

Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional

Por GEMA MARCILLA CÓRDOBA
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: Las teorías de la argumentación jurídica se han ocupado hasta la fecha básicamente de la racionalidad de la fase de interpretación y aplicación del Derecho. Pero si el razonamiento jurídico tiene como característica fundamental la vinculación a la ley, la *argumentación jurídica debería considerar también en qué medida la racionalidad legislativa es un presupuesto de una argumentación jurídica racional*. La contemplación de la racionalidad legislativa desde la óptica de la argumentación jurídica puede resultar especialmente fecunda en el Estado constitucional. Si la teoría de la argumentación y en especial el juicio de ponderación nos suministran las herramientas para confirmar o excluir la racionalidad de algunas leyes, ello ha de valer tanto en un eventual recurso abstracto ante el Tribunal Constitucional, como en el ámbito de la legislación.

I. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Hasta la fecha, las teorías de la argumentación jurídica se han ocupado solamente de la racionalidad de las decisiones en la fase de interpretación y aplicación del Derecho¹. Pero si el razonamiento jurídico tiene

¹ Tras referirse a la *argumentación* en las fases prelegislativa y legislativa, M. Atienza advertía que «las teorías de la argumentación jurídica de que disponemos no se ocupan prácticamente de ninguno de estos dos contextos de argumentación»,

como característica fundamental la *vinculación a la ley*, la teoría de la argumentación jurídica debería considerar también *en qué medida la racionalidad legislativa es un presupuesto de una argumentación jurídica racional*². En particular, si se asume la tesis del caso especial de R. Alexy³, es necesario presuponer también la racionalidad de la legislación, pues si la ley ha de ser premisa y límite de toda racionalidad jurídica parece difícil que ésta prospere a partir de leyes irracionales.

La contemplación de la racionalidad legislativa desde la perspectiva de la teoría de la argumentación jurídica puede resultar especialmente fecunda en el Estado constitucional, y ello porque dicha teoría puede suministrar un modelo de razonamiento adecuado para la producción de leyes racionales a la luz de la Constitución; leyes que no se conciben como mera expresión de la desnuda voluntad del poder, sino como el producto de una actividad sujeta a reglas procedimentales y sustantivas.

II. DOS CONCEPCIONES DE CONSTITUCIÓN «ABIERTA»

En un sistema democrático la Constitución no puede operar como premisa de la ley al modo en que la ley opera como premisa de la argumentación jurídica, pero no cabe duda de que la presencia de un documento constitucional genera vínculos formales y sustantivos para la acción legislativa.

Con todo, el constitucionalismo admite distintas modalidades que tienen que ver con la densidad del contenido normativo de la Constitución, con su rigidez o aptitud para la reforma y con su garantía frente a las decisiones o normas que la infrinjan. Conviene recordar ahora la distinción entre dos tipos ideales de Constitución: la Constitución «cerrada», que en hipótesis sería aquella que predetermina por completo el contenido de la legislación; y la constitución «abierta», o más o menos abierta, que sirve también de límite al legislador, pero que en definitiva constituye un marco en el que caben múltiples opciones. El primer modelo parece lógicamente incompatible con un sistema democrático y con el propio carácter pluralista de las sociedades actuales, ya que haría de la ley una mera ejecución de la Constitución, con la consecuencia de «la degradación de la legislación... al situarla bajo las categorías del Derecho administrativo»⁴. Sin embargo, creo

ATIENZA, M., *Las razones del Derecho* (1991), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2.^a reimp., 1997, p. 20.

² ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 99.

³ ALEXI, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2.^a reimpr., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 38-39.

⁴ FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial* (1971), trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 240 ss.

que el segundo modelo admite aún dos versiones: la Constitución que es abierta por mostrarse casi exclusivamente *procedimental*, y éste sería, por ejemplo, el modelo de Kelsen; y aquella otra que siendo *sustantiva* es abierta porque sus contenidos tienen el propósito de salvaguardar las condiciones de posibilidad del pluralismo de principios y valores⁵.

Ciertamente, la realidad del constitucionalismo actual parece responder a un modelo mixto de Constitución abierta, ni puramente procedimental, ni puramente sustantivo⁶. Al ser en parte procedimental la Constitución se ocupa del modo de formación de la voluntad democrática expresada en la ley; pero al ser en parte sustantiva no puede descuidar tampoco por completo su contenido prescriptivo. De esta doble cualidad cabe derivar dos orientaciones distintas de la racionalidad legislativa: una primera centrada lógicamente en el examen del proceso de producción de la ley y normativamente en la propuesta de técnicas idóneas para mejorar el mismo; y una segunda que atiende también a los contenidos, es decir, que incluye entre las exigencias de racionalidad legislativa el ajuste o la fidelidad de la ley al marco sustantivo diseñado por la Constitución.

