

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Pablo LARRAÑAGA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una justicia constitucional para el siglo XXI*. III. *Concepciones de derecho público y condiciones de la justicia constitucional*. IV. *Argumentación, políticas públicas y justicia constitucional*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando la organización de este congreso sobre justicia constitucional, que como tema central ha elegido las funciones del juez constitucional en el siglo XXI, me hizo el honor de invitarme a participar en esta mesa redonda dedicada al papel de la argumentación en esta compleja e importante actividad jurídico-política, me encontré ante un escenario que complicaba la configuración de esta ponencia en tres sentidos. Primero, ¿qué idea de justicia constitucional resulta apropiada para las exigencias del siglo XXI? Segundo, ¿qué concepción del derecho puede llegar a acoger esta noción de justicia constitucional? Y, tercero, ¿cuál es el papel de la argumentación en la justicia constitucional que cabría desear para el siglo XXI?

Estas tres preguntas constituyen el eje de mi participación en esta mesa redonda. Aunque, desde luego, por razones de oportunidad no voy a tratar de responderlas cabalmente. Lo que intentaré hacer, más bien, es plantear un conjunto de líneas de reflexión en torno a los puntos anteriores que, en el mejor de los casos, despierten su interés en un enfoque de

* ITAM.

la justicia constitucional que, a mi parecer, demandan las sociedades latinoamericanas, en general, y la mexicana en particular.

II. UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI

Como es sabido, la idea de justicia constitucional es relativamente reciente dentro del canon del constitucionalismo. Para poder hablar de justicia constitucional en los términos que hoy lo hacemos se ha requerido de un continuo y, al parecer, acelerado proceso de “constitucionalización” del orden jurídico. En este sentido, naturalmente, la actitud que se tenga respecto de la noción de justicia constitucional depende, en buena medida, de a actitud que se tenga respecto del carácter “invasor” de la Constitución respecto del orden jurídico (Guastini, 2003). Sin embargo, en todo caso, parece innegable que la cultura jurídica contemporánea ha adoptado una noción omnicompreensiva de Constitución que, en principio, la hace capaz de “condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales” (Atienza, 2007: 114 s.).

Ahora bien, a pesar de lo que acabo de decir, un área particularmente importante de decisión colectiva parece haber quedado al margen de la justicia constitucional: las políticas públicas. En este sentido, mi idea central en esta participación es que el despliegue de la justicia constitucional en el siglo XXI requiere trabajar en una teoría normativa de las políticas públicas que, aunque no se circunscribe en la relación entre el derecho y la economía, quizá en este ámbito se condense con especial nitidez. Para ello, parece necesario que la teoría del derecho reduzca el peso específico del juez como operador jurídico y, consecuentemente, atempere su obsesión por la adjudicación de derechos frente a conflictos, con el objeto de enfocar otros obstáculos importantes para la cabal realización de los principios de un Estado democrático de derecho en las complejas sociedades contemporáneas.

Así pues, en mi opinión, la agenda constitucionalista debe dejar de girar de una manera tan preponderante sobre la imagen del derecho y de la propia ciencia jurídica a la que da lugar la jurisdicción como proceso jurídico —en la que, por cierto, la teoría de la argumentación, como ustedes saben, se encuentra ya bien desarrollada— y debe pasar a ocuparse de una manera más sistemática a un elenco de cuestiones pendientes que

se relacionan con las funciones prospectivas de coordinación y organización que lleva a cabo el derecho.

Desde luego, la completa justificación de esta pretensión requeriría prefigurar una teoría que diera cuenta, entre otras cuestiones, de problemas tan complejos y peliagudos como los derivados de una concepción normativista del derecho; de la unidad de la razón práctica e, incluso, de las virtudes de un método jurídico que dé preeminencia al análisis formal de los conceptos jurídicos frente al estudio funcional y técnico de los procesos de control social. No es éste, por supuesto, el lugar para abordar esta tarea, sin embargo, creo que para encontrar una motivación razonable para el objetivo de ocuparse de cuestiones vinculadas con el desarrollo de una teoría normativa de las políticas públicas basta con reconocer, siquiera en términos cuantitativos, la importancia de la actividad prospectiva de la administración pública en cualquier sociedad desarrollada, y compartir conmigo la intuición de que para una buena parte de los constitucionalistas el desarrollo normativo-institucional de las políticas públicas se ubica en una dimensión distinta a la genuina creación y aplicación normas jurídicas. Se trataría de una tenebrosa dimensión bordeada por dos aparentes abismos: la “anomia” en la que tiene lugar la lucha por el poder político, por un lado, y la “técnica” del cálculo de utilidades de la gestión económica, por otro.

