meramente sugeridos.

6.1. La primera de esas conclusiones es que las dos concepciones de la interpretación jurídica que hemos examinado no son, en todos sus aspectos, contradictorias. No se ve por ello ningún obstáculo para que los prácticos, los jueces, puedan echar mano, en principio, de elementos de una u otra. Cabría decir, incluso, que están obligados a hacerlo, pues en la interpretación existe tanto un aspecto que podríamos llamar técnico (al que Dworkin no presta atención), como un aspecto teórico (de teoría moral y política) que, en mi opinión, exige la adopción de alguna teoría semejante a la propuesta por Dworkin.

6.2. Por aspecto "técnico" de la interpretación entiendo la necesidad de utilizar determinados procedimientos o métodos para pasar de un enunciado a interpretar (por ejemplo, el comienzo del Art. 15 de la CE: "todos tienen derecho a la vida") al enunciado interpretado ("todos los nacidos tienen derecho a la vida"). Lo que justifica dar tal paso sería un enunciado interpretativo ("'todos' en el Art. 15 CE significa todos los nacidos") a favor del cual habría que dar una razón, un argumento (o un conjunto de ellos), como el de que los constituyentes tuvieron precisamente esa intención (cuando aprobaron la expresión "todos" estaban entendiendo por tal "todos los nacidos"), o bien que sólo interpretando "todos" en esa forma se pueden evitar consecuencias normativamente absurdas, etc. Aunque la actividad interpretativa no se acabe aquí, parece claro que un problema de interpretación puede plantearse siempre como un problema semántico, un problema de atribución de significado a un término, a un enunciado o a un conjunto de enunciados (es decir, a un material jurídico), lo cual exige la utilización de una regla semántica (previamente existente o creada para la ocasión)

que, a su vez, habrá que justificar argumentativamente. La crítica de los hermenéuticos, y de Dworkin, a ver la interpretación de esta forma (como el paso de unos enunciados a otros) es injustificada: un juez que tenga que motivar una decisión (originada en un problema interpretativo) no puede dejar de hacer las operaciones que se acaban de señalar aunque, como también decía, su cometido no se termine ahí.

6.3. El fundamento último de ese proceso argumentativo no puede ser otro que una teoría de naturaleza moral y política lo que, naturalmente, no quiere decir que cualquier concepción política o moral pueda considerarse satisfactoria. Pero, para seguir con el ejemplo, parece obvio que el anterior problema interpretativo exige la aceptación de una determinada concepción de los valores constitucionales, cuyo fundamento no puede estar ya en la propia Constitución. Aunque los dogmáticos y los jueces sean renuentes a aceptarlo, la interpretación exige siempre la asunción de una determinada teoría moral: en los casos fáciles, la que justifica la utilización de los criterios de Derecho positivo; en los casos difíciles, la que lleva a optar por una determinada manera de entender los valores constitucionales, los valores supremos del sistema.

6.4. Interpretar es una actividad que exige asumir lo que Dworkin llama "actitud interpretativa" y que resulta incompatible con el escepticismo moral o, al menos, con cierto tipo de escepticismo moral: si no cabe discutir racionalmente sobre valores morales, tampoco cabría hablar propiamente de razonamiento justificativo, esto es, de razones (dadas en serio) en favor de una determinada interpretación. Esto no lleva a sostener la tesis de la única respuesta correcta, pero sí al menos la de que sin postular una pretensión de corrección, de intentar buscar la respuesta correcta, no podríamos reconstruir adecuadamente lo que entendemos por interpretar.

6.5. En la interpretación jurídica existe un elemento de autoridad y otro al que cabría llamar valorativo. El aspecto de la autoridad es lo que explica el por qué la interpretación es tan importante en el Derecho (a diferencia de lo que ocurre con la moral) y es el que marca también sus límites:

el intérprete sólo puede utilizar aquellos "materiales jurídicos" que se derivan inmediatamente o mediatamente de la regla de reconocimiento. El aspecto valorativo es el que guía a la interpretación, lo que permite contestar a la cuestión de "para qué interpretar".

6.6. Lo anterior puede quizás aclararse con un ejemplo. El 26 de noviembre de 1998, *El País* publicaba un artículo de Gómez Benítez, a propósito del caso Pinochet, y en el que se planteaba la cuestión de si se debía pedir y conceder la extradición del expresidente chileno por delito de genocidio. Dado que los dos países implicados (Reino Unido y España) han firmado y ratificado la Convención de 1948 sobre Prevención y Punición del Crimen de Genocidio, el problema en su opinión, estaría en resolver la cuestión de si el exterminio sistemático de grupos de personas por motivos políticos es también genocidio. Lo que genera el problema interpretativo es que en el proceso de elaboración del texto de la Convención (en un primer borrador) se incluyó, en la definición de genocidio, el realizado por móviles políticos, pero tal referencia se suprimió luego por la presión ejercida por la Unión Soviética y por varios países latinoamericanos. En favor de considerarlo genocidio, Gómez Benítez da una serie de argumentos: el precedente de Camboya que significa el reconocimiento internacional y, en especial, por parte de los Estados Unidos, de que el genocidio de "grupos nacionales" (éste, previsto en la convención) se incluye a los grupos políticos; el hecho de que la lucha contra la "subversión" en la época de la dictadura chilena se hiciera, en parte, por motivos religiosos, para cortar el paso al ateísmo y defender la ideología cristiana: "en Derecho Penal Internacional (...) los términos religión y creencia comprenden tanto las convicciones teístas como las no teístas o ateas"; la consideración de que la inmunidad atentaría contra el principio de protección universal contra el genocidio.

La "estrategia argumentativa" de Gómez Benítez consiste en presentar su solución como si fuera incontestable, pero esto no parece ser así. En realidad, estamos aquí frente a un caso de "interpretación reformadora", pues de lo que se trata precisamente es de modificar una práctica –la del Derecho Penal Internacional– y no parece que ello pueda hacerse

sin recurrir a consideraciones morales y políticas. A cada uno de los argumentos esgrimidos por este destacado penalista podría fácilmente oponérsele otro (u otros) que llevarían precisamente a la solución opuesta: Pol Pot no fue extraditado, de manera que el precedente es más bien dudoso; la analogía no debe usarse en Derecho penal; los casos de genocidio –como prevé un artículo de la Convención– deben caer bajo la jurisdicción de un tribunal internacional, no de tribunales de otra nación distinta a aquélla en la que se cometió el genocidio. Esto, naturalmente, no quiere decir que su pretensión no esté justificada o que, puesto que existen argumentos en favor de las dos posturas, carezcamos de criterios objetivos para optar por una u otra interpretación. Lo que significa es que esa argumentación tendría que sustentarse en una teoría moral y política que ofreciera un modelo –en el artículo estaría sólo insinuado– de Derecho penal internacional al que tendría que acomodarse esa práctica social. No se trata de orgullo gremial, pero ¿alguien puede sorprenderse de que el Derecho –y la práctica del Derecho– nos remita a la filosofía del Derecho?

Bibliografía

ALEXY, Robert. "Interpretazione giuridica", en *Enciclopedia delle scienze sociali*, t. 5, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996.

ATIENZA, Manuel. "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

_____ Law's Empire, Harvard, Belknap Press, 1986.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1993.

_____"Tre domande a Francesco Viola", en Mario Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1994.

_____ *Distinguendo*, Giappichelli, Turín, 1996.

JORI, Mario. “Introduzione”, en Mario Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concepzioni del diritto a confronto*, Turín, Giappichelli, 1994.

LIFANTE, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

NINO, Carlos. “Derecho, moral y política”, en *Doxa*, núm. 14, 1993.

RABOSSI, Eduardo. *La filosofía analítica y la actividad filosófica*, Universidad de la Plata, 1973.

RAZ, Joseph. “¿Por qué interpretar?”, en *Isonomía*, núm. 5, México, Fontamara, 1996.

VIOLA, Francesco. “La critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto”, en Mario Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1994.

Argumentación y Constitución

Argumentación y Constitución

1. Introducción

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

2. Argumentación y constitucionalismo

"Estado constitucional", obviamente, quiere decir algo distinto a Estado en el que está vigente una Constitución. Como lo señala, por ejemplo, Bovero (2006, p. 16), "Constitución", en su sentido más amplio, hace referencia a la

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

[1] Sobre el fenómeno d ela "constitucionalización" véase también Mathieu y Verpeaux (ed. de) 1998.

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 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 formas[3]) no ofrece ya una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: el

---

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".

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.

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 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

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

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

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

Finalmente, el constitucionalismo en cuanto enfoque metodológico, al sostener la mencionada tesis de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral, se opone al positivismo jurídico metodológico y conceptual basado en la idea de que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser. Los constitucionalistas piensan que los principios constitucionales pueden verse como un puente entre el Derecho y la moral y que cualquier decisión jurídica (en particular, la judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral. Pero esto le parece a Comanducci rechazable. Si se interpreta como tesis descriptiva es falsa, porque los jueces justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales. Y si se entiende como tesis teórica, además de tautológica (los autores constitucionalistas asumen que, “por definición”, toda justificación última, en el dominio práctico, está constituida por una

norma moral), sería insostenible o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos[5].

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

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

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).[6]

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

[6] Véase también su contribución en este *Tratado*.

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

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

completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanza con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del *ser del Derecho* , es decir, de sus condiciones de 'existencia', sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de 'validez' " (Ferrajoli, 2003, p. 19).

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

Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli tiene, sin duda, muchos puntos de coincidencia con las de los autores "constitucionalistas" que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo–positivismo jurídico es un problema mal planteado (Nino). Asi, el equivalente al dualismo que plantea Ferrajoli se encuentra en Dworkin, y en muchos otros autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios (y, en las últimas obras de Dworkin, entre el Derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa). Un papel semejante lo juega en Alexy (aparte de la distinción que también él hace entre reglas y principios) la idea de que

el concepto de Derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama –inspirándose en Habermas y en la teoría del discurso– una "pretensión de corrección" que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Y algo parecido puede decirse también de Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (de manera que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto hacia las razones morales) y su insistencia en que el Derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente (o sea, que es perfectamente asumible, para algunos propósitos, un concepto de Derecho que contenga elementos valorativos; y de ahí su crítica a la contraposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo).

Pero entre estos tres últimos autores y Ferrajoli hay también una diferencia importante que explica el empeño de este último en calificar su concepción de positivista: Ferrajoli interpreta que los elementos de esa dualidad tienen un carácter autoritativo (sus dos nociones de validez derivan de un Derecho "puesto" por alguna autoridad: el legislador o el constituyente), mientras que en los otros autores cabe reconocer un esfuerzo por integrar dos elementos en el concepto de Derecho: el elemento autoritativo y el valorativo. Así, en la noción dworkiniana de "práctica interpretativa", los fines y valores que definen la práctica juegan un papel determinante, en cuanto dan sentido a, y tienen primacía sobre, las normas, sobre el elemento autoritativo. La misma idea puede expresarse también diciendo que las normas, vistas como razones para la acción, contienen una dimensión directiva, de guía de la conducta, pero también una valorativa o justificativa; que esos elementos pueden entrar en algún caso en contradicción; y que cuando eso ocurre, el último elemento, el valorativo, tiene primacía sobre el primero, sobre el directivo (Atienza y Ruiz Manero, 2004 y 2006) ¿Hasta qué punto es entonces importante esa contraposición entre el "positivismo" y el "no positivismo" del constitucionalismo contemporáneo?

En mi opinión, esa dualidad de enfoques no genera grandes diferencias a la hora de emitir juicios sobre lo que es o no es jurídico; lo que es distinto es

más bien la forma en que se expresan esos juicios: una norma que Ferrajoli consideraría válida en el sentido de vigente, pero inválida en cuanto a la dimensión sustantiva de validez sería probablemente considerada por Alexy como "Derecho defectuoso" (pero ni Alexy, ni Dworkin, ni, por supuesto, Nino han negado nunca que quepa hablar con pleno sentido de "Derecho injusto"). Tampoco desde la perspectiva de la manera de entender la función de la teoría y de la dogmática jurídica; al igual que para Ferrajoli, para Dworkin (o para Nino) se trata de dos actividades que contribuyen a conformar la práctica jurídica: la tarea de resolver las lagunas y contradicciones a la que se refería Ferrajoli tiene su equivalente en el propósito dworkiniano de contribuir a la máxima realización de los fines y valores de la práctica jurídica (del Estado constitucional). Y en cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea, por lo demás, que está muy presente también en los otros autores) se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios o que el juez debe procurar contribuir al desarrollo y mejora de la práctica o empresa en que consiste el Derecho.

La distinción, entonces, es más bien una cuestión de acento, pero ello no quiere decir que sea irrelevante. Tiene consecuencias, por ejemplo, en relación con la teoría de la interpretación: al considerar el Derecho como un fenómeno puramente autoritativo, la interpretación no va a tener, en la obra de Ferrajoli, el alcance y desarrollo que en la de Dworkin (no es lo mismo interpretar textos establecidos por una autoridad que interpretar una práctica). También (si se quiere como consecuencia de lo anterior) a la hora de plantearse el problema de la argumentación jurídica: Ferrajoli tiende a pensar que, en la aplicación del Derecho, lo que existe es algo así como subsunción más discreción judicial, y es notablemente escéptico a propósito de la ponderación (algo, por lo demás, perfectamente coherente con su tendencia a ver el Derecho como un conjunto de reglas, en donde los principios no juegan prácticamente ningún papel o juegan uno de escasa importancia). La diferencia de fondo, cabría concluir, estriba en que el

positivismo jurídico, al no dar el suficiente peso a la dimensión valorativa del Derecho, corre el riesgo de resultar una concepción del Derecho, más que equivocada, irrelevante: "El ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas (...) inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales. Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de lo que el constituyente ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas. Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan sólo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes" (Atienza y Ruiz Manero 2006, p. 778).

3. El Derecho como argumentación

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

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el "Estado legislativo", en el "Estado constitucional" el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más

exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos (*vid*. Atienza 2006, p. 17).

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

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

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

Esos déficits y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional explican que en los últimos tiempos (más o menos, desde finales de los años 70) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que, en diversos trabajos (vid., por ejemplo, Atienza 2006, pp. 55 y ss.), he caracterizado con los siguientes rasgos (todos ellos ligados con el enfoque argumentativo del Derecho)[7]: 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario –además del de las reglas– para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. 2) La tendencia a considerar las normas –reglas y principios– no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto –o no tan sólo– en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto –o también– en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se

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

concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos. 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución. 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas –de sujeción del juez a la ley– pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales. 8) La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de tipo moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral. 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica en sentido estricto (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada –o no está guiada exclusivamente– por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia. 11) La difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico. 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones, como característica esencial de una sociedad democrática. 13) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso. 14) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social,

sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.

4. Argumentación, argumentación jurídica y argumentación constitucional

Las características mencionadas de las constituciones contemporáneas (y del constitucionalismo) explican el hecho de que la apelación a la Constitución (a alguna de sus normas, valores, etc.) juegue un papel destacado en muchos tipos de argumentaciones: en las que tienen que ver con la aplicación judicial del Derecho, pero también en las dirigidas a la producción legislativa de normas y, en general, en todas las argumentaciones de tipo práctico, aunque no puedan considerarse de carácter jurídico, sino más bien de naturaleza moral o política. Por lo demás, la referencia a la Constitución puede o no operar como un argumento de autoridad: la argumentación para modificar una Constitución o crear una nueva puede considerarse, evidentemente, como un tipo de argumentación constitucional. De manera que el anterior sería un sentido amplísimo de "argumentación constitucional" y, obviamente, de no fácil manejo. Podría entonces pensarse en delimitar un sentido más estricto que incluyera únicamente, por ejemplo, la argumentación específicamente jurídica. Pero eso no deja de ser problemático. Por un lado, porque no es nada obvio que se pueda efectuar una distinción –al menos una distinción nítida– entre la argumentación jurídica y la de naturaleza moral y política; es más, esa –como veíamos– es una de las tesis más características de los autores "constitucionalistas". Y, por otro lado, porque la "argumentación constitucional de carácter jurídico" quizás diste de ser una categoría homogénea: parece razonable pensar que no es exactamente el mismo el uso argumentativo de la Constitución que hacen los legisladores y los jueces, ni tampoco el que realiza un juez ordinario o un juez constitucional. Pero, en todo caso, analizar las especificidades de la argumentación constitucional (cualesquiera que éstas sean) requiere de algunas aclaraciones previas sobre qué quiere decir argumentar y desde qué perspectivas se puede ver una argumentación.

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectadas entre sí de muy variadas formas. Tomemos como ejemplo una sentencia del tribunal constitucional español (de 18 de junio de 1999) en la que se discute la constitucionalidad de la ley de reproducción humana asistida (LRHA) de 1988. En la misma se plantean y recogen numerosos argumentos parciales. Así, el tribunal entiende que la LRHA en su conjunto no vulnera la reserva de ley orgánica, porque el artículo 15 de la Constitución española ("todos tienen derecho a la vida...") se refiere a "todos los nacidos", de manera que la LRHA no desarrolla ese derecho fundamental (lo que regula son "técnicas de reproducción referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano") y, en consecuencia, no es necesario que adopte la forma específica de ley orgánica (leyes que exigen la mayoría absoluta del Congreso). Que permitir a la mujer decidir libremente la suspensión de un tratamiento de reproducción asistida no afecta al contenido esencial del derecho a la vida, ni supone admitir tácitamente un nuevo supuesto de aborto, ya que esa decisión sólo puede tomarla hasta el momento en que se haya producido la transferencia de embriones al útero materno. O que permitir la fertilización de cualquier mujer con independencia de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar, ya que "la familia en su sentido jurídico no coincide con la familia natural" y "la familia protegida constitucionalmente no es únicamente la familia matrimonial".