En el primer caso, la ciencia de la legislación del Estado Constitucional podría basarse en un modelo como el del legislador operativamente racional que dibuja J. A. García Amado. Tal ciencia de la legislación basada en la idea de acuerdo o consenso alcanzado a través del seguimiento de ciertas reglas discursivas tendría un carácter *normativo* pero *procedimental*, y se ocuparía, en primer lugar, de las *condiciones que ha de reunir el legislador*, tales como la transparencia de sus propósitos y de la manera de acceder al poder, la fiabilidad y la representatividad, etc., condiciones éstas que podrían regularse a través de la legislación electoral. En segundo lugar, las *condiciones del ejercicio de la legislación en cuanto actividad legislativa*, como disponer de conocimientos y asesoramiento suficientes, garantizar la publicidad de los

⁵ Este último podría ser el modelo asumido por Zagrebelsky cuando escribe que «el derecho constitucional es un conjunto de materiales en construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales». «Las sociedades pluralistas actuales —es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado—, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma», ZABREBELSKY, G., *El Derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Epílogo de G. Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995, p. 13.

⁶ En este mismo sentido se expresa Alexy para la Ley Fundamental alemana, de modo que hay acciones prohibidas para el legislador, obligadas o debidas, y acciones discrecionales, ALEXY, R., «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66 (2002), pp. 12 ss.

debates y la adecuada organización de la discusión; dichas condiciones podrían establecerse a través de los reglamentos parlamentarios. Y en tercer lugar, las *condiciones de la ley como producto o resultado de la actividad legislativa*. Aquí cobran importancia las técnicas legislativas sobre el lenguaje legislativo, la sistematicidad del ordenamiento, la viabilidad práctica o el grado de efectividad de la ley⁷.

En cierto modo, este modelo de ciencia de la legislación se correspondería con la institucionalización de una justicia constitucional como la propuesta por Ely, Habermas y el propio Kelsen. La mejora de la racionalidad legislativa debería así encaminarse a la depuración de las condiciones de producción normativa y a la transparencia de sus resultados: posibilidad y apertura del debate democrático, acceso igualitario a las formas de participación, publicidad de las razones esgrimidas, idoneidad de la ley como instrumento de comunicación de esa voluntad democrática y eficacia de la misma en orden a conformar la realidad social, consistencia sistemática, etc. En línea de principio, ahí deberían finalizar las competencias de una ciencia legislativa constitucional. Más allá, en la esfera confiada a la libertad política del legislador, se abriría un nuevo capítulo de la racionalidad legislativa, pero esta vez no ya constitucional, sino situado resueltamente en el ámbito de la ética o de la política jurídica.

Ahora bien, en la medida en que la Constitución no sea puramente procedimental, sino que incluya también un más o menos denso contenido normativo, parece que la racionalidad legislativa ha de dar entrada también a nuevos criterios que permitan comprobar la efectiva compatibilidad entre las exigencias sustantivas de la Constitución y las decisiones legislativas. Esta concepción de la Constitución como norma abierta pero no compatible con cualquier manifestación de la voluntad del legislador, es decir, como norma de la que se derivan criterios de legislación racional vinculantes o exigibles al legislador, implica reconocer que en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no es simplemente la fuente de las fuentes o la norma sobre la producción de normas, sino una verdadera norma jurídica que

⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Razón práctica y teoría de la legislación», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9 (2000), pp. 316-317. Una idea semejante sostiene J. L. Díez Ripollés: la Constitución impide la arbitrariedad del legislador, pero ello no significa hacer quebrar la división de poderes y desplazar el poder de decisión hacia la jurisdicción. Para ello, resulta adecuada la idea de un control «débil», que se circunscriba a vigilar que se respetan las exigencias comunicacionales; exigencias que van más allá de las formalidades de procedimiento y competencia, y se extienden a garantizar la participación ciudadana, a dar relevancia a las opiniones sociales, a elaborar estudios sobre la realidad social en la que se intenta incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone, las consecuencias, la aceptabilidad, la coherencia con el resto del ordenamiento. «En suma –señala el autor– la concurrencia de tales presupuestos hará que la ley supere el control de constitucionalidad por respetar un limitado nivel de racionalidad, sin que en ningún momento eso prejuzgue el contenido de la decisión legal finamente adoptada ni su racionalidad socialmente exigible», DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 84-85.

tanto el legislador como los jueces y tribunales deben tomar siempre en consideración para decidir. La jurisdicción sigue vinculada a la ley, por ser el principal medio de expresión del principio democrático, pero dicha vinculación no es incondicional, sino que depende de que la ley no infrinja los contenidos de la Constitución. Ésta es la peculiaridad del Derecho del Estado Constitucional. En consecuencia, el juicio sobre la justicia o legitimidad de la ley que en el legalismo sólo podía ser hecho desde la filosofía política o moral, y como una crítica externa al Derecho positivo, se convierte en el Estado constitucional en una fase jurídica obligada de enjuiciamiento o revisión de la misma a la luz de la Constitución. En palabras de L. Prieto, «lo que en origen aparecía como una exigencia ética o suprapositiva quiere integrarse hoy resueltamente en el Derecho positivo a través de la Constitución, convirtiendo el juicio externo sobre la justicia o legitimidad de la norma... en un juicio interno sobre su validez»⁸. Una consecuencia más de esa emigración de la moral pública de la modernidad al interior del derecho positivo de la que nos habla Habermas.

