



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA**
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

Manuel Atienza Rodríguez

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

EDICIÓN ESPECIAL
2019

Manuel Atienza Rodríguez

CRÉDITOS

LIBRO

Interpretación constitucional

EDICIÓN Y PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

COORDINACIÓN EDITORIAL

Gery Rojas Antezana, Director de la APEC

Amalia Laura Villca, Letrada de Presidencia

Alejandra Esther Flores Soria, Investigadora III de la APEC

Claudia Mabel Mita Arancibia, Abogada Asistente Control Normativo

Lizbeth Vanesa Aníbarro Muñoz, Jefa de Unidad de Comunicación y Protocolo

Noelia Arancibia Flores, Lingüista de Secretaría Técnica y Descolonización

DEPÓSITO LEGAL:

Nº 3-1-310-19 PO.

ISBN:

978-99974-351-1-8

PRIMERA EDICIÓN 2019

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial del libro sin el permiso expreso y por escrito de este editor.

Sucre, septiembre de 2019

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

PRESIDENTE

Dr. Petronilo Flores Condori

MAGISTRADAS Y MAGISTRADOS

MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas

MSc. Brígida Celia Vargas Barañado

MSc. Georgina Amusquivar Moller

MSc. Julia Elizabeth Cornejo Gallardo

MSc. Paul Enrique Franco Zamora

MSc. Carlos Alberto Calderón Medrano

Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano

René Yván Espada Navía

CONTENIDO

	Pág.
Prefacio.....	7
Presentación.....	13
Estado de Derecho, argumentación e interpretación	19
Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho.....	55
Argumentación y Constitución.....	79
Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos.....	151
Algunas tesis sobre el razonamiento judicial.....	191

PREFACIO

Dr. Petronilo Flores Condori

Presidente

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

En la historia de la humanidad, el conglomerado social experimentó diferentes formas de organización. En ese decurso histórico, las sociedades humanas en distintos tiempos lograron consolidar el Estado como forma de organización jurídica y política sustentada en declaraciones escritas, y principalmente, en las Constituciones que reconocen, básicamente, la vigencia de los derechos fundamentales, y establecen, la estructura del poder público.

En el gran territorio del Abya Yala, ahora conocido como Latinoamérica, en el Qollasuyo, el 6 de agosto de 1825, se fundó Bolivia como un Estado republicano e independiente. Al año siguiente, el 19 de noviembre de 1826, entró en vigencia su primera Constitución Política del Estado. Desde esta última fecha hasta el año 2009, el número de Constituciones que rigió el sistema político y jurídico del país más la actual Constitución Política del Estado, vigente desde 7 de febrero de 2009, alcanzan a un total de diecinueve.

Una de las principales características de la Constitución Política del Estado de 2009, es la inclusión de un amplio catálogo de derechos fundamentales que se encuentran agrupados en civiles y políticos; de las naciones y pueblos

indígena originario campesinos; y, en sociales y económicos. Este sistema de derechos fundamentales recoge la expresión de los derechos humanos. Al respecto, el art. 13.I de la Constitución Política del Estado (CPE), determina que: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”. De conformidad al párrafo III del citado artículo: “La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”.

La aplicación inmediata de la Constitución Política del Estado en Bolivia y el carácter vinculante de la jurisprudencia en materia constitucional cobraron mayor fuerza a partir de la vigencia del control de constitucionalidad de tipo concentrado que comenzó con la puesta en vigor de la entonces Ley del Tribunal Constitucional -Ley 1836 de 1 de abril de 1998- ahora abrogada por el Código Procesal Constitucional -Ley 254 de 5 de julio de 2012-. Al respecto, el art. 109.I de la Norma Suprema, establece que: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”.

En el actual contexto, las leyes en cuanto a su producción y aplicación están sometidas a la vigencia del contenido de los derechos fundamentales, y ante la actuación contraria deviene la inconstitucionalidad de las normas. Del mismo modo, las resoluciones judiciales y administrativas tienen que ser emitidas de conformidad a los valores, principios y normas constitucionales, de lo contrario, el sujeto legitimado por ley tiene la posibilidad de activar la

correspondiente acción de defensa de derechos y garantías de orden constitucional. Estos elementos conducen a la materialización del Estado Constitucional de Derecho.

La temática de la interpretación jurídica ocupa el centro de la teoría y la práctica del Derecho. Bajo este criterio, la o las normas jurídicas seleccionadas que presenten el carácter de indeterminación, para la resolución de un caso judicial, ya sea en la vía ordinaria o constitucional, tienen que ser interpretadas con la finalidad de encontrar el sentido claro y concreto de la norma jurídica. Aquí radica la importancia del estudio y el manejo de las diferentes concepciones, metodologías y técnicas de interpretación jurídica. En Bolivia, desde que se implementó la jurisdicción constitucional (año 1994 hacia adelante), arrancó con mayor fuerza la actividad de la interpretación en materia constitucional como consecuencia del conocimiento y la resolución de los procesos constitucionales por parte de las y los Magistrados del anterior Tribunal Constitucional, ahora Tribunal Constitucional Plurinacional.

La actual Constitución Política del Estado al determinar ciertos criterios de interpretación presenta una novedad con relación al resto de los textos constitucionales que pasaron a la historia del constitucionalismo boliviano. Estos criterios pueden clasificarse en disposiciones generales de interpretación, y la establecida para la función del Tribunal Constitucional Plurinacional, en concreto.

Primero, respecto a las disposiciones generales de interpretación, el art. 13.IV de la CPE, en su parte final prescribe que: “Los derechos y deberes consagrados en

esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. En el mismo sentido jurídico, el art. 256.II de la CPE, establece que: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”. Como se verá, la interpretación en materia constitucional en Bolivia, debe realizarse tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando las normas de derechos humanos en cuanto a su contenido prescriben una mayor protección a los derechos que los establecidos en la Norma Suprema.

Segundo, con relación al mandato constitucional sobre la actividad interpretativa establecida para el Tribunal Constitucional Plurinacional, el art. 196.II de la CPE, determina que dicho órgano: “...aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

Este libro que presentamos al lector: “Interpretación constitucional”, cuya autoría corresponde al reconocido catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante de España, Manuel Atienza Rodríguez, trata sobre cinco temas como resultado de varios años de reflexión: El primero, referido al Estado de Derecho, argumentación e interpretación; el segundo, respecto a la hermeneútica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho; el tercero, vinculado con la argumentación y Constitución; el cuarto, relacionado con los límites de la interpretación

constitucional; y el quinto, referido sobre algunas tesis del razonamiento judicial.

Nuestro agradecimiento sincero y respetuoso al autor de esta publicación, Manuel Atienza Rodríguez, por su compromiso con el desarrollo de la Ciencia del Derecho, y colaboración al proceso de consolidación de la Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales (APEC) del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Estamos seguros que esta publicación: “Interpretación constitucional”, bajo la coordinación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia a través de su Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales contribuirá al debate, desarrollo de elementos teóricos y la aplicación práctica del Derecho boliviano a casos judiciales concretos. Además, impulsará a potenciar el cumplimiento efectivo del deber judicial de justificar razonablemente el contenido de la parte dispositiva de toda sentencia utilizando un lenguaje comprensible, principalmente, para las partes litigantes o intervinientes dentro del correspondiente proceso judicial.

Ciudad de Sucre, septiembre de 2019.

PRESENTACIÓN

Manuel Atienza Rodríguez

El tema de la interpretación está, como es obvio, en el centro de la teoría y de la práctica del Derecho, y esa centralidad es todavía mayor cuando se trata del Derecho constitucional y de la actividad de los tribunales constitucionales. La razón de esta última afirmación es también obvia: estos órganos, en el diseño de los Estados de Derecho del constitucionalismo contemporáneo, son los intérpretes últimos de la Constitución, y las tareas que deben desarrollar se circunscriben prácticamente a tratar con problemas de tipo normativo (que es casi lo mismo que decir “interpretativo”), a diferencia de lo que ocurre en relación con la justicia ordinaria, en donde las cuestiones concernientes a la prueba de los hechos es de gran relevancia. A pesar de lo cual, creo que no es una exageración decir que, hasta hace muy poco, ni los especialistas en Derecho constitucional ni los jueces poseían, al menos por lo que se refiere a los países del mundo latino, una adecuada formación en este campo: el de la interpretación jurídica y, más en particular, el de la interpretación constitucional.

Con el título de “Interpretación Constitucional”, la Universidad Libre de Colombia compiló y editó en forma de libro una serie de trabajos que se habían publicado originalmente por separado, entre 1996 y 2010. En la Presentación de ese libro, el entonces magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Luis Ernesto Vargas Silva,

habla de la existencia de dos modalidades de justificación de las decisiones judiciales (y, en particular, de las de los jueces constitucionales): lo que llama la “modalidad institucional”, consistente en ver en las sentencias de los tribunales esencialmente -o exclusivamente- la manifestación de un poder (un poder otorgado por el ordenamiento jurídico-positivo); y la “modalidad de justificación argumentativa”, en la que ya no basta lo anterior (digamos, el elemento autoritativo), sino que la justificación de las decisiones judiciales requiere también de otro componente, esto es, una decisión judicial sólo está justificada si, además de provenir de la autoridad competente, cumple con ciertos requisitos de racionalidad (argumentativa). El autor de la presentación considera que uno de los elementos más sobresalientes que los cinco trabajos (capítulos del libro) tienen en común es la defensa de esa segunda modalidad, la cual “tiene un vínculo necesario con la legitimidad democrática de la actividad del juez”. Y yo creo que ese juicio es completamente certero. Volveré al final sobre esto, pero antes quiero aprovechar -y agradecer- la oportunidad que me brinda el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia al publicar de nuevo el libro (con una modificación que luego explicaré) y solicitarme una presentación del mismo, para ofrecer al lector una breve síntesis de lo que puede encontrar en él.

En el primer capítulo, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación” (escrito originariamente en 1996), se lleva a cabo una elucidación de esos tres conceptos, para mostrar luego de qué manera se conectan entre sí. La tesis que ahí se defiende es que el Estado de Derecho contiene en sí mismo los dos polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el Derecho

y justifica de qué manera ha de proceder el intérprete: argumentativamente. El primer polo es la dimensión de autoridad del Derecho y está representado por las notas del imperio de la ley y de la división de poderes. Y el otro polo lo constituye la dimensión de los valores, el contenido de justicia implicado en la noción de Estado de Derecho, a través de la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y las libertades fundamentales. De lo que se trata entonces es de encontrar una mediación entre esos dos polos y evitar que uno de ellos anule al otro.

“Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho” (del año 1998) es el título del segundo capítulo. Se presenta ahí una caracterización sumaria de lo que cabe entender por filosofía analítica y por hermenéutica, en cuanto concepciones generales del Derecho. Se muestra luego, con algún ejemplo, qué repercusión tiene asumir una u otra concepción, de cara a construir una teoría de la interpretación jurídica. Y se termina ofreciendo algunas sugerencias para entender y tratar adecuadamente con los problemas de interpretación que surgen en el Derecho, poniendo el énfasis en la necesidad de integrar elementos de ambas concepciones.

El tercer capítulo, “Argumentación y Constitución”, procede de un trabajo del año 2007 y se articula en dos pasos. En el primero se aclara cuál es el papel de la argumentación en relación con el Derecho de los Estados constitucionales y se da cuenta de cómo el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho. A partir de aquí, en el segundo paso, se analiza el concepto de “argumentación constitucional” y el de “argumentación” en

general, y se señalan cuáles son las analogías y las diferencias existentes entre las argumentaciones constitucionales que llevan a cabo los legisladores, los jueces constitucionales y los jueces ordinarios.

Los límites de la interpretación constitucional pueden verse desde un plano externo: lo que lleva a la separación entre la legislación y la jurisdicción, y con ello, al llamado “activismo judicial”, que no sería otra cosa que la negación o el desconocimiento de esa separación; o bien desde un plano interno, y entonces nos encontramos con la dificultad de que los tribunales constitucionales puedan cumplir la función que el propio sistema les asigna: dictar resoluciones correctas y realizar la justicia por medio del Derecho. En “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, un trabajo del año 1997 que integra el cuarto capítulo de este libro, se aborda un aspecto de este último problema, a saber, la existencia en el Derecho de casos trágicos, de supuestos que los jueces no pueden resolver sin afectar a una dimensión esencial de un valor reconocido en nuestras constituciones. La tesis que se sostiene (que ya había sostenido en trabajos anteriores) es que, aun tratándose de supuestos excepcionales, esos casos constituyen límites a la racionalidad jurídica; y su existencia es una consecuencia inevitable del hecho de que los sistemas jurídicos (judiciales) sólo pueden verse como subsistemas del entero sistema social. Si nuestras sociedades (aunque en grados distintos) son estructuralmente injustas, entonces no cabe pensar que los jueces vayan a ser siempre capaces de hacer justicia a través del Derecho; si bien, en el contexto de los Derechos del Estado constitucional, ellos pueden contribuir significativamente a reducir las injusticias.