Todos esos argumentos y muchos otros que cabe encontrar en esa sentencia constituyen una misma argumentación, porque se inscriben dentro de un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (si la ley en cuestión es o no constitucional) y termina con una respuesta (básicamente, que la ley es constitucional). De manera que podemos distinguir entre la argumentación en su conjunto, cada uno de los argumentos de que se compone y los conjuntos parciales de argumentos

(líneas argumentativas) dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión (bien tenga carácter intermedio o final). Así, el primero de los argumentos recogidos forma una línea con varios otros dirigidos todos ellos a probar que la ley en cuestión no vulnera la reserva de ley orgánica. Y esa tesis, unida a la de que la LRHA tampoco contradice aspectos concretos de la Constitución es lo que lleva al tribunal constitucional a declarar su constitucionalidad (con excepción de un apartado de la ley de escasa trascendencia).

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

No existe, sin embargo, una única forma de entender –y de estudiar– la argumentación y los argumentos. Sin entrar en muchos detalles[8], 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);

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

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

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

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

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

Aunque la argumentación jurídica, hablando en general, pueda verse como una combinación peculiar de elementos provenientes de esas tres

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

Lo que puede llamarse "teoría estándar de la argumentación jurídica"[9] viene a ser una combinación de elementos de los tres enfoques o concepciones señalado(a)s. Como, además, una característica de esa teoría es que se centra en la justificación de las decisiones llevadas a cabo por los tribunales de instancias superiores, el arsenal conceptual por ella construido es obviamente aplicable a la argumentación constitucional de carácter judicial. En lo esencial, la teoría de la argumentación ahí contenida viene a decir lo siguiente.

La argumentación jurídica (y en particular la judicial) es, obviamente, un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable. En los dos casos se trata de

[9] Me refiero con ello a las ideas sobre la argumentación jurídica –substancialmente coincidentes entre sí– que pueden encontrarse en diversas obras de los años 70 y 80 de autores como Aarnio, Alexy, MacCormick, Peczenik o Wróblewski. Vid. Atienza 1991.

dar razones, pero la naturaleza de las mismas es distinta: por ejemplo, cabe perfectamente que se pueda explicar una decisión que, sin embargo, resulte injustificable; y los jueces –los jueces del Estado de Derecho– tienen, en general, la obligación de justificar, pero no de explicar, sus decisiones. *Motivar* las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso –psicológico, sociológico, etc.– que lleva a la decisión, al producto. Sin embargo, justificar y explicar son operaciones –o conceptos– distintos, pero conjugados: del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación (en muchos casos, lo que explica que un juez haya tomado una determinada decisión es –al menos hasta cierto punto– que él la considera justificada), la explicación de las decisiones facilita también la tarea de la justificación (es decir, las posibles razones justificativas aparecen así en forma más explícita).

Sea como fuere, la justificación de las decisiones judiciales tiene características distintas según se trate de casos fáciles o de casos difíciles. En relación con los casos fáciles, cuando no existen problemas en relación con ninguna de las premisas (normativas y fácticas), justificar significa, simplemente, construir una deducción, un silogismo. A este tipo de justificación se le suele llamar "justificación interna" o "justificación de primer nivel" y podría decirse que es siempre una operación necesaria. No es, sin embargo, siempre suficiente, porque además de casos fáciles, en el Derecho existen también casos difíciles. Dado que en el esquema del que se parte (el silogismo judicial) existe una premisa normativa y otra fáctica, las dificultades pueden venir de una u otra, esto es, puede haber casos difíciles por razones normativas o por razones de hecho. En el primer supuesto, a su vez, se puede tratar de *problemas de relevancia*[10]: cuando

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

existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma aplicable al caso; o de *problemas de interpretación*: cuando las dudas se refieren a cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. Y, en el segundo supuesto, puede tratarse de *problemas de prueba*, que se plantean a propósito de si ha tenido o no lugar un determinado hecho; o *problemas de calificación*, que surgen cuando las dudas afectan a si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que aparece en la norma. En los casos difíciles (los que llegan a los tribunales constitucionales son, esencialmente, problemas de interpretación, pero las anteriores dificultades pueden darse combinadas entre sí en formas complejas) al anterior hay que añadir un segundo tipo de justificación: la "justificación externa" o "de segundo nivel". El razonamiento deductivo sigue jugando aquí un papel importante, pero limitado. A los criterios de la lógica hay que añadir otros que (pensados sobre todo en relación con la premisa normativa) integran lo que suele llamarse "razón práctica". MacCormick, por ejemplo, los sintetiza en los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. La universalidad implica que si en las circunstancias C se ha tomado la decisión D, entonces siempre que se den esas mismas circunstancias u otras esencialmente semejantes deberá decidirse en la forma D. El principio de consistencia enuncia simplemente la prohibición de utilizar premisas contradictorias. Y se diferencia de la coherencia porque este último principio se refiere a la no contradicción axiológica: por ejemplo, la interpretación de la norma tiene que ser conforme (o la más conforme) con los principios y valores del sistema. Finalmente, las consecuencias son vistas no en términos empíricos o sociales, sino normativos, de manera que lo que se evalúa son las consecuencias lógicas que tendrá la decisión en relación con una serie de valores como la justicia, el bien común o la conveniencia pública.

jurídica: MacCormick 2005). La concepción de MacCormick está, pues, completamente en línea con la de los autores "constitucionalistas" y es también una concepción no positivista del Derecho.

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 nuevo, 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.

4.1. Aunque a veces se habla de los tribunales constitucionales como de "legisladores negativos", el tipo de argumentación que ellos desarrollan pertenece, sin duda, al género de la argumentación judicial, también cuando resuelven casos abstractos (problemas de control abstracto de constitucionalidad[11]). Además de otras diferencias que tienen que ver

[11] 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

con el distinto estatus normativo de los jueces constitucionales y de los legisladores, y con la distinta composición y organización de ambas instituciones, la diferencia crucial estriba, en mi opinión, en la naturaleza de los problemas que desencadenan la necesidad de argumentar en una y otra instancia. Por ejemplo, a propósito de la mencionada ley de reproducción humana asistida, la discusión parlamentaria que tuvo lugar cuando se dictó en 1988 (al igual que cuando se promulgó una nueva, en 2006, que modificaba la anterior) versó sobre cuestiones como las siguientes: ¿qué fines debe perseguir la ley?, ¿están justificados (desde el punto de vista moral, político y también constitucional)?, ¿qué medios, objetivos (por ejemplo, financieros) y subjetivos (por ejemplo, sanciones) deben usarse para lograrlos?, ¿qué sistemática debe tener la ley a fin de que resulte completa y consistente?, ¿cómo deben estar redactados sus artículos? Sin embargo, cuando se impugnó su validez ante el tribunal constitucional español, las cuestiones respecto de las cuales tuvo que pronunciarse (y argumentar) el tribunal fueron muy distintas: ¿vulnera la ley la reserva de ley orgánica?, ¿afecta la permisión de fertilización de una mujer soltera al núcleo esencial de la institución familiar?, etc. Dicho de otra manera, los problemas que tuvo que resolver el tribunal constitucional fueron problemas de interpretación, cuya respuesta depende de cómo haya que entender el derecho a la vida o la referencia constitucional a la institución familiar. Es cierto que en el debate parlamentario (y en el que tuvo lugar en los medios de comunicación) surgió también esa cuestión, pero de una manera distinta: la constitucionalidad o no de una ley puede ser un límite, pero no la razón de ser de la ley, esto es, una ley no se dicta sencillamente porque sus contenidos no contradigan lo establecido en la Constitución.

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

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

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.

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

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

tiene ya a su disposición una regla, esto es, debe seguir la ponderación efectuada por el tribunal constitucional. Veamos todo esto con cierto detalle.

La razón por la cual se acaban de distinguir tres grandes formas o estructuras básicas de los argumentos jurídicos deriva de la existencia de tres tipos de normas jurídicas (regulativas) que pueden funcionar como premisas prácticas (o razones operativas) de un argumento judicial de tipo justificativo: reglas de acción, reglas de fin y principios (principios en sentido estricto o directrices). En los textos jurídicos (y, por tanto, en las constituciones) existen otros tipos de enunciados (como normas constitutivas o definiciones), pero estos últimos no contienen esa clase de razones, eso es, no funcionan como razones que mueven a alguien a actuar de cierta forma, sino como razones que trasladan esa "actitud práctica" a la decisión[12]. Naturalmente, cuando se dice que la argumentación justificativa de los jueces puede, en principio, asumir una forma subsuntiva, adecuativa o ponderativa, lo que se está resaltando es únicamente el último tramo o la forma general de esa argumentación (lo que a veces se denomina "justificación interna"). Pero para llegar hasta ahí, para justificar las premisas ("justificación externa"), se usa una variedad de argumentos que pueden clasificarse de muy diversas formas. En relación con los que se refieren a la premisa normativa, las diversas tipologías existentes incluyen, por lo menos (además del silogismo subsuntivo), los argumentos *a simili*, *a contrario, a fortiori* (a *maiore ad minus y a minori ad maius*) y el argumento *ad absurdum*[13]. La

[12] Un desarrollo de estas clasificaciones puede verse en Atienza y Ruiz Manero 2004. Y una aplicación a los enunciados constitucionales, en este mismo *Tratado*, en el trabajo de Juan Ruiz Manero

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

explicación del carácter "recurrente" de estos tipos de argumentos es, en mi opinión, la siguiente.

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

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

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

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

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

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

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

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

Pues bien, la argumentación subsuntiva o clasificatoria tiene lugar cuando se trata de aplicar una regla de acción, esto es, una regla que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico) entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción. Su esquema (que, desde el punto de vista lógico podría formalizarse como un *modus ponens*) vendría a ser:

---

cosas, de la equidad, a partir de principios generales –o analogia iuris). En Ezquiaga (1987) pueden encontrarse ejemplos de uso de los anteriores tipos de argumentos por parte del tribunal constitucional español.

- Si se dan una serie de propiedades, X (que configuran un caso genérico), entonces es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.
- En este caso se dan las propiedades X (o sea, el caso concreto se subsume en el caso general).
- Por lo tanto, es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.

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

- En las circunstancias X, es obligatorio (o está justificado) procurar alcanzar el fin F
- Si se realiza la acción M, entonces se alcanzará F.
- M es preferible a otros cursos de acción (M1, M2...Mn) que también conducirían a F.
- Por lo tanto, es obligatorio (o está justificado) realizar la acción M.

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

Ahora bien, los jueces no utilizan sólo esos dos esquemas argumentativos, por la simple razón de que, cuando tienen que aplicar el Derecho para resolver un caso, no siempre tienen disponible una regla. Dicho de otra

forma, los jueces, y en particular los jueces constitucionales, no sólo aplican reglas, sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente, cuando no existe una regla aplicable a la situación, o cuando sí que existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y principios del sistema; en estos últimos supuestos, la pretensión de la regla de servir como razón concluyente y excluyente falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo.

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

Ahora bien, puesto que los principios pueden ser principios en sentido estricto o directrices, cabe hablar también de dos tipos de ponderación[14]. Una es la ponderación (si se quiere, la ponderación en sentido estricto[15]) que tiene lugar básicamente entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como, por ejemplo, entre la norma –el principio– que prohibe atentar contra el honor de las personas y de los grupos y la que garantiza –permite– la libertad de expresión. Otro tipo de ponderación

[14] 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

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

es el que tiene lugar a partir de directrices; me refiero con ello al proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas (que pueden consistir en reglas de acción o de fin, o simplemente en medidas concretas que establecen la obligación de realizar cierta acción) a partir de alguna directriz como la contenida en el Art. 47 de la Constitución española relativa al derecho a disfrutar de una vivienda digna.[16]

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

[16] 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.

distintas según que se den o no determinadas propiedades: que se afecte al honor en sentido estricto o a la intimidad; que se trate de libertad de expresión o de información; que las informaciones tengan o no un interés público, etc. (Atienza 1996).

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

- En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 –que tienen condiciones de aplicación abiertas– establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).
- En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1).
- Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q.

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[17].

[17] 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

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 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)[18] podría efectuarse algo así como un "cálculo"[19] que puede llevar al resultado de

---

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 determinas 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)

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

$$\text{Pes } i,j = \frac{Ai \times Pes.i \times Sj}{Aj \times Pes\ j \times Sj}$$

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

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. El esquema podría ser el siguiente:

- La directriz D –cuyas condiciones de aplicación son abiertas– establece la obligación de obtener el fin F.
- Si se obtienen los fines F'1, F'2...F'n, entonces se obtendrá el fin F.
- Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces se alcanzarán los fines F'1, F'2...F'n.
- Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces no quedan afectados de manera esencial otros fines (distintos de F) o valores del ordenamiento.
- Por lo tanto, está justificado establecer las normas N1, N2...Nn

Aquí, la segunda fase de la ponderación (que normalmente la llevará a cabo un órgano distinto al que realizó la primera) puede asumir la forma de una subsunción (si lo que se ha justificado es dictar una regla de acción), de un argumento finalista (si lo justificado es una regla de fin), o puede que no exista propiamente una segunda fase (si lo que se justifica en la primera es la adopción de una medida concreta, en cuyo caso no cabe ya aplicarla sino, sencillamente, cumplirla o no cumplirla, como ocurre con el fallo de una sentencia).

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

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

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

La concepción del Derecho de Dworkin (vid. Dworkin 1985 y 1986) se centra en los casos difíciles, en los que hay que recurrir a principios y valores constitucionales. Según él, en las cuestiones acerca de qué es lo que el Derecho establece (distintas de los problemas de prueba o de los problemas estrictamente morales) puede surgir un tipo de "desacuerdo teórico" en relación con los "fundamentos de Derecho" que llevan a establecer como verdaderas determinadas "proposiciones de Derecho" como, por ejemplo, "según el Derecho español, el derecho fundamental a la vida lo tienen no los embriones, sino los seres humanos nacidos". Esas proposiciones no describen ninguna realidad previamente existente, ni son la expresión de deseos o la descripción de verdades objetivas; su establecimiento no es el resultado (o normalmente no lo es) de resolver un problema de vaguedad semántica o un problema puramente moral, sino de haber llevado a cabo una actividad interpretativa. Pero entonces resulta que el Derecho –al menos en estos casos difíciles– es él mismo interpretación, esto es, se genera al ser interpretado. El Derecho constituye una práctica social y la interpretación no puede llevarse a cabo según un modelo conversacional o intencionalista, sino según un modelo constructivo: interpretar supone procurar presentar el objeto o la práctica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece. La interpretación de las prácticas sociales (del Derecho) exige o presupone lo siguiente:

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

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

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

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

La otra manera de aproximarse a la interpretación (que, sin muchas precisiones, podría calificarse como analítica) parece, en principio, muy distinta. Interpretar consistiría en adscribir, proponer o crear un significado a partir de un texto. Existe un problema interpretativo cuando ese significado es dudoso, esto es, a un mismo término o a un mismo enunciado de una norma o de una disposición se le puede atribuir, en principio, más de un significado. En el ejemplo que veíamos, el término “todos” del Art. 15 de la Constitución española puede entenderse que abarca a “todos los seres humanos, incluidos los embriones desde el momento de la concepción”, o solamente a “todos los seres humanos nacidos”. La resolución del problema consiste en pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretado, y para ello se necesita aducir argumentos en favor de una u otra de esas opciones. Esos argumentos revisten diversas formas lógicas (*a simili, 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 lingüisticos); 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 jueces[20].

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.

---

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

Por un lado, en efecto, parece haber problemas de interpretación de la Constitución (y de las leyes) que no requieren de una ponderación, sino simplemente de la utilización de alguna regla interpretativa. Por ejemplo, el tribunal constitucional español entendió (en la sentencia tantas veces mencionada) que "todos tienen derecho a la vida" debía interpretarse en el sentido de "todos los nacidos" apoyándose, fundamentalmente, en su propio precedente; y para sostener que el término "preembriones no viables" utilizado por la LRHA debería interpretarse en el sentido de incluir también los preembriones sobrantes de un tratamiento de fertilización y cuyo destino es la destrucción, bastaría con aducir una regla interpretativa que diera prioridad a los criterios teleológicos y valorativos frente a los basados en el sentido puramente literal de los términos; o sea, a las razones subyacentes, frente a la literalidad de los textos. Pero, por otro lado, si los anteriores problemas podemos verlos de esta manera es, en realidad, porque la ponderación se efectuó en otro lugar: la llevó a cabo el propio tribunal constitucional en una sentencia anterior (en la que –a propósito del aborto– dio prioridad, bajo ciertas condiciones, a la autonomía de la mujer frente al valor que supone la vida humana en formación –en sus primeros estadios de desarrollo–); o bien el legislador (dando prioridad en este caso a los intereses de la investigación biomédica y a la libertad en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida frente al valor de la vida del preembrión). La diferencia entre estos casos y aquellos en los que se hace propiamente uso del esquema ponderativo es, por tanto, simplemente relativa, esto es, depende de que la ponderación se haya ya efectuado y no exista motivo para ponerla en entredicho. Y no depende de que al tribunal constitucional se le plantee un caso concreto (si, por ejemplo, una resolución administrativa o judicial supone la vulneración de un derecho fundamental de cierto individuo) o un caso abstracto (si tal aspecto de tal ley es o no constitucional).

Así pues, la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación (bien la realización de una ponderación, o bien la aceptación de una ponderación efectuada

anteriormente). El problema entonces (el problema de fondo de la argumentación constitucional) es el de cómo determinar el peso de las diversas razones en presencia. Es obvio que no puede haber ninguna fórmula que quepa sin más aplicar a cada uno de los casos en discusión (salvo que se trate de una fórmula vacía, esto es, de un simple esquema lógico). ¿Pero cabe al menos establecer alguna jerarquía entre los tipos de razones presentes en los procesos de justificación?

Es usual, a partir de Summers (1978), distinguir dos grandes tipos de razones justificativas: razones formales o autoritativas (que apelan a la autoridad del legislador, del precedente, etc.) y razones sustantivas, que derivan su fuerza de consideraciones de carácter moral, económico, político, etc.; estas últimas pueden ser finalistas (sirven para apoyar una decisión que contribuirá a un fin valioso) o de corrección (derivan su fuerza justificativa de la aplicabilidad de una norma socio–moral válida). Los principios tienen un cierto ingrediente autoritativo pero, en lo esencial, aparecen como razones sustantivas o, empleando una terminología equivalente, dependientes del contenido[21]: 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

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

más justa, más acorde con las razones de corrección y finalistas que serían aplicables a la situación).