A partir de aquí parece que un proyecto de ciencia legislativa constitucional habría de adoptar un perfil diferente, pues su competencia no sólo comprendería el *modo de producción* normativa, así como su propio *resultado formal* expresado en un enunciado lingüístico, sino que se extendería también, al menos hasta cierto punto, al *contenido* mismo de la voluntad legislativa. En suma, una ley racional es aquella que no puede ser tachada de inconstitucional por violación de los derechos fundamentales o de otras cláusulas materiales de la norma suprema. Pero no se trata sólo de esto. En el marco de constituciones principialistas o rematerializadas, la racionalidad legislativa, además de reclamar leyes válidas, ha de asumir un nuevo desafío porque esas leyes válidas están llamadas a entablar un «diálogo aplicativo» con el conjunto de los operadores jurídicos, pero en especial con el juez. Éste, en efecto, ha de tomar en consideración *conjuntamente* tanto a la ley como a los principios constitucionales e interpretar aquélla a la luz de estos últimos, de manera que la preocupación por la racionalidad de la ley no cesa con la comprobación de su constitucionalidad, sino que se prolonga en un examen de su idoneidad en la esfera aplicativa. En la medida en que el ámbito de aplicación de la ley y su propio alcance normativo pueden ser reformulados a la luz de los principios constitucionales en sede de aplicación judicial, ello representa un argumento suplementario en favor de la apertura de la teoría jurídica a la racionalidad legislativa. En otras palabras, un proyecto de racionalidad de la ley no sólo ha de cuidar de su validez constitucional, sino de su operatividad en el marco de la ponderación judicial en casos concretos.

⁸ PRIETO, L., «La limitación constitucional del legislador penal», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 297.

III. JUICIO DE PONDERACIÓN Y CRITERIOS DE RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Parece, pues, que en el marco del Estado constitucional, y sobre todo del Estado constitucional rematerializado del que nacen límites formales y sustantivos para el legislador, la primera condición de calidad de la ley es precisamente su validez, su aptitud para integrarse coherentemente dentro del sistema. Ahora bien, desde esta perspectiva las exigencias de racionalidad de la ley no pueden ser diferentes en sede de producción normativa y de enjuiciamiento abstracto e incluso de aplicación a los casos particulares: si la teoría de la argumentación y, en especial, el juicio de razonabilidad o de ponderación nos suministran las herramientas para confirmar o excluir la racionalidad de algunas leyes⁹, ello ha de valer tanto en la esfera de un eventual recurso abstracto ante el Tribunal Constitucional, como en el ámbito de la legislación. En consecuencia, cabe decir que el Parlamento habría de verificar «por adelantado» el mismo juicio de constitucionalidad que más tarde habrían de realizar los jueces¹⁰, porque la primera carga que impone la exigencia de calidad de la ley es garantizar su validez, así como su aptitud para regular efectivamente aquellos casos o supuestos que pretenden constituir su objeto de regulación. Y para ello, la racionalidad que le es exigible al legislador no puede ser otra que la racionalidad que proporciona con carácter general una teoría de la argumentación jurídica.

En otras palabras, tomarse en serio la normatividad de la Constitución implica reconocer que la legislación se encuentra en alguna medida vinculada a la primera y que, por tanto, el contenido de la ley no puede depender exclusivamente de la libérrima voluntad del legislador. Una teoría de la legislación del Estado constitucional habría de ocuparse de los criterios que permiten justificar cuándo una ley se mantiene dentro de los límites constitucionales o, por el contrario, los infringe, y tales criterios podrían obtenerse de la teoría de la argumentación. Esta última desempeñaría entonces una función *normativa*, en el sentido de que ciertas dosis de racionalidad resultan indispensables para la validez de la ley.

Sin embargo, como es evidente, incluso en el marco de una Constitución dotada de un denso contenido material y de una poderosa garantía judicial, el legislador conserva un importante margen de

⁹ Vid. PRIETO, L., «El juicio de ponderación», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 189 ss.