En síntesis, lo que vengo a sostener es que si nos tomamos en serio una noción robusta del ideal regulativo del Estado de derecho, que incluya no sólo el reconocimiento de derechos fundamentales, sino el establecimiento de todas las condiciones institucionales y materiales para su realización, es preciso reconocer que la función del administrador público en tanto genuino agente jurídico se vertebra sobre exigencias normativas y fácticas que vinculan indisolublemente criterios de legitimidad y eficiencia.

III. CONCEPCIONES DE DERECHO PÚBLICO Y CONDICIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Naturalmente, la noción robusta del Estado de derecho que propugno y, consecuentemente, la justicia constitucional que pretendo prefigurar en esta exposición, requieren una reflexión profunda y una propuesta sólida en torno a la noción de Constitución y, en última instancia, de derecho público,

que pueda soportar coherentemente los criterios de legitimidad y eficiencia que demandamos a las políticas públicas. Y para ello, parece necesario, en primer término, articular una concepción que supere, de manera incluyente, la tradicional dicotomía entre normativismo y funcionalismo; la cual, echando mano de la noción weberiana de “tipo ideal”, siguiendo a Martín Loughlin podemos resumir en siguientes términos:

El estilo normativista de derecho público está fundado en la idea de la separación de poderes y en la necesidad de subordinar el gobierno al derecho. Este estilo enfatiza las funciones de adjudicación y de control, por lo que está orientado por las reglas y su naturaleza es conceptual. Por ello, el normativismo refleja, esencialmente, el ideal de la *autonomía del derecho*. En contraste, el estilo funcionalista de derecho público ve al derecho como parte del aparato gubernamental. Su atención se centra en las funciones regulativa y facilitadora y, consecuentemente, se orienta por los objetivos y adopta la aproximación instrumentalista de las políticas sociales. Por ello, el funcionalismo refleja un ideal de cambio evolutivo progresivo del derecho. En este sentido, estas concepciones no sólo se contraponen respecto de sus respectivos conceptos de derecho, de legislación, de derecho subjetivo y de representación, sino, también, en un nivel más fundamental, en lo concerniente a sus ideas de libertad, de orden y de Estado. En este orden de ideas, para el normativista el derecho precede a la legislación, mientras que para el funcionalista la legislación, como materialización de la voluntad democrática, es la máxima expresión del derecho. A partir de aquí, también pueden encontrarse diferencias significativas respecto de su concepción de orden social. Muchos normativistas adoptan una perspectiva atomista de la relación entre Estado e individuo mientras que el funcionalismo se construye sobre una concepción orgánica de esa relación; por lo que contrastes de similar naturaleza pueden apreciarse respecto de ideas relacionadas con los derechos fundamentales y la representación democrática. El normativista cree que los derechos preceden al Estado, mientras que para el funcionalista los derechos emanan del Estado. Por lo que, dentro del estilo funcionalista, la representación democrática fundamenta la legitimidad, mientras que para el normativista el estatus de la representación democrática puede tratarse de manera más ambivalente.

Así pues, sobre la base de estas diferencias generales podríamos decir que el estilo funcionalista puede verse como un intento por romper las dicotomías erigidas por el normativismo entre, por un lado, gobierno/discre-

cionalidad/políticas (*policies*) y, por otro, derecho/reglas/derechos. Por lo que, mientras que el normativista ve la libertad como ausencia de restricciones externas, el funcionalista percibe la libertad como una capacidad real para hacer o disfrutar algo; de modo que para el normativista la libertad puede identificarse con la ausencia de control jurídico mientras que para el funcionalista mayores controles jurídicos pueden significar más libertad (Loughlin, 1992). Configurada de esta manera, la oposición normativismo *vs.* funcionalismo pone de manifiesto una contraposición entre dos concepciones del derecho público que inciden en los de los aspectos básicos del concepto contemporáneo de “Constitución”, y lo que quizá es más relevante en este contexto, entre dos concepciones políticas-morales del derecho que, en el constitucionalismo contemporáneo se han consolidado como teoría de la elección pública y neoconstitucionalismo.