Finalmente, en la edición colombiana, el capítulo quinto contenía un trabajo del año 2010, “A vueltas con la ponderación”, en el que abordaba uno de los temas sobre los que más se ha discutido últimamente en el campo de la argumentación. Como esa contribución constituye una parte (el comienzo) de la discusión que sobre la ponderación he tenido con mi colega Juan Antonio García Amado, y que acaba de publicarse en esta misma colección, lo he sustituido, para la edición boliviana, por un trabajo más reciente, del año 2017, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en el que sintetizó lo que he escrito en muchas obras de los últimos tiempos sobre la argumentación judicial de tipo justificativo. Dado el carácter más general y sistemático de este quinto capítulo (en relación con los anteriores), quizás no sea un mal consejo para el lector, por paradójico que parezca, sugerirle que empiece la lectura de este libro por el final.

Y ahora quiero volver brevemente a lo que antes había planteado: La conexión entre la democracia y lo que Luis Ernesto Vargas Silva, llamaba la concepción argumentativa de la función judicial. Como se sabe, la existencia de los tribunales constitucionales ha sido cuestionada en ocasiones en nombre de la llamada “objeción contramayoritaria”, o sea, de la dificultad que supone justificar la existencia de órganos que, no habiendo sido elegidos democráticamente, sin embargo parecería que están por encima de los parlamentos, puesto que tienen el poder de anular las leyes votadas por quienes representan la voluntad popular.

Pues bien, lo que justifica que exista ese poder, que tengamos tribunales constitucionales, sólo puede venir de

la suposición de que ese es el medio más adecuado para garantizar la primacía de la Constitución. Pero, naturalmente, esa finalidad queda completamente desvirtuada si el tribunal (y, en general, los jueces) no muestran deferencia hacia el legislador y, desde luego, hacia el constituyente. Los jueces no deben adoptar una actitud formalista hacia el Derecho, esto es, no deben limitarse a interpretar las normas de manera literal, prescindiendo de lo que son sus razones subyacentes. Pero no pueden tampoco desconocer los límites que les fija el Derecho, el material previamente establecido por los legisladores y por el constituyente. La labor interpretativa de los jueces puede en ciertos casos tener un carácter creativo, puesto que, como acabo de decir, en la interpretación de ese material deben tomarse en consideración las razones subyacentes, o sea, los principios y los valores que dotan de sentido a los textos. Pero interpretar el Derecho no es lo mismo que inventarlo, que crearlo -digamos- ex nihilo. Cuando los jueces asumen el papel de los legisladores y del constituyente, el riesgo para la democracia y para el Estado de Derecho es evidente: habríamos pasado del gobierno de las leyes (incluida la Constitución) establecidas democráticamente, por la voluntad popular, al gobierno de los hombres, de los jueces, cuyo poder, en consecuencia, sólo podría calificarse de arbitrario.

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 procesal, 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 cíc “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 art. 15 de la CE”; en el primer caso, podemos preguntarnos, 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 1984)– 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 Manero, *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 1996). Consideraban 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 CE¹) 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

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

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) 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 término 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 intérpretes 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 interpreta 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.

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

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, 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, cómo 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 Summers 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, Gorrió 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. Mamor 1991) algunos trabajos de Raz (1996) o la teoría de la interpretación de Nino (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 parte, 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 intérprete. 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 la 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 y 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 la 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 datos 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 Nino, 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 todos 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 Elías 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 Elías 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 Elías 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 Manero 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]. 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

ALCHOUMÓN, 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.

ATIENZA, Manuel 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, Elías. “Estado de Derecho y sociedad democrática”. Cuadernos para el Diálogo. Madrid, 1966.

DÍAZ, Elías. “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.

DWORKIN, Ronald. Law’s Empire, Fontana Press, Londres, 1986.

GIANFORMAGGIO, 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.

GUASTINI, Riccardo. *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 Elías 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.

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

NINO, Carlos. *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.

RAZ, Joseph. “¿Por qué interpretar?”, en Isonomia, núm 5, 1996.

RIKOEUR, 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, 1955.

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 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 siglo 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 antipositivista 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 –comprende– 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 Derecho¹, 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.

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.

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 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, decisonal, 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 tres 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; y, 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 difícil². Aquí pueden surgir tres tipos de cuestiones: problemas de prueba, problemas morales (si un Derecho –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

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.

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 preferencias 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 aquella 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.

DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986.

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

GUASTINI, Riccardo. “Tre domande a Francesco Viola”, en Mario Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1994.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*, Giappichelli, Turín, 1996.

JORI, Mario. “Introduzione”, en Mario Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni 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.

RABOSSO, 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

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 cumpliera las siete siguientes condiciones, las cuales – o al menos muchas de ellas – se pueden dar también en mayor o menor grado: 1) Constitución rígida; 2) Garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) Fuerza vinculante de la Constitución; 4) “Sobreinterpretación” de la Constitución; 5) Interpretación conforme a la Constitución de las leyes; 6) Aplicación directa de las normas constitucionales; y, 7) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas¹.

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

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

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

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 norma del positivismo jurídico (sino reformando –o desarrollando– el propio paradigma del positivismo jurídico); y los que, por el contrario, consideran que el positivismo (en cualquiera de sus múltiples formas³) no ofrece ya una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: el constitucionalismo contemporáneo obligaría a ir “más allá” del positivismo jurídico. Pondré algún ejemplo de estas dos o tres últimas posturas.

Tanto Guastini como Comanducci (y, en general, la “escuela genovesa” (vid. Pozzolo 2003) han prestado una considerable atención al fenómeno del constitucionalismo, pero son radicalmente críticos en relación con el constitucionalismo en cuanto forma de aproximarse al (o nueva concepción del) Derecho. Comanducci (2003), trasladando un conocido

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.

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 que lo que él postula es “un modelo descriptivo de la Constitución como norma”, esto es, considerar la Constitución como “un conjunto de

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).

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 democráticos⁵.

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

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”.

son los agentes de la interpretación, sobre todo, cuando existe un intérprete privilegiado de la Constitución, como ocurre con los jueces constitucionales en muchos sistemas europeos; pero eso, obviamente, no es teóricamente muy relevante. También hay alguna peculiaridad en cuanto a la existencia de problemas de interpretación que se refieren no a cualquier texto normativo, sino a los textos constitucionales: así, en las constituciones que incluyen una declaración de derechos se plantea el problema de si los derechos son simplemente reconocidos (lo que supone que se trata de una lista abierta y susceptible de ser completada), o bien son creados por la Constitución (de manera que se trataría de una lista cerrada y que no puede ser integrada por los órganos aplicadores); pero, para Guastini, eso no pasa de ser una disputa ideológica, interpretable en términos de iusnaturalismo versus positivismo jurídico, y sobre la que no habría mucho que decir desde el punto de vista propiamente teórico. Y, en fin, con respecto a las peculiaridades referidas a las técnicas de interpretación, Guastini tampoco piensa que sean de gran calado: por ejemplo, a veces se sostiene que la Constitución debe ser interpretada de manera que se restrinja lo más posible el poder estatal y se amplíen al máximo los derechos de libertad, pero esta doctrina (liberal) puede extenderse a la interpretación de cualquier documento normativo; se suele decir también que, en la medida en que consiste más en principios que en reglas, la Constitución no puede interpretarse de manera literal, pero esto le parece a Guastini poco convincente: puede sostenerse –afirma– que si el contenido prescriptivo de los principios no puede recogerse mediante la interpretación literal –según el significado común de las palabras– es que no existe tal

contenido prescriptivo (p. 660); y, en fin, la doctrina de que la Constitución exige una interpretación evolutiva, además de ser problemática, puede aplicarse a cualquier texto normativo (no es privativa de la Constitución).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 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

6

Véase también su contribución en este Tratado.

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

ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de “existencia”, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de “validez” (Ferrajoli, 2003, p. 19).

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

Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli, tiene sin duda, muchos puntos de coincidencia con las de los autores “constitucionalistas” que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que

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

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

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

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

la máxima realización de los fines y valores de la práctica jurídica (del Estado constitucional). Y en cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea, por lo demás, que está muy presente también en los otros autores) se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios o que el juez debe procurar contribuir al desarrollo y mejora de la práctica o empresa en que consiste el Derecho.

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

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

3. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

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

el Estado constitucional.

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

Para comprobar la validez de esta última afirmación, basta con examinar lo que ha sido la evolución de la obligación (y la práctica) de la motivación judicial de las decisiones. En los Derechos de tipo continental (el *common law* ha tenido una trayectoria algo distinta) se pueden distinguir dos etapas (vid. Taruffo 1992): la primera comienza en la segunda mitad del XVIII y se caracteriza porque, en sus diversos modelos, predomina lo que Taruffo ha llamado la concepción “endoprocesal” de la motivación: la motivación permite que las partes se den cuenta del significado de la

decisión, puedan eventualmente plantear su impugnación y el juez pueda valorar adecuadamente los motivos de la misma. Por el contrario, en la segunda etapa (a partir del final de la segunda guerra mundial), a las funciones endoprocesales se añade otra de carácter “extraprocesal” o política: la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez.

Por lo que se refiere a la teoría del Derecho, un repaso a las concepciones del Derecho más características del siglo XX permite, en mi opinión, concluir que ninguna de ellas puede dar cuenta satisfactoriamente de la dimensión argumentativa del Derecho. Dicho en forma extremadamente concisa: El formalismo (conceptual, legal o jurisprudencial) ha adolecido de una visión extremadamente simplificada de la interpretación y la aplicación del Derecho y, por tanto, del razonamiento jurídico. El iusnaturalismo tiende a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica. Para el positivismo normativista (de autores como Kelsen o Hart), el Derecho –podríamos decir– es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir; y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de argumentación jurídica. El positivismo sociológico (el realismo jurídico) centró su atención en el discurso predictivo, no en el justificativo, seguramente como consecuencia de su fuerte relativismo axiológico y de la tendencia a ver el Derecho como un mero instrumento al servicio de fines externos y carente de valor moral. Y las teorías “críticas” del Derecho (marxistas o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de

hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno) necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo.

Esos déficits y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional explican que en los últimos tiempos (más o menos, desde finales de los años 70) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que, en diversos trabajos (vid., por ejemplo, Atienza 2006, pp. 55 y ss.), he caracterizado con los siguientes rasgos (todos ellos ligados con el enfoque argumentativo del Derecho)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 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

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.

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; y, 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 detalles⁸, 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.

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

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

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

justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable. En los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es distinta: por ejemplo, cabe perfectamente que se pueda explicar una decisión que, sin embargo, resulte injustificable; y los jueces –los jueces del Estado de Derecho– tienen, en general, la obligación de justificar, pero no de explicar, sus decisiones. Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso –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 relevancia¹⁰: cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma aplicable al caso; o de problemas de interpretación: cuando las dudas se refieren a cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. Y, en el segundo supuesto, puede tratarse de problemas de prueba, que se plantean a propósito de si ha tenido o no lugar un determinado hecho; o problemas de calificación, que surgen cuando las dudas afectan a si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que aparece en la norma. En los casos difíciles (los que llegan a los tribunales constitucionales son, esencialmente, problemas de interpretación, pero las anteriores dificultades pueden darse combinadas entre sí en formas complejas) al anterior hay que añadir un segundo tipo de justificación: la “justificación externa” o “de segundo nivel”. El razonamiento deductivo sigue jugando aquí un papel importante, pero limitado. A los criterios de

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 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.

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.

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 constitucionalidad¹¹). Además de otras diferencias que tienen que ver con el distinto estatus normativo de los jueces constitucionales y de los legisladores, y con la distinta composición y organización de ambas instituciones, la diferencia crucial estriba, en mi opinión, en la naturaleza de los problemas que desencadenan la necesidad de argumentar en una y otra instancia. Por ejemplo, a propósito de la mencionada ley de reproducción humana asistida, la discusión parlamentaria que tuvo lugar cuando se dictó en 1988 (al igual que cuando se promulgó una nueva, en 2006, que modificaba la anterior) versó sobre cuestiones como las siguientes: ¿Qué fines debe perseguir la ley?,

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

¿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, 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 decisión¹². Naturalmente, cuando se dice que la argumentación justificativa de los jueces puede, en principio, asumir una forma subsuntiva, adecuada o ponderativa, lo que se está resaltando es únicamente el último tramo o la forma general de esa argumentación (lo que a veces se denomina “justificación interna”). Pero para llegar hasta ahí, para justificar las premisas (“justificación externa”), se usa una variedad de argumentos que pueden clasificarse de muy diversas formas. En relación con los que

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.

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 absurdum¹³. La explicación del carácter “recurrente” de estos tipos de argumentos es, en mi opinión, la siguiente.

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

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);

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 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.