¹⁰ Conviene precisar que la ponderación de principios constitucionales puede tomar dos orientaciones diferentes: una primera relacionada con la propia validez constitucional de la ley en cuanto norma abstracta; y otra distinta dirigida a valorar su adecuación para disciplinar casos concretos a la luz de la concurrencia de otros principios constitucionales, principios que pueden a veces conducir a una desaplicación circunstancial de la ley, *Ibídem*, pp. 194 ss.

apreciación o discrecionalidad. Si no fuera así, la legislación sólo podría concebirse como una repetición o especificación de un texto constitucional que contendría ya *in nuce* todo el Derecho; la conocida imagen de «huevo jurídico» del que todo deriva¹¹. Esto es algo reconocido también por quienes, a partir de un amplísimo recurso a la ponderación, pudieran correr el riesgo de asfixiar toda libertad política al legislador democrático. Por ejemplo, esta es la preocupación central que recorre todo el «Epílogo» de Alexy a su *Teoría de los derechos fundamentales*: el legislador dispone tanto de un margen de acción estructural, relativo a todo aquello que la Constitución ni prohíbe ni impone, como de un margen de acción epistémico, derivado de la dificultad de reconocer qué es lo que la Constitución prohíbe o impone¹². No procede aquí interrogarse sobre la amplitud de esos márgenes, sino constatar que existen y que respecto de ellos la racionalidad o la teoría de la argumentación desempeñan una función distinta, que pudiéramos llamar *crítica*. Del mismo modo que una vez que se abre la discrecionalidad en la interpretación y aplicación del Derecho una buena justificación o argumentación «cualifica» y no «califica» la decisión judicial¹³, en el ámbito de la discrecionalidad legislativa la justificación o argumentación «cualifica» la decisión legislativa y cumple por tanto una función crítica: permite medir la mayor o menor racionalidad de la ley.

No existen, por consiguiente, dos teorías de la racionalidad de la ley, una que gobernaría su adecuación a lo constitucionalmente necesario, y otra segunda que entraría en juego sólo a partir de la esfera de lo posible o constitucionalmente decidible donde impera la discrecionalidad. Creo que es más correcto concebir una sola teoría de la racionalidad legislativa en la que es posible distinguir, siquiera idealmente, dos funciones diferentes, normativa y crítica: las reglas de la argumentación desempeñan una función normativa por cuanto en ellas puede descansar una declaración de inconstitucionalidad, «calificando» a la ley como norma integrante del sistema; pero pueden desempeñar también una función crítica que «cualifica» a la ley como norma racional más allá incluso de lo que exige su adecuación constitucional. Dicho de otro modo, cabe hablar de una única racionalidad legislativa a partir de la teoría de la argumentación, racionalidad que durante algunos tramos es preceptiva o condicionante de la validez, pero que deja asimismo márgenes de acción donde las exigencias que de ella derivan «cualifican» a la ley como una buena ley.

¹¹ Recordemos que la imagen de la Constitución como huevo del que todo puede derivarse, desde el Código Penal a la ley de fabricación de termómetros, pertenece a FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial*, op. cit., p. 242.

¹² ALEXY, R., «Epílogo...», cit., pp. 21 ss.

¹³ Pues, como dice Alexy, «la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o en absoluto», ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2.ª ed. 1997, p. 176.

¿Pero cómo pueden las reglas de la argumentación racional extenderse a lo largo de esas dos funciones, normativa y crítica, que puede cumplir una teoría de la legislación? Antes que nada, sería preciso partir de una noción amplia de racionalidad legislativa, que incorpore no sólo la exigencia de calidad *lingüística* (inteligibilidad) y *lógico-formal* (coherencia) de las leyes, sino también la dimensión *pragmática* (eficacia) y *teleológica* (aptitud para alcanzar objetivos), e incluso la dimensión *ética* (carácter justificado de los fines legislativos)¹⁴. Desde esta óptica es posible establecer una relación entre los referidos niveles de racionalidad legislativa y los criterios que rigen la ponderación judicial.

A propósito de la ponderación, recordemos que suele identificarse con el modo de solucionar conflictos entre principios constitucionales, que siendo compatibles en el plano abstracto pueden colisionar en casos concretos, simultáneamente comprendidos en el ámbito de aplicación de dos o más principios. Los principios ofrecen, pues, razones contradictorias, sin que el intérprete pueda «prescindir de la consideración de ninguna de ellas, pues son razones constitucionales, ni tampoco afirmar que alguna o algunas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución»¹⁵. Así, la prevalencia de uno u otro principio sólo podrá ser determinada a la vista de las circunstancias del caso particular: puede que en un caso distinto deba prevalecer el principio contrario, o que ambos principios puedan ser armonizados, o incluso que en otras condiciones ni siquiera se aprecie conflicto entre los principios en juego.

La fórmula para resolver este género de conflictos suele recibir el nombre de *ponderación*. «Ponderar es buscar la mejor decisión... cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor»¹⁶. La ponderación constituye, en definitiva, un género de razonamiento tendente a justificar la prioridad de un principio sobre el otro, pero obviamente con carácter puntual; es decir, dirigido a establecer entre los principios *prima facie* relevantes una relación de preferencia condicionada por las circunstancias del caso concreto. Su regla constitutiva sería esta: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»¹⁷. La ponderación se resuelve, pues, en un juicio de proporcionalidad que comprendería cuatro pasos fundamentales: primero, que exista un *fin constitucionalmente legítimo* en el que se justifique la postergación de uno de los principios en juego; en segundo lugar, que dicha

¹⁴ Esta es la estructura de la racionalidad legislativa en niveles que propone ATIENZA, M., *Contribución...*, cit., pp. 28-39.