El carácter institucional del razonamiento jurídico marca precisamente una diferencia importante con la argumentación moral que parece estar regida esencial o únicamente por razones de tipo sustantivo. Eso permite hablar de una relativa autonomía, pero no de una independencia, del razonamiento jurídico respecto del moral. En realidad, el razonamiento jurídico –y, por supuesto, el de los tribunales constitucionales– está sometido al razonamiento moral, pero eso no quiere decir tampoco que aquel sea exactamente un caso *especial* de éste (no lo es, porque en la argumentación jurídica –al menos en algunas de sus instancias– no rigen todas las normas de la argumentación práctica racional). Más bien habría que decir que toda justificación jurídica presupone, en último término, una justificación moral[22]. Las restricciones institucionales del Derecho son condiciones necesarias (cuando lo son: cuando están justificadas) para que pueda existir una práctica jurídica valiosa. Nino lo expresa así: El razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos fases o en dos niveles. En el primero, de carácter más básico, se deben articular las razones que legitiman la práctica social (el Derecho, para Nino, es una práctica social, una obra colectiva) fundamentada en la Constitución; la legitimación depende de que esa Constitución sea expresión de un consenso democrático que, a su vez, resulte de una deliberación lo más amplia y libre posible, de que la Constitución reconozca suficientemente los derechos fundamentales, y de que no exista alguna alternativa realista a esa Constitución que permita fundar una práctica más legítima. En el segundo nivel, el razonamiento está constreñido por el de primer nivel, pues ahora, para justificar acciones y decisiones (el anterior se refería a instituciones) "quedan excluidas las razones justificativas que son incompatibles con la preservación de la Constitución (...). Un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral, puede ser sin embargo

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

descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución" (Nino 1992, p. 71).

4.3 Resumiendo en cierto modo lo que se acaba de ver en los anteriores apartados, podría decirse lo siguiente. Considerada desde la perspectiva judicial, la argumentación constitucional sería aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución. Como el punto de partida, las premisas, de los argumentos son enunciados de principio, el esquema básico es la ponderación, pero eso no excluye una utilización –limitada– de esquemas de adecuación y, por supuesto, clasificatorios. Una característica fundamental de los principios es que están formulados en forma abierta e imprecisa y, normalmente, hay más de uno, de signo contrapuesto, aplicable a cada situación. Ello significa que su manejo plantea no sólo problemas de interpretación en sentido estricto, sino también de ponderación, de establecer el peso relativo de cada uno de ellos: en relación con los otros, y a la vista de determinada situación. No hay un método que permita determinar, de antemano, el resultado de esta operación, pero sí criterios que sirven como límite y guía de la misma. Aquí podría distinguirse, a su vez, entre los criterios que son característicos de cualquier argumentación práctica de carácter justificativo (universalidad, consistencia, coherencia, adecuación de las consecuencias) y otros vinculados a una determinada concepción de la Constitución, del Derecho del Estado constitucional. La diferencia entre la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y por los tribunales ordinarios no puede ser una diferencia cualitativa, dado que una de las características del constitucionalismo es que la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier argumentación judicial de carácter justificativo se apoya en último término en premisas (normas y valores) constitucionales. Esto puede no resultar manifiesto en los casos fáciles (en los que hay una norma específica, una regla, aplicable sin más al caso), pero simplemente porque, al no ponerse en cuestión la regla, la argumentación no necesita llegar hasta niveles de justificación más profundos. Pero las reglas, como sabemos, tienen su justificación en los principios y el recurso (explícito) a ellos se vuelve necesario cuando aparecen casos difíciles, esto

es, casos en los que no hay una regla aplicable, o hay más de una entre sí contradictorias, o hay una sola pero su contenido prescriptivo va más allá o más acá de su justificación subyacente, esto es, hay un desajuste entre el aspecto directivo y el valorativo. O sea, si se consideran los elementos formales y materiales de la argumentación, no hay –no puede haber– muchas diferencias en cuanto a la manera de justificar las decisiones de los casos difíciles por parte de los tribunales ordinarios o constitucionales. Los elementos distintivos tienen más bien que ver con cuestiones de tipo institucional (que tienen que ser consideradas por una concepción pragmática de la argumentación) como la competencia (los tribunales constitucionales pueden ser los únicos competentes para decidir sobre determinadas cuestiones) y la autoridad (los tribunales constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, constituyen obviamente el punto último de la cadena de autoridades: sus decisiones y las razones que las avalan pueden estar equivocadas –jurídicamente equivocadas– pero tienen fuerza obligatoria; su repercusión, por ello, es, normalmente, superior a la de los otros tribunales.

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

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

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

Como se sabe, este es uno de los problemas centrales del constitucionalismo contemporáneo, que lleva a contraponer la idea de democracia a la de derechos y que ha generado una importante división teórica entre los partidarios de subrayar uno u otro elemento, ambos, naturalmente, presentes en la noción de Estado de Derecho (vid. Salazar 2006). Simplificando mucho las cosas, me parece que se podría decir que los primeros tienden a ser escépticos con respecto al papel que pueda jugar la racionalidad práctica en el manejo argumentativo de los principios; propenden a plantear el problema en términos políticos, esto es, en términos de a quién se le concede la última palabra, quién decide;

y optan por la preeminencia del legislador frente al juez, del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres (que es lo que vendría a significar, en su opinión, el otorgar a los jueces el poder de interpretar los principios constitucionales y declarar la inconstitucionalidad de las leyes). Los segundos, por el contrario, defienden –o tendrían que defender– alguna teoría de la racionalidad práctica; tienden a plantear el problema en términos más bien morales (o, por lo menos, no en términos exclusivamente políticos); y entienden que los derechos son límites a la democracia y que el poder –contramayoritario– del juez se legitima en la medida en que se ejerce para tutelar los derechos.

Pues bien, hay ciertos rasgos de la argumentación constitucional que desarrollan los jueces que se conectan precisamente con lo anterior y que apuntan, en cierto modo, a la misma tensión que se acaba de mencionar. Por un lado, la manera de superar ese deficit 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 regla[23]. 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,

[23] 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.

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"[24]. 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[25]. Lo esencial,

---

[24] Reglas fundamentales:
"1.1. Ningún hablante puede contradecirse
122 Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree
1.3. Todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.
1.3'. Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.
1.4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados".
Reglas de razón:
"2. Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.
2.1. Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso.
2.2 a) Todos pueden problematizar cualquier aserción en el discurso.
b) Todos `pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
2.3. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 2.1. y 2.2. mediante coerción interna o externa al discurso"

[25] I. Ningún participante debe impedir a otro tomar su propia posición, positiva o negativa, con respecto a los puntos o tesis en discusión.
II. Quien sostenga una tesis, está obligado a defenderla y responder de ella cuando su interlocutor s elo demande.
III. La crítica de una tesis debe versar sobre la tesis realmente sostenida por el interlocutor.
IV. Una tesis sólo puede defenderse con argumentos referidos justamente a ella.

en ambos casos, consiste en asumir un tipo de actitud: en erigir una "pretensión de corrección" o respetar las reglas del "juego limpio".

Pues bien, la argumentación de los tribunales no puede obedecer del todo a esas reglas, al menos por un par de razones. La primera es que se trata de una argumentación que no está abierta a todos sino, precisamente, tan sólo a los 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 aproximación[26]. Y la segunda

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

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

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

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

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

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

[26] 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

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

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

los legisladores porque sus argumentaciones se produzcan en el contexto de una negociación en la que se trata de articular intereses y no de erigir una pretensión de corrección, de la misma manera que tampoco lo tendría descalificar el alegato de un abogado aduciendo que es parcial. La forma de medir la "racionalidad" de un tipo de argumentación no puede hacer abstracción de los diversos contextos en los que surge la necesidad de argumentar[27]. 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 ideario político. De aquí derivan importantes consecuencias en cuanto al estilo

[27] 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.

y en cuanto al fondo de la argumentación. Así, puesto que las decisiones de los tribunales constitucionales son "últimas" no sólo en el sentido jurídico de no recurribles, sino también en el de contribuir a estabilizar (a fijar ciertas líneas de consenso en) el debate político y moral (sobre todo, cuando versan sobre cuestiones polémicas como el aborto, la eutanasia, el reconocimiento de nuevos derechos, la organización territorial del Estado, los límites de la acción política, etc), sería inaceptable, por ejemplo, que fundamentasen sus decisiones en términos muy formalistas, o haciendo una amplia utilización de tecnicismos jurídicos o dificultando de cualquier manera (una manera de hacerlo es dar a las sentencias una exagerada extensión) su fácil comprensión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos[28].

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

[28] 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.

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 abierta[29]. Pero en otros, quizás pueda pensarse que el grado de prevalencia de uno u otro modelo está en función de la diversidad de competencias que se confían a los tribunales constitucionales: cuando se trata de tutelar derechos parecería que tendría que prevalecer el primer tipo de consideraciones (si, efectivamente, los derechos son límites al ejercicio de la política), mientras que las cosas no tendrían por qué ser así cuando se ventilan conflictos de competencias o (en los Estados federales o cuasi federales) cuestiones concernientes a la distribución territorial del poder.

Bibliografía

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987.

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

AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra–Temis, Lima–Bogotá, 2004.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp. Frankfurt a.M, 1989.

_____ *El concepto y la validez del Derecho,* Gedisa, Barcelona, 1994.

_____ "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 66, 2002.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Cosntitucionales, Madrid, 1991.

_____ "Juridificar la bioética. Boética, Derecho y razón práctica", en *Claves de Razón Práctica*, nº 61, 1996.

_____ "Argumentación y legislación" en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

_____ *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

_____ y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho* (2ª ed.), Ariel, Barcelona, 2004.

_____ *Ilícitos atípicos* (2ª ed.), Ariel, Barcelona, 2006.

_____ "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006.

BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003.

BOVERO, Michelangelo. *Prefacio* a Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica–UNAM, México, 2006.

CARBONELL, Miguel. "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Carbonell, M., Trotta, Madrid, 2003.

CATTARI, Adelino. *Los usos de la retórica*, Alianza, Madrid, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

_____ *Law´s Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

EZQUIAGA, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.

_____ “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

_____ “¿Peculiaridades de la interpertación constitucional?”, en Eduardo Ferrer (coordinador), *Interpretación constitucional*, E. Porrúa, México, 2005.

_____ *Lezioni di teoria del diritto e dello Statu*, Giappichelli, Torino, 2006.

LOPERA, Gloria. *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, 2006.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (ed. de). *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Paris, 1998.

NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

_____ *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford University Press, 1978.

_____ *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal reasoning*, Oxford University Press, 2005.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989.

PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS–TYTECA, Lucie. *Traité de l' argumentation. La nouvelle rhetorique*, PUF, Paris, 1958.

POZZOLO, Susana. "Un constitucionalismo ambiguo", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, trotta, Madrid, 2003.

PRIETO, Luis. *"Neoconstitucionalismo",* en Miguel Carbonell (coordinador), *Diccionario de Derecho constitucional*, UNAM, México, 2002.

_____ "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid, 2003.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

_____ *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.

_____ *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975.

Summers, Robert S. "Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", *Cornell Law Review*, nº 63, 1978.

SALAZAR, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica–UNAM, México, 2006.

TARELLO, Giovanni. *L´interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992.

TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de L' État*, PUF, Paris, 1984.

VAN EEMEREN, Frnas; GROOTENDORST, Robert. *A systematic Theory of Argumentation. The pragma–dialectical approach*, Cambridge University Press, 2004.

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

Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos

Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos

1. Introducción

En los últimos años, el problema de la interpretación –y, en particular, el de la interpretación constitucional– parece estar en el centro de la teoría jurídica. Las razones son, creo, bastante obvias. Una de ellas es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. La otra razón deriva de la peculiariedad que tienen las constituciones –en relación con los otros materiales jurídicos– en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad –da lugar a mayores disputas– que la de las normas –entendida la expresión en su sentido más amplio– del resto del ordenamiento jurídico.

Estas y otras razones (como, por ejemplo, el que la interpretación auténtica o definitiva de la Constitución esté confiada a órganos que difieren de los órganos jurisdiccionales ordinarios en diversos aspectos como es el de la elección política de sus miembros) plantean dos tipos de problemas que, en términos tradicionales, podrían llamarse el problema de la naturaleza y

el de los límites de la interpretación constitucional. El primero de ellos –del que no me voy a ocupar aquí– es el de si la interpretación constitucional –la que llevan a cabo los tribunales constitucionales– es o no un tipo de interpretación jurídica, qué diferencias presenta en relación con la de los tribunales ordinarios, si el método de la ponderación difiere o no esencialmente del de la subsunción, etc. El problema de los límites, a su vez, puede entenderse referido a los límites externos o a los internos. En el primer caso, la cuestión fundamental a tratar será la de la separación entre jurisdicción y legislación, esto es, la de los límites del activismo judicial, la legitimidad de los tribunales constitucionales, etc. En el segundo, los límites internos, se trata de ver si los tribunales constitucionales –y, en general, cualquier tribunal– pueden cumplir con la función que el propio sistema jurídico parece asignarles: dictar resoluciones correctas para los casos que se les presenten, realizar la justicia a través del Derecho. Manuel Aragón plantea así la cuestión: ''Interpretación 'constitucional' de la ley, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He aquí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, sólo la primera: en lugar de la interpretación 'constitucional' de la ley, la interpretación 'constitucionalmente adecuada' de la Constitución. Y concretando que la resolución 'justa' ha de entenderse como 'justa pero jurídicamente correcta' '' (1986, p. 129).

El problema que me interesa tratar aquí es este último o, si se quiere, un aspecto de este último: la tesis que pretendo sostener es que uno de los límites de la racionalidad jurídica viene dado por la existencia de casos trágicos; o, dicho quizás en forma más exacta, que la racionalidad jurídica no puede (no debe) desconocer la existencia de casos trágicos, debe dejar un lugar para el sentimiento de lo trágico en el Derecho.

2. Casos fáciles y casos difíciles

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como ''teorías estándar'' de la argumen-

tación jurídica y también, más en general, en la teoría del Derecho contemporánea.

Así, por ejemplo, Marmor ha sostenido recientemente que el positivismo jurídico implica o presupone esa distinción, pues de otra manera no podría aceptarse que existe una separación conceptual entre lo que es y lo que debe ser Derecho: ‘‘Esta tesis de la separación –ha escrito este autor en un interesante libro sobre interpretación y teoría jurídica– supone necesariamente la asunción de que los jueces pueden (al menos en algunos casos estándar) identificar el Derecho y aplicarlo sin referencia a consideraciones sobre lo que, en las circunstancias, debe ser el Derecho. En otras palabras, la distinción entre el Derecho como es y como debe ser implica una distinción paralela entre las actividades de aplicar el Derecho y crearlo. Esto sugiere también una particular perspectiva sobre el papel de la interpretación en la aplicación judicial del Derecho. La interpretación se entiende que designa típicamente una actividad (parcialmente) creativa; tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado. Dicho de manera aproximativa, se puede decir que la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a aquello que se interpreta. Tomado conjuntamente con el punto anterior, ello implica que el positivismo jurídico no puede aceptar el punto de vista de que el Derecho es siempre objeto de interpretación. Se da por sentado que, en mayor o menor medida, los jueces participan, a través de su actividad interpretativa, en el proceso de crear Derecho. Antes, sin embargo, tiene que haber un Derecho para interpretar’’ (Marmor 1991, p. 124–5). O sea, casos fáciles son aquéllos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros, una labor interpretativa.

Por lo que se refiere, en particular, a la teoría de la argumentación jurídica, la importancia de la distinción –suele decirse– radica en que la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos fáciles (y supuesto que el

juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos), la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión –en esto conviene insistir– no es una decisión (por ejemplo, ‘‘condeno a X a la pena P’’), sino una norma (‘‘debo condenar a X a la pena P’’)[1] . Por el contrario, en los casos difíciles –cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas– la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica –la lógica en sentido estricto o lógica deductiva– debe añadirse los de la llamada ‘‘razón práctica’’ que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.

Ahora bien, lo anterior no implica que la distinción entre casos fáciles y difíciles sea, sin más, aceptable. De hecho, ha sido, y es, discutida, desde diversos puntos de vista.

Para empezar, cabe dudar de que la misma tenga un carácter razonablemente claro, dada la ambigüedad con que habitualmente se usan esas expresiones y la diversidad de problemas a los que se alude. Así, Pablo Navarro ha señalado, por un lado, los múltiples significados con que se usa la expresión “caso difícil”. “Por ejemplo –escribe– un caso C es considerado difícil si:

a) No hay una respuesta correcta a C.
b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
c) El Derecho es incompleto o inconsistente.
d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.

[1] Sigo básicamente el planteamiento de MacCormick (1978). Esta última distinción se encuentra también en Marmor cuando señala que la aplicación no es cuestión de lógica (1994, p. 128).

e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.

f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.

g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.

h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales (Navarro 1993, pp. 252–3).

Por otro lado, Navarro advierte también sobre la necesidad de distinguir entre problemas conceptuales (qué es un caso fácil o difícil), fácticos (qué hacen los jueces, los abogados, etc. ante un caso fácil o difícil) o normativos (qué se debe hacer en un caso fácil o difícil).

No parece, sin embargo, muy claro que se le pueda dar la razón en cuanto a la exigencia de esta triple distinción, ya que el aspecto de comportamiento y el justificativo parecen formar parte de las propiedades definitorias de caso fácil o difícil (como él mismo sugiere, cuando indica que aunque la caracterización de caso difícil no es unívoca, ‘‘es obvio que pueden establecerse algunas relaciones entre los distintos enfoques’’ (p. 253). Esto, por cierto, no implica ningún error de tipo conceptual o cosa por el estilo. Así, cabe perfectamente aceptar como caracterización –o, al menos, como punto de partida para la caracterización– de caso difícil aquellos que cumplen los requisitos indicados anteriormente bajo las letras d) a h): las notas b) y c) quedan excluídas porque lo que recogen son tipos o causas de los casos difíciles; y la nota a), porque no todos los autores que utilizan la distinción aceptan lo ahí contenido, es decir, ésta sería, por así decirlo, una nota polémica.