Sintetizando la anterior dicotomía en el contexto de esta ponencia, podríamos sostener que la viabilidad de una justicia constitucional que alcance al ámbito de las políticas públicas depende de la posibilidad de configurar un contexto de argumentación constitucional que evite, por un lado, la visión instrumental de las teorías politológicas de la Constitución que “suponen que el derecho —incluidos las reglas, las instituciones y los procesos jurídicos— es visto *conscientemente* por personas o grupos como una *herramienta* o un *medio* para alcanzar sus *finés*” (Tamanaha, 2006, 6) y, por otro, la tesis, frecuentemente sostenida por los neoconstitucionalistas, según la cual los principios constitucionales pueden verse como un nexo entre el derecho y la moral y, consecuentemente, que cualquier decisión jurídica —y, de manera enfática, aquéllas de carácter judicial— estará justificada si deriva, en última instancia, de una norma o valor moral (Atienza, 2007: 119).

IV. ARGUMENTACIÓN, POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Así pues, según hemos visto, para que la justicia constitucional “capture” el control de las políticas públicas y, en consecuencia, realice la idea robusta de Estado de derecho a la que me he referido antes, es preciso avanzar un tipo de argumentación constitucional que, por el momento, se encuentra ausente de nuestros tribunales constitucionales. Se trata, pues, de una argumentación constitucional que, por su raíz normativa, escapa a las descripciones “instrumentalistas” provenientes de la teoría

política, pero que, por las consideraciones oportuna que implica, resulta incompatible con una concepción que ancla el orden constitucional en una relación conceptual entre derecho y moral. Se trataría, pues, de una concepción que, con una nomenclatura plenamente provisional, podemos llamar una concepción “administrativa de la argumentación” o, si se prefiere, una concepción “técnico-instrumental de la argumentación”. A describir a los rasgos más elementales de esta concepción dedicaré los próximos minutos.

¿Cómo podemos decir que un poder público es responsable de la política fiscal o de la política educativa? Esto es, cómo podemos afirmar que tiene una “obligación jurídica” de mantener el equilibrio de las finanzas públicas o que de los niños que forman parte del sistema de educación pública sean competentes en el manejo de la lengua o en la realización de ciertos cálculos elementales. Creo que para ello resulta inevitable establecer con cierto grado de precisión condiciones concretas a partir de las cuales consideramos que ha cumplido con la responsabilidad asignada por el orden normativo, es decir, tenemos que establecer algún estándar de conducta.

Como es sabido, mientras que las decisiones en torno al contenido y el alcance de los derechos fundamentales se conforman mediante principios —por ejemplo, estándares de conducta “que deben ser obedecidos por ser una exigencia de justicia o equidad o de cualquier otra dimensión moral” (*principles*) (Dworkin, 1977: 22)—, gran parte de las decisiones que configuran la Constitución económica y que, consecuentemente, guían el diseño de las políticas públicas, suelen consistir en la aplicación de directrices —por ejemplo “estándares que establecen un objetivo que debe ser alcanzado, generalmente el mejoramiento de alguna condición económica, política o social de la comunidad” (*policies*)— (*ibidem*). Ahora bien, ¿supone la característica sensibilidad de las directrices a las circunstancias que las obligaciones por ellas prescritas no tiene medida de cumplimiento y que, por tanto, no podemos saber en qué casos se ha satisfecho el deber en cuestión? (Atienza y Ruiz Manero, 1996).¹ O, en términos de los ejemplos anteriores, ¿el hecho de que los responsables de la hacienda o de la educación pública tengan distintos objetivos parcialmente incompatibles y me-

¹ He analizado y criticado la idea de Atienza y Ruiz Manero de que las directrices tienen distintas medidas de cumplimiento en Larrañaga (2001). Reproduzco el argumento general de esta crítica en las páginas siguientes.

dios limitados para alcanzarlos, es un impedimento para que puedan exigírsele cuentas por ello? Y, en ciertos casos de una gestión pública catastrófica —lamentablemente demasiado frecuentes en nuestras latitudes—, cuando los medios establecidos en las políticas públicas concretas son manifiestamente inadecuados para alcanzar los fines prescritos ¿sería posible calificar la actuación de los poderes públicos como contraria al orden constitucional? Responder a las preguntas anteriores requiere desentrañar en el sentido de la fórmula “en la mayor medida de lo posible” que cualifica a las directrices como mandatos de optimización (Alexy, 1993) y (Atienza y Ruiz Manero, 1996).² Es decir, para avanzar en esta línea es preciso detenerse en dilucidar la forma en que este tipo de normas de mandato constituye una guía de conducta.