¹⁵ PRIETO, L., «El juicio de ponderación», cit., p. 189.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, (1986), trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª reimpr. 2001, p. 161.

postergación represente una medida *idónea* o adecuada para satisfacer cierto principio constitucional; en tercer lugar, que la afectación del principio sea *necesaria*, en el sentido de que no exista otra forma más benigna o menos gravosa de alcanzar el fin; y por último, que la postergación del principio o principios en conflicto pueda considerarse como una medida *proporcionada en sentido estricto*, es decir, que tras un balance de costes y beneficios pueda estimarse razonable dar prioridad a uno de los principios, en detrimento o perjuicio de otro u otros¹⁸.

Esta reconstrucción de los criterios o pasos presentes en la ponderación judicial se corresponde con la caracterización alexyana de los principios como «mandatos de optimización», que indica «que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas»¹⁹; en el juicio de ponderación tales posibilidades reales vienen dadas por los juicios de *idoneidad* y *necesidad*; mientras que las posibilidades jurídicas han de verse a la luz de la presencia de otras razones justificatorias de sentido contrario, por ejemplo de otros principios o derechos, y es aquí donde entra en juego la llamada ley de la ponderación o juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*²⁰.

Pues bien, partiendo de esta idea de ponderación puede señalarse, en primer lugar, un paralelismo entre los criterios de *idoneidad* y *necesidad*, de un lado, y los niveles de racionalidad legislativa que tienen que ver con su calidad instrumental o aptitud para alcanzar los fines propuestos por el legislador, de otro. Aquí podrían incluirse los niveles relacionados con la calidad lingüística de la ley, con su carácter sistemático, con su eficacia o aptitud para ser cumplida, y efectividad o aptitud para alcanzar los fines previstos por el legislador. En efecto, en la ponderación, la idoneidad de una norma o de la actuación de algún poder público supone su aptitud para alcanzar el fin propuesto, es decir, la consistencia o adecuación entre los objetivos perseguidos y las medidas dispuestas para ello. La necesidad, por su parte, alude al carácter indispensable de la norma o medida, en el sentido de poder acreditar la inexistencia de un género de intervención menos gravoso o lesivo desde la perspectiva de algún otro principio constitucional en presencia. En ambos casos aparece implicado un juicio a propósito de la racionalidad teleológica de la norma, de la ley en nues-

¹⁸ ALEXY, R., *Ibidem*, pp. 111 y ss; PRIETO, L., «El juicio de ponderación», *cit.*, pp. 199-203.

¹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 86. No entramos aquí en la polémica acerca de si todos los principios son mandatos de optimización o si sólo merecen ese tratamiento las directrices. Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 11. Vid. también MORESO, J. J., «El encaje de las piezas del Derecho» (primera parte), *Isonomía*, 14 (2001), p. 252.

²⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 90 ss.

tro caso: el precepto que por alguna razón no es idóneo o adecuado para realizar su fin, presenta un déficit de efectividad; y el que no es necesario lesiona asimismo una segunda dimensión de la efectividad, por cuanto comporta un sacrificio gratuito de algún fin constitucional valioso. Con lo cual un elemento a tener en cuenta en el juicio de ponderación encarna al mismo tiempo una condición de racionalidad de la ley; condición preceptiva o calificante durante un cierto tramo de la argumentación, y crítica o cualificante en el resto.

En segundo lugar, no es difícil encontrar una semejanza entre la exigencia que se plantea en la ponderación de justificar que la lesión de un principio se basa en la obtención de un *fin legítimo* y que además se trata de una lesión o sacrificio *proporcionado*, de un lado, y el nivel *ético* de racionalidad legislativa, basado en la justificación de los propios fines u objetivos legislativos, de otro.

Señalados los paralelismos entre el juicio de ponderación y las exigencias de racionalidad legislativa, baste subrayar que una de las razones por las que puede resultar útil analizar la racionalidad legislativa desde la perspectiva del juicio de ponderación es que este último evalúa de modo integrado las distintas dimensiones de la racionalidad de la norma/medida que se cuestiona. En particular, evalúa tanto la aptitud de una intervención normativa para alcanzar sus objetivos, como el carácter proporcionado y en definitiva justificado de la misma. Y, al menos desde una noción compleja de racionalidad legislativa, la calidad de una ley exige algo más que reunir ciertos requisitos formales y ser compatible con los contenidos constitucionales; exige la idoneidad o aptitud para alcanzar los fines u objetivos que el legislador declara, lo que, por otra parte, tiene como presupuesto la propia factibilidad de los fines elegidos, pues no parece muy acorde con el sentido de la institución legislativa que el legislador se limite a declarar los fines que desee sin antes verificar tanto su factibilidad o posibilidad real de alcanzarlos a través de ciertos medios, como las eventuales consecuencias o resultados negativos que podrían derivarse desde la perspectiva de otros fines valiosos. Este es un aspecto que resulta especialmente subrayado por Calsamiglia. A su juicio, el legislador no ha de pretender por encima de todo la excelencia moral de la legislación, cuanto más bien su efectiva aptitud o idoneidad para solventar problemas sociales²¹. Por ello, legislar racionalmente requiere que a la vista de las circunstancias económicas (recursos disponibles) y sociales (motivación de los ciudadanos para el cumplimiento de las normas) se establezcan medios adecuados para lograr los fines decididos. Tal juicio de idoneidad y factibilidad incluye asimismo la consideración de las eventuales consecuencias negativas, es decir, resulta