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:

- 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 ponderación¹⁴. Una es la ponderación (si se quiere, la ponderación en sentido estricto¹⁵) que tiene lugar

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

básicamente entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como, por ejemplo, entre la norma –el principio– que prohíbe atentar contra el honor de las personas y de los grupos y la que garantiza –permite– la libertad de expresión. Otro tipo de ponderación es el que tiene lugar a partir de directrices; me refiero con ello al proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas (que pueden consistir en reglas de acción o de fin, o simplemente en medidas concretas que establecen la obligación de realizar cierta acción) a partir de alguna directriz como la contenida en el art. 47 de la Constitución española relativa al derecho a disfrutar de una vivienda digna¹⁶.

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,

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.

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.

y se aducen las razones para ello. Y finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente. La ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas, respetando ciertos principios como el de universalidad, consistencia, coherencia y adecuación de las consecuencias. Por ejemplo, si se examina un número suficiente de supuestos decididos por el Tribunal Constitucional español, en los que entran en contradicción el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, se puede ver cómo se van construyendo reglas distintas según que se den o no determinadas propiedades: que se afecte al honor en sentido estricto o a la intimidad; que se trate de libertad de expresión o de información; que las informaciones tengan o no un interés público, etc. (Atienza 1996).

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

- 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 P1 (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 abstracto¹⁷.

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,

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 campo de la ponderación de estos últimos es, naturalmente, el hecho de que la misma tiene que circunscribirse a una comparación entre una determinada norma (cuya constitucionalidad se discute) y la propia Constitución; el juicio de ponderación viene a expresar, entonces, que, aunque existen en principio razones (basadas en valores, principios, etc.) que apoyan la constitucionalidad de la norma, y otras razones en sentido contrario, las primeras (dadas determinadas circunstancias: el grado en que la norma afecta a determinados derechos, el valor de los diversos principios implicados, etc.) prevalecen sobre las segundas (y, en consecuencia, la norma es declarada constitucional).

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 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.

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

$$A_i \times \text{Pes. } i \times S_j$$

$$\text{Pes } i, j = \frac{\quad}{\quad}$$

$$A_j \times \text{Pes } j \times S_j$$

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

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 lingüísticos); no es obvio cómo haya de articularse ese texto con otros ya existentes (criterios sistemáticos); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (criterios pragmáticos); es problemática la relación entre el texto y las finalidades a que el mismo ha de servir (criterios teleológicos); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento (criterios axiológicos). Ahora bien, la clave para la solución de un problema interpretativo no se encuentra simplemente en esos criterios, sino en los criterios de segundo grado que establecen qué criterios, y en qué ocasiones, prevalecen sobre otros (puesto que el uso de una u otra regla interpretativa puede llevar en muchos casos a resultados opuestos) lo que, a su vez, requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación (formalista, realista, subjetivista, objetivista, etc.) y, en el fondo, a una teoría del Derecho.

De manera que, a fin de cuentas, esta segunda forma de ver la interpretación no es tan distinta de la sugerida por Dworkin, si el análisis de la argumentación que requiere un problema interpretativo se lleva hasta el final (hasta sus premisas últimas) y se suscribe una teoría no formalista, objetivista y no escéptica de la interpretación (y del Derecho). La solución de los problemas interpretativos depende, por tanto, de la forma como se entienda el fenómeno del constitucionalismo al que me referí en un apartado anterior. No es por ello de extrañar que Dworkin y los autores a los que, en sentido estricto, cabe denominar como “constitucionalistas” estén básicamente de acuerdo en

cuanto a los criterios últimos para interpretar la Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico. Así, coinciden, por supuesto, en la idea de que todo el material jurídico debe interpretarse de manera acorde con la Constitución, como consecuencia obvia de la primacía de la Constitución. Pero también en priorizar las interpretaciones que conduzcan al máximo desarrollo posible de los valores y derechos fundamentales. En considerar que los criterios lingüísticos, pragmáticos y sistemáticos (lo que Dworkin denomina adecuación –fitness–) constituyen básicamente un límite, pero no el objetivo de la interpretación. En defender alguna versión de la teoría de la “deferencia al legislador” y de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Y, en fin, en sostener la prioridad del elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin perder de vista por ello que el Derecho (a diferencia de la moral) es necesariamente un fenómeno autoritativo y que este último componente tiene que pesar más a medida que se va descendiendo en el orden jerárquico judicial: por ello, entre otras razones, la interpretación de los tribunales constitucionales no puede ser del todo coincidente con la de los otros jueces²⁰.

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).

Pero volvamos a la cuestión de la relación entre interpretación y ponderación. Dado que en la formulación de los principios aparecen expresiones de significado abierto, impreciso (“dignidad”, “honor”, “libertad”, “igualdad”, “tratos inhumanos o degradantes”, etc.), su utilización requiere, naturalmente, una labor de interpretación. Y si se acepta una concepción de la ponderación como la de Alexy, no cabe duda de que expresiones como “peso abstracto”, “afectación grave”, etc., necesitan también ser interpretadas. Digamos que la ponderación es un esquema o una operación que envuelve diversos momentos interpretativos: no se puede ponderar sin interpretar. ¿Pero se puede interpretar sin ponderar? Sí y no.

Por un lado, en efecto, parece haber problemas de interpretación de la Constitución (y de las leyes) que no requieren de una ponderación, sino simplemente de la utilización de alguna regla interpretativa. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español entendió (en 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 contenido²¹: Los principios en sentido estricto suministran razones de corrección, y las directrices, razones finalistas. De acuerdo a cómo operan nuestros sistemas jurídicos (los del Estado constitucional) puede decirse que las razones sustantivas tienen algún tipo de prioridad sobre las autoritativas y, dentro de las sustantivas, las de corrección sobre las finalistas; pero no parece que se pueda establecer una jerarquía estricta: las razones de corrección pueden ser derrotadas, en ciertas circunstancias excepcionales, por razones de fin; y unas y otras (las razones sustantivas) pueden ser derrotadas también por razones institucionales, esto es, razones cuya fuerza depende de la necesidad de preservar el propio orden jurídico o alguna de sus instituciones (por ejemplo, la división de poderes y la deferencia al legislador justifica que un juez constitucional no pueda –o pueda muy limitadamente– modificar una norma legislativa para hacerla más justa, más acorde con

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

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 moral²². 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 descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución” (Nino 1992, p. 71).

4.3 Resumiendo en cierto modo lo que se acaba de ver en los anteriores apartados, podría decirse lo siguiente. Considerada desde la perspectiva judicial, la argumentación constitucional sería aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución. Como el punto de partida, las premisas, de los argumentos son enunciados de principio, el esquema básico es la ponderación, pero eso no excluye una utilización –limitada– de esquemas de adecuación y, por supuesto, clasificatorios. Una característica fundamental de los principios es que están formulados en forma abierta e imprecisa y, normalmente, hay más de uno, de signo contrapuesto, aplicable a cada situación. Ello significa que su manejo plantea no sólo problemas de interpretación en sentido estricto, sino también de ponderación, de establecer el peso relativo de cada uno de ellos: en relación con los otros, y a la vista de determinada situación. No hay un método que permita determinar, de antemano, el

resultado de esta operación, pero sí criterios que sirven como límite y guía de la misma. Aquí podría distinguirse, a su vez, entre los criterios que son característicos de cualquier argumentación práctica de carácter justificativo (universalidad, consistencia, coherencia, adecuación de las consecuencias) y otros vinculados a una determinada concepción de la Constitución, del Derecho del Estado constitucional. La diferencia entre la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y por los tribunales ordinarios no puede ser una diferencia cualitativa, dado que una de las características del constitucionalismo es que la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier argumentación judicial de carácter justificativo se apoya en último término en premisas (normas y valores) constitucionales. Esto puede no resultar manifiesto en los casos fáciles (en los que hay una norma específica, una regla, aplicable sin más al caso), pero simplemente porque, al no ponerse en cuestión la regla, la argumentación no necesita llegar hasta niveles de justificación más profundos. Pero las reglas, como sabemos, tienen su justificación en los principios y el recurso (explícito) a ellos se vuelve necesario cuando aparecen casos difíciles, esto es, casos en los que no hay una regla aplicable, o hay más de una entre sí contradictorias, o hay una sola pero su contenido prescriptivo va más allá o más acá de su justificación subyacente, esto es, hay un desajuste entre el aspecto directivo y el valorativo. O sea, si se consideran los elementos formales y materiales de la argumentación, no hay –no puede haber– muchas diferencias en cuanto a la manera de justificar las decisiones de los casos difíciles por parte de los tribunales ordinarios o constitucionales. Los elementos distintivos tienen más

bien que ver con cuestiones de tipo institucional (que tienen que ser consideradas por una concepción pragmática de la argumentación) como la competencia (los tribunales constitucionales pueden ser los únicos competentes para decidir sobre determinadas cuestiones) y la autoridad (los tribunales constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, constituyen obviamente el punto último de la cadena de autoridades: sus decisiones y las razones que las avalan pueden estar equivocadas – jurídicamente equivocadas– pero tienen fuerza obligatoria; su repercusión, por ello, es, normalmente, superior a la de los otros tribunales.

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

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

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

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

Pues bien, hay ciertos rasgos de la argumentación constitucional que desarrollan los jueces que se conectan precisamente con lo anterior y que apuntan, en cierto modo, a la misma tensión que se acaba de mencionar. Por un lado, la manera de superar ese déficit de legitimidad democrática, de legitimidad de origen, parecería que tendría que consistir en una exigencia más estricta en cuanto al ejercicio del poder;

sería por ello de esperar que el discurso justificativo que se contiene en la motivación de las decisiones judiciales –en particular, las de los jueces constitucionales– obedeciera al modelo del diálogo racional. Pero, por otro lado, esa argumentación no podría estar presidida exclusivamente por la idea de corrección, esto es, no se trata de un diálogo puramente filosófico, sino de un diálogo condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas y cuyo destinatario quizás no sea exactamente el “auditorio universal” (vid Perelman y 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 regla²³. 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

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.

así la oportunidad de conocer los argumentos a favor y en contra de una determinada tesis expuestos por las partes (aunque las “partes” no sean muchas veces individuos, sino órganos públicos). Es usual que en la redacción de las sentencias queden “rastros” de esa dialéctica, digamos, previa a la deliberación del tribunal. La otra institución es la del voto particular (discrepante o concordante) que permite también que, en el texto de la sentencia, se trasluzca algo de la dialéctica que ha tenido lugar, ahora, durante la deliberación en el interior del tribunal; no hace falta insistir en que esa posibilidad de que afloren los argumentos de una y otra parte, de la mayoría y de la(s) minoría(s), es de particular relevancia en los casos más conflictivos, en los que la división del tribunal refleja sin duda la que existe en la sociedad, en los diversos sectores sociales.

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

siguiendo a Habermas, formula una serie de reglas de la argumentación racional, las más importantes de las cuales son las que denomina “reglas fundamentales” y “reglas de razón”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 decálogo²⁵. Lo

24 Reglas fundamentales:

- “1.1. Ningún hablante puede contradecirse
 - 1.2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree
 - 1.3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.
 - 1.4. 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.
 - 1.5. 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 se lo demande.

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

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

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

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

VII. Debe considerarse que una tesis o una posición ha sido defendida de modo concluyente si su defensa ha consistido en argumentos correctos o resultantes de la

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

Pues bien, la argumentación de los tribunales no puede obedecer del todo a esas reglas, al menos por un par de razones. La primera es que se trata de una argumentación que no está abierta a todos sino, precisamente, tan sólo a los 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 aproximación²⁶. Y la segunda razón es que los jueces (también los jueces constitucionales) operan bajo límites de carácter institucional (límites procedimentales, pero también sustantivos) que no existen en el diálogo racional. Por supuesto, todas estas limitaciones pueden muy bien estar justificadas (permiten

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 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.

–por decirlo de una manera pomposa– que la razón práctica llegue más allá de donde llegaría de otra manera, esto es, permite que se argumente a propósito de campos de acción que, en otro caso, quedarían librados a la arbitrariedad o a la violencia). Pero, en cualquier caso, lo que parece claro es que los tribunales constitucionales no son una encarnación de la “comunidad ideal de diálogo” habermasiana ni, incluso, de la menos idealizada “razón pública” de Rawls.