Las dificultades, sin embargo, no se acaban aquí. Como es bien sabido, la tesis de Dworkin con respecto a los casos difíciles es que, en relación con ellos como en relación con los casos fáciles, el juez no goza de discrecionalidad, pues también aquí existe una única respuesta correcta; o, dicho en los términos más cautelosos con los que a veces se expresa: ‘‘las ocasiones en las que una cuestión jurídica no tiene

respuesta correcta en nuestro sistema jurídico (y, cabe generalizar, en los Derechos de los Estados democráticos) pueden ser mucho más raras de lo que generalmente se supone'' (Dworkin 1986[a], p. 119). Por eso, frente a la crítica de que su concepción del Derecho como integridad sólo valdría para los casos difíciles, Dworkin no tiene inconveniente en replicar que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles ''no es tan clara ni tan importante'' como esa crítica supone y que ''los casos fáciles son, para el Derecho como integridad (o sea, para su concepción del Derecho) sólo casos especiales de casos difíciles'' (Dworkin 1986b, p. 266). Lo que Dworkin llama ''el problema del caso fácil'' consistiría en lo siguiente: ''puede ser difícil saber si el caso actual es un caso fácil o difícil, y Hércules no puede decidirlo al utilizar su técnica para casos difíciles sin dar por sentado lo que queda por probar'' (Dworkin 1986b, p. 354). Pero esto le parece a Dworkin justamente un pseudoproblema: ''Hércules no necesita un método para casos difíciles y otro para los fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. Pensamos que la pregunta sobre si alguien puede conducir más rápido de lo que estipula el límite de velocidad es una pregunta fácil porque suponemos de inmediato que ninguna descripción del registro legal que negara dicho paradigma sería competente. Pero una persona cuyas convicciones sobre justicia y equidad fueran muy diferentes de las nuestras no hallaría tan fácil esa pregunta; aun si terminara aceptando nuestra respuesta, insistiría en que nos equivocamos al estar tan confiados. Esto explica por qué las preguntas consideradas fáciles durante un periodo se tornan difíciles antes de volver a ser otra vez fáciles, pero con respuestas opuestas'' (Dworkin 1986b, p. 354).

La relativización de Dworkin en cuanto a la distinción caso fácil/caso difícil es de signo bastante diferente a la que sostienen los (o algunos de los) integrantes del movimiento Critical Legal Studies (*cfr.*, por ejemplo, Kennedy 1986). Cabría decir, incluso, que son de signo diametralmente opuesto: mientras que para Dworkin, en cierto modo –y a pesar de su

frase antes transcrita, todos los casos son, en última instancia, fáciles, puesto que poseen una sola respuesta correcta[2], para los CLS no cabría hablar prácticamente nunca de caso fácil, esto es de caso con una única respuesta correcta. No es por ello de extrañar el alejamiento explícito de Dworkin con respecto a esa concepción (aunque no deja de reconocer que sus pretensiones escépticas de tipo general, entendidas en cuanto escepticismo interno[3], son importantes) y que, entre otros motivos, descansa en el reproche que les dirige por haber pasado por alto la distinción entre competencia y contradicción entre principios, esto es, por interpretar como contradicción lo que no pasa de ser competencia entre principios de manera que, por esa vía, todos los casos resultan ser –o, mejor, parecen ser– difíciles[4].

Frente al escepticismo ''radical'' de los CLS, el punto de vista de un autor como Posner representaría un escepticismo que él mismo califica de ''modernado'' y ''epistemológico''. Posner no niega que existan casos fáciles y casos difíciles, pero pone en duda que muchos de estos últimos puedan ser resueltos en forma metódica. ''Muchas –aunque ciertamente no la mayoría y quizás sólo una pequeña fracción– de las cuestiones jurídicas en nuestro sistema, y sospecho que también en muchos otros, no

---

2 Así lo afirma Barak (1987, p. 28), quien considera que en los casos difíciles existen varias respuestas correctas (lawful) y de ahí que el juez tenga (limitadamente) que ejercer su discreción.

3 Dworkin distingue entre el escepticismo externo y el interno. Según el primero, los valores morales no formarían parte de la ''fábrica'' del universo: cuando uno dice que la esclavitud es injusta, no estaría afirmando algo sobre la realidad, sino proyectando sus opiniones sobre el mundo. Por el contrario, el escepticismo interno –el escepticismo relevante para Dworkin– lo que sostiene es que no puede decirse que una opinión moral sea superior a otra (''la esclavitud es justa'' no goza de mejores argumentos en su favor, en la discusión moral, que ''la esclavitud es justa'') (Dworkin 1986b, pp. 76–86 y 266–267; *cfr.* también Moreso 1996, cap V).

4 Dworkin ilustra esa crítica con un ejemplo a propósito de los principios que entran en juego en los supuestos de compensación por accidente en el Derecho norteamericano (1986b, pp. 274–5 y 441 y ss.).

son simplemente difíciles, sino imposibles de ser contestadas mediante los métodos del razonamiento jurídico. Como resultado, las respuestas –la enmienda catorce garantiza ciertos derechos a los padres de hijos ilegítimos, el derecho a la intimidad sexual no incluye la sodomía, el dueño de un hotel tiene un deber de cuidado en relación con personas que han sufrido un daño por causa de un huésped borracho, las leyes contra la venta de niños hacen que no sean exigibles los contratos de maternidad surrogada, y así hasta el infinito– dependen de juicios de policy, de preferencias políticas y valores éticos de los jueces o (lo que claramente no es distinto) de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces, antes que del razonamiento jurídico considerado como algo diferente de la policy, o la política, o los valores, o la opinión pública. Algunas veces estas fuentes de creencias permitirán a un juez llegar a un resultado que se pueda demostrar correcto, pero frecuentemente no; y cuando no, la decisión del juez será indeterminada, en el sentido de que una decisión de otro tipo sería considerada con la misma probabilidad correcta por un observador informado e imparcial'' (1988, p. 316). De todas formas –por eso su ''moderación''–, Posner considera que aunque los procedimientos o métodos del razonamiento jurídico no sean suficientes para establecer la corrección de las decisiones, la justificación de las decisiones judiciales en esos casos no tiene por qué consistir en una sarta de mentiras destinadas a ocultar los verdaderos –e inconfesables– motivos de la decisión: ''El hecho de que no pueda mostrarse que una posición es correcta no significa que sea el producto de la pasión o de la vileza. La posición puede reflejar una visión social que puede ser articulada y defendida aun cuando no pueda probarse que es correctaofalsa.Pocas proposiciones éticas –casi ninguna de las qu ela gente está interesada en debatir– puede probarse que sea correcta o equivocada (right or wrong) y sin embargo el discurso ético no es infructuoso; y en los casos indeterminados, el discurso jurídico es una forma de discurso ético o político'' (*Ibid*, p. 362).

En fin, cabe pensar también que la distinción entre casos fáciles y difíciles (y, aproximadamente, en los términos antes señalados) es,

en lo fundamental, aceptable –incluso necesaria– pero necesita ser ‘‘enriquecida’’, en el sentido de que se deberían trazar nuevas categorías situadas ‘‘entre’’ los casos fáciles y los difíciles, y también, ‘‘más allá’’ de unos y otros.

Entre los casos fáciles y los difíciles se situarían, por ejemplo, los que Barak ha llamado casos ‘‘intermedios’’ y que integran una buena porción de los que llegan a los tribunales superiores y constitucionales. ‘‘Los casos intermedios se caracterizan por el hecho de que, en el análisis final, el juez no tiene discreción para decidir. Desde esta perspectiva, son casos fáciles: Lo que los sitúa aparte de los casos fáciles es sólo que en los casos intermedios ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su posición. Se necesita un acto consciente de interpretación antes de que el juez pueda concluir que el problema (argument) es realmente infundado y que sólo hay una solución jurídica. Cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de que hemos hablado llegará a esta conclusión –de que sólo hay una solución jurídica–, de manera que si el juez fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error (...) En todos estos (...), después de un balance y sopesamiento consciente –que a veces requiere un esfuerzo coordinado y serio– y en el marco de las reglas aceptadas, todo jurista versado llegará a la conclusión de que sólo existe una posibilidad y de que no hay discreción judicial’’ (Barak 1987, pp. 39–40).

Y más allá de los casos fáciles y de los difíciles están los que cabe llamar casos trágicos: aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantan a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema. Pero antes de llegar ahí, antes de enfrentarnos con la cuestión de cómo actuar frente a una situación trágica, conviene aclarar dos cuestiones previas: qué cabe entender específicamente por caso trágico y si realmente existen casos trágicos en el Derecho.

3. Los casos trágicos

3.1 Casos difíciles y casos trágicos

La discusión en torno a los casos difíciles en la teoría del Derecho contemporáneo –sin duda por influencia de la obra de Dworkin– ha girado en torno a cuestiones como la de si para todos los casos jurídicos (incluidos, pues, los difíciles) existe una única respuesta correcta, si el juez dispone o no de discrecionalidad, aunque sea limitada, en los casos difíciles, en qué consiste, cómo se ejerce o fundamenta la discrecionalidad judicial, etc. Ello, sin embargo, supone dar por sentado que para todo caso jurídico existe al menos una respuesta correcta; o, si se quiere decirlo de otra manera, el presupuesto último del que parte el paradigma dominante de teoría del Derecho (que incluye tanto a Dworkin como a lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica –autores como MacCormick, Alexy, Aarnio o Peczenik– y, por supuesto, la metodología jurídica de corte más tradicional) es el de que en el Estado de Derecho contemporáneo ‘‘siempre es posible ‘hacer justicia por medio del Derecho’’’ (Atienza 1991, p. 251).

Ahora bien, una valoración tan positiva de nuestros Derechos va ligada –como no podía ser menos– a una ideología de signo inequívocamente conservador y a la que no veo ninguna razón para adherirse. Sigo por ello considerando acertada una de las conclusiones a que llegaba en un libro de hace algunos años dedicado a exponer –y criticar– las teorías dominantes de la argumentación jurídica. ‘‘En mi opinión –afirmaba– la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción –una ideología política y moral– más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, incluso desde la posición de juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta –política y moralmente correcta– del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista –el juez– tenga que resolver una cuestión y argumentar en favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena

conciencia de que ésa no es la solución a que lleva el Derecho positivo. El Derecho de los Estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes). La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del Derecho que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión puede implicar en ocasiones un elemento trágico'' (Atienza 1991, p. 251–2)[5].

Lo que en ese y en un trabajo anterior (1989) entendía por ''caso trágico'' eran aquellos supuestos en relación con los cuales ''no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral'' (Atienza 1991, p. 252); o, dicho de otra manera, los casos en relación con los cuales ''no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo'' (Atienza 1989, p. 101). Distinto, y por encima, del equilibrio mínimo estaría el equilibrio óptimo que lo alcanzaría ''la decisión (o las decisiones) que satisfacieran no sólo las exigencias esenciales, sino también otras exigencias no esenciales, de acuerdo con el distinto peso atribuido a cada una y con los criterios o reglas de decisión que se utilicen (una de esas reglas podría ser, por ejemplo, la que prescribe no sacrificar nunca una exigencia que tenga un mayor peso en aras de otras de menor peso, aunque la suma de estas últimas arrojaran un peso superior a la primera'' (*Ibid*, p. 100). A partir de aquí, la diferencia que cabría establecer entre quienes, como Dworkin, entienden que siempre –o casi siempre– puede encontrarse una respuesta correcta y quienes –como hemos visto– niegan esa pretensión afectaría al logro del equilibrio óptimo, pero no

[5] La idea de que nuestros Derechos democráticos no constituyen el mejor de los mundos jurídicos posibles la tomaba de un trabajo de Tugendhat (1980). Esta misma idea es la que parece contenerse (Bayón 1985) en la síntesis entre Dworkin y Ely efectuada por Barber (On What the Constitution Means, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1984), para dar cuenta de la noción de supremacía constitucional.

del mínimo; es decir, lo que se discute es si cabe siempre decir que una respuesta es mejor que otra, pero no si hay alguna buena respuesta: unos y otros estarían de acuerdo en que un caso es difícil ''cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una decisión'' (*Ibid,* p. 99).

Todo ello, por cierto, presupone que en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores (entendiendo por valores la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción) que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo. Esto es sin duda cierto, pero no debe llevar a pensar que en los casos fáciles (y quizás en algunos de los que llamábamos intermedios) no habría, por así decirlo, más que una operación de subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de la regla, o del conjunto de reglas, aplicable; y como las reglas tal y como he sostenido en varios trabajos escritos conjuntamente con Juan Ruiz Manero– suponen razones para la acción perentorias o excluyentes, de ahí se seguiría que, en los casos fáciles, no cabría hablar de deliberación por parte, por ejemplo, del juez que tuviera que resolverlo, sino simplemente de obediencia a las reglas. Esto, sin embargo, no es exactamente así, pues ''un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate''; esto es, la obediencia a las reglas, a las razones perentorias, que se da en los casos fáciles ''exige la previa deliberación (del juez) y sólo tiene lugar en el territorio acotado por ésta'' (Atienza y Ruiz Manero 1996, pp. 22 y 23). En definitiva, para los órganos judiciales, el Derecho constituye, en nuestra opinión –y bien se trate de casos fáciles o difíciles– ''un sistema excluyente (en cuanto que el órgano jurisdiccional sólo puede atender a razones contenidas explícita o implícitamente en el propio Derecho) en un doble nivel y en un doble sentido. En un primer

sentido –y en un primer nivel– por cuanto que impone a tales órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan. En un segundo sentido –y en un segundo nivel– por cuanto que tal balance de razones remite, no en todos los casos, pero si en la mayoría, a adoptar como base de la resolución una regla jurídica, esto es, una razón perentoria. Cabría así dividir los casos en dos grupos: aquéllos cuya resolución se fundamenta en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional, y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una razón perentoria''[6] (*Ibid*, pp. 23–24).

Esta forma de ver las cosas, por cierto, deja por así decirlo indecidida la cuestión de si existen o no casos trágicos en nuestros Derechos, esto es, un tipo de caso difícil en el que el ''balance de razones'' no permite llegar a una solución satisfactoria, a una solución –como antes decía– que no suponga el sacrificio de algún valor –o exigencia valorativa– considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (*cfr.* Atienza y Ruiz Manero 1996, p. 141).

3.2 Juristas y filósofos ante los casos trágicos

Ahora bien, como antes señalaba, la exclusión de estos casos trágicos es un presupuesto común a casi toda la teoría del Derecho contemporánea. Y ni siquiera cabe afirmar en rigor que sostengan la existencia de casos trágicos autores que, como Calabresi y Bobbit, han estudiado y efectuado

[6] Esta postura, como se ve, es semejante a la, antes indicada, de Dworkin: la distinción entre casos fáciles y difíciles queda también aquí notablemente relativizada; las fronteras entre ambos tipos de casos son fluidas, pues siempre cabe que surjan circunstancias que hagan que el ''sistema de los principios'' impida que un determinado tipo de caso –hasta entonces fácil– pueda seguir siendo considerado como subsumible bajo una determinada regla o conjunto de reglas.

aportaciones notables en el campo de las llamadas ‘‘elecciones trágicas’’, esto es, las decisiones relativas a la producción y reparto de bienes que implican un gran sufrimiento o incluso la muerte, como ocurre en relación con el trasplante de órganos vitales, el control de la natalidad o el servicio militar en tiempo de guerra. El conflicto surge aquí, por un lado, entre ‘‘valores con los que la sociedad determina los beneficiarios de la distribución y (con la naturaleza) los perímetros de la escasez y, por otro lado, los valores morales humanistas que valoran la vida y el bienestar’’ (Calabresi y Bobbit 1978, p. 18). El actuar en el contexto de bienes necesariamente escasos hace que entren en conflicto ‘‘los valores últimos, los valores con los que una sociedad se define a sí misma. Preguntamos ‘¿Qué curso de acción no produce males?’ (como Esquilo hace decir a Agamenón), pero sabemos que ninguna verdadera respuesta nos confortará. Como un crítico (R. B. Sewall) ha establecido, ‘En la base de la forma trágica está el reconocimiento de la inevitabilidad de paradojas, de tensiones y ambigüedades no resueltas, de los opuestos en equilibrio precario. Como el arco, la tragedia nunca se destensa’ ’’ (*Ibid*, pp. 18–19). Calabresi y Bobbit parten de cuatro posibles aproximaciones mecanismos para la toma de decisiones en esos contextos: el mercado, la política, el azar y la tradición. Todos ellos presentan inconvenientes que los vuelven inservibles, pero los dos primeros pueden ser modificados (con respecto a sus formas puras), para tratar así de salvar, al menos, alguno de esos inconvenientes. En relación con los mecanismos de tipo político, una de esas modificaciones consiste en recurrir a una instancia a quien no cabe exigir responsabilidad por sus actuaciones, como mecanismo de descentralización de las decisiones políticas, y cuyo prototipo sería, en uno de sus aspectos, el jurado. Frente a los problemas que plantan tales instituciones, los autores sugieren la posibilidad de recurrir al modelo del tribunal (frente al del jurado), pero rechazan tal posibilidad en los siguientes términos: ‘‘En esta discusión sobre las instancias sin responsabilidad adaptadas a las circunstancias, hemos tenido varias ocasiones para sugerir la relevancia de las críticas dirigidas a las dificultades asociadas con la toma de decisiones judiciales. ¿Es entonces el modelo para las instancias sin responsabilidad adaptadas y descentralizadas un tribunal

modificado más bien que un jurado modificado? No lo creemos. Mientras que decisiones importantes han sido dejadas en nuestra sociedad a los tribunales, estas decisiones son muy distintas de aquellas a las que nos enfrentamos en las situaciones trágicas. La deseabilidad de las decisiones caso a caso, de las decisiones intersticiales, de la actualización de reglas desfasadas, del moverse en áreas de falta de legislación, de (lucha de) intereses o de estancamiento político; estos y los muchos otros campos de creación judicial de Derecho, requieren, en último término, enunciados claros, lógicos y generalizables de por qué se ha llegado a una decisión. Las razones para utilizar instancias sin responsabilidad adaptadas para efectuar elecciones trágicas pueden reconducirse por el contrario al deseo de hacer que las razones para la decisión sean menos directas y quizás incluso menos obvias, mientras que al mismo tiempo se trata de asegurar que las decisiones estén basadas en valores sociales ampliamente compartidos. Es, en efecto, más bien difícil concebir que un órgano constituido como un tribunal pudiera considerarse apropiado para decidir sobre una elección trágica del tipo de asignar un órgano artificial o el derecho a tener niños, a no ser que –y por hipótesis ésto lo hemos excluido en esta parte del libro– los estándares iniciales para la elección estuvieran responsablemente establecidos por la legislatura'' (*Ibid*, pp. 71–72). Es decir, las decisiones trágicas en las que los autores piensan no son los casos trágicos que a nosotros nos interesan; no son los casos trágicos que llegan a los jueces, aunque sí cabría hablar en algún sentido de casos jurídicos, sobre todo cuando quienes toman esas decisiones son órganos de la administración; los jueces podrían tener que revisar alguna de esas decisiones trágicas, pero las suyas no serían ya decisiones trágicas (ellos habrían traducido lo trágico a otros términos).