²¹ «La tarea legislativa —escribe Calsamiglia— no es una mera cuestión de voluntad y de excelencia ética. Un buen legislador no es el que proclama fines excelentes, sino el que los consigue», CALSAMIGLIA, A., «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa*, 13 (1993), p. 162.

fundamental no sólo que sea razonable esperar que la ley alcance los resultados previstos, sino también que no produzca consecuencias perjudiciales o que no altere estados de cosas deseables.

El criterio de la factibilidad trae a un primer plano la preocupación por la eficiencia²² y, en esa medida, supone una apertura al análisis económico del Derecho o, si se prefiere, al «arsenal conceptual de los economistas [que] puede ser utilizado para conseguir un derecho bien hecho desde la perspectiva de la eficiencia»²³. Pero que la legislación ha de ser factible puede verse también como un elemento de racionalidad sustantiva o axiológica. Así se desprende del siguiente fragmento del propio Calsamiglia, cuya reproducción extensa creo que está justificada: «dibujar una sociedad justa no es otra cosa que asignar recursos escasos para conseguir unos fines y priorizar entre ellos... No niego la importancia de la declaración, pero una vez alcanzada es necesario ir más allá y construir modelos justificatorios de las prioridades. Si se acepta este argumento entonces parece... que la racionalidad económica y la racionalidad ética no se pueden dar por separado, sino que se deben dar conjuntamente y que por tanto la compartimentación de la racionalidad no es posible... Una nueva ley exige la asignación de recursos y éstos son siempre escasos. Los juristas cuando privilegiamos la racionalidad ética estamos comparando el contenido de una ley con un ideal ético pero en el mundo real se debe priorizar entre diversos contenidos éticos posibles»²⁴. En definitiva, para Calsamiglia el legislador no debe razonar sólo sobre la legitimidad de los fines perseguidos, sino sobre la factibilidad de la ley a la vista de las circunstancias económicas y sociales o, con una terminología propia del juicio de ponderación, sobre la idoneidad y necesidad de la ley. Si, como sostiene L. Hierro, justicia y eficiencia no son ámbitos independientes²⁵, bien puede afirmarse que la idoneidad y necesidad de la ley representan a un tiempo un requisito de calidad en el plano fáctico y de racionalidad desde la perspectiva de la argumentación jurídica.

²² La eficiencia suele ser definida como la capacidad de maximizar la riqueza, si bien entendida no como la simple suma de bienes o recursos, sino incluyendo también las prácticas, normas e instituciones, es decir, «la estructura social de producción y distribución» de esos bienes o recursos, HIERRO, L., «Eficiencia y Justicia», en *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 65. Con todo, el término «eficiencia» no presenta un significado siempre uniforme y, por ejemplo en el ámbito del Derecho privado de contratos, se predica de aquellas transacciones en las que una parte experimenta un beneficio económico sin que la otra experimente un perjuicio (eficiencia en sentido paretiano), BAYÓN, J. C., «Eficacia e inalienabilidad», *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 971 ss.

²³ CALSAMIGLIA, A., «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 1997, p. 68.

²⁴ CALSAMIGLIA, A., «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *cit.*, pp. 176-177.

²⁵ HIERRO, L., *op. cit.*, p. 102.

El juicio sobre las posibilidades fácticas que está presente en las exigencias de idoneidad y necesidad remite, pues, a una valoración de la racionalidad legislativa, de la calidad de las leyes, en la que hasta cierto punto resulta artificioso o, cuando menos, muy difícil trazar una nítida frontera entre lo que es un requisito de validez impuesto por el modelo constitucional y lo que es una recomendación crítica. Una teoría de la racionalidad legislativa postula, por ejemplo, la adopción de la ley más idónea o adecuada para la consecución del fin propuesto, pero esa misma teoría integrada en el juicio de ponderación constitucional no exige tanto: «el subprincipio de idoneidad tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo»²⁶. Del mismo modo, el juicio de necesidad recomendaría la adopción del medio más benigno o menos lesivo para algún principio en pugna, pero en el marco de la ponderación la exigencia de racionalidad se atenúa: si el legislador quiere perseguir su fin «puede adoptar el medio más benigno, un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios»²⁷.