Ahora bien, esos déficits son todavía compatibles con la idea de que, de todas formas, la argumentación que se desarrolla en los tribunales constitucionales se aleja menos del modelo del diálogo racional que la que tiene lugar en los parlamentos. Por ejemplo, la confrontación de posturas se resuelve aquí en último término (como ocurre en los tribunales), por medio de una votación, pero quienes votan no tienen la obligación de justificar el sentido de su voto y no sólo pueden adoptar en el debate una actitud de activa “parcialidad”, sino que con alguna frecuencia (en el funcionamiento real de las asambleas parlamentarias) queda excluida de antemano la posibilidad de que alguien pueda ser persuadido por un argumento de un representante de la fuerza política antagónica. Por lo demás (y aunque aquí sea relevante la distinción entre la discusión en las comisiones y en el pleno), lo normal es que los árbitros del debate, quienes lo resuelven mediante votación, no sean expertos en la materia; en ocasiones, ni siquiera podría decirse que tengan una idea razonablemente fundada de lo que se está votando (y, por tanto, de los argumentos que están apoyando o a los que se están oponiendo). ¿Pero es realmente por ello menos “racional” la argumentación legislativa (parlamentaria) que la judicial? La respuesta

es probablemente que no. No tiene sentido criticar a los 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 argumentar²⁷. 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

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.

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 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 jurídicos²⁸.

Lo anterior no quiere decir que el destinatario de las argumentaciones de los tribunales constitucionales sea

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.

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

Me parece que lo que tendría que guiar la labor argumentativa de los jueces constitucionales tendría que ser alguna combinación de esos dos criterios: coherencia y pragmatismo; consenso ideal y consenso fáctico; teoría moral y teoría política. En algunos aspectos, quizás sea posible encontrar una cierta síntesis: por ejemplo, puede pensarse que la coherencia es un criterio irrenunciable, pero que la coherencia a la que cabe aspirar aquí –en general, en el Derecho– es una coherencia local, limitada, lo cual, por otro lado, hace posible que la Constitución pueda verse

como una práctica abierta²⁹. 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.

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

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

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

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).

ALEXY, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en Revista española de Derecho constitucional, N° 66, 2002.

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

ATIENZA, Manuel. “Juridificar la bioética. Boética, Derecho y razón práctica”, en Claves de Razón Práctica, N° 61, 1996.

ATIENZA, Manuel. “Argumentación y legislación” en La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación, Ariel, Barcelona, 2006.

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

ATIENZA, Manuel. Ilícitos atípicos (2ª ed.), Ariel, Barcelona, 2006.

ATIENZA, Manuel. “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.

DWORKIN, Ronald. *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.

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

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

GUASTINI, Riccardo. *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.

NINO, Carlos. *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.

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

MACCORMICK, Neil. *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 rhétorique*, 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.

PRIETO, Luis. “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.

RAWLS, John. *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. *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*, N° 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, Frans; 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

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 suprallegalidad 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 decir 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 peculiaridad 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 argumentación jurídica y también, más en general, en la teoría del Derecho contemporáneo.

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 aquellos (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.

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).

- d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
- 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 excluidas 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, 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 1986, 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 1986, 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 1986, 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 correcta², 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

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.

respecto a esa concepción (aunque no deja de reconocer que sus pretensiones escépticas de tipo general, entendidas en cuanto escepticismo interno³, 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– difíciles⁴.

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 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

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 1986, 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 (1986, pp. 274–5 y 441 y ss.).

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 subrogada, 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 correcta o falsa. Pocas proposiciones éticas —casi ninguna de las que la 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 decir 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 satisficieran 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 del mínimo; es decir, lo que se

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.

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 sí 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: aquellos 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).

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.

Esta forma de ver las cosas, por cierto, deja por así decirlo indecisa 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 contemporáneo. Y ni siquiera cabe afirmar en rigor que sostengan la existencia de casos trágicos autores que, como Calabresi y Bobbit, han estudiado y efectuado 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 plantean 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 esto 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 ley⁷.

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

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.

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 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 consecuencia”:

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 interesa⁸.

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

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 N° 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 incommensurables. El resultado es una especie 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 incommensurables de problemas como el del hambre en el mundo o la superpoblación sean, por ello, teóricamente incommensurables y nos aboquen al cinismo ético o, como Fishkin propone rechazando el cinismo, a convivir inexorablemente con una ética asistemática” (Hierro 1995, 147).

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 esta 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) 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 nacionales⁹.

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 extranjero¹⁰, lleva fatalmente, a quien tenga que aplicar sus normas, a encontrarse frente a casos trágicos: no se puede –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,

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

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 derechos de participación política– es un

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.

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

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.

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 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 N.º. 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 satisficiera 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 reprochable 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 Gowans 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 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 (Gowans se refiere a autores como Kuhn y Putnam), que las cuestiones científicas son a veces de esta naturaleza”. (Gowans 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

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

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 moral¹⁴; 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 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

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.).

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.

ATIENZA, Manuel. *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 scarce 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*, Argenteria/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 Constraint in 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 Philosophy*, N° 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*, N° 15–16, t.2, 1994.

NAVARRO, Pablo E. “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, en *Doxa*, N° 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: Philosophical Papers 1956–1972*, Cambridge University Press, 1973; este trabajo está reproducido en Gowans, 1987.

ALGUNAS TESIS SOBRE EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

En lo que sigue recojo 10 tesis sobre el razonamiento judicial de carácter justificativo que he defendido en diversas publicaciones de los últimos tiempos. Se trata fundamentalmente de un ejercicio de síntesis, aunque no he dejado de aprovechar la ocasión para precisar alguna que otra cosa. En todo caso, el lector interesado en conocer más detalles puede acudir a las obras que se irán citando y en las que, como digo, este trabajo está basado.

1. El razonamiento judicial constituye solo un tipo, aunque muy importante, de razonamiento jurídico.

Se trata de una tesis obvia, pero que conviene subrayar. Hay muchísimas otras instancias en la vida jurídica, aparte de la judicial, en la que tienen lugar argumentaciones. Y, además, la argumentación judicial no es solo la que llevan a cabo las altas cortes de justicia: nuestros tribunales supremos y/o constitucionales. Sin embargo, lo que solemos considerar como “teoría estándar” de la argumentación jurídica, esencialmente las elaboradas por MacCormick

y Alexy a finales del los años setenta del siglo pasado, se limitaron prácticamente a considerar este último campo que ciertamente constituye un aspecto muy parcial del razonamiento jurídico¹. En consecuencia, estas teorías de la argumentación jurídica, a pesar de sus muchos méritos, dejan fuera de su objeto de estudio no sólo a la argumentación de carácter no judicial (como la argumentación legislativa, la argumentación de los abogados o la de la dogmática²), sino también a la argumentación en materia de hechos, pues los problemas de prueba no suelen llegar hasta los tribunales supremos o constitucionales, aunque seguramente sean los más relevantes cuando se considera el conjunto de la jurisdicción.

Estamos pues ante una limitación importante y que quizás no afecte únicamente al ámbito de aplicación de la teoría. O, dicho de otra manera, los límites extensionales son también aquí límites intensionales, en el sentido de que tienen que ver con la propia concepción de la argumentación jurídica y del Derecho. Me parece que esto resulta perceptible en diversas críticas que se han dirigido a la teoría estándar y, de manera muy específica, en la versión de Robert Alexy.

Una de esas críticas viene a decir que la teoría de la argumentación jurídica ha partido de un concepto muy estrecho de racionalidad que no incluye la racionalidad estratégica. Así, en opinión de Juan Ramón de Páramo³, el enfoque argumentativo del Derecho no puede dar cuenta

1 Esa limitación la señalaba ya en Atienza 1991.

2 Alexy incluye varias reglas de argumentación dogmática entre las reglas y las formas de la justificación externa (vid. Alexy 1989).

3 De Páramo 2007; Atienza 2013, pp.396-398.

de los procesos de toma de decisión y de resolución de conflictos antagónicos en el ámbito del Derecho, puesto que en ellos no opera únicamente el discurso racional, el diálogo crítico; o sea, él piensa que en la experiencia jurídica los procesos de argumentación (en el sentido de argumentación siguiendo las reglas de la discusión racional: las sistematizadas por Alexy) suelen darse entremezclados con procesos de negociación y de mediación: la racionalidad comunicativa con la racionalidad de tipo estratégico. Ahora bien, esa crítica tiene cierta plausibilidad dirigida contra la concepción de Alexy, pues la llamada “tesis del caso especial” significa precisamente considerar que todos los supuestos de argumentación jurídica son instancias de la argumentación práctica racional, o sea, procesos argumentativos en los que rigen esas reglas y otras específicas de la argumentación jurídica (las de la llamada “justificación interna” y “justificación externa”). Pero la crítica resulta infundada si se pretende hacer extensiva a cualquier teoría de la argumentación jurídica. En mi opinión, una teoría realista (menos idealizada que la de Alexy) y razonablemente satisfactoria de la argumentación jurídica tiene que incluir (incluye de hecho) otros tipos de diálogo (de argumentación) aparte del diálogo crítico, entre otras cosas porque no se centra en exclusiva en las argumentaciones que llevan a cabo los tribunales supremos y constitucionales.

Algo parecido podría decirse de la acusación que, por ejemplo Enrique Haba⁴, ha dirigido a la teoría estándar en el sentido de que ésta incurriría en una seria deformación

4

Haba 2010; Atienza 2013, pp. 32-33.

ideológica. Tal y como este autor lo formula, una concepción de la argumentación jurídica como la de Alexy ofrece una visión idealizada, “embellecida”, de la realidad jurídica (argumentativa), pues el modelo alexiano, aparentemente descriptivo de cómo de hecho se argumenta en el Derecho, esconde en realidad una gruesa exageración: no es una descripción, sino una idealización (pero disimulada) de las prácticas argumentativas en el Derecho. Y el éxito que las teorías argumentativas han tenido entre los jueces y entre los juristas en general se explicaría precisamente porque las mismas constituyen un ejemplo de “ideología gremial”: es muy comprensible que los jueces y, en general, los juristas estén dispuestos a acoger con entusiasmo teorías que presentan la jurisdicción y la práctica del Derecho como actividades arquetípicas de la racionalidad discursiva. También en este caso cabría decir que la crítica contiene algunos granos de verdad o que, al menos, es útil en cuanto supone una llamada de atención frente a los riesgos de deformación ideológica en que puede caer un enfoque argumentativo del Derecho. Pero esos riesgos, de nuevo, parecen estar bastante vinculados con una visión del Derecho y de la argumentación jurídica circunscrita a una pequeña parte de la experiencia jurídica.

Y, en fin, la crítica contra la llamada “tesis del caso especial”(esta última, como se sabe, constituye el núcleo de la concepción de la argumentación jurídica de Alexy) tiene también mucho que ver con la reducción que este autor hace de la argumentación jurídica a la que llevan a cabo los tribunales supremos y constitucionales y quizás también los juristas cultivadores de la dogmática. Si se restringe a este ámbito la argumentación jurídica, la tesis

alexiana, aunque quizás no sea del todo satisfactoria, parece plausible: por lo menos, cabría decir que para los jueces y para los cultivadores de la dogmática las reglas del discurso práctico racional tendrían que operar como una especie de ideal regulativo. Pero lo que no resulta ya fácil de aceptar es que la argumentación jurídica, tomada en toda su extensión, sea un caso especial de la argumentación práctica general⁵. Es bastante obvio, yo diría, que, por poner un ejemplo, la obligación de sinceridad no rige (no podría operar ni siquiera como un ideal regulativo) en el caso de la argumentación de los abogados o de la argumentación legislativa (la que tiene lugar en contextos de confrontación política). Simplemente, estas últimas son instancias distintas a la(s) judicial(es) y regidas por reglas que no son del todo coincidentes con aquella. La argumentación jurídica (entendida en ese sentido amplio) es, pues, una práctica compleja en la que concurren muy diversos tipos de diálogo, y en donde, dependiendo del contexto de que se trate, las reglas del diálogo racional no juegan siempre, exactamente, el mismo papel. Para decirlo de manera más precisa. El discurso práctico racional (el discurso crítico) debería tener (desde la perspectiva de una teoría general de la argumentación jurídica) cierta prioridad sobre los otros discursos, los de carácter estratégico. Pero me parece que hay una forma de lograr esto (una cierta unidad en la diversidad) que no es exactamente la que propone Alexy. En mi opinión, lo que se necesita es mostrar que el diálogo práctico racional permite justificar la existencia de esas otras formas de argumentación: el discurso predominantemente estratégico de los abogados,

5 Esa crítica puede verse en Atienza 1991, pp.; Atienza 2006, pp. 269-270 y Atienza 2013, pp. 286, 368 y 570.

de los legisladores, de los negociadores(...) aunque estas últimas formas no sean especies de ese género. Se trata, como digo, de una tesis distinta a la de Alexy, porque no supone ninguna idealización de la práctica jurídica. Alexy (y muchos teóricos que le han seguido en esto) viene a sostener (y creo interpretarle bien) que las reglas del discurso práctico racional definen una especie de superjuego que contiene – en forma muy abstracta– las reglas de todos los otros juegos (jurídicos) argumentativos, cada uno de los cuales estaría regido, además, por algunas reglas específicas adicionales y compatibles con las del discurso práctico general. Mientras que lo que yo defiendo es que algunas de las reglas de esos otros juegos argumentativos (por ejemplo, la no obligación de sinceridad en relación con la argumentación de los abogados) contradicen las del discurso práctico racional, aunque puedan tener una justificación en ese mismo tipo de discurso: pero se trata de niveles de discurso distintos. En definitiva, no es una relación de género a especie, sino una relación de un tipo distinto (de justificación).