En contraste con esta actitud que quizás pudiera considerarse ''natural'' de los juristas a rehuir los casos trágicos, los filósofos –o algunos filósofos– parecen estar bastante más dispuestos a reconocer la existencia de casos (judiciales) trágicos. O, al menos, esta es la actitud que puede encontrarse en dos obras recientes de Javier Muguerza y de Paul Ricoeur. A los dos, y seguramente por razones no muy distintas, la perspectiva de que existan

casos jurídicos trágicos en el sentido que los venimos definiendo les produce más alivio que inquietud.

En el caso de Muguerza, cabría decir que el sentido de la tragedia es necesario para preservar la tensión entre el Derecho y la justicia (Muguerza 1994, p. 552); la sensibilidad para lo trágico mostraría cuando menos que el juez tiene ‘‘problemas de conciencia’’ (Ibid, p. 553), esto es, que tiene la voluntad de moralidad, de prestar oídos a la conciencia: ‘‘Desde luego –precisa Muguerza– la buena voluntad no basta por sí sola para garantizarnos el acierto moral, que depende también de nuestros actos y de sus consecuencias y no tan sólo de nuestras intenciones, pero sin ella ni tan siquiera existiría esa perpetua fuente de desasosiego que es la voz de la conciencia, de la que, sin embargo, no podemos prescindir más que al precio de volvernos inhumanos’’ (Ibid, p. 559).

Por lo que se refiere a Ricoeur, los casos trágicos suponen ‘‘una llamada a un sentido difícilmente formalizable de equidad o, podría decirse, a un sentido de justeza (justesse) más que de justicia (justice)’’ (Ricoeur 1995, p. 183). Lo trágico de la acción –que resulta desconocido para una concepción puramente formal de la obligación moral– aparece cuando el conflicto no surge únicamente entre las normas, sino entre, por un lado, el respeto debido a la norma universal y, por otro, el respeto debido a la persona singular: ‘‘Lo trágico de la acción aparece desde luego, desde el momento en que la norma es reconocida como parte en el debate, en el conflicto que opone la norma a la solicitud de hacerse cargo de la miseria humana. La prudencia (sagesse) de juicio consiste en elaborar compromisos frágiles en los que se trata menos de optar entre el bien y el mal, entre el blanco y el negro, que entre el gris y el gris o, caso altamente trágico, entre lo malo y lo peor’’ (*Ibid*, p. 220).

3.3 Tipos de casos trágicos ¿existen en el Derecho casos trágicos?

Anteriormente he definido de forma un tanto ambigua lo que debe entenderse por caso trágico, al considerar que el elemento de tragedia se da en la medida en que no puede alcanzarse una solución que no vulnere

un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. Pero esto significa que cabe hablar de dos tipos de casos trágicos o, dicho de otra manera, el juez puede vivir como trágica:

a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral;
b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta.

En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento jurídico. Pero —y dado que las razones morales son las razones últimas en el razonamiento práctico de cualquier sujeto– el juez se encuentra en ambos supuestos en una situación en que le es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico. Por supuesto, en las dos situaciones, el juez podría dimitir como tal juez y quizás fuera esa una decisión que eliminara la tragedia, que tranquilizara su conciencia en cuanto ciudadano; pero esa no sería una decisión que resolviera el caso que a él se le presenta en cuanto juez.

La posibilidad de que se planteen situaciones del primer tipo no ofrece, me parece a mí, demasiadas dudas. Lo que muchos parecen negarse a aceptar es que ese tipo de situaciones surjan no sólo en sistemas dictatoriales (globalmente ilegítimos), sino también en sistemas jurídicos democráticos. Las normas emanadas democráticamente –según esa opinión– serían, por definición (es decir, por definición de justicia: justo es lo aprobado por la mayoría) justas, morales: el juez no puede, pues, contraponer sus opiniones (subjetivas) de lo que es moral a la opinión (objetiva) de la mayoría; no puede –o, mejor, no debe– tener problemas de conciencia: es posible que él viva –subjetivamente– una situación de tragedia moral, pero, desde el punto de vista objetivo, no existe aquí ningún elemento trágico.

En mi opinión, el caso de los insumisos en España planteaba –plantea– precisamente una situación de este tipo, aunque muchos juristas se

nieguen a verlo así. En otro lugar (Atienza 1993) he tenido ocasión de discutir con cierta extensión este problema y no voy a volver ahora sobre ello. Tan sólo diré –por lo demás, una pura obviedad– que si se piensa que es injusto establecer una pena de cárcel, o de inhabilitación, para esas conductas, entonces no veo cómo evitar reconocer que el juez que se enfrenta con ese problema está situado, en realidad, ante un caso trágico: o hace justicia o aplica la ley [7].

Pero lo que aquí me interesa discutir es la posibilidad de que existan situaciones trágicas del otro tipo, esto es, situaciones que surgen no por algún déficit moral de nuestros sistemas jurídicos (y que, por tanto, podrían evitarse modificando el sistema jurídico –lo que, al fin y al cabo, hace que la situación no sea tan trágica, por evitable), sino a pesar de que el sistema jurídico en cuestión recoge los principios morales que debe recoger. Cabría decir incluso que los casos trágicos aparecen aquí, paradójicamente, como consecuencia de la ‘‘moralización’’ de los sistemas jurídicos; la contradicción sería ahora interna –se plantea entre principios jurídicos, de contenido moral, pertenecientes al sistema– e inevitable, dadas las presentes características de nuestro mundo (no sólo de nuestro mundo jurídico, sino del mundo social en general).

Hay un excelente artículo de Liborio Hierro que, en mi opinión, muestra muy bien por qué en el Derecho, en nuestros Derechos, existen necesariamente este tipo de casos trágicos, aunque el autor, de alguna forma, parece detenerse ante (o procura evitar llegar a) la conclusión a la que su argumentación fatalmente le conduce. El artículo de Hierro lleva como elocuente título el de ‘‘Las huellas de la desigualdad en la Constitución’’ y, en su mayor parte, está dedicado a explicar por qué ni nuestra Constitución ni ninguna otra puede satisfacer (vale decir, no puede satisfacer plenamente) nuestro ideal de igualdad, entendido como ‘‘la igualdad entre

[7] Otra cosa, naturalmente, es que el juez –por razones ‘‘pragmáticas– tienda a convertir esa situación en una de conflicto ‘‘interno’’ (en un caso difícil o un caso trágico del otro tipo) entre principios o valores pertenecientes –todos ellos– al ordenamiento.

todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida'', lo que ''probablemente'' –añade– incluya ''unas condiciones mínimas y relativamente equiparables de alimento, sanidad, vivienda, educación y ciertos derechos de seguridad y –¡por supuesto!– de libertad negativa y positiva'' (Hierro 1995, p. 137).

En su argumentación, Hierro muestra acertadamente cómo nuestra Constitución satisface el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica ''para todos los seres humanos'', porque la libertad y la seguridad son –a diferencia de la igualdad– ''cualidades o propiedades que se pueden adscribir o reconocer normativamente'' (*Ibid.*, p. 138). Ninguna constitución puede, sin embargo, satisfacer el derecho a la igualdad tal y como antes se ha entendido, debido a la existencia de dos limitaciones: una de carácter interno y otra de carácter externo. La interna –a la que luego me referiré con algún detalle– se conecta con la necesaria distinción que cualquier sistema jurídico tiene que establecer entre los nacionales (sus nacionales) y los extranjeros. La limitación externa se refiere a que el ámbito en el que funciona la igualdad real –la igualdad en cuanto a la satisfacción de las necesidades básicas– es el del Estado lo que, para Hierro, tiene ''tres graves consecuencias'':

''a) una consecuencia que podemos llamar ''ideológica'' o incluso ''epistémica'': el sistema de ''estados'' cierra a nivel de estado–nación el ámbito de definición de los iguales, esto es de los seres humanos candidatos a la igualdad en x (x es lo que cada cual haya metido en el saco).

b) una consecuencia que podemos llamar ''ética'': el sistema de ''estados'' cierra a ese mismo nivel el ámbito de exigibilidad de nuestros deberes éticos y de su institucionalización ético–política (es decir, de nuestras ofertas de sacrificio y de nuestras demandas de moralidad institucional).

c) una consecuencia que podemos llamar ‘‘jurídica’’: el sistema de ‘‘estados’’ delimita jurídicamente el ámbito del ‘‘Estado social’’, y separa radicalmente lo justo como jurídicamente exigible (la justicia nacional que se realiza mediante los deberes positivos generales) de lo moralmente deseable pero jurídicamente no exigible (la ‘‘justicia’’ internacional, que queda abandonada al ámbito de la beneficencia, la solidaridad espontánea y voluntaria o, simplemente, de los buenos sentimientos’’ (*Ibid*, p. 147).

La segunda de las consecuencias, por cierto, me parece discutible (quizás pudiera decirse: vale en relación con cierta moral social, pero no respecto a una moral crítica o esclarecida: no veo cómo el universalismo ético puede hacerse compatible con la idea de que la exigibilidad de nuestros deberes éticos pueda estar limitada por los Estados), pero no es cosa de discutirlo aquí, porque esta limitación externa plantea problemas (el de la existencia o no de deberes positivos generales) que, al menos por el momento, no parecen dar lugar a casos jurídicos que hayan de ser resueltos por los jueces; su discusión nos alejaría, pues, del tipo de caso trágico que aquí nos interesa[8].

[8] Hierro no parece muy dispuesto a aceptar que estas limitaciones dan lugar a casos (morales) trágicos –esto es, me parece, lo que se esconde detrás del llamado ‘‘dilema de Fishkin’’–, pero no llega a desarrollar un argumento completo al respecto. ‘‘Creo que la posición de James S. Fishkin –que también participó en el debate citado (se refiere al debate sobre los deberes positivos generales publicado en el nº 3 de Doxa con contribuciones de Ernesto Garzón Valdés, Francisco Laporta y Juan Carlos Bayón)– parte lúcidamente de constatar estas limitaciones: ‘‘cuando la teoría liberal de la justicia estaba herméticamente aislada de las relaciones internacionales y limitaba su aplicación a los miembros de un Estado–nación determinado, los conflictos que hoy estoy subrayando se encontraban oscurecidos... el rebasar las fronteras nacionales no para de proporcionarnos casos en los que el SIC (‘‘consecuencialismo sistemático imparcial’’ que, para Fishkin, es el paradigma de la filosofía política liberal) no puede aplicarse sistemáticamente; puede aplicarse sólo asistemática o ‘‘intuicionistamente’’. Nos sitúa ante la necesidad de contrapesar consideraciones moralmente inconmesurables. El resultado es una especie

Volvamos, pues, al límite interno. La existencia, por un lado, de un artículo como el 14 de nuestra Constitución (el equivalente se encuentra, como es bien sabido, prácticamente en todas las Constituciones democráticas) que extiende el alcance de la igualdad ante la ley a los españoles y, por otro lado, del principio de la dignidad humana (como principio o valor constitucional de carácter fundamental) nos sitúa ''aparentemente'' –escribe Hierro– ante una aporía: ''o bien el derecho a la igualdad ante la ley no es inherente a la dignidad humana (como se infiere, en principio, de la doctrina del Tribunal Constitucional) y entonces no se comprende su relevancia constitucional como derecho fundamental de los ciudadanos, o bien el derecho a la igualdad ante la ley es inherente a la dignidad humana y entonces resulta palmariamente conculcado por nuestra Constitución (y todas las similares, que son la mayoría de las constituciones democráticas) respecto a los extranjeros'' (*Ibid*, p. 140). Hierro señala –y así es– que ésta última es la tesis por mí sostenida (Atienza 1993), pero encuentra en ella un doble fallo. ''en primer lugar –escribe–, prescinde de que la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria, para un ordenamiento jurídico no universal. Puesto que la nacionalidad no es una condición natural (como el sexo o el color de la piel) ni voluntariamente ejercida (como la opinión o la religión) sino un status normativamente atribuido, un ordenamiento tiene que discriminar necesariamente (al menos en la titularidad del status y en algún –al menos en uno– elemento que lo diferencie)

de no–teoría''. ''El punto de partida de Fishkin –continúa Hierro– es impresionantemente lúcido; describe la situación dominante de nuestra filosofía política. Su conclusión –la idea de que nos encontramos ante un auténtico dilema– es más discutible. La aportación central de Garzón Valdés en aquel debate consistía precisamente en superar el dilema, como Singer, Beitz y otros lo han propuesto. En todo caso, no parece demostrado que las variantes aparentemente inconmensurables de problemas como el del hambre en el mundo o la superpoblación sean, por ello, teóricamente inconmesurables y nos aboquen al cinismo ético o, como Fishkin propone rechazando el cinismo, a convivir inexorablemente con una ética asistemática'' (Hierro 1995, 147).

a los nacionales de los extranjeros pues lo contrario es simplemente reconocer que todos son nacionales (no que los extranjeros son iguales en derechos que los nacionales) (...) En segundo lugar, creo que es errónea la aplicación del argumento de Nino (se refiere a entender el principio de la dignidad humana en el sentido de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control: *cfr.* Nino 1989): el extranjero no es discriminado, en principio, por una condición o circunstancia que nada tenga que ver con su ''acción voluntaria'' ya que –salvo los apátridas (que carecen de nacionalidad), los nacidos en el territorio a quienes se niegue la nacionalidad y los castigados penalmente con la pérdida de nacionalidad– el extranjero es, en términos generales, aquel no–nacional que se sitúa (voluntariamente) bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento (sea por razón de entrada en el territorio, sea por razón de establecimiento de relaciones personales –obligaciones, contratos– o patrimoniales –propiedades– situadas bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento)'' (Hierro 1995, pp. 141–2).

Ahora bien, empezando por esta última crítica, no me parece que Hierro lleve aquí la razón. Es cierto que, por ejemplo, el norteafricano que cruza el Estrecho de Gibraltar en una patera lo hace voluntariamente, esto es, no en forma coaccionada, pero cuando las autoridades le expulsan del territorio español le están tratando en esa forma (esto es, están haciendo con él algo que él no desea que se haga) por razón de circunstancias (no haber nacido en España o no ser hijo de españoles, etc., lo que determina su nacional) que escapan de su control. Me parece que si no consideráramos que eso va en contra del principio de dignidad humana, interpretado a la manera de Nino (y, por cierto, el propio Nino opinaba también así, como tuve ocasión de comentar con él), el principio en cuestión resultaría prácticamente vacío, pues no habría ninguna circunstancia que no dependiera mínimamente de nuestra voluntad: nuestra raza, sexo, religión, etc., tiene ''algo que ver'' con nuestras acciones voluntarias, pues si no fuera por nuestra voluntad de seguir viviendo, careceríamos en absoluto de esas propiedades.

Y, por lo que se refiere a la primera de las críticas, estoy, desde luego, de acuerdo con Hierro en que la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria dada la existencia de ordenamiento jurídicos nacionales[9].

Lo que pasa es que no creo que eso vaya en contra de mi tesis: lo que, por el contrario, muestra es que un ordenamiento jurídico que, por un lado, reconozca el principio de la dignidad humana y, por otro lado, establezca –al menos en cierta medida– como criterio de reparto de los bienes básicos la condición de ser nacional o extranjero[10], lleva fatalmente, a quien tenga que aplicar sus normas, a encontrarse frente a casos trágicos: no se puede

---

9 Hierro me critica por haber utilizado como ''ilustrativo argumento de autoridad en favor de su tesis, una referencia a la postura de Kelsen que, desde 1929, sostuvo que la distinción entre nacional y extranjero no era necesaria para el concepto de estado, lo que le llevó a 'elogiar la primera Constitución soviética por cuanto equiparaba en derechos a los nacionales y a los extranjeros residentes por razón de trabajo'' ''Obviamente –añade– cualquier referencia a la Constitución soviética (...) no tiene valor alguno teórico ni práctico si hablamos, con seriedad, de derechos humanos'' (Hierro 1995, p. 141). Tiene razón en esto último, pero lo que yo hacía en mi trabajo era contraponer las concepciones que, sobre los extranjeros, tuvieron dos teóricos del Derecho tan emblemáticos como Hans Kelsen y Carl Schmitt; concretamente, mencionaba –o usaba– a Kelsen como ejemplo de autor que no aceptaba la idea de que la discriminación entre nacional y extranjero tuviese un carácter necesario (o que una cierta diferencia de trato entre nacionales y extranjeros formara parte, necesariamente, de nuestras ''intuiciones morales'') (*cfr.* Atienza 1993, pp. 236–7).