Solventar este problema me parece particularmente importante a propósito de la posibilidad de un constitucionalismo que, pese a sus características “técnico-instrumentales”, alcance un estatus normativo (constitucional) robusto en cuanto a sus criterios de validez y sus posibilidades de implementación. Por ello, en lo que sigue me propongo presentar algunos elementos teóricos, sobra decir, parciales e inacabados, para su solución. Estos elementos presuponen dos consideraciones iniciales de carácter general.

Por una parte, considero que la única vía para configurar estándares razonables para la actuación de los poderes públicos, públicamente escrutables y, por lo tanto, democráticamente defendibles, es mediante la explicitación de las motivaciones y del contexto de actuación de los poderes públicos.

Por otra parte, considero que cuando este tipo de estándares son considerados como parámetros institucionales, organizacionales y procedimentales de los poderes públicos, tales criterios tienen un valor sustantivo que no tiene necesariamente un carácter moral, pero sí, desde luego, un importante valor social que responde a un sentido relevante de “Constitución” o de “orden constitucional” como organización racional de los medios sociales para alcanzar fines valiosos de la comunidad.

Como seguramente puede barruntarse, creo que las prácticas argumentativas tienen un papel fundamental en la articulación de las dos piezas

² Como es sabido, en la distinción que realizan Atienza y Ruiz Manero en principios y directrices, sólo estas últimas, pero no las primeras, son mandatos de optimización, mientras que para Alexy ambos tipos de normas constituyen mandatos de optimización.

de la respuesta que intentaré formular en los minutos finales de esta exposición.

Tomando en cuenta lo que acabo de señalar, un primer paso la definición la argumentación técnico-instrumental a la que me he referido antes consiste en tener en cuenta que la configuración de cualquier estándar de conducta aplicable está construida sobre dos pilares que constituyen, a su vez, las principales condiciones de la justificación de los juicios normativos o valorativo formulados sobre la base de un estándar de conducta (Larrañaga, 1999). En primer lugar, se debe satisfacer la exigencia básica de que el sujeto normativo —esto es, a quien se le adjudica una obligación o carga— pueda *cumplir* con sus deberes o responsabilidades, pues, como no cuesta trabajo advertir, esta es una concreción del principio de que nadie puede estar sujeto a una obligación de imposible cumplimiento. En segundo lugar, el estándar debe tener en cuenta las *circunstancias particulares* del sujeto pues, de lo contrario, configuraría una obligación categórica incompatible con los principios básicos de la configuración de los sistemas jurídicos modernos (Hart, 1988).

Este *carácter concreto* y esta *dimensión circunstancial* de la aplicación de los estándares de conducta resulta iluminadora para esclarecer la virtualidad normativa-directiva de las directrices. En este sentido, para poder reconocer la capacidad directiva de este tipo de normas de conducta, conviene recordar que aunque las directrices sean normas que prescriben la obtención de un objetivo o resultado, su contenido son conductas y no, naturalmente, estados de cosas. No es posible ordenar que tengan lugar estados de cosas sino, en todo caso, se pueden prescribir las conductas causalmente vinculadas con ellos. En este sentido, hay que tener en mente que aunque técnica normativa de la formulación de las directrices ordene alcanzar un objetivo en la mayor medida de lo posible, se trata de formulación sintética —o, si se prefiere, elíptica— de un mandato que ordena *realizar ciertas conductas* que se caracterizan por tener una relación medio-fin (causal) con el objetivo especificado en la norma.

Teniendo en cuenta lo que acabamos de ver, podemos calificar las conductas causalmente adecuadas a un efecto, resultado u objetivo como conductas *oportunas* respecto para tal efecto, resultado u objetivo. De modo que diremos que *las directrices ordenan realizar las conductas oportunas para alcanzar un objetivo socialmente valioso*. Así pues, un primer paso para determinar la manera en la que las directrices guían

la conducta individual y concreta de los poderes públicos consiste en tener en cuenta que, mientras que la configuración de las condiciones de aplicación de los principios sólo es sensible a una única dimensión de peso, que se balancea un principio respecto de la misma dimensión de peso de otro(s) principio(s) mediante una relación que podemos llamar de jerarquía o prioridad, las directrices, además esa dimensión de peso, jerarquía o prioridad, tienen una *dimensión de oportunidad* relativa las posibilidades fácticas, causales o técnicas para alcanzar el fin social en cuestión. De este modo, para determinar la(s) conducta(s) exigida(s) por una directriz constitucional, además de tener en cuenta su relativa prevalencia normativa respecto de otros principios y otras directrices constitucionales, el sujeto debe tener en cuenta las condiciones fácticas en las que tiene lugar la relación medio-fin en cuestión. Resumiendo, una primera condición para satisfacer los estándares de conducta configurados por las directrices consiste en realizar la(s) conducta(s) oportuna(s) para alcanzar el objetivo social definido por la directriz.