Algo semejante cabe decir del principio de proporcionalidad en sentido estricto que preside el juicio de optimización desde la perspectiva de las posibilidades jurídicas. Frente a su entendimiento como recurso irracional que autoriza cualquier solución o, al revés, como una garantía de unidad de respuesta correcta que cercenaría toda libertad política al legislador²⁸, es posible concebirlo como un procedimiento racional que, sin embargo, permite distintos grados o niveles de satisfacción; de manera que sólo algunos tendrían esa naturaleza «calificante» o de condición de validez, mientras que otros, sin dejar de ser exigencias de racionalidad o calidad legislativa, desempeñarían una función «calificante»: la máxima de la proporcionalidad puede

²⁶ ALEXY, R., «Epílogo...», *cit.*, p. 28.

²⁷ *Ibidem*, p. 29.

²⁸ La crítica de irracionalidad es formulada por HABERMAS, J., *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Introducción y trad. sobre la 4.^a ed. rev. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 332. Por el contrario, la crítica de que con la ponderación se asfixia por completo la libertad política del legislador, al proporcionar aquélla siempre la solución óptima, es formulada por BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de F. J. Bastida, trad. de J. L. Requejo y C. I. Villaverde, Baden-Baden, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 135 ss. En apariencia, se trata de dos preocupaciones opuestas, pero creo que resultan complementarias y suponen ponerse en guardia frente al judicialismo: porque la ponderación es irracional –vendría a decirse– en manos de los jueces daría lugar a soluciones subjetivas, reduciendo casi a la nada el amplio marco constitucional de discrecionalidad política del legislador. Vid. COMANDUCCI, P., «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», en P. E. Navarro, A. Bouzat y L. M. Esandi (ed.), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999, pp. 74 y ss.

exigir exactamente aquella medida legal que asegura el mejor u óptimo balance entre sacrificios y beneficios, pero el juicio de ponderación puede conformarse simplemente con un balance razonable²⁹.

En la medida en que el juicio de ponderación pueda ser utilizado en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes cabe decir que sus distintas fases o exigencias representan al propio tiempo condiciones de la racionalidad y de la validez de las leyes, si bien parece que la primera (la racionalidad) tiene un carácter más ambicioso por cuanto no todos sus requerimientos lo son también de la validez constitucional. Dicho de otro modo, algún grado de racionalidad representa un elemento calificador indispensable de la validez, pero no toda ley constitucional ha de encarnar la óptima expresión de racionalidad; con lo cual siempre queda un espacio para la moral crítica, es decir, para el enjuiciamiento *externo* de las leyes desde la óptica de su racionalidad.

Sin embargo, el juicio de ponderación no es sólo ni principalmente una herramienta útil en el control abstracto, sino que despliega toda su virtualidad en la esfera de la aplicación práctica de leyes ya válidas y constitucionales. Como se avanzó, ese carácter de la ponderación, y en definitiva, del constitucionalismo de principios plantea nuevos desafíos a la ciencia de la legislación, que ha de preocuparse por la suerte de la operatividad de las leyes incluso una vez que éstas han superado el umbral de la validez. No se trata ahora de su operatividad social, en el sentido de la eficacia instrumental para conseguir los fines propuestos de conformación de las relaciones sociales, sino de la operatividad jurídica a la hora de constituir el parámetro o la premisa mayor para la resolución de los casos comprendidos en el ámbito de aplicación querido por el legislador y con el alcance normativo por éste deseado.

En efecto, una de las características de los principios constitucionales es su carácter «abierto», el hecho de no presentar de forma cerrada o exhaustiva el catálogo de sus casos de aplicación y de sus respectivas excepciones. Pues bien, la tarea de cerrar lo que en la Constitución permanece abierto es una tarea que compete tanto al legislador como al juez, pero no por este orden y de una forma excluyente, sino más bien de una manera que pudiéramos llamar convergente y cooperativa. Es decir, no se trata de que el legislador venga llamado a concretar los casos y excepciones de aplicación de los principios y que sólo a partir de ahí pueda hacer aparición la figura del juez. Si así fuese, el juez no estaría aplicando principios, sino reglas, y habríamos regresado al viejo criterio de la *interpositio legislatoris*. El juez, sin duda, ha de tomar en consideración las reglas que representan una cierta interpretación de los principios y de su alcance a la luz de los demás principios, pero ha de tener en cuenta también, y de

²⁹ Vid. PRIETO, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001), pp. 222 ss.

manera simultánea y directa, los principios constitucionales, que podrán así modular el significado de las opciones legislativas previas³⁰. Y esta realidad creo que puede tener consecuencias interesantes para la teoría y la técnica de la legislación.