10 Me parece que tiene razón Hierro, en este caso argumentando contra Javier de Lucas (*cfr.* Lucas 1994), cuando considera ''autocontradictorio'' sostener, por un lado, que un régimen de ''equiparación restringida''como el que parece presidir el estatuto del extranjero en el ordenamiento español no va en contra de la dignidad humana y, por otro lado, sostener que no está legitimado para expulsar a los extranjeros que han entrado ilícitamente al territorio ni para negarles, a pesar de esa circunstancia, el derecho al trabajo, ni el derecho de residencia, ni de formación profesional, etc. Para Hierro, algo que ''va implícito en la propia existencia del Estado (...) y que goza de su misma justificación moral (en la medida en que la tenga) (es): la posibilidad

–o, al menos, así lo creo yo– expulsar a un extranjero del territorio nacional –por el solo hecho de que es extranjero– sin atentar contra su dignidad, esto es, sin tratarle injustamente; pero, al mismo tiempo, un juez que, ante un caso de ese tipo, evitara tomar esa decisión, no podría justificarla en Derecho: si desea seguir siendo juez –esto es, comportarse como tendría que hacerlo un juez– tiene que actuar injustamente.

Esta consecuencia, como antes apuntaba (y, en realidad, creo que mi discrepancia con él se limita a ello)[11] es la que Hierro no parece estar dispuesto a admitir:

''Nuestra aporía –escribe al respecto– es (...) sólo aparente. Es necesario recurrir una vez más a la clásica distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, no tanto como dos categorías ontológicamente distintas, sino simplemente como dos grupos de derechos cuya condición de aplicación es distinta. Los llamados derechos del hombre son universales no sólo en su titularidad (todos los hombres) sino en su condición de aplicación (en cualquier lugar y tiempo, que es lo que los juristas, en relación con las normas, denominan ''abstracción''), los derechos del ciudadano (o mejor dicho, los derechos del hombre en cuanto ciudadano) son universales en cuanto a su titularidad (todos los hombres) pero son concretos en su condición de aplicación: en cuanto miembros de una comunidad político jurídica. La igualdad ante la ley –como la libertad positiva, en concreto, los

de discriminar al nacional del no nacional en el acceso a formar parte de la comunidad político jurídica territorial'' (Hierro 1995, p. 144).

11 Esa ''creencia'' me la ha ratificado el propio Hierro en unas ''Notas provisionales'' a mi trabajo que tuvo la amabilidad de escribir antes de ser discutido en el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (en noviembre de 1996). Dejando a un lado algunas precisiones a su trabajo y observaciones críticas (al mío), Hierro insiste en que ''esta experiencia trágica del Derecho es una experiencia moral, no jurídica (...) Los casos trágicos (...) no pertenecen al nivel del razonamiento jurídico (que la solución correcta choca con la moral del juez), sino que constituyen un problema moral, como antes he señalado, por lo que no son una clase disyuntiva a la de los casos fáciles, difíciles o intermedios.

derechos de participación política– es un derecho de ''todo ser humano'' en cuanto miembro de una comunidad político jurídica determinada. Lo que, según creo, explica suficientemente que, a fin de cuentas, tenía razón el Tribunal Constitucional'' (Hierro 1995, pp. 144–5)[12].

Ahora bien, yo no creo que lo anterior resuelva la aporía en cuestión, por la sencilla razón de que la condición de ciudadano es –en ciertos casos– requisito necesario para poder gozar de los derechos del hombre de manera que, en fin de cuentas, la distinción a la que recurre Hierro no resuelve la aporía, sino que, más bien, la oculta o la niega: quiero decir que no hay forma de hacer compatible la igualdad ante la ley del Art. 14 –tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional– y el principio de la dignidad humana.

4. ¿Qué hacer frente a los casos trágicos?

El último de los problemas de los que quería ocuparme aquí es el de cómo actuar frente a los casos trágicos ¿Qué debería hacer un juez ante esa situación? ¿Podría de alguna forma justificar la decisión que necesariamente ha de tomar? Me es imposible –y no sólo por razones de tiempo– contestar ni siquiera en forma medianamente satisfactoria a

[12] El Tribunal Constitucional (en sentencia del 23 de noviembre de 1984) ''resolvió'' el problema distinguiendo tres tipos de derechos: En primer lugar estarían los ''derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos''; aquí se incluirían ''aquéllos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano (...) que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana''; a título de ejemplo, ponía ''el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.''. En segundo lugar, los ''derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el Art. 23 de la Constitución)''. Y, finalmente, otros derechos ''que pertenecerán o no a los extranjeros según los dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio''; un ejemplo de ello sería el derecho al trabajo. He criticado esa doctrina del Tribunal Constitucional en Atienza 1993, pp. 230 y ss.

estas cuestiones, pero querría sugerir algunas ideas al respecto que quizás pudieran servir también como incitación para una posible discusión.

1) La primera es que aunque la existencia de casos trágicos suponga que hay situaciones en que el sistema jurídico no permite llegar a alguna respuesta correcta, ello no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional. El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podamos decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debemos –lo que un juez debe– hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el mal menor. Esto, por cierto es lo que, en mi opinión, habría hecho el juez del Juzgado No. 4 de Madrid en una discutidísima sentencia de marzo de 1992 en la que absolvía a un joven objetor del delito de insumisión, por más que los hechos del caso y las normas aplicables al caso no ofrecieran, en principio, dudas: ‘‘El juez no podía, en el caso en cuestión, dictar una resolución que satisfaciera todas las exigencias que el Derecho –ampliamente entendido– le planteaba y optó, de manera muy razonable, por el mal menor: evitó cometer una injusticia grave –castigar con una pena considerable una acción no sólo no reprobable moralmente, sino supererogatoria– y lo hizo afectando en la menor medida posible al ordenamiento jurídico’’ (Atienza 1993, p. 178)[13].

   Esta es también la solución a la que llega Gowens en su excelente presentación a la selección de escritos sobre dilemas morales: ‘‘En cualquier caso, si existen dilemas irresolubles, entonces no siempre es el caso de que hay una acción que es moralmente la mejor (en mi terminología, que debe ser hecha). Esto pone una obvia limitación en cuanto a la extensión con la que puede decirse que el juicio moral es objetivo. Sin embargo, del hecho de que en una determinada situación

[13] Como antes se ha señalado, eso significa, en cierto modo, transformar esa situación trágica de tipo a) en una de tipo b).

no sea el caso de que una acción es la mejor, no se sigue que en tal situación una acción sea tan buena o tan mala como cualquier otra. Puede ser todavía que algunas acciones sean mejores que otras. En general, donde quiera que haya una pluralidad de consideraciones que sean relevantes para una cuestión pero indeterminadas en cuanto a su importancia relativa (...) podemos estar ante situaciones en las que, aunque no hay una respuesta correcta, algunas respuestas son claramente mejores que otras. Se ha argumentado incluso, aunque en forma controvertida (Gowens se refiere a autores como Kuhn y Putnam), que las cuestiones científicas son a veces de esta naturaleza'' (Gowens 1987, pp. 29–30).

2) Una consecuencia de lo anterior es la necesidad que el juez que se enfrenta a un caso de este tipo –y probablemente también a otros casos difíciles pero no trágicos– tiene de recurrir a criterios de lo razonable, es decir, a criterios situados entre lo que podría llamarse racionalidad estricta (integrada tanto por el respeto a la lógica formal como a los principios de universalidad, coherencia, etc.) y la pura y simple arbitrariedad. Una decisión razonable, por lo demás, no es –claro está– una decisión que implique vulnerar alguno de los anteriores criterios –esa sería una decisión sencillamente irracional, aunque pudiera ser justa desde el punto de vista de su contenido– sino la que logra volverlos operativos a través del recurso a una determinada filosofía política y moral[14]; si el Derecho por sí mismo –el Derecho preexistente al caso– no provee ninguna solución correcta (y los anteriores criterios que podríamos considerar de alguna forma extrajurídicos tienen un

[14] La contraposición entre lo racional y lo razonable debe verse, creo yo, como una contraposición entre niveles de abstracción distintos: lo racional opera en un nivel más abstracto y lo razonable en uno más vinculado con la resolución de problemas concretos; por eso –porque operan en niveles distintos– podría decirse que no existe propiamente contradicción, sino simplemente oposición (como la que se da entre la universalidad y la equidad: *cfr.* MacCormick 1978, pp. 97 y ss.).

carácter formal), no queda otra alternativa que acudir a esos otros ámbitos de la razón práctica.

3) Hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos (especialmente, y aunque esto resulte paradójico, de los Estados de Derecho con mayor carga social y democrática) que permite explicar por qué se producen casos trágicos. Por un lado, la ampliación de los derechos y, en particular, la irrupción de derechos de contenido social y económico se traduce normativamente en la proliferación de directrices y reglas en fin que tienen una mayor fuerza expansiva –y, por tanto, una mayor propensión a generar contradicciones– que las ''tradicionales'' normas ''condicionales'' o normas de acción (*cfr.* Atienza y Ruiz Manero 1966). Por otro lado, los órganos judiciales siguen estando configurados (a pesar del anterior cambio) como instancias que deben resolver conflictos no buscando simplemente un compromiso entre los intereses en juego, sino un equilibrio entre valores que no son negociables (*cfr.* Atienza 1989); además, la tendencia creciente a fundamentar las decisiones en una forma cada vez más exigente dificulta que las posibles contradicciones puedan mantenerse ocultas. Finalmente, las constituciones contemporáneas, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que pretenden ser constituciones ''para todos'', incorporan necesariamente valores –valores últimos– de signo contrapuesto; por ejemplo, en el caso de la Constitución española, tanto valores de tipo liberal como valores igualitarios de signo socialista en sentido amplio.

4) Una consecuencia de lo anterior es que la presencia (o el aumento) de casos trágicos no es necesariamente indicio de una mayor injusticia del sistema jurídico en que se plantean; por ejemplo, en un sistema puramente liberal, sin ningún tipo de protección social, probablemente no se producirían las discriminaciones por razón de nacionalidad que antes discutía a propósito del artículo de Hierro: no habría mayor problema en extender a todos los ''beneficios'' de la nacionalidad. Por lo demás, la sensibilidad de los jueces para detectar y convivir con lo trágico en

el Derecho no debe pensarse que sea un elemento particularmente perturbador o disfuncional. Un argumento que se esgrime con alguna frecuencia en la teoría moral para defender la existencia de genuinos dilemas morales (Williams 1973) es que, de otra forma, no podría explicarse la existencia, en supuestos de conflicto moral, de sentimientos de pesar (por lo que se deja de hacer, y aunque se piense que se ha hecho lo que, dadas las circunstancias, debía hacerse). En tales casos –se afirma– ese sentimiento de pesar cumple una función importante, porque nos motiva en el futuro a evitar que surjan situaciones dilemáticas (Marcus 1980 y Gowens 1987, pp. 15–16). Aplicado al caso de los jueces (y de los operadores jurídicos en general), la conciencia de lo trágico –y el sentimiento de malestar que lo acompaña– puede muy bien servir de revulsivo para incitar al juez a cumplir con sus deberes como ciudadano, esto es, con su deber de contribuir a modificar el mundo social de manera que disminuya lo trágico en el Derecho (en ese sentido, cabe decir que no se puede ser buen juez si no se es también un buen ciudadano). Entre tanto, quizás no esté de más recordar que si hay algo de cierto en el famoso aserto del juez Holmes de que ''la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia'' (1963, 5), quizás no lo haya menos en la frase de Unamuno de que ''la vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción'' (1994, p. 58). Y si esto es así, es muy probable que no tengamos ninguna razón para prescindir de la experiencia de lo trágico en el Derecho.

Bibliografía

ARAGÓN, Manuel. ''La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional'', en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

_____ *Tras las justicias. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico,* Ariel, Barcelona, 1993.

ATIENZA, M. y Ruiz Manero, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BARAK, Aharon. *Judicial Discretion*. Yale University Press, New Haven y Londres, 1987.

BAYÓN, Juan Carlos. ''El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)'', en *Revista de las Cortes Generales*, nº 4, 1985.

CALABRESI, G.; BOBBIT, P. *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources*, Norton, Nueva York, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

GOWANS, Cristopher (ed.). *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, Nueva York–Oxford, 1987.

HIERRO, Liborio. "Las huellas de la desigualdad en la Constitución", en M. Reyes Mate (ed.), Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica, Argentaria/Visor, Madrid, 1995.

HOLMES, Oliver W. *The Common Law* (ed. de M. DeWolfe), Little Brown and Co, Boston–Toronto–Londres, 1963; el texto de Holmes fue escrito en 1888.

KENNEDY, Duncan. "Freedom and Constraintin Adjudication'', en *Journal of Legal Education,* 36, 1986.

LUCAS, Javier de. *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

MARCUS, Ruth Barcan "Moral Dilemmas and Consistency'',en *The Journal of Philosphy*, nº 77, 1980; este trabajo está reproducido en Gowens 1987.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory,* Clarendon Press, Oxford, 1991.

MORESO, José Juan. La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución (inédito), 1996.

MUGUERZA, Javier. “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal”, en *Doxa*, nº 15–16, t.2, 1994.

NAVARRO, Pablo E. ‘‘Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho’’, en *Doxa,* nº 14, 1993.

NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* Ariel, Barcelona, 1989.

POSNER, Richard A. ‘‘The Jurisprudence of Skepticism’’, en *Michigan Law Revue*, nº 86, 1988.

RICOEUR, Paul. Le juste, Editions Esprit, Paris, 1995.

TUGENDHAT, Ernst. ‘‘Zur Entwicklung von moralischen Begründungs-strukturen in modernen Recht’’, en A.R.S.P., nueva serie, cuaderno 14, 1980.

UNAMUNO, Miguel de. *Del sentimiento trágico de la vida* (En los hombres y en los pueblos) –escrito en 1911–12–, introducción de P. Cerezo–Galán, Colección Austral, 6ª ed. Madrid, 1994.

WILLIAMS, Bernard. “Ethical Consistency”, en *Problems of the Self: Philosphical Papers 1956–1972,* Cambridge University Press, 1973; este trabajo está reproducido en Gowans, 1987.

A vueltas con la ponderación

A vueltas con la ponderación

1. Uno de los temas sobre las que más se ha escrito y discutido en los últimos tiempos, en el campo de la argumentación jurídica, es el de la ponderación. Hay partidarios y enemigos de la ponderación. Los primeros suelen vincularse con la defensa del llamado constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), tienen una concepción principialista del Derecho (entendiendo por tal una que considera que el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios) y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el Derecho. Los segundos suelen proclamarse partidarios del positivismo jurídico, alzapriman la importancia del imperio de la ley y el peligro que para ese valor central de nuestros ordenamientos supone la concepción principialista del Derecho, y tienden a limitar el alcance de la razón en la interpretación y aplicación del Derecho (o sea, son más bien escépticos con respecto a la llamada razón práctica: la razón en relación con fines y valores). Unos y otros están de acuerdo, por lo demás, en que ese procedimiento (que a veces recibe otros nombres: proporcionalidad, balanceo, etc.) es de uso frecuente en nuestros tribunales; especialmente en los tribunales supremos y constitucionales. No se trata, sin embargo, de un concepto (el de ponderación) del todo claro y eso explica en alguna medida (aunque sólo en alguna medida) la polémica a la que acabo de aludir. Lo que aquí voy a tratar de hacer es, en primer lugar, presentar una serie de ejemplos variados de ponderación, tomados de decisiones de órganos judiciales de diversos niveles jerárquicos, que versan sobre distintas materias jurídicas y

en el contexto de varios sistemas jurídicos para, a partir de ahí, plantearme y tratar de contestar a las que, me parece, son las cuestiones esenciales al respecto: 1) ¿En qué consiste realmente la ponderación? ¿Cuáles son sus características? ¿De qué manera se diferencia (si es que se diferencia) de la subsunción? 2) ¿Cuándo hay que ponderar? ¿Está justificado hacerlo? ¿Puede evitarse? 3) ¿Es la ponderación un procedimiento racional? ¿En qué consiste esa racionalidad?

2. Empezaré refiriéndome a dos casos judiciales recientes, que han tenido una considerable repercusión en la opinión pública española. El primero de ellos es el de dos periodistas de una cadena de radiodifusión, la cadena Ser, que fueron condenados por un juez de lo penal de Madrid (a finales de diciembre de 2009; la sentencia está ahora recurrida) a una pena de un año y nueve meses más otra serie de penas accesorias, por el delito de "revelación de secretos". Los periodistas habían publicado en la página web de la emisora una lista de militantes del Partido Popular (el partido conservador en España) que se habían afiliado irregularmente (o sea, sin seguir los procedimientos estatutarios) a esa organización política. La afiliación estaba ligada a un proceso de luchas internas en el PP y tenía también alguna conexión con un escándalo urbanístico. La argumentación del juez, en lo esencial, consistió en lo siguiente. Comenzó por establecer como probado el hecho de que los periodistas cedieron a la sociedad *Ser.com* ciertos datos sin contar con la autorización de los afectados. Esos hechos –continuó argumentando el juez– se subsumen bajo el supuesto de hecho de una norma penal (el Art. 197 ap. 2 y 5 del Código penal español). Pero luego, a efectos de resolver el problema de si el haber obrado los periodistas en el ejercicio legítimo de un derecho puede considerarse o no como una eximente, es cuando la argumentación del juez adopta la forma de una ponderación: entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección de la intimidad. El juez se decantó en favor de este último derecho (entendió que el haber actuado en el ejercicio legítimo de un derecho no era una eximente, sino una simple atenuante) por estas tres razones: a) internet no es "un medio de comunicación social, sino universal"; b) revelar la

afiliación a un determinado partido político afecta a la intimidad más estricta de toda persona, al tratarse de un dato de "absoluta privacidad"; c) la información facilitada (la lista de nombres) pudo ser necesaria para la confección de la noticia, pero lo que no era necesario era difundirla. La sentencia recibió críticas muy duras, especialmente por parte de miembros de la profesión periodística, que argumentaron, en lo esencial: que el juez no había tenido en cuenta la prevalencia constitucional del derecho a informar sobre el de protección a la vida privada, cuando se trata de noticias relevantes y de interés general; que había pasado por alto también la veracidad de la noticia y la profesionalidad con la que había sido elaborada; y que calificar a internet de medio de comunicación no social, sino universal era un puro despropósito.