Ahora bien, este primer paso tiene que ser completado con un segundo, consistente en tener en cuenta una circunstancia universal que juega un papel preeminente entre las condiciones fácticas de la relación medio-fin: la escasez de recursos (medios). En este sentido, el sujeto normativo de una directriz no sólo tiene que tener en cuenta el conjunto de acciones oportunas para dar lugar al objetivo, sino que, además, entre los distintos cursos de acción disponibles tiene que elegir aquél, o aquellos, que configuren una relación *óptima* entre los medios y los fines. Así pues, con independencia del criterio de optimalidad que se utilice, en principio, en cada momento y dado un determinado conjunto de medios disponibles, el sujeto normativo de una directriz podrá configurar un conjunto determinado de acciones oportunas de modo que dé lugar al objetivo prescrito *en la mayor medida de lo posible*. A esta dimensión de las directrices le podemos llamar *dimensión de eficiencia*. Así pues, el segundo criterio para el cumplimiento de los estándares de conducta configurados por directrices consiste en realizar la(s) conducta(s) eficiente(s).

A partir de las consideraciones anteriores puede afirmarse que, mientras que las condiciones de aplicación de los principios se componen sólo de *razones de corrección* —por ejemplo, de su encaje respecto del sistema de valores de referencia—, la aplicación de directrices, además de responder a las razones de corrección, depende, por un lado, de razones estratégicas

—o, si se prefiere, de razones de corrección en sentido técnico y no sólo axiológico— a las que podemos llamar *razones de oportunidad* y, por otro, de razones económicas referidas a la optimización de los recursos disponibles, a las que podemos llamar *razones de eficiencia*. En este sentido, a diferencia de los principios, en los que la ponderación sólo cumple la función de determinar las condiciones de aplicación —por ejemplo, el peso o prevalencia del principio frente a otro(s) principio(s)—, sin afectar a la guía de conducta determinada de antemano por las consecuencias normativas contenidas en el propio principio —por ejemplo, la conducta prescrita—, en el caso de las directrices la ponderación de las razones de oportunidad y eficiencia cumple una función adicional: establecer los criterios concreción de la guía de conducta. Así, para saber qué conducta(s) debe realizar, el sujeto a quien se le asigna un deber mediante una directriz, es necesario establecer cuál(es), entre las conductas oportunas, resulta(n) eficiente(s). De este modo, aunque las directrices no establecen *a priori* una medida de cumplimiento, sí que establecen implícitamente estándares de conducta respecto de los cuales es posible determinar *una* medida de cumplimiento específica: la realización de la(s) conducta(s) oportunas y eficientes para alcanzar el fin prescrito. Por ello, resumiendo, cuando el sujeto normativo de una directriz no realiza las acciones oportunas y eficientes para alcanzar el objetivo prescrito incumple el mandato contenido en la norma, por lo que, naturalmente, si ésta tiene un rango constitucional incumple, entonces, un mandato constitucional.

V. CONCLUSIÓN

La articulación de las razones de oportunidad y de eficiencia, y los juicios de prudencia que éstas implican, constituyen el problema central del diseño de la integración de la esfera de la discrecionalidad política y administrativa dentro del orden constitucional. Por ello, la especificación de los criterios mediante los cuales imputamos las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los deberes dentro de tal esfera debe estar en el eje de una teoría completa y bien estructurada del constitucionalismo que, desde luego, no es posible siquiera esbozar en este contexto. Sin embargo, creo que se puede concluir provisionalmente que no sólo la especificación de los estándares de conducta provenientes de las

directrices ayuda a esclarecer el significado de la constitucionalización del orden jurídico, sino que constituye un buen punto de partida para entender mejor cómo puede llegar a operar el control constitucional del ejercicio de la discrecionalidad política y administrativa en un Estado de derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, AGUILÓ, Josep, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- GUASTINI, Ricardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 1999.
- , “Responsabilidad de rol y directrices”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001.
- LOUGHLIN, Martin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- TAMANAH, Brian, *Law as a means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.