Por ejemplo, ante el legislador se abre la opción de elegir para el enunciado legislativo una estructura básicamente principal, o sea, muy abierta, o más concreta o de detalle, y su decisión, que es una decisión de técnica legislativa, presenta implicaciones desde el punto de vista de la ponderación. Más exactamente, de la ponderación de la ley como norma abstracta a la luz de la Constitución y de la ponderación judicial en los casos concretos. L. Prieto lo explica así: «cuanto menor sea la concreción de su condición de aplicación, más difícil ha de resultar un juicio de ponderación por parte del Tribunal Constitucional, pero, a su vez, menor ha de ser también la virtualidad de dicho precepto en orden a evitar la ponderación judicial»³¹. Una norma que se limita a sancionar las injurias sólo añade una cláusula penal al precepto constitucional que reconoce el derecho al honor, pero sin contribuir a especificar los supuestos en que tal derecho ha de triunfar en caso de que concurren otras circunstancias y derechos diferentes. Ante dicha norma cabe decir que el juez sigue ponderando directamente principios constitucionales, si bien, en contrapartida, difícilmente podría cuestionarse la inconstitucionalidad de la norma legal³². Por el contrario, la previsión legal que castiga manifestarse ante el Parlamento (art. 494 del Código Penal) o la hipotética que sancionase la práctica del nudismo, sí vendrían a «cerrar» los correspondientes principios al exceptuar de forma bastante precisa el ámbito de aplicación del derecho de manifestación (art. 21 C.E.) o de la libertad ideológica y religiosa (art. 16 C.E.) de un grupo que predicase el nudismo. Aquí la previa ponderación legislativa permite prescindir de la ponderación judicial, al menos en los casos centrales³³, pero como contrapartida se amplían las posibilidades de un enjuiciamiento abstracto por el Tribu-

³⁰ J. M. Rodríguez de Santiago sostiene que es al legislador a quien corresponde realizar la ponderación *prima facie* de los principios constitucionales, con la consecuencia de hacer recaer sobre el juez la carga de la argumentación en favor de un eventual principio preterido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 165.

³¹ PRIETO, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *cit.*, p. 220.

³² Acaso tal vez sólo una posible desproporcionalidad de la pena, si es que esa cuestión no forma parte plenamente de la discrecionalidad política del legislador y sobre ello vid. críticamente el trabajo ya citado de PRIETO, L., «La limitación constitucional del legislador penal». Lo que no cabría, y esto es lo que se pretende subrayar en el texto, es un control sobre el tipo en sí mismo considerado, dado que éste no introduce ninguna especificación acerca de en qué casos ha de triunfar el derecho al honor frente a otros derechos en pugna, singularmente la libertad de expresión.

³³ La decisión legislativa consistente en aislar un conjunto de propiedades relevantes para la aplicación de un principio siempre puede ser desafiada «cuando cuestionemos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes», MORESO, J. J., «Conflitti tra principi costituzionali», *Ragion Pratica*, 18 (2002), p. 220.

nal Constitucional con fundamento, por ejemplo, en que la concreción realizada por la ley implica un sacrificio excesivo o no proporcionado de otro principio constitucional.

Seguramente en un análisis pormenorizado sería posible explorar otras varias implicaciones entre la racionalidad legislativa y la técnica de la ponderación. Nuestro propósito ha sido tan sólo mostrar cómo en el marco del Estado constitucional de Derecho que hoy conocemos, la racionalidad de la ley y las exigencias de técnica legislativa no sólo no quedan postergadas ante la «crisis de la supremacía» legal que toda Constitución normativa lleva consigo, sino que, por el contrario, se acentúan o se hacen más urgentes en la medida en que la argumentación viene a ocupar el papel central de la experiencia jurídica, o al menos un papel por completo desconocido en el marco del positivismo jurídico y del Estado de Derecho del siglo XIX. Si, como se ha dicho, la teoría de la Constitución se resuelve hoy en una teoría de la interpretación constitucional³⁴, quizás cabría añadir que la teoría del Derecho legal ha de ser también una teoría de la racionalidad legislativa, por cuanto ésta bien puede ser vista como una proyección de la teoría de la argumentación jurídica en la esfera de la legislación; proyección llamada a dialogar y a complementarse con su otra gran dimensión o faceta, la argumentación en sede de interpretación y aplicación³⁵.

³⁴ F. Rubio Llorente califica como «idea muy generalizada» que «la Teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución», RUBIO LLORENTE, F., «La interpretación de la Constitución», en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 605.

³⁵ Creo que esta idea sería compartida por J. L. Díez Ripollés: «En realidad —escribe el autor— detrás de esta proyección a primer plano de la jurisdicción late una idea equivocada, la de que la relación entre jurisdicción y legislación es una de suma cero, de modo que todo lo que se otorgue a la jurisdicción va en detrimento de la legislación y viceversa; una constitución normativa, sin embargo, lo que plantea es una elevación del nivel de racionalidad tanto legislativa como jurisdiccional, para satisfacer así las pretensiones teleológicas, éticas y morales de la norma fundamental», DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 80.