El otro ejemplo es el de las escuchas de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados del caso Gürtel (un caso de corrupción política y en el que están implicados muchos altos cargos del PP) y sus abogados. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó (el 25 de marzo de 2010) un auto en el que anulaba las escuchas por considerarlas ilícitas, pero la decisión no fue tomada por unanimidad: uno de los tres magistrados que integraban el tribunal formuló un voto particular. En lo esencial, la motivación del tribunal consistió en sostener que la norma que se aplica al caso sería el Art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor no pueden ser suspendidas o intervenidas "salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo"; o sea, interpretó que, si no se daban esas dos condiciones (conjuntamente) no era lícito (nunca) la intervención de las comunicaciones; los magistrados de la mayoría hablan de ponderación, pero en relación a la necesidad que tiene el juez de ponderar diversos factores (necesidad de la medida, lesividad, etc.) para ordenar la intervención cuando ésta es posible (si el acusado no está en prisión o, aunque lo esté, si se trata de un delito de terrorismo). Por el contrario, el magistrado discrepante entendió que no tenía sentido interpretar así ese artículo, pues eso suponía establecer "una inmunidad absoluta no prevista por la ley". La intervención de la comunicación en ese

caso estaría justificada (digamos, el deber o la finalidad de perseguir los delitos prevalece sobre el derecho a la defensa) por un cúmulo de razones que pueden sintetizarse así: los delitos por los que estaban acusados los internos –blanqueo de dinero– son de considerable gravedad; la medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; la proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa; la motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución); dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que eran acusados sus defendidos. También este caso tuvo una gran notoriedad en España pues, aparte del interés jurídico del mismo (los límites del derecho a la defensa), el juez que había autorizado las escuchas declaradas ilegales había sido el más famoso de los jueces españoles, Baltasar Garzón, y esa actuación había dado lugar a que se le acusara de prevaricación: una de las tres causas por delito de prevaricación que tiene abiertas ante el Tribunal Supremo se debe a eso.

La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos –especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales–, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad[1]. Alexy concibe los derechos constitucionales como

[1] El último de los trabajos de Alexy al respecto creo que es su ponencia "Legal Principles and the Construction of constitucional Rights", presentada en el seminario dedicado a discutir la obra de Alexy y celebrado en Tampere (Finlandia) en febrero de 2010.

principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho) los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta–principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación, siempre según Alexy , consta de tres elementos: la ley de la ponderación , la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula 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. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador).

Un ejemplo que Alexy ha utilizado en numerosas ocasiones para explicar cómo funciona la ponderación es el del caso *Titanic*, resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán en 1986. Un oficial del ejército parapléjico había conseguido ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares y la revista satírica *Titanic* lo incluyó en su sección de "Las siete personalidades más lamentables" refiriéndose a él con su nombre y el añadido de "nacido asesino". El militar interpone demanda contra la revista por daño a su honor, y ésta publica una nota en la que, entre otras cosas, llama al militar "tullido". El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por dos ofensas al honor; mientras que el Tribunal Constitucional consideró que no había ofensa al honor en cuanto al calificativo de "nacido asesino", pero sí en cuanto a "tullido". La argumentación del Tribunal, en lo esencial, viene a ser la siguiente: la expresión "nacido asesino" tiene las notas definitorias de una sátira, aparece dentro de una sección permanente de la revista, usa un lenguaje habitual que aparece en otros momentos en la misma sección, tiene un propósito simplemente cómico y no ofensivo y, en definitiva, no debe interpretarse literalmente. Por el contrario, "tullido" (la correspondiente expresión alemana) no describe meramente la condición de inválido, como ocurrió en tiempos pasados, sino que esa expresión se usa ahora para insultar o degradar incluso a quienes no tienen ningún defecto físico[2]; la intención al emplear ese término fue la de vejar al demandante, esto es, a un individuo, y no a la clase de los soldados o a algún otro grupo de personas; no puede servir como disculpa el que el término apareciera en la revista como una reacción frente a la demanda de indemnización, pues en dicha demanda no había nada que pudiera considerarse agresivo o insultante[3]. Alexy entiende que lo que el Tribunal Constitucional alemán hace aquí es una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho general a la personalidad. En relación con la expresión "nacido asesino",

---

2 Quizás "tarado" exprese mejor en español esa connotación despectiva.

3 Tomo estos datos del trabajo de Juan Antonio García Amado (que critica con dureza el análisis que hace Alexy de este caso): *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*: http://.geocities.com/jagamado

la afectación a la libertad de expresión (recuérdese que se trata de un recurso frente a una condena a indemnizar con una cierta cantidad de dinero) habría sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a la personalidad sólo podría calificarse de media o de leve; lo que resulta es, pues, la prevalencia del principio de libertad de expresión. Por el contrario, la descripción del oficial como "tullido" fue considerado por el Tribunal Constitucional como una afectación intensa al derecho a la personalidad, de manera que tendría el mismo peso que la libertad de expresión, razón por la cual el Tribunal no aceptó el recurso (mantuvo la indemnización).

Pues bien, el esquema alexiano, con mayores o menores detalles, es, como antes decía, el que parece haber acogido muchas cortes latinoamericanas. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional peruano, el esquema parece haber tenido un amplio uso a partir del caso PROFA de 1994. En un trabajo reciente, Pedro Grández[4] ha descrito y analizado muchas decisiones de ese Tribunal basadas en el "*test alemán* de proporcionalidad" y que clasifica según que se refieran (en lo esencial), al primero de los subprincipios (idoneidad), al segundo (necesidad o indispensabilidad de la medida) o al tercero (el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación). En este último apartado incluye tres casos que, en su opinión, mostrarían que el Tribunal peruano habría reducido el examen de la ponderación a un *test de intensidades*, en el que se contrapone básicamente la intensidad en la limitación de un derecho frente a la

[4] GRÁNDEZ, Pedro. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano", en (M. Carbonell y Pedro Grández, coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010. El libro es de gran utilidad para informarse sobre las tesis de Alexy, sobre sus desarrollos y sobre las críticas que se le han dirigido. Para entender los mecanismos interpretativos del Tribunal constitucional peruano y su evolución me ha sido de gran utilidad el libro de Marcial Rubio, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, en el que se analizan los diversos principios interpretativos del Tribunal, incluyendo el de "proporcionalidad y razonabilidad".

intensidad o el grado de satisfacción del otro. En uno de esos casos, el de la *calle de las pizzas* (STC 007–2006–AA/TC) se trataba de examinar una medida de la Municipalidad de Miraflores, que restringía el horario de atención a los establecimientos comerciales de la zona llamada así: calle de las Pizzas. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desarrollo de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los clientes) era leve, mientras que la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos era elevada. En el caso de *las azucareras del norte* (STC 579–2008–PA), lo que estaba en cuestión era la constitucionalidad de una ley que había suspendido la ejecución forzada contra una empresa azucarera de la que el Estado era accionista. La mayoría del tribunal entendió que se trataba de una intervención leve sobre el principio de cosa juzgada (la suspensión de la ejecución de la sentencia era de carácter temporal), mientras que con ello se alcanzaría en un grado elevado los objetivos pretendidos por el legislador: el desarrollo o reactivación de las empresas azucareras, la promoción del empleo y la disminución de la pobreza; hubo un voto discrepante de un magistrado por entender que la suspensión de la ejecución de la sentencia suponía una afectación grave y que la medida no era tampoco idónea para alcanzar esos fines, a la vista de la experiencia de los últimos años. Y el tercer caso (STC 815–2007–PHC/TC) se refería a una decisión judicial que, al amparo de un determinado artículo del Código Procesal Penal, obligaba a un procesado, presunto autor de un delito contra la libertad sexual, a someterse a la prueba de ADN. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque la satisfacción del interés público en la investigación del delito era "por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad". Además, Grández hace referencia a otros dos casos que mostrarían que, bajo el test de proporcionalidad, el Tribunal ha llegado a soluciones dispares en casos sustancialmente similares. En uno de ellos (STC 01182–2005–AA), se trataba de un amparo frente a una medida de expulsión tomada por la dirección de un centro de formación industrial contra una estudiante a la que se había encontrado besándose con su enamorado en una de las dependencias de la institución. El Tribunal confirmó la constitucionalidad

de la sanción, puesto que se habría tomado en "estricta observancia del principio de legalidad"; lo aplicado había sido un artículo del Reglamento del centro que consideraba faltas graves los "actos reñidos con la moral y las buenas costumbres"; el Tribunal consideró que tenía "el grado de certeza exigible", pues "la conducta prohibida puede ser complementada mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la Moral es la ciencia que trata del bien en general" (fundamento 15). Además, la medida no podía considerarse desproporcionada porque la expulsión "era la única sanción *posible* a imponerse a los alumnos infractores" (fundamento 17). Sin embargo, en otro caso similar (STC 00535–2009–AA), en el que un estudiante de una universidad había sido expulsado de la institución por habérsele encontrado consumiendo marihuana, el Tribunal llegó a la decisión opuesta: ordenó la reincorporación del expulsado por considerar la medida como desproporcionada. La argumentación del Tribunal no es muy clara, pero las razones para haber decidido así parecen haber sido estas dos: 1) la sanción sería desproporcionada e irrazonable porque en el proceso disciplinario se omitió "la valoración de toda prueba o elemento contextual" (fundamento 23); 2) en el Reglamento del centro no existía "una definición clara y precisa sobre lo que la Universidad (…) considera como falta grave y (…) la sanción no está claramente establecida para cada conducta" (fundamento 38).

3. Los ejemplos podrían continuarse hasta el infinito, pero los anteriores son suficientes para lo que aquí pretendo: contestar a las tres preguntas, o grupos de preguntas, que me había hecho al comienzo.

3.1 Empecemos entonces por la primera: ¿En qué consiste la ponderación? ¿Cuáles son sus características esenciales? ¿De qué manera se diferencia (si es que se diferencia) de la subsunción?

La teoría más acreditada de la ponderación es la sostenida por Robert Alexy, cuyos elementos esenciales he presentado anteriormente. Era necesario – o conveniente–hacerlo, porque las referencias a ese autor y a muchos de los conceptos por él utilizados son hoy de uso frecuentísimo por parte de muchos tribunales latinoamericanos; de manera que sin tener esos

elementos teóricos en cuenta, se haría difícil entender muchas de esas argumentaciones. De todas formas, aunque en otros sistemas jurídicos (por ejemplo, el español) no se haga un uso explícito –o no tan explícito– de esas categorías (el Tribunal Constitucional español no cita nunca doctrina jurídica), no resulta difícil reconstruir las argumentaciones en esos términos; por ejemplo, en el caso de los periodistas de la cadena Ser, cabría decir que el juez entendió que la afectación a la intimidad había sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a informar, simplemente, media (pues podía haberse logrado sin lesionar –o sin lesionar tanto– a la intimidad), etc. ¿Pero es aceptable el concepto de ponderación que maneja Alexy? ¿Es la suya la mejor reconstrucción posible de esa técnica argumentativa?

En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada; yo diría que sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico[5]. Lo que él llama la "fórmula del peso", con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc. El propio Alexy ha escrito[6] que su esquema –aritmético– vendría a ser el equivalente al tipo de inferencia deductiva –el modus ponens o silogismo judicial– de la subsunción. Es aproximadamente cierto; y digo "aproximadamente" porque, como en seguida se verá, el esquema de Alexy no es exactamente

5 Una exposición y crítica del planteamiento de Alexy puede encontrarse en mi libro *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

6 ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 11.

–como él dice– la "justificación interna" de la ponderación, sino más bien la "justificación externa" de una de sus premisas Pero precisamente por ello, porque se trata de un esquema puramente formal (cuya base es una noción elemental de justicia o de racionalidad: los beneficios no deben superar a los costes), no puede usarse más que como una ayuda para resolver un problema, el de la ponderación, que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo. El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar un problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a ese tipo de problemas. O sea, Alexy nos muestra cuáles son los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre X e Y): la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M' que permita satisfacer X sin lesionar Y; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) X pesa más –es más importante– que Y; etc. Pero nada más. Quiero decir que uno se puede muy bien ahorrar el esfuerzo contable y que tampoco tiene por qué pensar, por ejemplo, que la necesidad de la medida juega sólo en relación con las posibilidades de tipo fáctico y no a propósito de lo que Alexy llama ponderación en sentido estricto, y que se refiere a las posibilidades normativas, etc. Mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas.

Uno de los inconvenientes de no ver así las cosas es el de complicarse la vida inútilmente, hacer de esa fórmula un uso completamente innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas. Como ejemplo podría servir una decisión (por lo demás, una buena decisión) del Tribunal Constitucional de Ecuador (Sentencia–0005–2008–AN), de la que he tenido hace poco ocasión de ocuparme. El Procurador General del Estado había declarado "inadmisible"

la posibilidad de una exención tributaria en relación con la importación de vehículos usados, establecida por una determinada ley en beneficio de los discapacitados. El Tribunal Constitucional entendió que la ponderación efectuada por el Procurador entre el derecho a la atención prioritaria de los discapacitados frente a los derechos del medio ambiente y del consumidor había sido equivocada, o sea, que debía prevalecer el primer derecho y considerar, en consecuencia, que la exención era constitucional. Pero para eso empleó un número elevadísimo de páginas en las que se explicaba con todo detalle la teoría de Alexy y su fórmula de la ponderación, se señalaba que el elemento del "peso abstracto" no podía hacerse jugar, pues según la Constitución ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía, y se pasaba luego a examinar con minuciosidad el resto de los elementos de la fórmula: afectación de tal derecho, satisfacción del otro, seguridad de las conexiones empíricas (entre importación de vehículos usados y daño al medio ambiente), etc. ¿Pero no hubiese bastado simplemente con decir que es absurdo pensar que esa medida pudiese tener un efecto negativo en el medio ambiente o en los consumidores, cuando resulta que el parque automovilístico del país mayoritariamente superaba los tres años de antigüedad y que no había ninguna razón para pensar que la importación de un auto usado atentara contra los derechos de los consumidores? ¿Se necesitaba semejante esfuerzo teórico para llegar a una conclusión prácticamente de sentido común? A riesgo de ser malinterpretado, yo diría que, en no pocas ocasiones, la mejor teoría es la que no se nota. El mejor teórico del Derecho es el que hace fácil lo difícil y no difícil lo fácil.

Por lo demás, y debido quizás –al menos en parte– a esos problemas de presentación, la teoría de Alexy es malinterpretada por muchos de sus críticos. Juan Antonio García Amado, por ejemplo, le ha reprochado insistentemente que el método de la ponderación "no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso" y que cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan "siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la

terminología y con menor rigor argumentativo". Pues bien, a mí me parece claro que para Alexy (y yo diría que para cualquiera) no se puede ponderar sin interpretar (aunque tenga sentido hablar de interpretar –en una de las acepciones del término– sin ponderar) y también que la ponderación no excluye la subsunción: como ahora veremos, la ponderación es un procedimiento argumentativo que consta de dos fases: la primera concluye con la formulación de una regla (de una regla general y abstracta) y, a partir de ahí (en la segunda fase), se procede a la subsunción. Por su lado, José Juan Moreso acusa a Alexy de "particularismo", pues la ponderación en concreto que refleja el esquema de Alexy sería siempre *ad hoc,* en el sentido de que "una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso"[7] ; por ello, en su lugar, Moreso defiende una estrategia especificacionista para la ponderación, que sería capaz de superar el particularismo. Sin embargo, de lo que no parece darse cuenta Moreso es de que, en realidad, él está diciendo lo mismo que Alexy; o, si se quiere, Moreso está olvidando lo que antes señalaba: que la ponderación genera una regla general y abstracta y, por eso, no es *ad hoc*, en el sentido en el que él usa esta expresión. Luego volveré sobre esto.

Hay una crítica más de fondo que dirigirle a Alexy y que tiene que ver con su forma de entender los principios, todos los principios, como mandatos de optimización. Desde 1991 he escrito, en colaboración con Juan Ruiz Manero, una serie de trabajos en los que hemos defendido una concepción de los principios parcialmente opuesta a la de Alexy[8]: para nosotros, no todos los principios, sino sólo una especie de ellos, las directrices, deberían verse como mandatos de optimización. Hemos discutido desde entonces con Alexy en diversos lugares a propósito de este asunto y no es cuestión de entrar aquí en detalles. Sigo pensando que la

---

7 MORESO, José Juan. "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007., p. 234.

8 ATIENZA, M.; MANERO, J. R. "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, nº 10, 1991; también, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

doble articulación de los principios (en directrices y principios en sentido estricto) es preferible al modelo uniformizador alexiano pero, en realidad, las dos posturas, la de Alexy y la nuestra, son bastante similares a efectos prácticos. Al partir de esa distinción, nuestra postura tiene, me parece, una doble ventaja argumentativa: 1) la jerarquía que se establece en favor de los principios en sentido estricto (su prevalencia frente a las directrices) es lo que configura el elemento más importante del "orden débil" entre principios del que –con razón– habla Alexy; y 2) la dualidad interna de los principios permite mostrar (yo creo que con más nitidez que el modelo de Alexy) que la racionalidad de los principios no es sólo de tipo económico o instrumental, sino también político–moral. Pero si digo que nuestras posturas son muy semejantes es, por un lado (digamos, por nuestro lado), porque la prevalencia a favor de los principios en sentido estricto no puede verse como de carácter absoluto: las razones provenientes de una directriz pueden, en algún caso, tener una fuerza superior a las dimanantes de un principio (quizás podría interpretarse que esa es la cuestión que subyace a dos de las ponderaciones antes vistas: la del caso Gürtel y la del caso del ADN, si se acepta que la finalidad de perseguir los delitos debe prevalecer, en un caso, sobre el derecho a la defensa y, en el otro, sobre el derecho a la intimidad). Mientras que, por otro lado (por el de Alexy), aunque niegue en principio la distinción, la misma juega un papel destacado a través de los elementos del peso abstracto de los principios (digamos, los principios en sentido estricto tienen también para Alexy un mayor peso abstracto que las directrices) y de las reglas sobre la carga de la argumentación. De manera que, una vez más, a lo que se llega es a la conveniencia de hacer un uso instrumental, pragmático y desprejuiciado de las teorías. Lo que, por cierto, no quiere decir tomárselas menos en serio.