2. El razonamiento judicial, el que se expresa en las motivaciones de las sentencias, tiene esencialmente un carácter justificativo.

La diferencia entre las razones explicativas y las justificativas, o bien, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación tiene, sin duda, una gran importancia y es un presupuesto básico de la teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual se sitúa exclusivamente en este segundo plano. O sea, el propósito de autores como MacCormick, Aarnio, Peczenik, Alexy, etc. no ha sido estudiar cómo se toman, o cómo se deberían tomar, las decisiones judiciales,

sino cómo se deben justificar esas decisiones, partiendo en cierto modo de cómo de hecho se justifican, puesto que todas esas teorías tienen un propósito fundamentalmente reconstructivo.

Como digo, la distinción entre esos dos contextos tiene su importancia y su interés: Ha servido, por ejemplo⁶, para poner de manifiesto la confusión en la que incurren algunos autores realistas en su crítica a la teoría del silogismo judicial: una teoría esta última que no es exactamente falsa, sino insuficiente: la forma silogística (con los matices a los que luego me referiré) es un componente necesario, pero no suficiente, del razonamiento judicial de carácter justificativo. Y es también útil para recordarles a los jueces que lo que tienen que hacer, si desean motivar adecuadamente sus decisiones, no es exactamente, como muchas veces se dice, “describir el proceso psicológico y lógico” que les ha llevado a la decisión (esas serían razones explicativas pertenecientes al contexto de descubrimiento), sino ofrecer razones que permitan considerar sus decisiones como decisiones correctas o justificadas: no tienen, pues, en sentido estricto, que explicar, sino que justificar sus fallos.

Pero es también muy posible que la teoría estándar, al situarse exclusivamente en el contexto de justificación, haya limitado excesivamente el alcance de la teoría, e incluso que haya impedido una comprensión cabal del razonamiento

6 Creo que el primero en usarla fue Richard Wasserstrom, en un libro en el que acusaba a los autores realistas como Jerome Frank y otros de cometer la “falacia irracionalista”: pasar de constatar la utilidad limitada de la lógica formal a afirmar que la decisión judicial es inherentemente arbitraria: Wasserstrom 1961 y Atienza 2006, pp. 100 y ss.

justificativo si es que la distinción en cuestión no puede trazarse de una manera estricta: o sea, si hubiera elementos de carácter explicativo que jugaran también un papel en la justificación. Y esto último es precisamente lo que parece suceder⁷. Así, en la ciencia (de la filosofía de la ciencia es de donde se tomó esa distinción) no parece que pueda hablarse de que haya una línea tajante que separe ambos contextos: No nos referimos a una propuesta como un descubrimiento si la misma no ha pasado suficientes pruebas; y el descubrimiento de las teorías no es una operación arbitraria o azarosa, sino que existen ciertas pautas de racionalidad que permiten hablar de “lógica del descubrimiento”, siempre que por “lógica” no se entienda sin más la lógica deductiva. Y algo parecido ocurre con las decisiones judiciales: el juez (si se trata de un juez honesto) no llega a una decisión si piensa que la misma no está justificada; y existe también aquí un cierto método para la toma de decisiones que, de alguna manera, viene a integrar elementos de ambos contextos: Se trata de reconstruir (y de explicitarlo en la motivación) una serie de pasos que constituyen el iter psicológico y/o sociológico que conduce a la decisión, para luego examinar si los mismos están o no justificados⁸. Dicho de otra manera, en el proceso real de la motivación judicial es imposible separar del todo el contexto del descubrimiento y el de justificación, porque las razones que explican pueden ser también razones que justifican. Más aún, como lo ha señalado Aguiló⁹, las instituciones de la independencia y de

7 Atienza, De nuevo sobre contexto de descubrimiento y justificación.

8 Me parece que a esto es a lo que se refiere Perfecto Andrés Ibáñez cuando habla de la existencia de “dos momentos” de la motivación (Andrés Ibáñez 2015, cap. X, en general y, en particular, p. 270).

9 Aguiló 2003.

la imparcialidad judicial tienen el objetivo de lograr que las razones explicativas y las justificativas coincidan; el ideal de la motivación vendría a consistir precisamente en eso, y quizás de ahí las dificultades que muchos jueces manifiestan a la hora de asumir esa distinción.

Por lo demás, mi concepción de la argumentación jurídica permite, creo, comprender las limitaciones y el alcance de la distinción en cuestión. Yo parto¹⁰ de un concepto amplio de argumentación en el que distingo tres dimensiones: Formal, material y pragmática, y, dentro de la pragmática, diferencio entre un enfoque retórico y otro dialéctico. Pues bien, la distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación es nítido desde la primera perspectiva, desde la lógica formal que se sitúa efectivamente en el contexto de justificación y contempla la argumentación como un resultado, no como una actividad; no lo es ya desde la perspectiva material, que incorpora ciertos elementos de carácter psicológico y sociológico (por ejemplo, el sentirse comprometido con la verdad o corrección de las premisas y de la conclusión) y no deja del todo fuera el proceso de la argumentación; y es sencillamente imposible de establecer desde un plano pragmático, pues aquí la argumentación es un tipo de actividad social: ciertos datos sociológicos como la aceptación por la otra parte de ciertas tesis, de ciertos puntos de partida, es condición necesaria para que pueda tener lugar un proceso argumentativo. Por lo demás, un elemento fundamental de la teoría que yo propugno es que todas esas dimensiones juegan un papel (aunque su peso

10

Atienza 2006, pp. 102 y ss. y Atienza 2013, pp. 114-115.

varíe de un caso a otro) en todos los tipos de argumentación jurídica, incluida la justificación judicial.

3. *La distinción entre casos (judiciales) fáciles y difíciles y, correspondientemente, entre justificación interna y justificación externa es básicamente aceptable, pero necesita ser precisada y desarrollada.*

Lo que fundamentalmente quiere decirse con esa distinción es que existen algunos casos (la mayoría probablemente de los que llegan a los tribunales) que todos los juristas (o la mayoría, o los expertos una vez conocidos todos los detalles) resolverían de una misma manera, porque los datos normativos y los fácticos de los que depende la solución no ofrecen dudas. Justificar la decisión en relación con esos casos supone, por ello, efectuar una deducción cuyas premisas contendrían los anteriores datos y la conclusión sería un enunciado normativo singular (por ejemplo, “X debe ser condenado a la pena P”) que llevará al juez (si no quiere incurrir en una contradicción pragmática) a decidir condenar a X a la pena P. Pero hay también una cierta cantidad de casos (muchos de ellos son precisamente los que llegan ante los tribunales superiores, o sea, los que son recurridos) en los que las premisas normativas y/o las fácticas presentan dudas de diversos tipos, lo cual hace que los juristas discrepen entre sí en cuanto a la solución de los mismos. Justificar entonces una decisión en estos últimos casos significa no únicamente llevar a cabo la anterior deducción (la justificación interna), sino también otros procesos de razonamiento encaminados a justificar las premisas normativas y/o fácticas (la justificación externa).

Ahora bien, en primer lugar, es obvio que la distinción entre casos fáciles y difíciles, además de generar supuestos de la penumbra, no tiene tampoco, por así decirlo, un carácter ontológico. O sea, no se trata de que haya casos que en sí mismos considerados sean fáciles, y otros difíciles. Esa calificación depende de muchos factores que cambian con el contexto, de manera que un tipo de caso que viene siendo considerado como fácil por la comunidad jurídica puede cambiar de status como consecuencia de una crisis económica o social que de alguna manera le afecte, o simplemente como consecuencia de que alguien ha identificado alguna circunstancia que no había sido considerada relevante hasta entonces. Además, me parece que sería bueno enriquecer esa tipología para incluir dos nuevos tipos de casos: Unos serían los de dificultad intermedia (casos intermedios), o sea, aquellos que, a primera vista no son fáciles porque exigen un estudio y una deliberación más o menos arduos pero en relación con los cuales, y una vez concluido ese proceso, se llega a una solución unánime o muy mayoritariamente aceptada por los juristas. Y otros son los que se sitúan, por así decirlo, más allá de los casos difíciles: se trata de los casos trágicos, entendiéndolo por tal aquellos que no es simplemente que sean disputados (podrían incluso no serlo) sino que suponen auténticos dilemas porque en relación con los mismos el sistema jurídico no provee una solución que pueda considerarse satisfactoria: no son casos con varias respuestas (posiblemente) correctas, sino casos sin solución correcta¹¹.

11 Sobre lo anterior puede verse Atienza 1996 (De nuevo sobre los casos trágicos). El ejemplo de caso trágico que he utilizado en varias ocasiones es el del juez que se ve obligado a expulsar del país a un extranjero, aplicando las normas de su sistema y haciendo valer, en consecuencia, criterios que no pueden ser justificados en sentido pleno.

En segundo lugar, la distinción entre justificación interna y externa, introducida por Wróblewski a comienzos de los años setenta del siglo XX¹² y que en seguida adquirió carta de naturaleza, es en realidad un nuevo nombre para expresar un viejo concepto. Se trata de la noción de epiquerema, esto es, el silogismo, el razonamiento, que incluye junto a las premisas, la prueba de las mismas. Pues bien, la justificación externa, la justificación de las premisas, no tiene por lo general un carácter simplemente deductivo, pero eso no quiere decir que la lógica se vaya aquí de vacaciones, como algunos han interpretado. Sigue jugando, naturalmente, un papel pero se supone que, por ejemplo, el argumento de la coherencia normativa o la inducción probatoria implican algo más que una simple deducción. Desde luego, ambos podrían representarse en forma deductiva, pero lo más característico de esos razonamientos no consiste en su “forma”. En conclusión, creo que la distinción entre justificación interna y externa habría que interpretarla en este sentido: por un lado está el tramo final (o el esquema general) del razonamiento judicial (o de cualquier razonamiento complejo) con sus premisas últimas y su conclusión; y por otra, el conjunto de los razonamientos empleados para establecer esas premisas finales o definitivas.

Pero resulta, en tercer lugar, que ese tramo final del argumento justificativo judicial no tiene siempre (aunque sí en la mayor parte de las ocasiones) la forma del famoso silogismo subsuntivo. Adopta esa forma cuando la regla que

12

Vid. Wroblewski 1971 y Atienza 2013, pp. 103-106.

controla el caso es una regla de acción. Pero en ocasiones la premisa normativa de ese esquema final o general puede estar configurada por una regla de fin o por un principio. De manera que el razonamiento judicial de carácter justificativo tiene tres formas de “justificación interna”: el silogismo subsuntivo; el silogismo práctico o finalista, si se trata de una regla de fin (cuyo esquema sería: “Se debe obtener el fin F; sólo si se realiza M se puede obtener F; por lo tanto, se debe realizar M”¹³), y la ponderación, si se trata de principios.

4. Motivar una decisión judicial consiste en ofrecer buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión.

La clave de la motivación judicial reside en que se trate de buenas razones, lo que supone dar cierta prioridad a lo que antes llamaba la concepción o la dimensión material de la argumentación. Significa que las premisas de tipo fáctico tienen que ser verdaderas o, mejor dicho, deben tener el grado de probabilidad exigido por el estándar de prueba correspondiente, y tienen que cumplir con el resto de los requisitos fijados por el Derecho probatorio. Y las premisas normativas tienen que ser correctas, esto es, y según el tipo concreto de problema de que se trate, han de cumplir los criterios de validez, interpretación, etc. establecidos en el sistema.

13 Un ejemplo: “La patria potestad se debe otorgar de manera que se logre el mayor bienestar del menor; en este caso ese mayor bienestar solamente se obtendrá otorgando la patria potestad al padre; por lo tanto, se debe otorgar la patria potestad al padre”. Cabe añadir que la justificación externa de la segunda premisa del razonamiento finalista (deductivo) es un tipo de ponderación que permite optar por uno de entre los diversos medios en principio existentes.

Para que pueda hablarse de que existe motivación, las razones tienen que revestir un mínimo grado de explicitud y cumplir con algunos requisitos muy básicos. Pero diferente del concepto de motivación suficiente (para entender que se ha cumplido con el deber jurídico de motivar) es el de motivación correcta; este último hace referencia fundamentalmente a la bondad, a la calidad, de las razones. Casi siempre que un tribunal acepta el recurso presentado contra una decisión de otro órgano es porque, aun considerando que la decisión estuvo motivada, sin embargo, entiende que no estuvo bien motivada, esto es, que contiene algún error en la valoración de la prueba, en la interpretación del material normativo, etc.¹⁴.