Y vayamos ya al esquema de la ponderación[9]. La clave para entender esta técnica argumentativa es verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los

[9] Lo he expuesto con cierto detalle en *El Derecho como argumentación, op. cit*. Ahí distinguía dos tipos de ponderación (entre principios en sentido estricto o entre directrices) y comparaba la ponderación con la adecuación o

principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver. Veámoslo con un poco de detalle, ejemplificándolo con el caso Gürtel.

En la *primera premisa* del razonamiento ponderativo se establece que, en relación con un determinado caso (y por las razones de las que luego se hablará), existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una conclusión incompatible con la del otro: el de la protección del derecho a la defensa, a invalidar la intervención; el principio de hacer posible la persecución de los delitos, a considerarla válida. La *segunda premisa* señala que, en relación con ese caso, y dadas determinadas circunstancias, tal principio prevalece sobre tal otro. Aquí es donde entra en juego la fórmula de Alexy de la que, por ello, decía que no es la "justificación interna" de la ponderación, sino la justificación externa (si se quiere, el esquema de justificación externa) de su segunda premisa. Naturalmente, éste es también el punto crucial de la argumentación y, por tanto, el punto en el que suelen plantearse discrepancias; pero es importante resaltar que esas diferencias no suelen concernir a cuáles son los factores que deben entrar en la ponderación, sino más bien al peso relativo que se otorga a cada uno de ellos. Otro elemento importante de discrepancia (como ocurrió en el caso Gürtel) afecta a si el problema debe resolverse o no mediante una ponderación. Luego volveré sobre ello. En todo caso, como antes decía, las razones del magistrado discrepante para entender que la finalidad de perseguir los delitos prevalecía sobre el derecho a la defensa eran éstas: importancia del delito a perseguir; idoneidad y necesidad de la medida; proporcionalidad; motivación suficiente. Todas las cuáles pueden sin demasiadas dificultades reconducirse a alguno de los ingredientes del esquema de Alexy. La *conclusión* del razonamiento (sólo implícita en la motivación del magistrado) es una regla (la *ratio decidendi* del caso) que empareja las circunstancias antes mencionadas con la consecuencia

argumento medios–fines (cuando la premisa mayor es una regla de fin) y con la subsunción (cuando la premisa mayor es una regla de acción

jurídica del principio prevalente. En nuestro ejemplo (aproximadamente) sería ésta: si se trata de investigar un delito grave, no hay otra medida disponible de parecida eficacia, se previene en lo posible el derecho a la defensa, hay razones objetivas para pensar que los abogados defensores pueden contribuir a ocultar pruebas o a colaborar en la comisión de los delitos, y la orden judicial que autoriza la intervención está razonablemente motivada, entonces la intervención de la comunicación entre un interno en un establecimiento penitenciario y su abogado es lícita y, en consecuencia, válida. A partir de aquí (segundo paso de la ponderación), lo que queda es una simple subsunción: su primera premisa es la conclusión del anterior razonamiento, la regla que se acaba de expresar; la segunda premisa diría que, en el caso Gürtel, se daban todas esas circunstancias; y la conclusión sería que, en consecuencia, se debió declarar las intervenciones lícitas y válidas.

3.2 Todo lo cual lleva a tratar de contestar a la segunda serie de preguntas: ¿Cuándo hay que ponderar? ¿Está justificado hacerlo? ¿Puede evitarse?

Puesto que la primera premisa del anterior esquema está configurada por la existencia en relación con el caso de dos principios (o conjuntos de principios) que tiran en direcciones opuestas, la contestación al primero de esos interrogantes es que hay que ponderar (mejor: el juez ha de ponderar; también el legislador pondera, pero este aspecto lo dejaremos aquí de lado) cuando, para resolver un caso, no puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que (sin entrar en alguna precisión que aquí no es necesario hacer) permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo. Y la pregunta, entonces, es: ¿Cuándo ocurre esto? Pues bien, nos encontramos (el juez se encuentra) en esa situación cuando: 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso. No voy a entrar aquí en detalles sobre esta tipología y simplemente aclararé que,

si no he incluido supuestos de contradicción entre reglas, es porque los mismos pueden reducirse a casos de laguna: si la contradicción es fácil de resolver, entonces eso no supone ningún problema, y si no fuera así, entonces eso se debe a que existe una laguna (en el nivel de los criterios de resolución de antinomias). Por lo demás, si hiciéramos un repaso de los ejemplos de ponderación mencionados, cabría decir lo siguiente. Muchos de ellos parecen integrar supuestos de laguna normativa: típicamente es lo que ocurre cuando están en juego la libertad de expresión (y/o de información), por un lado, y los derechos al honor, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, por el otro. No se trata de un defecto por parte del legislador, sino de que no ha juzgado conveniente establecer al respecto reglas muy específicas, puesto que pueden surgir en el futuro muchas circunstancias relevantes e imposibles de predecir; digamos, que

el legislador ha considerado que es mejor que ponderen los tribunales a la vista de las circunstancias del caso, a que lo haga él *in abstracto.* Eso es lo que habría pasado con el caso de los periodistas de la cadena *Ser* o con el caso Titanic; y también con el caso de la calle de las pizzas (aunque aquí se trate de ponderar entre la libertad de trabajo y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, frente el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, por el otro) o con el de las azucareras del Norte (en el que la ponderación se efectuaba entre el principio de cosa juzgada y el desarrollo económico).Otros podrían verse como ejemplos de laguna axiológica. Así ocurriría con el caso del ADN si se pensara que su regulación en las leyes procesales (la obligación a someterse a la prueba) puede ser contraria a los principios y valores del ordenamiento. Y también con los dos casos de expulsión de centros docentes; lo que en ellos se cuestionaba, en el fondo (y con independencia de cómo se haya resuelto), es la adecuación a los principios y valores del ordenamiento de ciertas reglas del sistema (las que ordenaban la expulsión en uno y otro caso). Ambos casos, por cierto, debería haberlos resuelto el Tribunal, en mi opinión, echando mano del principio de equidad que, como Aristóteles percibió agudamente en la *Ética a Nicómaco* ,no es ni más ni menos que un principio (o meta–principio) interpretativo que viene a decir que hay circunstancias en las

que las razones de justicia vinculadas a la singularidad de un caso pesan más que las de seguir estrictamente la ley ; o sea –podríamos nosotros interpretarlo así– es un criterio para ponderar en un cierto sentido[10].

Y, en fin, el caso Gürtel quizás pudiera verse como un ejemplo en que es dudoso si el supuesto está o no previsto por una regla. De hecho, como se ha visto, esa fue la tesis (que existía una regla) de la mayoría del tribunal (para negarse a efectuar la ponderación). Y fue también la tesis (pero en sentido contrario) del fiscal del caso, que entendió que había una determinada regla procesal del Derecho español que autorizaba la intervención de las comunicaciones en un establecimiento penitenciario, aun cuando no se tratara de delitos de terrorismo. Por lo demás, no hay que olvidar tampoco que hay supuestos en que son las mismas reglas del sistema las que ordenan o autorizan al juez a proceder a ponderar (dadas determinadas circunstancias). Y que la clasificación anterior (como ocurre siempre con las clasificaciones) no debe verse más que como un esquema de valor instrumental: puede ser discutible si un caso cae dentro de uno u otro de los anteriores tipos, y muchas veces nos encontramos con casos complejos que combinan elementos de una u otra de las categorías establecidas.

Lo importante es darse cuenta de que la ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios, como queda plasmado en la primera premisa del esquema de lo que se ha llamado la "ponderación en sentido estricto". Y lo que tiene

---

[10] El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 36, establece: "La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes". El Art. 37: "El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes". Y el Art. 40: "El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan".

que hacer el que pondera (lo primero que tiene que hacer) es preguntarse si está justificado recurrir a la ponderación. Esta es una pregunta muy difícil de contestar, e imposible de hacerlo en abstracto. Quiero decir que no es lo mismo, por ejemplo, plantearse cuándo está justificado que un Tribunal Constitucional o un Tribunal Supremo pondere (y cree, por ejemplo, una laguna axiológica) y cuando lo está que lo haga un tribunal de rango inferior, o un órgano administrativo. La ponderación no es (como en seguida veremos al contestar la tercera tanda de preguntas) un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción y eso justifica que la ponderación de los tribunales tenga que ser mucho más limitada que la del legislador (este último sólo tiene el límite de la Constitución) y que la que efectúan los tribunales inferiores tenga también más limitaciones que la de los superiores: entre otras cosas porque las ponderaciones efectuadas por los segundos (los precedentes) son, con mayor o menor intensidad (dependiendo de cada sistema), vinculantes para los primeros.

En cuanto a si puede evitarse la ponderación, la respuesta, de acuerdo con lo anterior, sería que, al menos en muchos casos, sí; desde luego, podría hacerse cuando se trata de lagunas axiológicas en el nivel de las reglas. Pero lo que habría que plantearse, la pregunta que realmente importa, es si resulta conveniente hacerlo. Quiero decir con ello que evitar recurrir a una ponderación, y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo; en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que, por lo demás, es una seña de identidad de la racionalidad jurídica moderna (llámese principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho en el sentido de Weber). El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas *y* de principios; o, dicho de otra manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación. El caso Gürtel (tal y como fue resuelto por la mayoría del tribunal), el de los periodistas de la cadena *Ser* y el de la expulsión de la estudiante por besarse con su enamorado son una prueba, en mi opinión, de las consecuencias indeseables del formalismo.

3.3. Queda entonces por contestar la tercera serie de preguntas: ¿Es la ponderación un procedimiento racional? ¿En qué consiste esa racionalidad?

Las críticas de Juan Antonio García Amado y de José Juan Moreso, a las que antes he hecho referencia, apuntan, en realidad, a poner en duda la racionalidad de la ponderación, el primero, y la racionalidad de la ponderación tal y como la entiende Alexy, el segundo. García Amado, porque considera que la ponderación no es otra cosa que una valoración y él es escéptico con respecto a la existencia de criterios objetivos de valoración: la razón no alcanza para establecer fines y valores de carácter objetivo. Por eso, en su opinión, la ponderación cumple una función esencialmente ideológica: "Y por eso también (además de los neoconstitucionalistas) es esta de la ponderación la doctrina que con más entusiasmo acogen los propios Tribunales Constitucionales, pues es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador"[11]. Moreso porque, como hemos visto, considera que la ponderación tal y como la presenta Alexy incurre en particularismo, esto es, no pasaría el test de la universalidad ni, en consecuencia, todos los otros criterios de la racionalidad práctica.

No es posible, por supuesto, entrar aquí en detalles sobre una cuestión tan compleja . Hace algunos años escribí un artículo[12] en el que trataba de explicar en qué consistía esa racionalidad, a partir del análisis de una serie de casos resueltos por el Tribunal Constitucional español a propósito de la ponderación entre la libertad de información o de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, por el otro. Las decisiones del Tribunal y sus fundamentaciones constituían, en mi opinión, un buen ejemplo (que proponía como modelo para las comisiones de bioética) de cómo puede operar la racionalidad práctica.

---

11 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 4, nota.

12 ATIENZA, Manuel. "Juridificar la bioética", en *Claves de Razón Práctica*", 1996; está incorporado en mi libro *Bioética, Derecho y argumentación,* Palestra–Temis, Lima, 2004.

Ello era así en la medida en que el Tribunal había construido al resolver los casos verdaderas *reglas* aunque, naturalmente, no podía pretenderse que ellas estuvieran en condiciones de resolver en forma indubitada todos los casos futuros; pero una regla abierta –decía entonces– que se aplica o no se aplica con claridad a ciertos casos y deja a otros en la penumbra, sigue siendo una regla. En mi opinión, el método utilizado por el Tribunal Constitucional podía caracterizarse mediante dos pasos. El primero consistía en la construcción de una taxonomía que permitiera ubicar cada caso dentro de una determinada categoría: por ejemplo, podía tratarse de una contraposición entre la libertad de información y el honor, entre la libertad de información y la intimidad, etc. En el segundo paso, se elaboraban "reglas de prioridad", como la siguiente:

"Cuando existe una contraposición entre la libertad de información y el derecho a la intimidad:

1. Hay una presunción *prima facie* a favor del derecho a la intimidad.
2. Sin embargo, la libertad de información puede prevalecer si:

   2.1 La información tiene relevancia pública.

   –Una información tiene relevancia pública si

   1)afecta a una personalidad pública, o

   2) a alguien que, sin serlo, desempeñe un cargo o profesión de interés público.

   –Una información no tiene nunca relevancia pública si:

   1) contiene extremos que afectan al honor de las personas, y

   2) son innecesarios, Y

   2.2 Es veraz

   –Una información es veraz si:

   1) es verdadera, o

   2) es falsa, pero se ha procedido con la diligencia debida al elaborarla, Y

   2.3 No contradice los usos sociales". Etcétera.

Allí señalaba también que esas reglas eran fragmentarias, incompletas y abiertas: muchos de los conceptos a los que aludían necesitaban aún ser desarrollados en sentidos imposibles de prever por el momento; cabía suponer que aparecerían, cuando surgieran circunstancias que aún no se habían presentado, nuevas distinciones relevantes; algunos de los criterios establecidos por el Tribunal eran sencillamente discutibles y quizás fueran abandonados o modificados con el transcurso del tiempo. Pero eso –añadía– no privaba al procedimiento, y a sus resultados, de racionalidad. Por un lado, no estábamos en presencia de un conjunto de opiniones más o menos arbitrarias y subjetivas, sino que obedecían a una idea de racionalidad que podría caracterizarse así: las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables; y (por supuesto) no contradicen ningún extremo constitucional. Por otro lado, en la medida en que no constituían simplemente soluciones para un caso, sino que pretendían servir como pautas para el futuro, proporcionaban también un mecanismo –imperfecto– de previsión. Finalmente, al tratarse de decisiones fundamentadas, esto es, de decisiones a favor de las cuales se aducían razones que pretendían ser intersubjetivamente válidas (al menos, para quien aceptara los anteriores requisitos de coherencia, universalidad, bondad de las consecuencias y respeto de la Constitución), las mismas podían también ser (racionalmente) criticadas y, llegado el caso, modificadas.

Pues bien, lo mismo puede decirse (o el mismo test puede aplicarse) a los ejemplos de ponderación que antes ponía. En los ejemplos conflictivos, se trataría de contraponer la *ratio decidendi* de una ponderación a la de la otra (o a la *ratio decidendi* que subyace al procedimiento no ponderativo). Por ejemplo, en relación con el caso de la cadena *Ser,* se trataría de analizar si las razones aducidas por el juez a favor del derecho a la intimidad (que constituiría la *ratio decidendi* de su decisión) tienen el peso que él les atribuye. Y me parece que es relativamente fácil mostrar que no: lo de que internet no es un medio de comunicación social, sino universal es una afirmación simplemente errónea y a la que no cabe atribuir ningún peso;

tampoco parece aceptable que el dato de estar afiliado a un partido político pueda formar parte del núcleo duro de la intimidad (yo diría que por razones obvias); y , en fin, como ese dato no forma parte del núcleo duro, unido al hecho de que la información publicada era relevante y veraz, la consideración de si su divulgación tiene o no carácter necesario no puede hacerse en términos muy estrictos: quiero decir, que basta con considerar que esa divulgación no fue completamente gratuita (y los hechos del caso hacen pensar que no lo fue) para llegar a la conclusión de que está justificada, de manera que su peso en el balance, o es inexistente o es mínimo. Y a propósito del caso Gürtel, también me parece fácilmente compartible la tesis de que la *ratio decidendi* del magistrado discrepante resulta ser una regla universalizable, coherente con los valores del ordenamiento y capaz de producir consecuencias sociales positivas, lo que no ocurre con la *ratio decidendi* de la mayoría: sostener que, salvo que se trate de un delito de terrorismo, *nunca* es lícito intervenir las conversaciones entre un interno y su abogado defensor parece claramente una regla no universalizable, que atenta contra valores básicos del ordenamiento (entre otros, el principio de igualdad: supone dar un trato de privilegio a los acusados de un delito que están en prisión, pues a los acusados en libertad sí que cabe intervenirles en algún caso sus comunicaciones), y con consecuencias sociales verdaderamente inasumibles: favorecer la impunidad para cierto tipo de delitos.

No pretendo, naturalmente, decir que todo esto sea indiscutible. Pretendo decir que los criterios de racionalidad de la ponderación no son –no podrían ser– otros distintos a los de la racionalidad jurídica en términos generales. Esos criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) son, por cierto, los que permiten ver el Derecho –los Derechos del Estado constitucional– como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas. Pero la objetividad del Derecho y la cuestión de la única *respuesta* correcta es un tema que bien puede quedar para otra ocasión.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de
Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, Colombia.
En el mes de enero de 2017

Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel bond
de 70 grs y la carátula y contracarátula en pasta dura.
Las fuentes tipográficas empleadas son Calibri en 11 puntos
en texto corrido y 13 puntos en títulos.

Manuel Atienza

Catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante, España. Dirige la revista Doxa, ha sido vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR) y ha participado como profesor en diversos cursos de doctorado y maestrías, tanto en España como en Latinoamérica. Entre sus libros destacan: "Introducción al Derecho" (1985), "Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico" (1986), "Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica" (1991), "Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico" (1993), "Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos (con Juan Ruiz Manero, 1996), "Contribución a una teoría de la legislación" (1997), "Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder" (con Juan Ruiz Manero, 2000), "El sentido del Derecho" (2001), "La guerra de las falacias" (2003), "El Derecho como argumentación" 2006) y "Fragmentos para una teoría de la Constitución" (con Josep Aguiló y Juan Ruiz Manero, 2007).

En el presente volumen se incluyen diversos trabajos del autor referidos al tema que da nombre al libro: "Interpretación constitucional".

ISBN: 978-958-8534-18-3

9 789588 534183