La presentación en términos formalmente adecuados de las razones hace referencia, esencialmente, a la forma lógica. Una (buena) motivación tiene que tener una forma lógica reconocible lo que, como se ha dicho, va más allá de la llamada justificación interna: en la justificación externa también debe ser posible reconocer las formas de argumento utilizadas. Es obvio que una motivación puede ser defectuosa por razones formales, pero es raro que esos defectos consistan, en sentido estricto, en la comisión de errores de tipo lógico. Con las reglas de la lógica ocurre como con las de la gramática: uno puede no ser muy consciente de ellas pero, sin embargo, cumplirlas de manera más o menos espontánea. Ello es así porque los aparentes incumplimientos resultan muchas veces salvables recurriendo a la interpretación (con lo que se evita pensar que hay contradicción cuando en una sentencia se afirman

14

Vid. sobre esto Atienza 2013, pp. 136-138.

dos enunciados que serían entre sí incompatibles si se entendiesen en sentido literal) o suponiendo la existencia de premisas implícitas (lo que evitaría, por ejemplo, pensar que en la motivación se ha incurrido en un non sequitur)¹⁵. Todo lo cual no ha de llevar a pensar que la lógica no es aquí importante: lo es, pero no tanto para evitar errores de razonamiento como para dar claridad a la argumentación.

Finalmente, la persuasión es el efecto que una buena motivación debe producir, y de ahí que un manejo adecuado de los elementos retóricos en la sentencia tenga una gran importancia. Pero una buena argumentación es aquella que debería persuadir, aunque de hecho no lo logre. Aquí ocurre como con la medicina: una buena actuación médica es la que pone todos los medios disponibles para curar al paciente, aunque de hecho no alcance ese fin.

5. Una argumentación (justificación) judicial es un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (casi siempre bivalente) y termina con una solución al mismo que se resuelve también con un “sí” o un “no”: se absuelve o se condena; se declara la constitucionalidad o la no constitucionalidad de un artículo de una ley; se acepta o no se acepta (o se acepta en tal aspecto, pero no en tal otro) el recurso de una de las partes del proceso; etc¹⁶.

Es importante darse cuenta de que una argumentación no consiste únicamente en argumentos; entre el punto inicial y

15 Atienza 2013, pp. 586-588.

16 Este punto resume el cap. 6 de Atienza 2013.

el final se produce toda una sucesión de actos lingüísticos (la argumentación puede verse como un acto de lenguaje complejo) que puede consistir, además de dar razones a favor o en contra de una tesis, en narrar hechos, en hacer suposiciones, en plantearse preguntas(...). En todo ese entramado, tiene una especial importancia la cuestión o las cuestiones de la(s) que depende fundamentalmente la solución del problema inicial y que hacen que se trate realmente de un caso difícil. Una tipología conocida de casos difíciles que se podría extender también a los que hemos llamado “intermedios” (y que de alguna forma – seguramente inconsciente– sigue la tradición retórica de lo que se llamó doctrina de los “estados de causa”) es la presentada por MacCormick, que distingue entre cuestiones concernientes a la premisa normativa (de relevancia y de interpretación) o bien a la premisa fáctica (de prueba o de calificación). Pero yo creo que la misma debe ser enriquecida para superar su anclaje en la teoría del silogismo (él la llama la justificación de primer nivel, que es otra forma de referirse a la justificación interna) que, tal y como él la entiende, tendría como premisa normativa una regla de acción de Derecho sustantivo. En mi opinión, resulta útil distinguir estos 8 tipos de cuestiones (que no son excluyentes entre sí) que determinan la necesidad de argumentar (de argumentar en relación con la justificación externa): Procesales (la premisa mayor no es una norma sustantiva, sino de carácter procesal: un tipo de norma constitutiva); de prueba; de calificación; de aplicabilidad (correspondientes a las que MacCormick llama de relevancia); de validez (si una norma o un acto cumplen con los requisitos para ser considerados válidos); de interpretación; de discrecionalidad (la premisa

última es una norma de fin, no de acción); y de ponderación (no hay regla aplicable, sino principios).

Para dar claridad a la argumentación (o la motivación) puede resultar conveniente utilizar diagramas de flechas con los que se muestre el flujo de la argumentación, así como el conjunto de los argumentos que se contienen en la misma, señalando cómo están estructurados (cómo se relacionan entre sí) y qué papel juegan en cada paso de la argumentación.

Una motivación judicial completa debería contener los siguientes extremos: 1) La narración de los hechos del caso; 2) La identificación del problema o de los problemas iniciales; 3) La identificación de la cuestión o de las cuestiones de las que depende la solución de cada uno de los problemas; 4) La respuesta a cada una de las cuestiones; 5) Las razones (los argumentos) a favor de esas respuestas y, eventualmente, las razones para no suscribir otras posibles respuestas; 6) La solución del problema inicial; y, 7) La decisión.

6. En materia de prueba, el papel de la teoría de la argumentación jurídica consiste fundamentalmente en aclarar nociones básicas y en advertir sobre la comisión de una serie de errores frecuentes.

El primero de esos errores, naturalmente, es el de haber descuidado la importancia que tiene ese tipo de cuestiones cuando se considera el conjunto de la actividad jurisdiccional en cualquier país¹⁷. Esa dejación afecta sobre todo a los

17 Atienza 1991.

países de cultura más formalista en los que, hasta hace poco, se pensaba que, simplemente, las cuestiones de hecho no necesitaban ser motivadas. Un reflejo de lo cual se advierte todavía en la práctica (por ejemplo, en España) de incluir los razonamientos sobre los hechos en el apartado de la sentencia reservado a los “fundamentos de Derecho”. Pero, por lo demás, podría decirse que la “laguna” en la que, en este aspecto, incurrió la teoría estándar de la argumentación jurídica está hoy ya cubierta por un buen número de trabajos de los últimos tiempos debidos sobre todo a teóricos del Derecho y ampliamente coincidentes entre sí¹⁸. Conviene, de todas formas, no olvidar que ese déficit tiene mucho que ver con el normativismo jurídico: con la propensión a ver el Derecho únicamente como un conjunto de normas en lugar de como una práctica compleja guiada por fines y por valores (que, naturalmente, no son ajenos a las normas).

Hay un amplio acuerdo en pensar que el tipo de razonamiento que el Juez lleva a cabo en relación con los hechos tiene la forma de una inducción, o sea, que el paso de las premisas a la conclusión no tiene un carácter necesario (como ocurre con los argumentos deductivos) sino meramente probable (en el sentido de probabilidad cualitativa, lógica, no de probabilidad cuantitativa, estadística). Pero conviene también precisar que esa manera de abordar el razonamiento probatorio no tiene por sí misma demasiada importancia. Entre otras cosas, porque cualquier argumento inductivo

18 Quien más ha contribuido a lo que puede considerarse como un gran cambio de cultura jurídica (judicial) en el mundo latino ha sido Michele Taruffo y, en España, el papel de pionero lo ha desempeñado Perfecto Andrés Ibáñez. Los trabajos a los que me refiero tienen como autores (entre otros) a Daniel González Lagier, Juan Igartua, Marina Gascón y Jordi Ferrer.

puede, trivialmente, convertirse en deductivo: si se le agrega una premisa de la forma adecuada; de manera que la forma, el esquema, del argumento podría verse, sin que eso cambiara mucho las cosas, en términos de inducción o de deducción. Y, en todo caso, porque no se puede olvidar que la anterior definición de inducción y de deducción (que son las habituales), según que el paso de las premisas a la conclusión tenga o no carácter necesario, está trazada desde una perspectiva puramente formal, de manera que no dice nada en relación con el valor “epistemológico” del argumento en cuestión o, mejor aún, de la conclusión del mismo. O sea, es perfectamente posible que un argumento de forma inductiva, y con premisas sólidas, nos lleve a una conclusión que tenga un mayor grado de certeza (de certeza material) que otro de forma deductiva pero que parta de premisas dudosas¹⁹.

Tampoco creo que deba dársele demasiada importancia a la posibilidad de interpretar una parte del razonamiento sobre los hechos (o incluso todo él) como un razonamiento abductivo: como se sabe, los argumentos dirigidos a construir una hipótesis (por ejemplo, la de que el autor del robo –cometido en tales y cuales circunstancias– fue X; o la de que la inmensa mayoría de los lectores de este texto no necesitarían de la anterior aclaración sobre qué es una abducción). Sin duda, resulta interesante en la medida en que con ello se subraya el elemento dinámico del razonamiento (verlo como una actividad, no como un resultado) y su carácter derrotable o revisable (pasar a pensar, como consecuencia de una nueva prueba, que el

19

Atienza 1993, Una discusión con Perfecto Andrés Ibáñez.

autor del robo no había sido X, sino Y); y, lleva también a efectuar una comparación, que puede ser fructífera, del razonamiento judicial con el del detective, el historiador o el médico que efectúa un diagnóstico. Pero, en realidad, nada de esto parece ser muy novedoso sino que, más bien, se trata de traducir a un lenguaje nuevo cosas bastante sabidas. O sea, no me parece que la abducción sea otra cosa que un tipo de inducción: la inducción en un contexto heurístico y considerada no como un resultado, sino como una actividad, en el transcurso de la cual la conclusión puede ser revisada como consecuencia de la aparición de nuevas informaciones, de nuevas premisas²⁰.

De manera que lo verdaderamente importante en el razonamiento probatorio no es la forma del argumento, sino la naturaleza de las premisas, esto es, el tipo de enunciados que las componen y los criterios que cabe utilizar para la evaluación de la inferencia. Algo, por otro lado, característico de cualquier inducción; como ha escrito Black, en una inducción son fundamentales factores como la relevancia, el peso, el buen juicio, etc.; “pedir a alguien que se forme un juicio inductivo sobre un esquema de argumento, presentado en toda su desnudez de símbolos abstractos, es como pedir a un *connaisseur* que evalúe un cuadro imaginario”²¹. Y, en este sentido, lo que resulta crucial en el razonamiento probatorio es tomar conciencia de las debilidades y fortalezas que cabe atribuir a cada uno de los medios de prueba (testimonio de testigos, prueba pericial, etc.) de los que dependen los hechos probatorios

20 Atienza 2013, pp. 177-179.

21 Black 1970, p. 143.

enunciados en las premisas de carácter individual; de la necesidad de contar con un enunciado general (una máxima de experiencia) al que, por razones materiales, no formales (según se trate de una generalización válida, de una cuasi-generalización, etc.²²), habría que otorgarle un mayor o menor peso; o de la existencia de una variedad de enunciados que exigen tratamientos diferenciados: según que afirmen, por ejemplo, la existencia de un hecho externo o de un hecho psicológico, se refieran a hechos determinados valorativamente (“razonable”, “normal”), etcétera.

La argumentación en materia de hechos es, sin duda, una de las instancias de la vida del Derecho en la que se hace más patente la necesidad de apertura hacia el conocimiento científico (hacia las ciencias empíricas). Así, es natural que los criterios que suelen usarse para justificar las inducciones científicas sean en principio de aplicación a la inducción probatoria. Pero no puede olvidarse tampoco que entre ambos campos existen diferencias considerables. Una de ellas es que la conclusión de una inferencia probatoria es un enunciado que afirma que en el pasado se ha producido tal hecho, de manera que la analogía tendría que trazarse no tanto con lo que se ha llamado ciencias nomotéticas (que establecen leyes generales), sino con las ciencias idiográficas, orientadas hacia lo concreto y lo individual (las ciencias históricas). Y otra, la más importante, es que los presupuestos que presiden el razonamiento probatorio del juez no son únicamente de carácter teórico, cognoscitivo (el objetivo no es simplemente conocer lo que ocurrió), sino también práctico. Es obvio que la presunción de inocencia

o la prohibición de tomar en consideración las pruebas ilícitamente obtenidas no son tanto (o no solo) garantías de carácter epistemológico como (o también) de carácter práctico: no están dirigidas (o no lo están centralmente) a incrementar la probabilidad de alcanzar la verdad, sino a evitar resultados que se consideran (y con toda razón) como indeseables: Castigar a un inocente (lo que se quiere evitar aunque la presunción de inocencia suponga también no castigar a muchos culpables) o que la policía, la fiscalía, etc. incurran en comportamientos atentatorios de los derechos de los individuos (lo que ocurriría si no hubiese límites estrictos en cuanto a cómo obtener las pruebas).

En definitiva, a propósito del razonamiento probatorio (como ocurre en general con el razonamiento jurídico), es esencial tener en cuenta el marco institucional. El razonamiento probatorio del juez no es (o no del todo) un caso especial de diálogo racional de carácter teórico o teórico-práctico, por más que la verdad sea, por supuesto, un valor fundamental del proceso (pero no el único). Y menos aún puede considerarse la argumentación en materia de prueba en términos de ese tipo de diálogo si en lugar de situarnos en la perspectiva del juez nos pusiéramos en la del abogado. Es bastante obvio, por ejemplo, que el interrogatorio de testigos que llevan a cabo los abogados es un tipo de diálogo que se aleja mucho del diálogo racional. Como decía al comienzo, pretender que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, es un caso especial del discurso racional presupone una concepción idealizada, por no decir directamente falsa, de la práctica jurídica.

7. *En un sentido amplio de la expresión (el de la tradición hermenéutica) toda la práctica del Derecho tiene un carácter interpretativo. Pero lo que los juristas suelen entender por problema de interpretación es un tipo específico de cuestión cuya solución requiere de diversas formas y técnicas de razonamiento necesariamente presididas por una teoría no sólo general, sino también normativa del Derecho*²³.

El carácter genéricamente interpretativo de la práctica jurídica es una consecuencia de que el Derecho no sea una realidad natural, sino una actividad humana, cuyo sentido no puede captarse si nos situáramos en una perspectiva completamente ajena a la de los participantes en esa práctica. Ocurre como con cualquier otra actividad, por ejemplo, un juego, cuyos movimientos no podríamos entender si prescindieramos del propósito del mismo, de las reglas que lo rigen, etc. Los “hechos” (la realidad) del Derecho son por ello siempre, en alguna medida, hechos interpretados, entendidos desde la perspectiva de esa institución.

Pero además, la materia prima del Derecho es, en buena medida, lingüística, y eso plantea un particular problema de interpretación. O sea, un fragmento lingüístico tiene siempre que ser entendido (interpretado en el sentido amplio de la expresión), pero esto puede ocurrir de manera espontánea o bien (cuando surge alguna duda) merced a un procedimiento que es a lo que cabe llamar interpretación en un sentido más estricto. Así entendida, una cuestión interpretativa no tiene necesariamente un carácter normativo, puesto

23

El punto es una síntesis de Atienza.

que la duda puede surgir, por ejemplo, en relación con la declaración (escrita u oral) de un testigo o en relación con cualquier documento que pueda resultar relevante para el Derecho. Entre las cuestiones de prueba y las cuestiones de interpretación no puede establecerse, por lo tanto, una separación tajante.

En su sentido más estricto, una cuestión interpretativa surge cuando se tiene una duda de comprensión en relación con un texto normativo. La estructura del problema es simple: en un determinado texto hay una expresión (una palabra o una oración) que puede entenderse en más de un sentido y se necesita optar por uno de ellos; simplificando, en favor de S1 o de S2. En un argumento (judicial) interpretativo cabe distinguir entonces (podría considerarse como su “justificación interna”) tres elementos: 1) el enunciado a interpretar, 2) el enunciado interpretativo y 3) el enunciado interpretado; este último se sigue deductivamente como conclusión de los dos anteriores, que funcionan como premisas. Para resolver el problema se necesita argumentar a favor de tal enunciado interpretativo (de la premisa 2), puesto que 1) está, por así decirlo, ya dada), y a esto es a lo que podría denominarse como la “justificación externa” del argumento interpretativo. Por ejemplo:

1. Todos tienen derecho a la vida (art. 15 de la CE).
2. “Todos”, a los efectos de este artículo, significa todos los nacidos.
3. Por lo tanto, todos los nacidos tienen derecho a la vida.

Y la “justificación externa” de 2) consistirá en un argumento más o menos complejo en el que se habrán utilizado diversos “cánones interpretativos” que pueden referirse al significado literal de “todos”, a la intención que tuvo el autor del texto al usar esa expresión, etcétera.

Dado que una cuestión interpretativa surge en relación con un texto (normativo), lo que origina una duda interpretativa tiene que ser algún tipo de dificultad conectada con la redacción de ese texto. O sea, la teoría de la interpretación es, en cierto modo, el revés de la teoría de la legislación²⁴. Por eso, yo creo que las dudas interpretativas (las subcuestiones interpretativas) pueden clasificarse en cinco apartados, cada uno de ellos conectado con el correspondiente nivel de racionalidad legislativa. O sea, lo que hace que el significado de un texto resulte dudoso puede ser alguno de los siguientes factores (o una combinación de ellos)²⁵: 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 de 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.

24 Atienza 1989.

25 Atienza 2013, p. 437.

A partir de aquí, los cánones o reglas interpretativos podrían clasificarse según que su función sea la de resolver una u otra de las anteriores dudas, pero esto no tiene demasiada importancia, e incluso puede ser un inconveniente empeñarse en presentar de manera muy sistemática una materia que sólo admite un tratamiento del tipo de lo que Vaz Ferreira llamaba un “pensar por ideas para tener en cuenta”²⁶. Lo que importa es darse cuenta de que todas esas reglas operan como la premisa mayor (o, en la terminología de Toulmin²⁷, como la garantía) de la diversidad de “argumentos interpretativos” que los juristas utilizan en lo que antes habíamos llamado la justificación interna del argumento interpretativo, tomado en su conjunto.

Ahora bien, todos los argumentos interpretativos (el argumento a contrario, a simili, a fortiori, ad absurdum, etc.) constituyen técnicas que, naturalmente, cabe usar con uno u otro propósito y que presentan también ciertas dificultades típicas. Por ejemplo, la analogía permite ampliar el significado de una expresión, pero su uso supone que el caso en principio no previsto es esencialmente semejante al previsto y de ahí derivan una serie de estrategias argumentativas (con un importante ingrediente retórico) a utilizar. Pero la cosa no puede quedarse ahí, entre otras razones porque lo normal es que para resolver un problema pueda usarse, en principio, más de una técnica argumentativa (canon interpretativo), de manera que es necesario dar prioridad a alguno de esos criterios, lo que nos lleva a remontarnos a alguna teoría de la interpretación.

26 Vaz Ferreira 1962.

27 Toulmin 1958.

O sea, una teoría de la interpretación jurídica (como parte de la teoría de la argumentación jurídica) no puede ser simplemente descriptiva e instrumental. Tiene que tener también un componente normativo, tiene que servir como guía para la práctica y eso sólo puede lograrse si se parte de alguna concepción del Derecho que incorpore elementos de filosofía moral y política. Básicamente, se necesita partir de un modelo constructivo de interpretación, más o menos con las características del de Dworkin, en el que se articulan dos componentes básicos: el objetivo de mejorar la práctica del Derecho (que es la respuesta a la pregunta de para qué interpretar), y la necesidad de respetar los límites autoritativos que son definitorios de esa práctica (que puede verse como una contestación a la pregunta de por qué hay que interpretar en el Derecho).

8. A pesar de toda la polémica que rodea a la ponderación, hay ya disponible todo un arsenal conceptual que constituye una especie de sentido común jurídico que los jueces deberían suscribir. Básicamente, se trata de entender que la ponderación es un procedimiento argumentativo estructurado en dos fases, al que es inevitable recurrir en ciertos casos y en relación con el cual es posible fijar ciertas pautas de racionalidad que lo alejan de la arbitrariedad²⁸.

En efecto, en la ponderación que lleva a cabo un órgano judicial (dejo, pues, de lado la ponderación legislativa) se pueden distinguir dos pasos. En el primero –la ponderación

28 El punto es una síntesis de Atienza 2014: Ponderación y sentido común jurídico.

en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas: Se crea; por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: por ejemplo, si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida.

Naturalmente, la dificultad de ese razonamiento radica en la segunda premisa, y aquí es precisamente donde se sitúa la famosa “fórmula del peso” ideada por Robert Alexy que vendría a ser, por lo tanto, la “justificación externa” de esa segunda premisa. Todo el mundo sabe ya, a estas alturas, en qué consiste esa doctrina, de manera que no hace falta volver a repetirla aquí. Lo que sí me interesa aclarar es que ese planteamiento, al menos tal y como ha sido entendido por muchos juristas (no tanto por el propio Alexy), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión (Vaz Ferreira 1962). Pues, como se sabe, Alexy propone atribuir un valor matemático a cada una de las variables de su fórmula y construye así

una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es muy obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación a un principio es intensa, moderada o leve, etc. Sin embargo, si la construcción alexiana se entendiera de una manera sensata, lo que tendríamos sería algo así como un esquema argumentativo que incluye diversos tópicos y que nos puede resultar muy útil a la hora de construir la justificación externa de esa segunda premisa: lo que vendría a decir es que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, necesitamos construir un tipo de argumento que contenga premisas tales como (se podría presentar también como un conjunto de “preguntas críticas” a hacerse): “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 en abstracto) X pesa más –es más importante– que Y”; etcétera.

En relación con la pregunta de cuándo un órgano judicial tiene que ponderar, la respuesta es que tiene que hacerlo cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (hay una laguna en el nivel de las reglas); o sea, cuando se enfrenta a un caso difícil y el Juez necesita recurrir (de manera explícita), a los principios. Aquí, a su vez, es importante distinguir entre dos tipos de lagunas (insisto: de lagunas en el nivel de las reglas): Las normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando

la regla existe pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que en este segundo supuesto, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete (no el legislador) el que genera la laguna.

Pues bien, si se entiende que el Derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo en el nivel de las reglas, esto es, puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que el juez (que no puede negarse a resolver un caso) tiene que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando. Mientras que, en relación con las lagunas axiológicas, el juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea, no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del Derecho. Dicho de otra manera, hay ciertos casos en los que el recurso a la ponderación por parte de los jueces es simplemente inevitable (aunque no para todos los jueces: puede establecerse la regla de que, cuando un juez se encuentra frente a una situación de ese tipo, debe diferir el caso a un órgano superior). Mientras que en relación con los otros (con los supuestos de lagunas axiológicas) habría, en mi opinión, que hacer una distinción entre tres tipos de desajustes: a) Entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla: Los propósitos para los que se dictó; b) Entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; y, c) Entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Sin entrar en detalles, yo creo que podría decirse (que el sentido común

jurídico nos dice) que en el primer caso no es difícil justificar que se debe ponderar (sin entrar aquí en si debe hacerlo cualquier juez o si la operación debe quedar reservada a los jueces de los tribunales supremos o constitucionales); que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar al juego del Derecho; y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla (quien crea la laguna).

En fin, cuando se defiende que la ponderación es un procedimiento racional, no se está afirmando que, de hecho, lo sea siempre, esto es, obvio que se puede ponderar mal o ponderar cuando (o por quien) no debe hacerlo. La racionalidad que puede observarse cuando se examina la argumentación ponderativa que lleva a cabo, por ejemplo, un tribunal en una serie de casos en los que se plantea, supongamos, una serie de conflictos entre dos determinados principios, consiste en lo siguiente²⁹. Por un lado, en la construcción de una taxonomía (a partir de las propiedades consideradas relevantes) que permite ir fijando categorías de casos cada vez más específicos (por ejemplo, no únicamente entre el principio P1 y P2, sino entre el principio P1 acompañado de la circunstancia X y el principio P2 con la circunstancia Y, etc.). Por otro lado, en la elaboración de reglas de prioridad: Por ejemplo, cuando se enfrentan esos dos principios acompañados de esas circunstancias, el primer principio prevalece sobre el segundo. Y finalmente en

29

Vid. Atienza 1996 (artículo en Claves).

el respeto, en relación con la configuración de la taxonomía y de las reglas, de los criterios de racionalidad práctica (consistencia, universalidad, coherencia...) a los que me referiré en el punto siguiente. Bien entendida, bien llevada a la práctica, la ponderación no es un mecanismo casuístico, arbitrario. Quien pondera ha de tener la pretensión de que las soluciones que va configurando servirán como pauta para el futuro, como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, en el sentido de que siempre podrán presentarse nuevas circunstancias no tenidas en cuenta hasta entonces y que pueden obligar a introducir cambios en la taxonomía y en las reglas. Pero ese carácter abierto es un rasgo característico de la racionalidad práctica.

Si se acepta lo anterior, entonces no se puede sostener que un juez que recurre a la ponderación sea por ello un juez activista. El activismo es, en mi opinión, uno de los peligros que acecha a la función judicial y en el que se cae cuando el Juez o el Tribunal toma una decisión saliéndose de los márgenes del Derecho, o sea, una decisión que no puede justificarse en términos jurídicos³⁰. Pero eso no tiene por qué ocurrir cuando se pondera, aunque sea cierto que este es un procedimiento argumentativo más abierto que la subsunción y que; por tanto, plantea, como se ha dicho, unas mayores exigencias argumentativas. En cualquier caso, conviene también ser consciente de que el peligro opuesto al activismo es el formalismo y que este

30 Obviamente, considerar que la decisión de un juez es o no activista depende de la concepción del Derecho que se tenga y, en consecuencia, la denotación del concepto "activista" disminuye en la medida en que se tenga una concepción más amplia del Derecho. Dicho de otra manera, un formalista tenderá a calificar como activistas decisiones o prácticas que no lo serían según la concepción del Derecho que aquí estoy defendiendo.

último supone una amenaza no menos temible para el buen funcionamiento de la jurisdicción. Si la actitud del juez activista puede entenderse como un abandono del Derecho para satisfacer una cierta idea de la justicia (por cierto, no siempre de carácter progresista: ha habido y hay muchos jueces activistas de derechas), la del juez formalista consiste en olvidarse de que el sentido de la jurisdicción no puede ser otro que el de procurar hacer justicia por medio del Derecho.

9. La noción de buena motivación (o de motivación sin más) implica que existen criterios objetivos para evaluar los argumentos judiciales de tipo justificativo. ¿Pero se trata de criterios puramente formales o tienen también un alcance sustantivo? ¿Suponen alguna referencia a la moral y, en particular, la asunción de un objetivismo moral mínimo? ¿Son esos criterios suficientes para sustentar la tesis de la única respuesta correcta en alguna de sus versiones? Una respuesta positiva a esas cuestiones es condición necesaria para tomarse la motivación judicial en serio y presupone una concepción no positivista del Derecho³¹.

El argumento más importante para sostener que existen criterios objetivos para evaluar las motivaciones judiciales es que, si no existieran, no podríamos dar sentido a la práctica judicial o, si se quiere, tendríamos que adoptar una visión estrictamente conservadora de la misma: pues si no existieran esos criterios, entonces los jueces (los de última instancia, los que ponen fin a las controversias) no podrían

31 Sobre este punto, vid. en general Atienza 2013, cap. VII.

cometer errores: sus decisiones no serían únicamente últimas, sino también infalibles.

Pero con esta afirmación lo que se abre es la cuestión de cuáles son esos criterios. Hay muy pocos juristas que sean escépticos en relación con la objetividad de la lógica formal (de los criterios incorporados en sus reglas de transformación), pero ya hemos visto antes que esas pautas tienen un alcance muy limitado. De manera que la pregunta concierne más bien a si los criterios de carácter material y pragmático pueden considerarse objetivos. También aquí cabría hablar de la existencia de un consenso más o menos amplio, en el sentido de que la inmensa mayoría de los juristas acepta que a la hora de evaluar la calidad de una argumentación (ahora estamos situados en la justificación externa) deben tomarse en consideración elementos referidos a las fuentes del sistema, a los criterios de validez, a los métodos de interpretación autorizados, etcétera. Pero, de nuevo, cuando se trata de casos difíciles (o de casos de una especial dificultad), todo lo anterior no es suficiente como para poder justificar la adopción de una determinada decisión (frente a otra u otras). Se necesita recurrir a un nuevo tipo de criterios, que serían los criterios de la racionalidad práctica: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social, moral crítica y razonabilidad. No puedo referirme aquí con ningún detalle a lo que significa exactamente cada una de esas nociones (a cómo deben entenderse), pero sí quiero hacer unas pocas precisiones al respecto. La primera es que esos criterios no son un invento de teóricos del Derecho (o de filósofos de la moral), sino que están ya dados en la práctica (y no sólo en la práctica jurídica), aunque eso no quiera

decir –obviamente– que siempre se cumplan. La segunda precisión, que deriva de lo anterior, es que considerar que esos criterios son o no propiamente jurídicos depende de la concepción que se tenga del Derecho. No lo serían si el Derecho lo concebimos exclusivamente como un sistema de normas, pues es posible que las mismas no se refieran (o se refieran de una manera muy limitada) a esos criterios; otro tanto puede decirse, por otro lado, en relación con el uso de las fuentes, de los requisitos de la validez o de los métodos interpretativos. Pero sí pertenecerían al Derecho si a este lo concebimos no sólo como un sistema de normas sino también (y fundamentalmente) como una práctica en la que, como he señalado ya varias veces, las normas (las normas dictadas por la autoridad) juegan un papel de particular importancia. Así, la universalidad (que no es lo mismo que generalidad) es un componente de la racionalidad práctica sin el cual no podríamos entender ni el funcionamiento del precedente (la doctrina del *stare decisis*), ni el juego de las excepciones a las reglas generales (la equidad aristotélica que viene a ser lo mismo a lo que hoy se suele llamar derrotabilidad o revisabilidad); y la noción de coherencia (que no es mera consistencia lógica) es lo que está en el fondo del argumento por analogía y del de reducción al absurdo: Con la analogía se trata de introducir nuevos elementos en el sistema, y con la reducción al absurdo de eliminar los que pudiera haber como consecuencia, por ejemplo, de llevar a cabo una determinada interpretación, de manera que en ambos casos se trata de preservar la coherencia, las señas de identidad del sistema (Curso, p. 557). Y, en fin, la razonabilidad supone algo así como un criterio de cierre, que marca el límite a todos los otros, y

que consta de dos componentes fundamentales: una idea de equilibrio, de balance adecuado en el manejo de todos esos criterios; unida a la de aceptabilidad en un sentido tanto fáctico como normativo (quien argumenta de manera razonable se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir para llegar a un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable).

No es difícil probar que el argumento justificativo de un juez incluye siempre alguna premisa de carácter moral. En principio, esto resulta, por así decirlo, incontestable cuando la motivación hace explícita referencia bien a la moral positiva o bien a la moral crítica. Ahora bien, es cierto que ese es un dato por así decirlo cultural, pues no en todos los sistemas judiciales nos encontramos con un uso manifiesto de argumentos morales; y en todo caso, cuando se da, es únicamente en relación con casos particularmente controvertidos. Por lo que la prueba a la que antes me refería descansa básicamente en lo que Nino consideraba como la cuestión (la tesis) más importante de la filosofía jurídica: que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones de carácter justificativo, o sea, la existencia en cualquier razonamiento judicial de carácter justificativo de una premisa (implícita) que establece la obligación para los jueces de aplicar el Derecho (el Derecho de su sistema), obligación que tiene necesariamente carácter moral. Ahora bien, si esto es así, entonces un juez no podría motivar propiamente sus decisiones si pensará que la moral carece de objetividad. No puedo de nuevo entrar aquí en detalles³², pero me parece importante aclarar estas dos cosas. Una

es que objetivismo moral no significa absolutismo: el objetivista es falibilista, esto es, está abierto a los argumentos y, en su caso, a modificar su postura. Y la otra es que el objetivismo no es tampoco (necesariamente) un tipo de realismo moral: Lo que se quiere decir con ello no es que existan “objetos” morales distintos a los pertenecientes al mundo natural o social, sino que existe la posibilidad de discutir racionalmente sobre cuestiones morales (sobre valores o fines últimos, no sólo sobre medios); se trata, en definitiva, de un objetivismo de las razones.

Y llegamos con eso a la cuestión de si los anteriores criterios permiten a un juez llegar siempre a la determinación de la respuesta correcta para cada caso (difícil) que se le presente. Muchos juristas y filósofos del Derecho piensan que no y aducen como razón para ello la falta de consenso, esto es, la existencia frecuente de discrepancias, y de discrepancias que no afectan únicamente a quienes defienden algún interés de parte, a los abogados, sino también a los propios órganos judiciales y a los cultivadores de la dogmática. Sin embargo, el argumento parece claramente defectuoso, puesto que de esa falta de acuerdo sobre cuál es la respuesta correcta en un caso se infiere que entonces no hay tal respuesta correcta, cuando lo único que podría concluirse es, si acaso, que no conocemos cuál es esa respuesta o que existe incertidumbre sobre la misma³³. En realidad, sostener la tesis de que existe una única respuesta correcta para cada caso que se le presenta a un juez implica asumir una postura que es mucho menos radical de lo que a primera vista pudiera parecer. Esto es así porque la afirmación concierne únicamente a la respuesta de

un juez (no, por ejemplo a la del legislador: sería realmente extraño pensar que una determinada ley sobre tal materia era la única ley correcta) y ya hemos visto que el problema que tiene que resolver admite, por lo general, únicamente dos respuestas: culpable-inocente, válido-inválido, etc., de manera que lo que se estaría diciendo es que de dos únicas alternativas, hay una de ellas que es superior a la otra o, dicho de otra manera, el significado de la tesis es que no habría casos de puro empate, en los que las razones a favor de una decisión pesaran exactamente lo mismo que las existentes a favor de la otra. Pues bien, yo creo que esa tesis es fácilmente asumible si precisamos que la misma debe entenderse en el sentido de que casi siempre existe una única respuesta correcta aunque no puede excluirse la posibilidad de alguna excepción en supuestos muy extraordinarios; y de que no excluye tampoco la posibilidad (igualmente muy excepcional) de casos trágicos, esto es, de supuestos en los que no hay ninguna respuesta que pueda calificarse de correcta (que no vulnere algún principio o valor fundamental del ordenamiento), aunque una pueda ser la mejor, la menos mala (o sea, un caso trágico no es necesariamente un caso de empate).

En fin, si digo que todo lo anterior presupone una concepción no positivista del Derecho, ello se debe tomar en serio la motivación, en el sentido indicado, implica entender el Derecho no simplemente como un fenómeno autoritativo, sino también como una práctica con la que se trata de lograr ciertos fines y valores. Para ello, a su vez, se necesita sostener un objetivismo moral mínimo que, naturalmente, no supone para nada identificar el Derecho con la moral, con la justicia. Supone que el jurista, el Juez, debe esforzarse

por encontrar una solución justa (objetivamente justa) y que, en el contexto de los Estados constitucionales, puede lograrlo en muchísimas ocasiones, aunque no en todas.

10. *La argumentación puede considerarse como un método de resolución de problemas y, por ello, en la elaboración de un argumento judicial justificativo (de una motivación) es útil distinguir las siguientes fases: identificación y análisis del problema; propuesta de una solución; comprobación y revisión; redacción de un texto*³⁴.

Argumentar es una actividad con la que se trata de resolver cierto tipo de problemas y manejando determinados recursos (y excluyendo otros: por ejemplo, la utilización de la fuerza física, la manipulación mental, etc.). Los problemas jurídicos que debe resolver un juez tienen una serie de características que es importante tener en cuenta: son problemas prácticos, relativamente bien estructurados (en términos casi siempre bivalentes), dados en un medio institucional que los condiciona fuertemente, que afectan siempre en mayor o en menor medida a valores morales (no son, pues, problemas puramente “técnicos”) y en los que el lenguaje tiene una especial relevancia (recuérdese lo anteriormente señalado en el punto 7). Y los recursos a los que puede recurrir un juez no son exclusivamente de tipo intelectual. Además de la razón (el logos), en la tradición retórica siempre se consideró como instrumento retórico el talante del orador (el ethos) y las pasiones del auditorio (el

34

El punto es un resumen de Atienza 2013, cap. VIII.

pathos). Y a esos elementos emocionales habría que añadir todavía un componente ético: las reglas deontológicas que conciernen a la profesión judicial son también, en cierto modo, reglas argumentativas. Por lo demás, los elementos de carácter emocional tienen menos importancia en el caso del razonamiento judicial que, por ejemplo, en la argumentación de los abogados, pero eso no quiere decir que esos aspectos más “retóricos” desaparezcan allí del todo.

En la etapa de identificación y análisis del problema se puede recurrir a instrumentos analíticos ya introducidos antes, como la representación de los argumentos presentados por las partes, por el Juez (a quo), etc. mediante diagramas de flechas; la identificación del tipo de cuestión (procesal, de prueba, etc.) que hace que un caso sea difícil; o el test de evaluación de los argumentos a que se ha hecho referencia en el punto anterior. La propuesta de solución puede verse en términos de intuición “controlada” (no de corazonada) o, si se quiere, como un momento abductivo que, por ello, tiene que dar paso a la tercera etapa, en la que la comprobación y revisión de esa decisión puede hacerse recurriendo de nuevo a un diagrama de flechas que ayude a plantearse si todos los pasos y argumentos necesarios para llegar a la conclusión pretendida pueden justificarse. Si es así (si no, es necesario volver a las fases anteriores para plantear una nueva propuesta de solución) lo que queda es redactar un texto. En esta última fase, cobran gran importancia dos aspectos que están en el centro de la tradición retórica: La organización del discurso en partes (exordio, narración, división, argumentación y conclusión); y la expresión del discurso (la elocutio), con las reglas y recomendaciones

para escribir un texto jurídico (una motivación judicial) de manera clara y efectiva. Todo ello tiene gran importancia práctica para que el Juez argumente bien sus decisiones, pero no es posible entrar aquí en detalles.

Finalmente, no cabe olvidar que la tarea de motivar una decisión, sobre todo cuando se trata de juicios de apelación, corresponde muchas veces a órganos colegiados y constituye; por lo tanto, una actividad colectiva. Motivar no es, pues, en esos casos, el fruto de un proceso mental desarrollado por un individuo, sino de la deliberación que ha tenido lugar entre los diversos miembros del tribunal y en la que se presentan inevitablemente elementos estratégicos que la apartan en mayor o menor medida del discurso práctico racional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales



Av. del Maestro N° 300



(+591-4) 64-40455 * Fax 64-21871



Línea gratuita 800-10-2223



www.tcpbolivia.bo



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia



@TCP_bolivia



tcp@tcpbolivia.bo